

Las medidas cautelares como herramienta para la solución de situaciones de carácter estructural: La Jurisdicción Especial para la Paz y la protección de los comparecientes

*Andrés Sarmiento Lamus**

Resumen: Con el Auto 057 del 29 de abril de 2020, la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, de la Jurisdicción Especial para la Paz, decidió avocar el trámite oficioso de medidas cautelares de carácter colectivo, con el fin de proteger los derechos fundamentales del grupo de comparecientes ante este tribunal. La decisión reconoce la existencia de un fenómeno estructural y sistémico relacionado con las amenazas y muertes respecto de los comparecientes ante la Jurisdicción Especial para la Paz. El presente documento pretende analizar los aspectos más importantes que plantea esta decisión.

Palabras claves: Jurisdicción Especial para la Paz, Protección judicial, Medidas cautelares, Medidas cautelares colectivas.

Abstract: With Order 057 of April 29, 2020, the Absence of Acknowledgment of Truth and Responsibility of Facts and Conduct Section, of the Special Jurisdiction for Peace, decided to examine the processing of collective precautionary measures to protect the fundamental rights of the group of people who can appear before this tribunal. The decision admits the existence of a structural and systemic phenomenon related to the threats and deaths of those appearing before the Special Jurisdiction for Peace. This document seeks to analyze the most important aspects raised by this decision.

Keywords: Special Jurisdiction for Peace, Judicial protection, Precautionary measures, Collective precautionary measures.

* Profesor investigador de la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda; LLM (Adv.) en Derecho Internacional Público, Universidad de Leiden, Países Bajos. Correo de contacto: andres.sarmiento@usa.edu.co.

Apartes de la decisión

AUTO-057-2020 MC-FP-FARC

Bogotá D.C., 29 de abril de 2020.

Asunto: Avocar el trámite oficioso de medidas cautelares, vincular entidades y solicitar información.

Magistrada sustanciadora: Reinere Jaramillo Chaverra.

I. ASUNTO POR RESOLVER

La Sección de Primera Instancia para Casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (en adelante SARV) de la Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante, JEP) procede de oficio a avocar el trámite de medidas cautelares colectivas, con el fin de proteger los derechos fundamentales del grupo de comparecientes ante la JEP, mujeres y hombres de la Fuerza Pública y comparecientes de las antiguas FARC-EP, en situación de riesgo.

II. ANTECEDENTES

1. Entre el 13 de noviembre de 2016 y el 29 de marzo de 2020, se reportó la muerte de 193 excombatientes de las extintas FARC-EP, por presuntos hechos de violencia, sumados a amenazas y otras violaciones. El número de homicidios va en aumento desde 2016: 35 en el 2017, 64 en el 2018, 73 en el 2019 y 19 hasta el 29 de marzo de 2020¹.

2. Entre el 2017 y el 2019 se registró el mayor número de excombatientes muertos por homicidio. En Cauca y Nariño, alcanzan un 34%, mientras que en Antioquia, Caquetá, Norte de Santander y Putumayo, un 40%².

¹ Listado de asesinatos a los firmantes de la paz. Consejo Nacional de Reincorporación del componente FARC. Consultado 23/04/2020. Disponible en: <https://drive.google.com/file/d/1hNaSx2fqamWjjGjahX2-4wO6kzceg-TC/view>. Asesinatos a la paz. Disponible en: <https://partidofarc.com.co/farc/2020/04/23/asesinatos-a-la-paz/>

² ¿Qué hay detrás de los asesinatos de los excombatientes de las Farc? Posconflicto. «Semana tuvo acceso a un dramático informe de la Comisión de la Verdad que pone en evidencia la violencia contra los desmovilizados y entrega datos inéditos de la arremetida contra la Farc que deja 194 muertos». En Revista Semana. 4/10/2020. Disponible en:

3. En el marco del caso 001, que adelanta la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de Hechos y Conductas (en adelante Sala de Reconocimiento o SRVR) ante el riesgo extraordinario que arrojó el estudio de seguridad de 31 integrantes del Estado Mayor Central de las antiguas FARC-EP, sus familias y apoderados; ordenó el reforzamiento de medidas de protección de los comparecientes, a sus residencias, lugares de trabajo, ETCR, predios con proyectos productivos, sedes del partido político, «considerando la relación de esta garantía con sus derechos fundamentales a la vida, la integridad, la libertad, el debido proceso, las garantías de no repetición y el cumplimiento de su régimen de condicionalidad»³.

4. Con relación a los miembros de la Fuerza Pública, a la fecha 2663 personas han suscrito actas de sometimiento y compromiso con la JEP. Así mismo, ante la Sala de Reconocimiento, en el marco del caso 003, más del 90% de ese universo de comparecientes rinden cuentas, además, de la comparecencia en los macrocasos 002, 004, 005 y 006 y otras salas de justicia.

5. En la investigación del caso 003⁴ «se han identificado 4.439 víctimas de muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado entre 2002 y 2008», con un carácter nacional, y la priorización territorial de unidades militares con jurisdicción en los Departamentos de Antioquia, Casanare, Guajira, Huila, Meta, Norte de Santander y Cesar en «función al número de hechos, víctimas y del potencial ilustrativo de esas prácticas criminales». A la fecha, se han practicado más de 220 versiones voluntarias a ex miembros de la Fuerza Pública⁵.

6. En muchas de las versiones rendidas, los comparecientes de Fuerza Pública refieren casos de muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate, según información

<https://www.semana.com/nacion/articulo/que-hay-detras-de-los-asesinatos-de-los-excombatientes-de-las-farc/662409>

³ Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de Hechos y Conductas. Auto del 18 de marzo de 2020. Medidas de protección para los exintegrantes del Estado Mayor Central de la Antigua guerrilla de las FARC, comparecientes del caso 001. Párr. 28.

⁴ Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de Hechos y Conductas. Auto no. 005 de 2018. Caso 003. Avocar conocimiento del caso 003, a partir del Informe No. 5 presentado por la Fiscalía General de la Nación, denominado «Muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado».

⁵ Los grandes casos de la JEP. «03 muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate». Consultado el 22 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Especiales/casos/03.html>

revelada por medios de comunicación, se ha filtrado información de algunos testimonios que «[...] ponen en riesgo los más de 1.750 comparecientes [...]»⁶.

III. CONSIDERACIONES

33. Para tomar la decisión de avocar las medidas cautelares colectivas, la SARV procede a identificar los instrumentos y fundamentos jurídicos que determinan y delimitan el derecho aplicable a la actuación, para garantizar los derechos fundamentales de mujeres y hombres comparecientes de Fuerza Pública y excombatientes de las FARC-EP, teniendo en cuenta los requisitos que se deben cumplir en esta actuación sobre la situación de gravedad y urgencia por riesgo de daño irreparable.

1.1. FUNDAMENTOS Y COMPETENCIA PARA AVOCAR LAS MEDIDAS CAUTELARES

34. La Convención Americana de Derechos Humanos, vinculante para el Estado colombiano⁷ y en consecuencia para la JEP, entre las normas relacionadas con la garantía de los derechos fundamentales, dispone en el art. 2 el deber de adoptar medidas legislativas «[...] o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades reconocidos a toda persona sujeta a su jurisdicción [...]». Con relación a la protección judicial, el artículo 25 y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos (CorteIDH), prescribe que:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales⁸.

⁶ La JEP y el caso 003: muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del estado. En Revista Sur. 17 junio de 2019. By Albeiro Caro Leave a Comment. Disponible en:

<https://www.sur.org.co/la-jep-y-el-caso-003-muertes-ilegitimamente-presentadas-como-bajas-en-combate-por-agentes-del-estado/>

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-524 de 2005.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros v.s. Honduras. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 8 de octubre de 2015, Serie C, No. 30411.: «La Corte ha interpretado que el alcance de la obligación del Estado de proporcionar un recurso judicial, recogida en el texto del artículo 25 de la Convención, no se reduce a la mera existencia de tribunales o procedimientos formales, sino que el Estado debe, además, adoptar medidas

35. En el deber de promover la observancia y defensa de los derechos humanos⁹, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), conforme al artículo 25 de su Reglamento, puede solicitar la adopción de Medidas Cautelares, guarden o no conexidad con una petición o caso, cuando se relacionen con situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del Sistema Interamericano «[...]; para decidir, considerará la gravedad, la urgencia y el daño irreparable de la situación y la necesidad de proteger personas o grupos de personas, siempre que los beneficiarios puedan ser determinados o determinables por su pertenencia o vínculo a un grupo»; así como elementos identificativos, contexto, entre otros que estipula¹⁰.

36. Al resolver una solicitud de otorgamiento y adopción de medidas cautelares y al analizar los requisitos de gravedad, urgencia e irreparabilidad, la CIDH, reiteró que los hechos que motivan la solicitud, «no deben estar plenamente comprobados y que la información proporcionada debe ser apreciada desde una perspectiva *prima facie*»¹¹.

37. Sobre los condicionantes de gravedad y urgencia contenidos en el artículo 25 del Reglamento de la CIDH, tanto la Comisión como la CorteIDH, han insistido en el doble

positivas para garantizar que estos recursos sean efectivos para dirimir si ha habido una vulneración de derechos humanos y proporcionar la eventual reparación. En ese sentido, en los términos del citado artículo, es posible identificar dos obligaciones específicas del Estado. La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos». Ver párr. 232. En el mismo sentido: Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Fondo, Sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C, No. 63, párr. 237; Caso Wong Ho Wing vs. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 30 de junio de 2015, Serie C, No. 297, párr. 196; Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 25 de noviembre de 2015, Serie C, No. 309, párr. 239-240.

⁹ Carta de la Organización de los Estados Americanos. Art. 106.

¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Art. 25

¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución 47/2019. Decisión de Medida Cautelar No. 458-19. Miembros de la comunidad Guyraroká del Pueblo Indígena Guaraní Kaiowá respecto de Brasil. Del 29 de septiembre de 2019. Párr. 20. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2019/47-19MC458-19-BR.pdf>

carácter (cautelar y tutelar) de las medidas cautelares y provisionales. En su carácter tutelar, el propósito de las medidas es «evitar un daño irreparable y preservar el ejercicio de los derechos humanos» mientras que en su carácter cautelar pretenden¹²:

[...] preservar una situación jurídica mientras está siendo considerada por la CIDH. El carácter cautelar tiene por objeto y fin preservar los derechos en posible riesgo hasta tanto se resuelva la petición que se encuentra bajo conocimiento en el Sistema Interamericano. Su objeto y fin son los de asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo y, de esta manera, evitar que se lesionen los derechos alegados, situación que podría hacer inocua o desvirtuar el efecto útil (effet utile) de la decisión final. En tal sentido, las medidas cautelares o provisionales permiten que el Estado en cuestión pueda cumplir la decisión final y, de ser necesario, cumplir con las reparaciones ordenadas. Para los efectos de tomar una decisión, y de acuerdo con el artículo 25.2 de su Reglamento, la Comisión considera que:

a. La «gravedad de la situación» implica el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano;

b. La «urgencia de la situación» se determina por medio de la información aportada, indicando el riesgo o la amenaza que puedan ser inminentes y materializarse, requiriendo de esa manera una acción preventiva o tutelar;

c. El «daño irreparable» consiste en la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización.

38. Las medidas cautelares cuentan con amplio respaldo constitucional puesto que, «[d]esarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son instrumentos de naturaleza preventiva, dirigidos a proteger la integridad de un derecho, contribuyen a la igualdad procesal y garantizan de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso»¹³. [...]

42. La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de la JEP, Ley 1957 de 2019 (en adelante LEJEP o Ley Estatutaria), consagra una serie de previsiones dirigidas a garantizar la implementación del Acuerdo Final, entre ellas, artículo 2, disposiciones relativas a la protección de los derechos de las víctimas y de los comparecientes. En su artículo 6, dispone y autoriza al Estado para «adoptar los mecanismos de justicia y lograr la paz dentro del respeto a los parámetros establecidos en el derecho internacional, en especial el Derecho Internacional de los derechos humanos [...]» [...]

¹² Ver nota al pie. Párr. 19.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-379 de 2004.

47. En el artículo 28 la Ley Estatutaria ordena al Estado que garantice la verdad, justicia, reparación y no repetición por medios razonables a su alcance y que:

[e]n cualquier caso, el Estado debe garantizar la no repetición de los delitos cometidos respecto a la Unión Patriótica, así como los falsos positivos, ejecuciones extrajudiciales, homicidios en personas protegidas, interceptaciones ilegales, desaparición forzada y creación, promoción, apoyo, tolerancia de grupos civiles armados organizados con fines ilegales de cualquier tipo.

48. En este marco, la competencia de la JEP para adoptar medidas cautelares que protejan a individuos y colectivos que intervienen ante la jurisdicción responde a los objetivos del Sistema Integral, como son el deber de respeto y protección de los derechos humanos¹⁴ y la obligación de garantizar la verdad, justicia, reparación y no repetición¹⁵, así lo destacó la Corte Constitucional:

Esta Corporación encuentra que la protección de los procesados, víctimas, testigos e intervinientes en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz, tiene pleno sustento constitucional, tanto en el derecho primordial a la vida, a la integridad física y seguridad personal (art. 11 C.P.), que es el fundamento para la garantía de los demás derechos fundamentales, así como en los derechos fundamentales de las partes dentro de los procesos que se adelanten ante la JEP, particularmente el debido proceso (art. 29 C.P.), y los derechos de los testigos y de las víctimas del conflicto a ser protegidas (art. 250 C.P.), así como en la finalidad esencial de la justicia transicional de lograr la finalización del conflicto armado y la no repetición de hechos violentos para lograr la consolidación de una paz estable y duradera (art. 22 C.P.) y la máxima garantía posible de los derechos de las víctimas (Preámbulo y arts. 1, 2, 22, 67, 93, 95, 189, 218 C.P., entre otros; y, Actos Legislativos 01 y 02 de 2017)¹⁶. [...]

51. Para proteger a las víctimas y sujetos procesales (comparecientes), el artículo 22 de la Ley de Procedimiento de la JEP, establece que la Sala o Sección de conocimiento podrá, «[e]n todos los procesos que se adelanten ante la JEP, en cualquier estado del proceso, de oficio o por petición debidamente sustentada, (...) decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias relacionadas con situaciones de gravedad y urgencia», entre las cuales relaciona las siguientes:

1. Evitar daños irreparables a personas y colectivos.
2. Proteger y garantizar el acceso a la información que se encuentra en riesgo inminente de daño, destrucción y/o alteración.

¹⁴ Ley 1957 de 2019. Art. 27

¹⁵ Ley 1957 de 2019. Art. 28

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-080 de 2018.

3. Garantizar la efectividad de las decisiones.
4. La protección de las víctimas y el real restablecimiento de sus derechos.
5. Las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, su protección y el restablecimiento de sus derechos.

Estas medidas solo recaerán sobre los sujetos procesales de competencia de la JEP, sin perjuicio de los derechos de las víctimas, quienes tendrán prelación sobre los demás actores. La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento¹⁷. [...]

52. Con relación a las medidas cautelares de que trata esta providencia, se tiene en cuenta que, dada su naturaleza preventiva, es un asunto de competencia de la JEP, en cumplimiento del deber de garantía de los derechos fundamentales de los comparecientes, en ese sentido se avoca como:

- a. Un trámite de oficio de protección colectiva, dirigido al cumplimiento de los objetivos del SIVJRNR, sustentado en los principios de integralidad y transformación¹⁸ y las garantías de no repetición que caracterizan a la justicia transicional y restaurativa;

- b. Tiene por objeto emitir órdenes y recomendaciones que protejan los derechos fundamentales a la vida, seguridad personal e integridad de los comparecientes de la Fuerza Pública y de las antiguas FARC-EP y en consecuencia asegurar su participación efectiva en la JEP y en el Sistema Integral¹⁹;

- c. Se enfoca en examinar la situación victimizante frente a la garantía de los derechos fundamentales de los comparecientes en el marco del principio de seguridad humana; un componente del sistema de justicia que «[t]rasciende el ámbito de los casos particulares [...]» y que [c]omprende una transformación continua [...] ²⁰, conforme a los propósitos de la implementación del Acuerdo Final, consolidación de la paz y la reconciliación, por ende, con una finalidad propia y diferente a las que se adoptan por otras jurisdicciones. [...]

54. La Ley 1922 de 2018, en su artículo 23, consagra la competencia específica para proteger personas y **colectivos** que intervengan ante la jurisdicción al

¹⁷ Ley 1922 de 2018. Art. 22 (subrayado fuera de texto).

¹⁸ Beristain, Carlos Martín. Diálogos sobre la reparación. Ministerio de Justicia y derechos Humanos. Quito, Ecuador. 2009. Prólogo. p. 198.

¹⁹ Tribunal para la Paz. SRVR. Auto 175 de 2019. Párr. 137.

²⁰ Teitel, Ruti G. Justicia Transicional. Traducción de María José Viana Cleves. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2017. p. 510.

Disponer la protección de personas o **grupos de personas** que intervengan ante la JEP, siempre que el beneficiario o los beneficiarios puedan ser determinados o determinables, a través de su ubicación geográfica, o su pertenencia o vínculo a un grupo, pueblo, comunidad u organización.

55. Así mismo, la Ley 1957 de 2019, art. 19 le atribuye a la JEP la competencia para proteger a procesados, víctimas, testigos e intervinientes, función que no se limita a individuos, y la Ley 1922 de 2018, en su art. 18 establece que las medidas cautelares pueden **«evitar daños irreparables a personas y colectivos»**²¹.

56. Esta competencia se funda en la finalidad esencial de proteger los derechos humanos²² y el aporte de los comparecientes al SIVJRNR, pues un modelo de justicia restaurativa como el de la JEP «aboga por un proceso en el que la víctima y el victimario, y cuando lo amerite, la comunidad o los terceros afectados por el delito, participen de manera conjunta y activa en la resolución de los conflictos derivados de la comisión de dicho delito», así lo asegura la Sección de Apelación cuando asegura que²³:

Para reencontrar unos y otros el valor intrínseco de la vida que es la dignidad, la justicia transicional y el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición asumen que la verdad sobre lo sucedido y sus responsables es un objetivo prevalente y superior al castigo retributivo. Contribuir con la verdad de los hechos, del cómo, por qué y quién tomó decisiones incorrectas y acciones destructivas, tiene en las víctimas y en los infractores, unas y otros deseos de reconstruir sus vidas, un efecto reparador. Los jueces transicionales son solo un medio para ello, y su función debe combinar el conocimiento jurídico con sensibilidad y empatía hacia las víctimas²⁴. [...]

59. En virtud de esta función, el colectivo de comparecientes tiene un papel esencial en el SIVJRNR, materializado en la suscripción de un acta de compromiso²⁵ que les exige el cumplimiento de obligaciones derivadas del régimen de condicionalidad, pero también los hace destinatarios de medidas de protección como intervinientes ante la JEP, se encuentren o no, vinculados formalmente a un caso en particular.

²¹ Ley 1922 de 2018. Art. 21.1. (negrilla y subrayado fuera de texto)

²² Ley 1957 de 2019. Art. 27.

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-080 de 2018.

²⁴ Tribunal para La Paz. Sección de Apelación. Auto TP-SA 068 de 2018.

²⁵ Tribunal para La Paz Sección de Apelación. Auto TP-SA N.º 015 de 2018. En igual sentido: Tribunal para La Paz. Sección de Apelación. Auto TP-SA 039 de 2018 y Auto 040 de 2018.

60. Las personas comparecientes ante la JEP adquieren derechos y obligaciones ante el Sistema Integral, un lugar fundamental le corresponde a la verdad²⁶, la garantía de la no repetición y el deber de no volver a las armas²⁷, los cuales se complementan con la restitución plena de la ciudadanía y la participación democrática, que solo es posible si se garantiza el libre ejercicio de sus derechos fundamentales y no ser víctimas de una violencia que decidieron abandonar.

61. Hasta el momento, la JEP ha enfocado la adopción de las medidas cautelares en la protección de personas individualizadas, lo cual es necesario pero insuficiente, pues la comparecencia responde a un régimen de condicionalidad que engloba y compromete al SIVJRNR con la construcción de paz y la reconciliación.

62. Por lo anterior, las medidas cautelares son una oportunidad para materializar el perfil restaurativo del trabajo de la Jurisdicción²⁸. En ese sentido, debe evaluarse la necesidad de adoptar la protección colectiva de quienes hicieron parte de la Fuerza Pública y de las antiguas FARC-EP, de lo contrario no solo se afectan gravemente sus derechos humanos, sino que se pone en riesgo el SIVJRNR, pues el rol de los comparecientes es esencial para el modelo de justicia restaurativa que desarrolla la JEP y su protección forma parte de la garantía de sus derechos²⁹.

63. Conforme al artículo 23 de la Ley de Procedimiento de la JEP, las medidas cautelares deben «tener relación necesaria con la protección de los derechos de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición» y pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o suspensivas. En ese sentido, dispone que las Salas o Secciones decretarán las medidas que consideren pertinentes y adecuadas para proteger personas determinadas o determinables, con obligación de seguimiento e imposición de sanciones en caso de incumplimiento³⁰.

64. En su esfuerzo por construir una verdad judicial extensa y profunda, la JEP responde a la jurisprudencia nacional que entiende el esclarecimiento de los hechos del

²⁶ Tribunal para la Paz. SARV-Auto. AT-011 de 2020. Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado - MOVICE: «En su esfuerzo por construir una verdad judicial extensa y profunda, la JEP responde a la jurisprudencia nacional que entiende el esclarecimiento de los hechos del conflicto como un fin en sí mismo pero, a la vez, como una medida de reparación de las víctimas que tiene la vocación de prevenir la repetición de las conductas violatorias de sus derechos». Párr. 23

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-674 de 2017.

²⁸ Tribunal para la Paz. SARV. Auto AT-11 de 2019. Párr. 37.

²⁹ Tribunal para la Paz. Sección de Apelación. Auto TP-SA 068 de 2018.

³⁰ Ley 1922 de 2018. Art. 25.

conflicto como un fin en sí mismo y como una medida de reparación de las víctimas con vocación de prevenir la repetición de las conductas violatorias de sus derechos y de la violencia en el país.

65. Así mismo, el Juez por su carácter constitucional, puede proceder de oficio cuando advierte que la vulneración o amenaza para los derechos fundamentales persiste, como en este caso, que las medidas de protección individual resultan insuficientes para impedir que el ciclo de violencias continúe con el riesgo inminente de daños irreparables³¹, de forma tal, que el Juez, si lo considera necesario proceda a acopiar «[l]os elementos que le permitan comprender a cabalidad cuál es la situación [...]»³².

66. Ante ese escenario, las medidas cautelares de tipo colectivo pueden contribuir a la solución con respuestas estructurales e integrales, en la medida en que las garantías de los derechos fundamentales reclaman ser aplicadas en su interdependencia, indivisibilidad y progresividad³³, junto al principio transformador que caracteriza a la justicia de transición y que obliga a la JEP a desarrollar en sus decisiones el paradigma restaurativo. En la SARV existen decisiones precedentes sobre la necesidad de adoptar medidas colectivas, cuando se valora que las de protección personal son insuficientes³⁴.

67. Con relación a la aplicación de medidas cautelares en *sentido colectivo*, también, se trae a colación la experiencia de la Sala de Reconocimiento, que para asegurar que comunidades víctimas pudieran continuar su participación en la Jurisdicción, señaló que: «las funciones y tipos de actividades [de la JEP] en todo momento se combinan y alternan con el fin de progresivamente alcanzar verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición»³⁵ y que su labor de:

³¹ Tribunal para la Paz. SARV-M.C. 002 de 2018, Autos AT-076 y AT-107 de 2019. «Adoptó de manera oficiosa una medida cautelar orientada a proteger cuerpos esqueletizados ubicados en el laboratorio de osteología de la Universidad de Antioquia».

³² Corte Constitucional. Sentencia SU 108 de 2018. Párr. 6.

³³ Corte Constitucional. Sentencia C-753 de 2013. «el alcance del principio de progresividad... [n]o puede servir de base para relevar al Estado de la obligación de adoptar medidas inmediatas para la protección del derecho, evitar que se impongan discriminaciones injustificadas para su goce efectivo, ni tampoco, como se explicará más adelante, negar el carácter interdependiente e indivisible de los derechos». (subrayado fuera de texto). Disponible en:

³⁴ Tribunal para la Paz. SARV-M.C. 002 de 2018, Autos AT-076 y AT-107 de 2019. «Adoptó de manera oficiosa una medida cautelar orientada a proteger cuerpos esqueletizados ubicados en el laboratorio de osteología de la Universidad de Antioquia».

³⁵ Tribunal para la Paz. Sección de Apelación. Sentencia interpretativa TP-SA-SENIT de 2019. «Sobre beneficios provisionales, régimen de condicionalidad y participación de

[...] administración de justicia debe orientarse hacia la acción sin daño, (...) [l]o cual se traduce, al menos en parte, en que la configuración sustancial, pero también procedimental de la Jurisdicción, debe servir para neutralizar cualquier asomo de revictimización. De manera que la JEP tiene más que un deber de abstención, que se logra con políticas de precaución y respeto. Le corresponde, igualmente, un mandato de acción, para lo cual debe diseñar y ejecutar mecanismos judiciales destinados a la protección y garantía de los derechos de las víctimas. Durante su paso por la JEP, estas personas corren el riesgo de sufrir nuevos vejámenes. Maltratos que pueden tener origen en sus presuntos agresores [...]»³⁶.

1.2. LA MEDIDA CAUTELAR: GARANTÍA DE SEGURIDAD INTEGRAL

68. La Corte Constitucional para dar alcance al contenido de la noción de seguridad, ha reiterado que la seguridad tiene una triple connotación jurídica: como valor constitucional, derecho colectivo y derecho fundamental, dada su relevancia para este trámite, se transcriben a continuación³⁷.

El carácter de valor constitucional se colige del preámbulo de la Constitución, al indicar que fue voluntad del pueblo soberano asegurar la vida, la convivencia y la paz, y del artículo 2º, según el cual las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades. De esta manera, ha estimado que la seguridad se constituye en uno de los puntos cardinales del orden público, en tanto garantía de las condiciones necesarias para el ejercicio de todos los derechos y libertades fundamentales por parte de las personas que habitan el territorio nacional

También, ha precisado que la seguridad es un derecho colectivo, es decir, un derecho que asiste en forma general a todos los miembros de la sociedad, quienes se pueden ver afectados por circunstancias que pongan en riesgo bienes jurídicos colectivos tan importantes para el conglomerado social, como el patrimonio público, el espacio público, la seguridad y salubridad públicas, la moral administrativa, el medio ambiente o la libre competencia económica (Art. 88, C. P.).

Finalmente, ha considerado la seguridad como derecho individual, en la medida en que es aquél que faculta a las personas para recibir protección adecuada por parte de las autoridades, cuandoquiera que estén expuestas a [amenazas] que no tienen

víctimas». Rad. 2018335008002. Párr. 16.

³⁶ Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Caso 004. Auto 175 de 2019 (subrayado fuera de texto).

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-078 de 2013.

el deber jurídico de tolerar, por rebasar éstos los niveles soportables de peligro implícitos en la vida en sociedad; en esa medida el derecho a la seguridad constituye una manifestación del principio de igualdad ante las cargas públicas, materializa las finalidades más básicas asignadas a las autoridades del Constituyente, garantiza la protección de los derechos fundamentales de los más vulnerables, discriminados y perseguidos, y manifiesta la primacía del principio de equidad.

69. Entre los compromisos asumidos por el Estado en el Acuerdo Final, para terminar el conflicto y construir la paz, dirigidos a garantizar la seguridad, en el inciso 2.1.2 del punto 2 sobre «Participación política: apertura democrática para construir la paz», se acordó un Sistema Integral de Seguridad para el Ejercicio de la Política como un marco de garantías de los derechos y libertades y busca asegurar la promoción y protección de la persona, el respeto por la vida y la libertad de pensamiento y opinión [...]»³⁸.

70. El sistema de seguridad se previó integrado por los siguientes elementos: a) de adecuación normativa e institucional a través de una instancia de alto nivel dependiente de la Presidencia de la República, articulado con la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía y la Procuraduría, que entre otros fines fortalezca la capacidad investigativa y de judicialización para quienes ejercen la política; b) de prevención a través de un sistema de alertas tempranas; c) «de protección encargado de elaborar un programa de protección especializada para las personas integrantes del nuevo movimiento político que surja del tránsito de las FARC-EP a la actividad política legal»; d) de evaluación y seguimiento, que debería incluir información específica sobre los riesgos y amenazas contra la participación y representación política, social y comunitaria de las mujeres, entre otros aspectos relevantes³⁹.

71. El Acuerdo Final en el punto 3, estableció garantías de seguridad para quienes participan en su implementación y la construcción de la paz, que sean víctimas de atentados contra su vida e integridad. Entre ellas, creó la *Comisión Nacional de Garantías de Seguridad*, que es un mecanismo de seguimiento a la política pública, consistente en el desmantelamiento de organizaciones sucesoras del paramilitarismo y de sus redes de apoyo; además, la *Unidad Especial de Investigación para el Desmantelamiento de Organizaciones y Conductas Criminales responsables de homicidios y masacres*, de la FGN; de la integración de un cuerpo elite en la Policía Nacional; de un sistema integral de medidas de protección y seguridad personal y colectiva; y otros instrumentos que conforman el sistema⁴⁰. [...].

³⁸ Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. La Habana, 12 de noviembre de 2016. p. 38, punto 2, inciso 2.1.2.

³⁹ Ver Nota al pie 84. Punto 2, inciso 2.1.2.1. pp. 39 y 40.

⁴⁰ Ver nota al pie 84. Punto 3 del Acuerdo Final

78. Esta Sección reitera que la decisión de avocar la presente medida de protección colectiva tiene un carácter complementario, por tanto, no limita ni excluye la continuidad de las medidas cautelares a cargo de las demás Salas y Secciones, en el marco de los trámites y casos que tengan para su conocimiento. En cumplimiento de sus funciones los despachos tienen la obligación de continuar ordenando las medidas de protección que consideren oportunas frente a las situaciones concretas que se presenten.

79. El examen de las diversas fuentes aportadas a este trámite, evidencia, *prima facie*, la existencia de un fenómeno estructural y sistémico, que desborda el examen del caso a caso, de las medidas de protección adoptadas por la JEP, tanto para comparecientes de la Fuerza Pública como de las antiguas FARC-EP.

1.3. ANÁLISIS INICIAL DE GRAVEDAD Y URGENCIA

• *Sobre la gravedad*

80. El registro del homicidio de 193 personas comparecientes de las antiguas FARC-EP y las amenazas continuas a estos; el resultado del estudio de seguridad efectuado por la UIA, presentado a la Sala de Reconocimiento, que concluye la alta vulnerabilidad por su condición de población en proceso de reincorporación y el riesgo extraordinario que afrontan los excombatientes del Estado Mayor Central de las antiguas FARC-EP, sumado a otras condiciones de inseguridad personal de otros comparecientes que se conoce en la JEP, denota la gravedad de la situación que emerge del contexto.

81. Las amenazas y los homicidios sucesivos contra excombatientes afectan sus derechos fundamentales a la vida, integridad, seguridad y reincorporación; pero también ponen en riesgo la posibilidad de conocer de forma completa y exhaustiva la verdad con la que se han comprometido ante el SIVJRNR. Además, la muerte de cada persona debilita la confianza en la realización del derecho fundamental a la paz, la consolidación de la democracia, la confianza cívica en las instituciones deja la verdad de los hechos en los sepulcros e impide el cumplimiento del punto de víctimas del Acuerdo Final y los fines de la justicia transicional y restaurativa.

82. Respecto a la Fuerza Pública, se conoce la solicitud de medidas de protección de 16 comparecientes que podrían verse expuestos a graves riesgos para la vida, integridad, seguridad personal, así como el peligro para la comparecencia y el aporte a la verdad del conflicto armado. Basta con citar que se han rendido más de 220 versiones voluntarias en el marco del caso 003, y el impacto que genera el aporte temprano a la verdad plena, sobre

ejecuciones extrajudiciales y posteriores inhumaciones en el cementerio Las Mercedes de Dabeiba, Antioquia⁴¹.

83. Este compromiso con la verdad implica que los miembros de la Fuerza Pública que aportan verdad de manera completa y exhaustiva en su comparecencia ante la JEP se ven expuestos a situaciones que amenazan sus derechos fundamentales a la vida, integridad y seguridad.

• *Sobre la urgencia*

84. En los Antecedentes de esta decisión existe amplia y suficiente información que fundamenta la magnitud de los hechos de violencia que afectan de forma continua los derechos fundamentales de los comparecientes de Fuerza Pública y de las extintas FARC-EP, quienes se encuentran en circunstancias que reflejan la compleja situación de seguridad que afrontan en un contexto del surgimiento de nuevos focos de violencia y fuentes de riesgo en el país. [...]

86. Aunque existen medidas de protección personales que se han otorgado a algunos de los miembros de las antiguas FARC-EP, los riesgos continúan alcanzando el nivel de extraordinarios, sin que, haya sido posible detener el fenómeno. Esta situación también amenaza a comparecientes de la Fuerza Pública en condiciones de inseguridad, quienes han solicitado medidas de protección por el temor de perder la vida. [...]

89. La decisión de avocar el conocimiento de este asunto no da espera, pues cada día se agudiza más el riesgo para la vida de las personas y los comparecientes. En consecuencia la SARV conforme a los parámetros que le imponen los marcos de referencia de aplicación de la justicia restaurativa, observa, y considera necesario verificar la forma como alrededor de la seguridad integral se articulan y combinan las instituciones encargadas de protegerlos; así como su efecto en los mecanismos y medidas de justicia transicional frente a: [l]os objetivos deseados de evitar la repetición, la reinstauración o el surgimiento del horror...]⁴², al garantizar el derecho a la seguridad conforme a los objetivos previstos por el SIVJNR. [...]

⁴¹ Revista Semana. La JEP ha exhumado 54 cuerpos en cementerio de Dabeiba. El organismo de justicia transicional adelanta investigaciones sobre personas sepultadas que habrían sido víctimas de ejecuciones extrajudiciales. Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/la-jep-recupero-otros-37-cuerpos-en-cementerio-de-dabeiba-i-semana-noticias/652829>.

⁴² Olsen, Tricia D. Justicia transicional en equilibrio: comparación de procesos, sopeso de su eficacia. Tricia D. Olsen, Leigh A. Payne, Andrew G. Reiter. Bogotá. Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2016. Prólogo.

92. Esa situación exige para el juez en su condición de garante, un estudio global a fin de identificar la gravedad y urgencia, en el marco del cumplimiento de las obligaciones adquiridas y sobre el tratamiento equilibrado, simultáneo y simétrico que se debe aplicar a quienes deben rendir cuentas ante la JEP. Existen obligaciones constitucionales y legales de protección urgentes cuando la vida de los comparecientes, su integridad física o libertad están en riesgo grave.

93. Teniendo en cuenta lo expuesto, la Sección concluye que la información, valorada en el contexto de la situación fáctica fundamentada, es suficiente para considerar a primera vista desde el estándar que se exige legalmente, que los derechos a la vida e integridad y seguridad de los comparecientes se encuentran frente a graves amenazas de daño irreparable que ameritan su conocimiento.

1.4. SOBRE EL SENTIDO DE LA DECISIÓN

94. Teniendo en cuenta que la responsabilidad de proteger la vida, integridad y seguridad personal de mujeres y hombres comparecientes de la Fuerza Pública y de las antiguas FARC-EP expuestos a graves riesgos, compromete a distintas entidades estatales, conforme a sus competencias, la Sección procederá a vincular y solicitar información a las entidades que pueden ser afectadas con las decisiones que se adopten y la solicitud de información a algunas instancias de la JEP, como se presentan a continuación [...]

En mérito de lo expuesto, la Sección de Primera Instancia para Casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de la Jurisdicción Especial para la Paz.

RESUELVE

PRIMERO.- AVOCAR de oficio el trámite de una medida cautelar colectiva con relación a la protección integral de comparecientes de la Fuerza Pública y de las antiguas FARC-EP.

SEGUNDO.- VINCULAR y SOLICITAR INFORMACIÓN a las instituciones mencionadas a continuación, para que en el término de veinte (20) días, suministren la información requerida en los párrafos del acápite de las Consideraciones correspondientes al numeral 3.4. de este auto: [...]

QUINTO.- COMUNICAR la presente decisión a la Procuraduría Delegada con Funciones de Coordinación de Intervención para la Jurisdicción Especial para la Paz, con el propósito de que actúe en representación del Ministerio Público.

Comentario

Introducción.

En el auto mediante el cual la Sección de Primera Instancia para Casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, decide avocar el trámite de una medida cautelar colectiva, aborda diversos aspectos. Estos pueden ser clasificados en dos grandes grupos: Por una parte, aquellos que guardan relación con cuestiones que tienen una incidencia a nivel interno; concretamente, la función judicial de la Jurisdicción Especial para la Paz, el trámite de medidas cautelares y las condiciones para que estas sean otorgadas. Por otra parte, obligaciones internacionales del Estado; concretamente, en materia de derechos humanos a partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación, se analiza estos aspectos como los más importantes del auto proferido por la Sección de Primera Instancia para Casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad. También, se presentaran algunas reflexiones finales con el propósito de fomentar futuras discusiones académicas sobre los que serán abordados.

La función judicial de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Según los términos del Acuerdo de Paz, la Jurisdicción Especial para la Paz hace parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición. Su función está encaminada a la administración de justicia, concretamente la investigación, esclarecimiento, persecución y sanción de las graves violaciones a derechos humanos y las graves infracciones a los derechos humanos.

A su vez, en lo relativo a las garantías de seguridad para la implementación del Acuerdo de Paz, el punto 3.4.3. de este instrumento hace referencia a la Comisión Nacional de Garantías de Seguridad, la cual tiene por objeto

«[...] el diseño y hacer el seguimiento de la política pública y criminal en materia de desmantelamiento de cualquier organización o conductas de que trata este acuerdo que amenacen la implementación de los acuerdos y la construcción de la paz».

De esta manera, en principio la función judicial de la Jurisdicción Especial para la Paz parecería no poder extenderse hacia aspectos o temáticas en los cuales el mismo Acuerdo de Paz concibió la creación de una institución encargada de los aspectos relativos a las garantías de seguridad. Toda decisión que adopte la Jurisdicción Especial para la Paz debe limitarse a lo estrictamente necesario para el cumplimiento de su función judicial, sin que ello implique una apropiación de tareas propias de otros órganos.

Este aspecto relativo a la función judicial de la Jurisdicción Especial para la Paz, en relación con situaciones de carácter estructural relativas a la seguridad, no puede ser considerado como un asunto aceptado de manera pacífica. Al respecto, vale la pena hacer referencia al salvamento de voto anexo por el magistrado de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Iván González Amado, en el Auto 159 mediante el cual fueron decretadas medidas cautelares en favor de las comunidades habitantes del pueblo indígena del Alto Guayabal y las Zonas Humanitarias y Zonas de Biodiversidad de las cuencas de los ríos Juguamiandó y Curbaradó. Los aspectos señalados en su salvamento de voto, condensan de manera clara las objeciones y dificultades que plantea el otorgamiento de medidas cautelares con el fin de remediar situaciones de carácter estructural.

En este asunto, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas decidió decretar medidas cautelares, a pesar de que tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional y el Juzgado Civil de Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Quibdó habían ordenado medidas cautelares. Por cuenta de esta situación, señaló en su decisión que:

[...] las órdenes que se emiten en esta providencia de la JEP tienen un objetivo y finalidad distinto, se plantean en un contexto diferente, aplicando un nuevo marco

de justicia transicional, y a partir de competencias específicas determinadas por la Constitución Política. Su objetivo y finalidad es proteger la vida y seguridad de las personas y comunidades que ya han acudido ante esta jurisdicción, para que puedan participar o continuar sin obstáculos su participación ante la JEP, a fin de garantizar plenamente los derechos a la justicia, verdad, reparación y no repetición.

A la luz de lo anterior y considerando la grave la situación de seguridad que históricamente han vivido las personas que habitan en la zona, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas no limitó sus órdenes hacia el desarrollo de acciones positivas que garanticen la vida, integridad física y libertad personal de los habitantes de la zona. También incluyó (i) la señalización humanitaria en las poblaciones mediante vallas, emblemas, banderas o carteles con mensajes alusivos a la defensa de los derechos humanos, (ii) el desarrollo de campañas a favor de la paz y reconciliación en los municipios objeto de la decisión.

En relación con lo decidido por la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, el magistrado González Amado señaló que a pesar de:

[...] [compartir] la preocupación de la Sala por la situación de carencias y afectación a los derechos humanos de los pobladores y región. Mencionados, así como la necesidad de que se brinden soluciones efectivas y adecuadas a una problemática –compleja y estructural– que disminuye el legítimo goce de los derechos de los integrantes de estas comunidades; sin embargo disiento de la posición adoptada por la mayoría que considera que la Jurisdicción Especial para la Paz, por medio del procedimiento previsto para el otorgamiento de medidas cautelares, es la competente para dar respuesta a las necesidades estructurales que en materia de protección de los derechos humanos tienen quienes viven en estas zonas del país, y que son consecuencia tanto del conflicto armado que han tenido que soportar como de la ausencia histórica del Estado.

En razón a lo anterior, se afirma que las medidas resultan contrarias al alcance que deben tener las medidas cautelares otorgadas en un proceso judicial, además de constituir una violación al principio de división de poderes por suponer injerencias indebidas en las competencias de otras instituciones del Estado. Respecto del primero de estos aspectos, el magistrado indica que

en consideración al contenido y al alcance que el artículo 23 de las Reglas de Procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz (Ley 1922 de 2018) establece para las medidas cautelares, están encaminadas únicamente a solucionar aquellas situaciones especialmente graves que afectan o puedan llegar a afectar la participación de algunas personas en el proceso ante la JEP. Por esta razón, considera:

[...] la Jurisdicción Especial para la Paz se aparta de sus deberes constitucionales y legales, desborda su competencia como órgano jurisdiccional y persigue, sin estar en su resorte, el remedio a situaciones de discriminación y vulneración estructural de derechos de las comunidades solicitantes. [...] no puede arrogarse competencias para dirigir el Estado colombiano en general, por más de que sus objetivos de protección de derechos sean los más loables. Las crisis estructurales y las violaciones masivas a los derechos humanos deben ser una preocupación que comparta todo el Estado, pero su superación está a cargo de las distintas entidades según sus competencias constitucionales y legales. [...] no le corresponde a la JEP a defensa en general de todos los derechos de los ciudadanos, ni siquiera de los derechos en abstracto de las víctimas del conflicto armado, como parece insinuarlo la providencia de la que me aparto.

Estos apartes de las consideraciones hechas en el proveído sintetizan, en buena medida, los aspectos que el otorgamiento de medidas de carácter estructural presenta para la JEP desde una perspectiva de su función judicial. Así, precisamente, desde ese ángulo es pertinente preguntarse si las medidas cautelares constituyen el mecanismo adecuado para enfrentar y remediar situaciones de carácter estructural. Incluso, la misma razón de ser y el mandato otorgado a la JEP también conducirían a preguntar si parte de su función judicial incluye el remediar las situaciones de carácter estructural que guarden relación con el conflicto armado.

Ahora bien, es indispensable analizar la providencia adoptada por la Sección de Primera Instancia para Casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, a partir de las consideraciones que motivaron su pronunciamiento: la necesidad de asegurar la presencia de los comparecientes ante la JEP, especialmente quienes cometieron los crímenes y cuyo relato es fundamental para la construcción de la verdad que las víctimas buscan.

Por consiguiente, se considera que la adopción de una medida de carácter estructural no parece rebasar su función judicial, considerando los sujetos a los que va dirigida y las razones que motivan la decisión de avocar conocimiento de la misma.

El trámite de medidas cautelares y las condiciones para que estas sean ordenadas.

La facultad para ordenar medidas cautelares encuentra su fundamento en el artículo 17 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de la Jurisdicción Especial para la Paz. Esta norma otorga una amplia facultad al tribunal para adoptar las cautelas adecuadas y necesarias de conformidad con la respectiva ley de procedimiento, con el fin de proteger *inter alia* los derechos de los procesados e intervinientes ante ella. En desarrollo de esta potestad, la norma que estableció las Reglas de Procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz (Ley 1922 de 2018), indica que cualquier sala o sección del tribunal puede ordenar medidas cautelares con el fin de evitar daños irreparables a personas y colectivos.

Además de la necesidad de demostrar el cumplimiento de los criterios de gravedad, urgencia y daño irreparable que supone el otorgamiento de medidas cautelares, en lo relativo a la necesidad de evitar daños irreparables a colectivos de personas también resulta necesario que este grupo de personas pueda ser determinado o determinable. En relación con estos criterios, se quiere resaltar que aun cuando el grupo de beneficiarios de las medidas cautelares es determinable, el análisis en relación con la configuración de los criterios de gravedad, urgencia y daño irreparable, puede eventualmente resultar problemático.

En la adopción de medidas frente a este tipo de grupos, el análisis de los criterios se hace a partir de la información de carácter general disponible. De esta manera, bien puede ocurrir que no todo el grupo de personas se encuentre en una situación de gravedad y urgencia. En ese sentido, es posible llamar la atención sobre la necesidad de un análisis sectorizado (e. g. zonas

geográficas) o por grupos más específicos de comparecientes, en tanto la gravedad, la urgencia y el daño irreparable pueden no llegar a configurarse en relación con algunas de las personas que componen el universo de comparecientes ante la Jurisdicción Especial para la Paz. Este es un punto importante en tanto puede llevar a que no resultara necesaria la adopción de medidas de carácter estructural.

La Jurisdicción Especial para la Paz y las obligaciones en materia de derechos humanos.

Uno de los aspectos más interesantes en relación con el Auto 057 de la Sección de Primera Instancia para Casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, se encuentra en el fundamento dado para avocar conocimiento de la situación y ordenar la adopción de medidas cautelares de carácter estructural. Así, el primer fundamento normativo al cual hace referencia es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente el artículo 25 que consagra el derecho a la protección judicial. Esta es una cuestión fundamental, en tanto la misma Sección de Primera Instancia parece querer mostrar que las medidas cautelares pueden presentarse como el recurso adecuado y efectivo, para la protección de la vida e integridad de los comparecientes ante la Jurisdicción Especial para la Paz.

De hecho, es esta referencia al artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que también lleva a la Sección de Primera Instancia, a adoptar una postura análoga a la de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en relación con la finalidad de las medidas cautelares. Así, las mismas no tienen un carácter exclusivamente cautelar. También incluyen uno de carácter tutelar. De esta manera, las medidas cautelares que ordene la Jurisdicción Especial para la Paz, no se limitarán a asegurar la integridad y efectividad de una posterior decisión de fondo. Así mismo, tendrán por objeto evitar un daño irreparable y preservar el ejercicio de los derechos de los comparecientes.

Quijano, Arturo A. (2021). *Ensayo sobre la Evolución del Derecho Penal en Colombia. Derecho Nacional*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. Estudio preliminar de C. A. Gálvez Argote & C. A. Gálvez Bermúdez

*Fernando Velásquez Velásquez**

Ciento veintidós años después de la aparición de la segunda edición vuelve a aparecer la obra de Arturo A. Quijano que, en su momento, se constituyó en la tesis doctoral en jurisprudencia que su autor defendió el 28 de noviembre de 1898 en la Universidad Republicana de Colombia (que después, hacia 1913, desaparecería para dar lugar a la actual Universidad Libre); una obra única en su especie mediante la cual su autor pretende hacer un estudio sobre la evolución del derecho penal en Colombia, yendo desde el derecho indígena hasta 1858 y con una apéndice del derecho positivo nacional –no de la legislación de cada uno de los Estados, hasta que nace la República en 1886– que llega hasta 1898.

El trabajo está dividido de la siguiente manera: las primeras 83 páginas (pp. 15-98) contienen un «Estudio Preliminar» que los profesores Carlos Augusto Gálvez Argote y Carlos Augusto Gálvez Bermúdez hacen del texto; después, aparece el «Ensayo» propiamente tal que hace Quijano con la presentación de su trabajo, fechado en diciembre de 1898 (pp. 105-115) y sus tres partes: la primera, destinada al derecho indígena (pp. 117-160); la segunda dedicada al derecho español (pp. 161-216); y, para concluir, la tercera que se reserva al derecho colombiano (pp. 217-318). Al final, se consigna el «Apéndice» donde el autor hace el recuento normativo entre 1858 y 1898

* Director del Departamento de Derecho Penal de la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda; profesor de la misma casa de estudios. Correo de contacto: fernando.velasquez@usa.edu.co

(pp. 319-325) y los cuadros sobre las estadísticas criminales entre 1834 y 1853 (pp. 327-336).

Sin embargo, se debe precisar que fuera del Estudio Preliminar rubricado por los dos profesores, ellos introducen al texto una fotografía del autor (p. 7), un facsímil de la portada de la primera edición (p. 9) y, en los «Anexos» (véanse pp. 337-372), rescatan diversas fotografías del autor y facsímiles de las carátulas de algunas de sus obras más destacadas, incluida la foto de la segunda edición que –como la primera– estuvo a cargo de la Imprenta y Librería de Medardo Rivas, que es la reproducida en esta oportunidad (p. 349). Además, los dos académicos introducen 132 extensas notas explicativas de su propia cosecha al pie de la página, en negrillas, que se distinguen de las puestas por Quijano al texto y que, como es obvio, posibilitan que el lector de hoy entienda el texto en su contexto como diría el profesor Nodier Agudelo Betancur.

Desde luego, el lector encontrará una producción académica cuya edición en términos generales es relativamente bien cuidada y lograda, con la cual –si es aficionado a las búsquedas históricas– podrá deleitarse y rescatar para el debate, el luminoso estudio preliminar y las valiosísimas notas puestas al pie por los recopiladores. Un trabajo paciente que ha costado muchos años de búsquedas y reflexiones, erizado de dificultades porque aquí no somos disciplinados a la hora de preservar las fuentes; una labor admirable, propia de los monasterios y de sus ocupantes, especialmente de los monjes benedictinos del siglo XIV (recuérdese la maravillosa obra de Humberto Eco: «El nombre de la Rosa») quienes eran eximios conservadores de la cultura. La diferencia es que aquí se está ante la obra de dos profesores nacionales de derecho penal y de filosofía que se han dado a la quijotada de rescatar la historia del derecho penal nacional y a sus cultores y, como es obvio, quieren hacer –y lo logran!– un magnífico aporte al saber.

Por eso, tanto en el Estudio Preliminar como en las notas –acompañados de infinitas fuentes– los profesores Gálvez Argote y Gálvez Bermúdez, empiezan por hacer muy importantes precisiones de tipo histórico, luego

de quejarse del evidente abandono por parte de los estudiosos del derecho penal en torno al estudio de la historia de esta disciplina y del propio derecho positivo; cosa que, advierten, no es nueva porque ya en la obra de Antonio José Uribe –rescatada de los anaqueles polvorientos por el propio Profesor Gálvez Argote, quien también la publicó con un estudio preliminar de su autoría en la colección «Forjadores del Derecho Penal Colombiano» dirigida por él y de la cual esta obra es el segundo volumen– que data de 1890, se llama la atención sobre ello y el propio director de la serie en múltiples oportunidades ha clamado por la necesidad de volver nuestros ojos sobre la historia para evaluar y entender lo que hoy tenemos.

Ya el propio Quijano, en su presentación denominada «Nuestro Trabajo» se quejaba de ello al expresar: «Entre nosotros se estudia asiduamente el Derecho y la Historia francesa, hasta en los más mínimos detalles, mientras que nuestra Historia y nuestro Derecho son casi un misterio» (p. 108). Y esa afirmación, puesta en el contexto actual, se puede retomar para decir que nos preocupamos más por los más mínimos detalles de las fuentes y la historia alemanas, italianas o españolas, que por las nuestras; hoy hay un descuido manifiesto, si se quiere olímpico, de nuestras raíces. Y esa, itérese, ha sido la constante a lo largo de todo nuestro devenir en estas materias.

Ahora bien, para que se puedan precisar los alcances de este magnífico trabajo, empíese por el develamiento en torno al hecho de que el libro fue objeto de dos ediciones en 1898 (una en noviembre y otra en diciembre) un dato que no era conocido por la doctrina nacional que aseguraba, a pie juntillas, que solo existía una a la que se denominó como la primera; así mismo, tampoco es cierto que el texto hubiese sido publicado por la Universidad Republicana como –con mucha ligereza– aseguran algunos, mientras que otros le cambian el título y el nombre a la misma editorial que hizo las publicaciones. Así mismo, hay otra precisión muy importante que hacen los dos estudiosos cuando resaltan que el título del libro se suele citar incompleto olvidando que el autor le añadió lo de «Derecho Nacional», para resaltar que su ensayo no estaba referido al derecho penal de los Estados Federados.

Otro tanto debe decirse en torno a la necesaria claridad en torno al segundo apellido de Quijano que, de forma harto equivocada, parte de la doctrina nacional entendió como «Otero» –incluidos los textos de autoría de quien hace esta reseña– cuando es lo cierto que la profunda búsqueda de los dos estudiosos logra demostrar que era «Ibáñez»; algo de suyo muy difícil de precisar si no se tienen a la mano las fuentes históricas pertinentes, porque el autor del Ensayo nunca utilizó su segundo apellido. Así las cosas, ahora está muy claro que el «Quijano Otero» es un célebre historiador que cita Quijano Ibáñez en su trabajo (por ejemplo, p. 223) y quien, además, era su pariente. Así mismo, en contra de quienes afirmaban que Quijano no fue tratadista ni catedrático, el Estudio Preliminar demuestra –hasta agotar todas las fuentes– que dicho personaje fue además un jurista con otras preocupaciones diferentes al derecho penal como las propias del derecho internacional –fue catedrático de la actual Universidad Externado de Derecho, en esa materia y, además, de otras materias en distintos recintos–, académico, periodista, publicista, historiador, político, etc.; en síntesis, pues, un gran humanista y no el personaje anodino que algunos pretendían.

Así las cosas, el libro reseñado –con los aportes de los dos distinguidos profesores– es un magnífico trabajo que debe ser leído y estudiado con cuidado sumo por parte de los cultores del derecho penal nacional; un trabajo que, tantos años después, recobra su importancia y su trascendencia gracias a esta edición, máxime si se tiene en cuenta que fue escrito por un investigador extraordinario cuando apenas frisaba los veinte años de edad. En fin, el lector interesado tiene en sus manos un texto de esos que dan ganas de escudriñar en cada una de sus líneas, así como lo han hecho sus destacados editores, actualizadores y estudiosos, que hoy lo traen de nuevo a la vida convencidos de que este es uno de sus aportes al estudio de las ideas penales que, dicen con toda razón, «está por hacerse» (p. 66).

Vormbaum, Thomas (2019). *Historia Moderna del Derecho Penal Alemán* [trad. C. Elbert]. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch

*Nicolás Esteban Valencia Avendaño**

Es innegable la influencia de la doctrina y la legislación alemanas en el entendimiento del derecho penal, no solo en Colombia sino en toda Latinoamérica. De allí la importancia de un texto como este en nuestras latitudes, para cuya confección el autor utiliza tanto algunos apartes del *Master of Laws* para la Universidad a distancia de Hagen, como las contribuciones de Martin Asholt, Katarina Küne, Kathrin Rentrop, Dana Theil, Nadeschda Wilkitzki, Anne Gipperich y Zekai Dagsan, a quienes dedica un espacio para darles sus agradecimientos.

El libro está dividido en siete capítulos: 1) La delimitación temporal – método–; 2) el derecho penal en los inicios de la época jurídica; 3) la evolución de las tendencias del siglo XIX; 4) el cambio del siglo XIX al XX; 5) el siglo XX; 6) la situación actual; y, 7) una mirada retrospectiva y en perspectiva. A través de sus líneas, el autor consigue los dos propósitos que se ha fijado: El primero, plasmar de forma confiable la evolución del derecho penal alemán desde la ilustración hasta nuestros tiempos; y, el segundo, abordarlo con un entendimiento metódico que posibilite la crítica al estado actual de cosas.

Y se afirma con vehemencia que el propósito se ha cumplido, porque adentrarse en sus páginas es todo un deleite. La traducción permite conocer con un lenguaje sencillo la historia del derecho penal alemán; sus vínculos con el derecho de otros países europeos –con énfasis en el italiano–; y la relación con el derecho internacional penal. Todo esto, sobre la base del enaltecimiento del conocimiento de los sucesos históricos para una correcta formación jurídica; una adecuada interpretación y crítica de los eventos

* Profesor de Derecho Penal General I, Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Correo de contacto: nicolas.valencia@usa.edu.co

políticos, sociales y jurídicos; y un mejor desenvolvimiento en la solución de cuestiones prácticas. Este abordaje integral del derecho es el que permite, realmente, hacer frente a las cuestiones de poder que indefectiblemente tienden a desbordarse.

La organización exhibida por el autor es, cuando menos, maravillosa. Por ello, dado que al comienzo aclara que su texto puede catalogarse como «historia contemporánea del derecho penal alemán», concreta el concepto de «historia contemporánea» –entendiéndolo como la época actual– lo cual demuestra la profundidad y la seriedad con la que desarrolla su estudio, insistiendo en la importancia de abordar el derecho en el contexto histórico, político, social y cultural en el que él se enmarca. Y es con base en el análisis de todos estos factores que ubica la segunda mitad del siglo XVIII e inicios del XIX, como un tiempo de transformaciones radicales –el final del viejo imperio alemán; el Congreso de Viena; la revolución francesa; el fin del feudalismo; el ascenso de la burguesía; la revolución industrial; la ilustración; la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, entre otros–, por lo que allí ubica el inicio de la época jurídica presente.

En ese contexto, al remitirse al siglo XVIII se encuentra un cambio de paradigma influido por la teoría del derecho natural de Hugo Grocio, quien planteó la búsqueda del fundamento del derecho, ya no en Dios sino en la naturaleza de los hombres, separándose la teoría jurídica de la teología. Ideas desarrolladas por Samuel Pufendorf, Christian Thomasius y Christian Wolff.

Este cambio de paradigma, desde luego, influyó en la forma de entender la pena que ya no tendría una finalidad expiatoria sino de evitación futura de delitos, tal como lo plantearon desde Alemania Ernst Ferdinand Klein, Gallus Alloys Kleinschrod, Christoph Carl Stübel y Karl Grolman. Por su lado, los franceses cuentan con importantes exponentes como Montesquieu, Voltaire y Rousseau y, como no, lo avances italianos de Filangieri, Pagano y del gran Cesare Beccaria. Sus aportes fueron fundamentales para el inicio de la humanización del Derecho penal influenciada por la separación de los poderes con una estricta sujeción a la ley, negando la posibilidad de

interpretación de los jueces, quienes debían limitarse a la aplicación de silogismos perfectos, confiando en la certeza que ofrecía el ser gobernados por monarcas absolutistas ilustrados. La historia demostraría que ello también es un error, máxime cuando el derecho penal quedaba vulnerable ante el poder político.

En cualquier caso, esta corriente de pensamiento tendría influencia en la legislación penal de la época. La Ordenanza Penal de 1532 (Carolina) sería atenuada en la práctica judicial conforme a las exigencias de la ilustración, dando a la postre con la creación del Código Penal Criminal del Gran Duque Leopoldo de Toscana y la Ley General sobre Delitos y su Sanción, del Emperador José II para Austria. Por su parte, el Derecho General Estadual de Prusia de 1794 se encargó de condensar el derecho penal, con especial énfasis en el papel de la ley, limitando el ámbito de movilidad de los jueces. Para este entonces, adviértase, las penas eran especialmente duras aunque se suprimió la pena de muerte en algunas codificaciones. Contexto que las ubicó como una especie de ilustración fracasada.

Luego de ahondar en esta exposición y por la influencia que tuvieron entre los siglos XVIII y XIX –que se prolonga hasta nuestros tiempos–, Immanuel Kant y Paul Anselm Feuerbach, el expositor se ocupa de los puntos centrales de sus teorías sobre el derecho penal, reconociendo al primero de estos como el fundador del Estado de derecho y, al segundo, como el penalista alemán más importante de todos los tiempos, quien consiguió que el Código Penal Bávaro de 1813 fuera elaborado conforme a sus ideas y redacción, siendo uno de los trabajos legislativos más importantes de la historia germana.

Luego de este recorrido por el siglo XVIII, el autor se dirige hacia la evolución de las tendencias en el siglo XIX, para lo cual inicia con el concepto de delito caracterizado por la influencia kantiana –sin seguir su teoría absoluta de la pena– dirigida a construir un sistema basado en la teoría de la violación de derechos, de modo que ella solo tendría lugar en casos de lesiones de derechos subjetivos. Y es bajo ese contexto que Johann Birnbaum introduce en 1834 el concepto de «bien», que a la postre abriría paso a la

noción de bien jurídico introducida por Karl Binding, y que fue cuestionada por Franz Von Liszt, que en el siglo XX se convirtió en uno de los temas centrales de la argumentación jurídica en materia criminal.

En lo que tiene que ver con la pena, hace un recorrido por los postulados de Fichte, Hegel y culmina con lo que denomina como «tendencia general», donde hace converger las posturas de Kant, Feuerbach y Hegel como las teorías de la pena y la praxis penal dominantes del siglo XIX. Finalmente, al abordar la dogmática jurídica habla del concepto de ley, frente a la cual predominan la influencia de Feuerbach y las construcciones de la ilustración.

Cumplido este recorrido, Vormbaum se ocupa de la codificación penal a cuyo efecto explica la influencia que tuvo la legislación francesa en el proceso alemán y cataloga como de «legislación revolucionaria» la inspirada por Voltaire, Beccaria, Rousseau y otros autores que facilitaron la Declaración General de los Derechos Humanos y Civiles de 1789, amén de los códigos surgidos con la toma del poder de Napoleón Bonaparte. Por fuera de Prusia, ese fenómeno se vio reflejado en el Código Penal Bávaro de 1813 –aunque después fuera considerado demasiado duro y doctrinario– que fue el ejemplo para los códigos sancionados en el Reino de Württemberg (1839), el Ducado de Braunschweig (1840), el Reino de Hannover (1840), el Gran Ducado de Hessen (1841), el Gran Ducado de Baden (1845) y, añádase, los Estados Turingios. En el caso del Reino de Sajonia, advierte, se sancionaron durante el Siglo XIX por lo menos tres códigos penales. Luego de ello, se centra en la evolución del proceso de codificación en Prusia, oportunidad en la cual resalta el Código Penal Prusiano de 1851.

Ahora bien, una vez absuelto el estudio del derecho sustancial, se embarca en la revisión del derecho procesal penal durante el siglo XIX cuya discusión se volcaba hacia la eliminación del autoritarismo de los jueces –sin perder su independencia–, la publicidad, la oralidad y la inmediatez –sobre los cuales se detiene más adelante–, con impulso del principio de búsqueda de la verdad material. Además, otro aspecto muy relevante fue la exigencia de separación entre las funciones de investigación y juzgamiento que dio

lugar a la creación de la fiscalía, asunto al cual dedica uno de sus capítulos, luego de lo cual reconstruye la posición del juez con ocasión a esta división funcional; amén de la del acusado y la defensa. También, documenta la álgida discusión suscitada con ocasión a la reforma relacionada con la introducción de los Tribunales por Jurados asumida como la representación del pueblo en asuntos penales.

El estudio de las penas y la ejecución penal también cobra especial importancia si se tiene en cuenta que es en el siglo XIX que se retrocede gradualmente en la intervención estatal sobre el cuerpo humano, las penas corporales y las de muerte agravadas; razón por la cual dedica varias líneas a la explicación del origen de las casas de corrección, pues el declive de este tipo de sanciones le abre paso a las privativas de la libertad.

Una vez cumple con el objetivo de abordar esquemática y críticamente las distintas variables de la ciencia del derecho penal en el siglo XIX avanza hacia el siglo XX; para ello, comienza por contextualizar el escenario social, político y económico en el que se enmarca este periodo –industrialización, explosión demográfica, urbanización, etc.–. Es bajo ese entorno que se produce el desplazamiento de la juridicidad como misión del derecho penal para cederle su lugar a la idea de alcanzar finalidades político-criminales, reactivándose la tradición del pensamiento ilustrado de inicios del siglo XIX, lo que se denominó como el Programa de Marburgo de Franz Von Liszt, quien introdujo el concepto de la pena protectora.

Además, para esta época surge otro concepto trascendental en la evolución del derecho penal, no solo en Alemania sino a nivel global. Se trata de la llamada Ciencia Integral del Derecho Penal, según la cual el estudio de la criminalidad no debía agotarse en la dogmática, sino que debía agregarse la criminología, la criminalística, la estadística criminal, entre otras, porque el fenómeno criminal debía abordarse desde una perspectiva interdisciplinaria, adquiriendo relevancia el estudio empírico del delito como el elaborado por Cesare Lombroso en Italia.

Desde luego, y no podía ser de otra manera, las dos guerras mundiales del siglo XX –en las que Alemania tuvo un papel protagónico– son el punto de referencias para explorar esta época. La etapa previa a la primera conflagración se caracterizó por el llamado «Conflicto de Escuelas Penales», concretamente entre la escuela clásica de Karl Binding –intérprete positivista de las leyes– y la moderna de Franz Von Liszt –positivista en temas legales con visión político-criminal– quienes, en el campo dogmático penal, tienen más cosas en común que distancias. Básicamente, su disputa giraba en torno a la diferencia entre la pena basada en la culpabilidad y la entendida como forma de aseguramiento. Al margen de estos dos «bandos», hubo quienes intentaron plantear posturas independientes; este es el caso de Adolf Merkel, quien planteó una teoría de la unificación con postulaciones propias e hizo una crítica a las proposiciones imperantes.

En materia de la dogmática penal para esta época debe resaltarse el trabajo de Ernst Beling, fundador de la teoría moderna del tipo entendido como descripción legal del comportamiento sancionado con pena, separándolo de la antijuridicidad –que juntos conforman el injusto–. Luego se debe resaltar el trabajo de Reinhard Frank quien reprochó la construcción del concepto psicológico de culpabilidad que, según él, no podía limitarse al dolo y la culpa, pues se quedaba sin la posibilidad de hablar sobre el estado de necesidad disculpante.

Sobre la legislación penal resalta que el Código Penal para la Federación Alemana del Norte –1870–, ampliado como Código Penal del *Reich* Alemán, configuró el derecho penal material, mientras que la Ordenanza Procesal Penal y la Sección de Procedimiento Penal de la Ley de Organización Judicial –1877 y 1879– hicieron lo propio con el derecho procesal. Y hasta 1914 fueron escasas las modificaciones del Código Penal –dieciocho exactamente–, sin perjuicio de la gran cantidad de normas penales creadas por fuera de la codificación propiamente dicha, lo que se llamó «derecho penal paralelo» donde se destaca «la Ley de los Socialistas».

Ahora bien, el auge de las ciencias del espíritu desembocó en una gran reforma penal. Para ello, en 1902 se convocó un Comité Científico al que se le encomendó la ardua tarea de hacer una presentación comparativa de las materias penales para efectuar una reforma del CPR. En 1906 se conformó otra Comisión que debía preparar un proyecto de Código Penal. En 1909 se presentó el Anteproyecto de un Código Penal Alemán que fue remitido en 1910 a los gobiernos federados alemanes, para que emitieran sus conceptos sobre el tema los cuales, una vez emitidos, fueron editados como libros en 1911.

El Anteproyecto en mención fue objeto de fuertes críticas, en particular por la no especialización de las contravenciones policiales como independientes del ámbito criminal; y, además, por no haberse considerado las leyes penales complementarias. Fue a partir de ello que los profesores Kahl, Liszt y Goldschmidt elaboraron un contraproyecto que no fue pensado como antítesis sino como complemento del anteproyecto.

El 17 de junio de 1911 el Canciller del Reich Theobald von Bethmann-Holweg solicitó al Kaiser la creación de una Comisión que continuara con la reforma penal sobre la base del Anteproyecto de 1909 y sus respectivas críticas. Por ello, a inicios de 1913 se presentó un primer proyecto elaborado por la comisión que no fue publicado. Finalmente, el 27 de septiembre de 1913 se aprobó el Proyecto Definitivo que debía ser remitido a la Cámara de Representantes como propuesta del Gobierno; sin embargo, con ocasión a la Primera Guerra Mundial fue publicado como Proyecto solo en 1919. Desde luego, en materia del derecho procesal penal la influencia fue menor aunque se contempló la exigencia de implementar un proceso penal liberal, quedando la inquietud de que pudieran convivir un derecho penal material social y un derecho procesal penal liberal.

Continuando con su organización metodológica, el autor sigue su viaje por el siglo XX con la época de la Primera Guerra Mundial y la posguerra. Durante ese periodo, aunque no se hicieron modificaciones en el Código Penal, sí hubo una ampliación en el cuerpo normativo a través de normas

creadas antes del inicio de la guerra en caso de conflicto, y que entraron a regir una vez se desató el mismo, dándole lugar a un derecho penal económico de guerra a modo de Derecho Penal Paralelo.

Dicho esto, aborda un hito histórico de suma relevancia que es la República de Weimar. En este periodo, la influencia del neokantismo condujo a algunos descubrimientos de la teoría y dogmática penales que se mantienen hoy en día. Fue con la Constitución de Weimar que Alemania se convirtió en una república democrática y que, por primera vez, entró en vigor un catálogo de derechos fundamentales. Por ello dedica un capítulo a recapitular los eventos más significativos de esta era.

Luego, se centra en la etapa en la cual el partido Nacional Socialista estuvo en el poder. Este es, sin duda, un capítulo llamativo por la objetividad con la cual se aborda el asunto, pues, aunque se tenga la tendencia a asumir este periodo como oscuro –porque realmente lo fue–, rescata aquello que denomina como «elementos de normalidad» dentro de lo cual se destaca que, durante este lapso, hubo una estructura evolutiva iniciada antes de 1933 y que no fue erradicada después de 1945. En este aparte se dedica a explicar desde la dogmática y el proceso penal la estructura del derecho penal de la época y su evolución, amén del funcionamiento de la justicia penal. Por ejemplo, trae a colación investigaciones que corroboran que las escenas de la Corte Suprema del Pueblo actuando de forma desbordada contra los autores del atentado del 20 de julio de 1944 no eran habituales en ese tribunal y que hay numerosos rasgos de normalidad judicial.

Desde luego, ello no puede negar la barbarie vivida por esas épocas y los radicalismos característicos del régimen. Por ello, el autor se ocupa de identificar la patología específica del sistema nacional socialista que, a su parecer, es el carácter autoritario del régimen en lo interno que se vio reflejado en una legislación racial y de guerra; y, en lo externo, la política de revisión y conquista. Además, habla de patologías especiales como la denominada «macro-criminalidad» para mostrar al Estado como violador de las normas. Así sucedió con el llamado *Putsch* de *Röhm*; la Operación

Eutanasia; las muertes causadas en Polonia y la Unión Soviética por los Grupos de Operaciones; el Holocausto; el asesinato sistemático de sinti, romaníes y otros gitanos; los delitos contra los prisioneros de guerra; y, en fin, el trabajo forzado –esclavo denominado por algunos–. Son, pues, estas las características especiales identificadas por el autor y que denominó patología específica.

Ahora bien, con la caída del régimen viene el periodo de la ocupación y de la República Federal de Alemania. Para ese momento se cuestionaba si era necesario dejar sin efecto todas las normas sancionadas durante la hegemonía nacional socialista; sin embargo, prontamente fue una idea desechada. En su lugar, el Consejo de Control eliminó algunas leyes consideradas como típicamente nacionalsocialistas o contrarias a un Estado de Derecho. Por ejemplo, en materia de sentencias dictadas por Tribunales Especiales y de la Corte Suprema del Pueblo, se planteó la posibilidad de una nueva revisión; también se redujeron –por vía de leyes y decretos– sanciones consideradas desproporcionadas; sin embargo, se trató de una tendencia antinazi más que un análisis del ilícito objetivo de las sentencias dictadas. Cuenta el autor que fue hasta 1998 –cincuenta años después– que se dispuso la anulación de todas las sentencias dictadas en contra de los principios elementales de la justicia.

Por supuesto, para quienes –como el suscrito– se apasionan por los sucesos de la Segunda Guerra Mundial y los años posteriores, el capítulo dedicado a explicar el enjuiciamiento penal del pasado nacionalsocialista resulta enriquecedor y fascinante por la claridad, exactitud y rigor con que se recapitula este momento. Habla sobre las condenas emitidas por el Tribunal de Nuremberg contra los principales dirigentes nazis, documenta el número exacto de audiencias realizadas, cuántos fueron condenados a muerte, a prisión perpetua, a penas temporales de prisión y cuántas las absoluciones. También, se refiere al proceso sobre Auschwitz que tuvo lugar en Frankfurt y su alcance mundial. En fin, se trata de un capítulo rigurosamente documentado que brinda un panorama muy completo sobre lo que sucedió al término de la segunda guerra mundial, incluyendo un análisis pormenorizado de la legislación de la época; la doctrina penal y el derecho procesal penal.

Cumplido este recorrido histórico, el autor hace lo propio con la República Democrática Alemana para, finalmente, hacer un estudio de la situación actual del derecho penal.

Tal como lo prometió el autor, el libro termina con un capítulo denominado «visión retrospectiva» en el cual logra concretar el recorrido histórico hecho en los capítulos anteriores, para concluir que no puede ser confirmada la sostenida tendencia a la atenuación y humanización del derecho penal moderno de los últimos doscientos años. Aunque el derecho penal se asume como más moderno, liberal y humano, afirma Vormbaum que esto solo ha ocurrido en ámbitos muy específicos y durante cortos periodos de tiempo. Por el contrario, él cree que se vive una expansión indeseable y la imprecisión en la descripción de los tipos penales hace que no se garantice la vigencia de la opinión del legislador sino la de los jueces.

En fin, según él las particularidades susceptibles de ser criticadas en el proceso del derecho penal alemán son: la flexibilización, la moralización, la materialización y la subjetivación. Y, al abordar cada uno de estos tópicos, logra cumplir con el objetivo planteado desde el inicio, esto es, ofrecer al lector un panorama completo y crítico de la historia moderna del derecho penal. Una obra, pues, extraordinaria que merece ser leída con sumo cuidado e incorporada a la docencia universitaria y, por supuesto, una nueva visión de la historia del derecho penal alemán que mucho ayuda a su comprensión.