

**EL PROCESO PENAL ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ
ALCANCES Y LÍMITES DE UN PROCESO PENAL CONCEBIDO EN
CLAVE TRANSICIONAL**

Monográfico n° 2

**Alejandro Aponte Cardona
Director del Área de Justicia**

**Equipo de trabajo
Henry Rivera Leal
Carlos A. Mejía Walker
Gustavo Cote Barco
Diana Dajer Barguil**



Centro Internacional de Toledo para la Paz - CITpax

El Centro Internacional de Toledo para la Paz (CITpax) es una fundación sin ánimo de lucro que tiene como objetivo contribuir a la prevención y resolución de conflictos, la gestión de crisis y la consolidación de la paz en el marco del respeto y promoción de los derechos humanos y los valores democráticos.

CITpax asume que la búsqueda de la paz duradera implica la puesta en práctica de acciones de transformación social, desarrollo y fortalecimiento institucional.

Centro Internacional de Toledo para la Paz - CITpax

C/ Fuenterrabía 2. 28014 – Madrid, España

Tel.: +34 91 523 74 52

Fax: +34 91 524 00 67

e-mail: toledopax@toledopax.org

Web: www.citpax.org

Observatorio sobre DDR y la Ley de Justicia y Paz

Calle 79 B N° 8 – 11. Bogotá, Colombia

Tel.: +57 1 317 81 34

E-mail: info@citpaxobservatorio.org

Web: www.citpaxobservatorio.org

© Aponte Cardona, Alejandro

© Centro Internacional de Toledo para la Paz - CITpax. 2011

Todos los derechos reservados. La reproducción, comunicación y distribución del informe, en forma total o parcial, podrá realizarse siempre que se incluya la debida referencia al documento original.

ISBN: 978-958-99836-0-7

Diagramación e impresión: Qprint Ltda.

Tel: +57 1 704 77 92

Las opiniones expresadas en este monográfico son de exclusiva responsabilidad del consultor. En ningún caso pueden ser atribuidas a los editores ni al Centro Internacional de Toledo para la Paz.

Todos los documentos del CITpax están disponibles en nuestra página Web:

www.citpax.org

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	11
-------------------	----

CAPÍTULO I

ASPECTOS PRELIMINARES DEL PROCESO ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 975 DE 2005.....	16
1.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ: DESMOVILIZACIÓN, POSTULACIÓN Y ELEGIBILIDAD.....	18
1.1.1. DESMOVILIZACIÓN.....	18
1.1.2. POSTULACIÓN.....	22
1.1.3. ELEGIBILIDAD.....	24
1.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ: EL PARAMILITARISMO Y LA NOCIÓN DE DELITO POLÍTICO.....	29
1.2.1. EL ART. 71 DE LA LEY 975 DE 2005: LA PERTENENCIA A GRUPOS PARAMILITARES COMO DELITO DE SEDICIÓN O COMO CONCIERTO PARA DELINQUIR.....	31
1.2.2. COLISIONES DE COMPETENCIA A PROPÓSITO DEL ART. 71 DE LA LEY 975 DE 2005: EFECTOS DE LA SENTENCIA Nº C-370 DE 2006.....	37
1.2.3. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A DESMOVLIZADOS: ALTERNATIVA ENTRE LA APLICACIÓN DE LA LEY 975 DE 2005 Y LA LEY 782 DE 2002.....	38
1.3. ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ.....	42
2. ALTERNATIVIDAD.....	44
3. COMPLEMENTARIEDAD.....	50
4. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIA EN EL PROCESO PENAL ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ.....	54
4.1. JUECES COMPETENTES EN EL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ.....	55
4.1.1. FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS EN JUSTICIA Y PAZ.....	56
4.1.2. FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO EN JUSTICIA Y PAZ.....	60
4.2. CONFLICTOS Y COLISIONES DE COMPETENCIA.....	63
4.3. DEFINICIÓN DE COMPETENCIA.....	63
4.4. IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES EN EL PROCESO PENAL DE JUSTICIA Y PAZ.....	66
5. PARTICIPANTES Y ROLES EN EL PROCESO PENAL DE JUSTICIA Y PAZ.....	68
5.1. LA UNIDAD NACIONAL DE FISCALÍA PARA LA JUSTICIA Y LA PAZ.....	69

5.2. EL PAPEL DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL DE JUSTICIA Y PAZ.....	74
5.3. DEFENSA Y POSTULADO.....	81
5.4. MINISTERIO PÚBLICO Y DEFENSORÍA DEL PUEBLO.....	83

CAPÍTULO II

ETAPAS PROCESALES EN EL MARCO DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ: INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO

1. VERSIÓN LIBRE Y CONFESIÓN.....	86
1.1. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA VERSIÓN LIBRE EN EL PROCESO PENAL DE JUSTICIA Y PAZ.....	88
1.2. LA CONFESIÓN COMO PARTE ESENCIAL DE LA VERSIÓN LIBRE.....	93
1.3. LA VERSIÓN LIBRE COMO ESCENARIO DE CONSTRUCCIÓN COLECTIVA DE VERDAD.....	98
1.4. EL TEMA CRÍTICO DE LA CONFESIÓN “COMPLETA Y VERAZ”.....	101
1.5. EL JUEZ CONSTITUCIONAL FRENTE AL TEMA DE LA CONFESIÓN.....	104
1.6. LA VERDAD Y LOS CONTEXTOS EN LOS CUALES ACTUARON LOS GRUPOS ARMADOS ILEGALES.....	106
1.7. TRÁMITE DE LA VERSIÓN LIBRE EN JUSTICIA Y PAZ.....	108
1.7.1. RECEPCIÓN DE LA VERSIÓN LIBRE EN VARIAS SESIONES.....	113
1.7.2. ESTRATEGIA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN PARA LA RECEPCIÓN DE VERSIONES LIBRES.....	116
1.7.2.1. PRIMERA SESIÓN.....	116
1.7.2.2. SEGUNDA SESIÓN.....	118
1.7.3. VERSIONES LIBRES COLECTIVAS.....	123
1.7.4. PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA VERSIÓN LIBRE.....	127
1.7.4.1. PROHIBICIÓN DE QUE LA VÍCTIMA INTERROGUE DIRECTAMENTE AL VERSIONADO.....	128
1.7.4.2. REQUISITOS Y CONDICIONES PARA LA ASISTENCIA DE LAS VÍCTIMAS A LA VERSIÓN LIBRE.....	132
2. AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN.....	137
2.1. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN EN EL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ.....	137
2.2. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN.....	139
2.3. FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN Y ACEPTACIÓN DE CARGOS EN JUSTICIA Y PAZ: DOS MOMENTOS PROCESALES DIFERENTES.....	142
2.4. DIFICULTADES SUSCITADAS EN EL DESARROLLO PRÁCTICO DE LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN: ¿CONSTRUCCIÓN “COLECTIVA” DE LA IMPUTACIÓN?.....	144

2.5.	RETOS DESDE LA PRÁCTICA A LA ESTRUCTURA PROCESAL: IMPUTACIONES PARCIALES.....	146
2.5.1.	PRIMERA ETAPA: PROCEDENCIA DE LAS IMPUTACIONES PARCIALES.....	148
2.5.2.	SEGUNDA ETAPA: LAS IMPUTACIONES PARCIALES COMO MEDIDA EXTRAORDINARIA.....	153
2.5.3.	TERCERA ETAPA: POSIBILIDAD DE REALIZAR IMPUTACIONES PARCIALES Y FORMULACIONES DE CARGOS PARCIALES.....	155
2.6.	IMPUTACIONES COLECTIVAS Y SU INCIDENCIA EN LAS DEMÁS ETAPAS DEL PROCESO.....	161
3.	AUDIENCIA DE SOLICITUD Y DECISIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO.....	162
4.	AUDIENCIA DE IMPOSICIÓN Y DECISIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES SOBRE BIENES.....	165
5.	ETAPA DE VERIFICACIÓN DE LOS HECHOS IMPUTADOS.....	166
6.	AUDIENCIA PRELIMINAR DE FORMULACIÓN DE CARGOS.....	171
6.1.	CONTENIDO Y ALCANCE DE LA FORMULACIÓN DE CARGOS: LA ACUSACIÓN Y LA LABOR DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS.....	174
6.2.	JUEZ COMPETENTE PARA PRESIDIR LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE CARGOS.....	180
7.	VERIFICACIÓN DE LA LEGALIDAD DE LA ACEPTACIÓN DE LOS CARGOS.....	185
7.1.	AUDIENCIA DE CONTROL DE LEGALIDAD DE LA ACEPTACIÓN DE CARGOS ANTE LA SALA DE CONOCIMIENTO DE JUSTICIA Y PAZ.....	186
7.2.	NUEVOS RETOS PARA LA CONSTRUCCIÓN COLECTIVA DE LA VERDAD EN EL PROCESO ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ.....	188
7.3.	VERIFICACIÓN DE LA ACEPTACIÓN DE LOS CARGOS COMO FRUTO DE IMPUTACIONES Y FORMULACIONES DE CARGOS PARCIALES.....	190
7.4.	POSIBILIDAD DE MODIFICAR LOS CARGOS DURANTE LA AUDIENCIA DE VERIFICACIÓN DE LA LEGALIDAD DE LA ACEPTACIÓN.....	196
8.	INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL.....	199
8.1.	CRITERIOS SOBRE EL INCIDENTE DE REPARACIÓN ESTABLECIDOS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.....	201

8.2.	OBSERVACIÓN DE LOS INCIDENTES DE REPARACIÓN INTEGRAL: INQUIETUDES Y DIFICULTADES PRÁCTICAS.....	203
8.2.1.	INCIDENTE DE REPARACIÓN EN EL CASO DE WILSON SALAZAR CARRASCAL, ALIAS “EL LORO”.....	203
8.2.2.	INCIDENTE DE REPARACIÓN EN EL CASO DE ALIAS “DIEGO VECINO” Y DE ALIAS “JUANCHO DIQUE”.....	204
8.2.3.	INCIDENTE DE REPARACIÓN EN EL CASO DEL ALIAS “EL IGUANO”.....	209
9.	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDA POR LA SALA DE CONOCIMIENTO DE JUSTICIA Y PAZ DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ EL 29 DE JUNIO DE 2010: “SENTENCIA DE MAMPUJÁN”.....	212
9.1.	CONTEXTO PROCESAL.....	214
9.2.	ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE MAMPUJÁN: APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS.....	215
9.2.1.	CONSTRUCCIÓN DE LA VERDAD EN LA SENTENCIA DE MAMPUJÁN.....	215
9.2.1.1.	LA VERDAD DE LO SUCEDIDO.....	215
9.2.1.2.	LA VERDAD EN RELACIÓN CON LA PARTICIPACIÓN DE TERCEROS.....	219
9.2.2.	CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO A LA JUSTICIA EN LA SENTENCIA DE MAMPUJÁN.....	221
9.2.2.1.	RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS POSTULADOS.....	221
9.2.2.2.	DOSIFICACIÓN PUNITIVA Y SANCIÓN IMPUESTA.....	232
9.2.2.2.1.	DOSIFICACIÓN DE LA PENA ORDINARIA.....	232
9.2.2.2.2.	SUSTITUCIÓN DE LA PENA ORDINARIA POR LA PENA ALTERNATIVA.....	234
9.2.3.	EL DERECHO A LA REPARACIÓN EN LA SENTENCIA DE MAMPUJÁN.....	235
9.2.3.1.	MEDIDAS ORDENADAS PARA LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS.....	235
9.2.3.1.1.	MEDIDAS DE RESTITUCIÓN.....	236
9.2.3.1.2.	MEDIDAS DE INDEMNIZACIÓN.....	236
9.2.3.1.3.	MEDIDAS DE REHABILITACIÓN.....	237
9.2.3.1.4.	MEDIDAS DE SATISFACCIÓN.....	238
9.2.3.1.5.	GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN.....	238
9.2.3.1.6.	MEDIDAS DE REPARACIÓN COLECTIVA.....	239
9.2.3.2.	A PROPÓSITO DE LA ÁLGIDA DISCUSIÓN SOBRE BIENES.....	239
9.2.3.3.	LA EQUIDAD COMO CRITERIO PARA ESTABLECER LA REPARACIÓN MONETARIA DEL DAÑO INDIVIDUAL.....	244
9.2.3.3.1.	SOBRE EL CONCEPTO DE EQUIDAD.....	245

9.2.3.3.2.	LA JUSTICIA EN EQUIDAD EN LA SENTENCIA MAMPUJÁN.....	248
9.2.3.4.	LAS REPARACIONES INDIVIDUALES POR DELITOS DE HOMICIDIO DE ACUERDO CON LA CORTE IDH.....	250
9.2.3.4.1.	CASO “19 COMERCIANTES V. COLOMBIA”.....	251
9.2.3.4.2.	CASO DE LA “MASACRE DE MAPIRIPÁN V. COLOMBIA”.....	258
9.2.3.4.3.	CASO DE LA “MASACRE DE PUEBLO BELLO V. COLOMBIA”.....	261
9.2.3.4.4.	CASO DE LAS “MASACRES DE ITUANGO V. COLOMBIA”.....	263
9.2.3.4.5.	ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS REPARACIONES ORDENADAS POR LA CORTE IDH Y AQUELLAS DECRETADAS POR LA SALA DE JUSTICIA Y PAZ.....	266

CAPÍTULO III

TEMAS PARTICULARMENTE CRÍTICOS EN EL MARCO DEL PROCESO ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ

1.	BIENES Y RESTITUCIÓN EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ.....	272
1.1.	ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS DISPOSICIONES SOBRE BIENES EN LA LEY 975 DE 2005.....	272
1.2.	LOS BIENES Y LA REPARACIÓN EN LOS DECRETOS REGLAMENTARIOS DE LA LEY 975 DE 2005.....	278
1.2.1.	TITULARES DE LA OBLIGACIÓN DE REPARAR.....	279
1.2.2.	ENTREGA DE BIENES CON ANTERIORIDAD A LA VERSIÓN LIBRE O A LA FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN.....	281
1.2.3.	DERECHO DE LAS VÍCTIMAS A DENUNCIAR BIENES DE LOS DESMOVILIZADOS.....	282
1.2.4.	TESTAFERROS Y BIENES OCULTOS.....	283
1.3.	MEDIDAS CAUTELARES SOBRE BIENES.....	286
1.3.1.	MEDIDAS CAUTELARES SOBRE BIENES ANTERIORES A LA FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN.....	287
1.3.2.	REPRESENTACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR PARA DECRETAR MEDIDAS CAUTELARES SOBRE BIENES.....	289
1.4.	FONDO PARA LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS.....	290
1.4.1.	REGLAMENTACIÓN DEL FONDO PARA LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS.....	291
1.4.2.	DIFICULTADES EN LA ADMINISTRACIÓN DEL FONDO PARA LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS.....	293
1.5.	SISTEMAS Y ESTRATEGIAS DE INFORMACIÓN PARA LAS VÍCTIMAS.....	297

1.6.	OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN PARA BIENES CON FINES DE REPARACIÓN.....	300
1.7.	COMISIONES REGIONALES DE RESTITUCIÓN DE BIENES.....	302
1.8.	OBSTÁCULOS Y DIFICULTADES EN EL PROCESO DE REPARACIÓN Y RESTITUCIÓN DE BIENES.....	311
1.8.1.	TENSIONES Y DESACUERDOS ENTRE LOS DESMOVILIZADOS Y EL GOBIERNO NACIONAL.....	312
1.8.2.	VIOLENCIA CONTRA LAS VÍCTIMAS QUE HAN RECLAMADO SUS DERECHOS SOBRE BIENES.....	313
1.8.3.	VIOLENCIA CONTRA LOS DESMOVILIZADOS QUE PARTICIPAN EN EL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ.....	315
1.9.	RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Y RESTITUCIÓN DE BIENES EN JUSTICIA Y PAZ.....	317
2.	LA REPARACIÓN DEL DAÑO COLECTIVO EN EL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ.....	323
2.1.	EL DAÑO Y EL DAÑO COLECTIVO EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD.....	324
2.1.1.	CONCEPTO Y REQUISITOS DEL DAÑO.....	324
2.1.2.	CLASES DE DAÑOS Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN.....	325
2.1.2.1.	EL DAÑO INDIVIDUAL.....	326
2.1.2.2.	EL DAÑO DE GRUPO.....	328
2.1.2.3.	EL DAÑO COLECTIVO.....	329
2.1.2.3.1.	GENERALIDADES E INTRODUCCIÓN A LA DISCUSIÓN SOBRE EL DAÑO COLECTIVO.....	329
2.1.2.3.2.	EL DAÑO COLECTIVO EN LA LEY 975 DE 2005.....	332
2.1.3.	DERECHOS, INTERESES Y BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS.....	336
2.1.4.	CARACTERIZACIÓN DEL DAÑO COLECTIVO EN EL PROCESO PENAL DE JUSTICIA Y PAZ.....	339
2.2.	LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN EN EL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ.....	346
2.2.1.	GENERALIDADES.....	346
2.2.2.	LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN COLECTIVA EN LA LEY 975 DE 2005.....	348
3.	LA EXTRADICIÓN DE POSTULADOS AL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ Y LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS.....	350
3.1.	CONCEPTOS FAVORABLES A LA EXTRADICIÓN DE POSTULADOS AL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ.....	351
3.2.	CONCEPTOS FAVORABLES CONDICIONADOS PARA LA EXTRADICIÓN DE POSTULADOS AL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ.....	355

3.3. LOS CONCEPTOS SOBRE LA EXTRADICIÓN DE POSTULADOS AL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ DESDE UNA PERSPECTIVA INTERNACIONAL.....	360
3.4. CONCEPTOS DESFAVORABLES A LA EXTRADICIÓN DE POSTULADOS AL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ.....	362
3.5. DILIGENCIAS DEL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ CONTRA EXTRADITADOS EN ESTADOS UNIDOS.....	366
4. TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO PENAL DE JUSTICIA Y PAZ.....	370
4.1. EXCLUSIÓN.....	370
4.2. ARCHIVO.....	376
4.3. PRECLUSIÓN.....	378
4.4. EXCLUSIÓN O PRECLUSIÓN; ALGUNOS CASOS QUE HAN GENERADO CONFUSIÓN.....	378
4.5. PRIMERA EXCLUSIÓN REALIZADA EN EL MARCO DEL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ: EL CASO DE ALIAS “ERNESTO BÁEZ”.....	381
4.5.1. TRÁMITE A TRAVÉS DEL CUAL SE DESARROLLÓ LA AUDIENCIA DE EXCLUSIÓN.....	382
4.5.2. DECISIÓN ADOPTADA POR LA SALA DE CONOCIMIENTO.....	383

INTRODUCCIÓN

El siguiente trabajo se ocupa del análisis pormenorizado del proceso penal especial diseñado en la Ley de Justicia y Paz. Tal como se anunció en la presentación de la síntesis del proceso, acompañada de un flujograma del mismo, adelantada por el Área de Justicia, en el marco del tercer informe del Observatorio Internacional sobre el proceso de DDR y la Ley de Justicia y Paz (en adelante, el Observatorio), en virtud de la extensión y la complejidad de los temas, ha sido menester la redacción de un texto independiente.¹

Para la elaboración de este trabajo, se ha partido de la diferencia existente entre el *sistema* de Justicia y Paz, y el proceso penal de Justicia y Paz como tal. Es decir, se entiende que el sistema es mucho más comprehensivo, que compromete más instituciones y organismos y que va mucho más allá, por supuesto, de los alcances, en todo caso limitados, del derecho penal. El Área ha insistido en este hecho desde su primer informe: al derecho penal, incluso en lógica transicional, no le corresponde dar cuenta de la complejidad de todo el fenómeno de la macrocriminalidad y de la actuación sistemática y por años, de máquinas de guerra que han suplantado al Estado y que han cometido todo tipo de delitos, en su mayoría, crímenes internacionales. Por esa razón, se ha llamado la atención en nuestros informes, a todas aquellas instituciones especialmente ligadas al poder ejecutivo y a organismos de control, para que actúen de manera coordinada con las instituciones propiamente judiciales, para sacar adelante un proceso tan exigente. Al mismo tiempo, tal como se verá, desde el proceso penal se comprometen otros ámbitos del derecho, como es el derecho administrativo, el derecho civil y, claro está, el derecho constitucional.

En los pormenores de las audiencias en las cuales se adelantaron, en el año 2010, los incidentes de reparación en casos paradigmáticos, se ha observado claramente este hecho: ante el estrado propiamente judicial, liderado por los magistrados de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, se debatieron temas que van desde los delitos cometidos en el ámbito propiamente penal, hasta las innumerables y complejas demandas hechas a nombre de las víctimas, que se insertan en una dinámica de reparación que compromete prácticamente a todas las instituciones y a todos los ámbitos normativos. El debate sobre un Estado ausente, que propicia

¹ Ver al respecto: Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, *Tercer informe, Parte I - El proceso penal de Justicia y Paz desde la práctica cotidiana: síntesis y diagrama de flujo*, CITpax, Madrid-Bogotá, septiembre de 2010, pp. 18-57, en: http://www.toledo-pax.org/uploads/Tercer_Informe_CITpax_Observatorio_DDR_Ley_Justicia_Paz_septiembre_2010.pdf.

el hecho de que las víctimas sean también aquellos sujetos de derechos que nunca o de manera precaria, han visto efectivamente reconocidos sus derechos, ha cruzado la dinámica de los incidentes y se expresa también en la primera sentencia de Justicia y Paz dictada, la cual ha sido apelada por numerosos actores del proceso. Así, como se dice, la dinámica de la reparación desborda, no sólo el derecho penal como tal, sino que compromete diversos ámbitos normativos que, como es el caso del derecho administrativo, por ejemplo, se ven hoy ampliados hasta sus límites para dar respuesta a nuevas exigencias. Sea éste también, con mayor razón, el espacio para llamar la atención sobre este asunto a todas las instituciones que deben comprometerse con el proceso complejo de Justicia y Paz.

La dinámica procesal reseñada ha sido analizada, no sólo y como es obvio, desde su regulación por la Ley 975 de 2005 (también conocida como Ley de Justicia y Paz) y su reglamentación, sino que se ha confrontado, audiencia por audiencia, figura por figura, con la práctica cotidiana del proceso. Tanto el director del Área como el equipo profesional de monitores que cubren las audiencias en diversas ciudades del país, han sido cuidadosos en este ejercicio de confrontación de la norma con la realidad y han dado cuenta, de manera general y transversal a todo el proceso, de los principales problemas que se han presentado en la práctica.

También la jurisprudencia, tanto penal como constitucional, ha sido estudiada y reseñada con detenimiento: cientos de decisiones han tenido lugar, especialmente por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que ha tratado de enfrentar de manera consistente dilemas que no se le habían presentado al juez penal colombiano hasta ahora. Se estudia también, por supuesto y de manera relevante, el esfuerzo enorme de la Fiscalía por sacar adelante un proceso de dimensiones descomunales. Una vez más el Área debe enfatizar el esfuerzo denodado de fiscales, magistrados de Justicia y Paz y magistrados de mayor jerarquía, por salvar el proceso. Pero es un esfuerzo que debe concretarse hoy en la expedición de nuevas sentencias y en la depuración final de aquellas categorías dogmáticas que componen el proceso penal. No se puede discutir sin fin los mismos desafíos del proceso; al contrario, una vez detectados, se debe dar solución a los problemas.

Cuando se hace referencia al sistema de Justicia y Paz y, con él, al proceso penal especial como tal, también se hace referencia al hecho de que dicho sistema se origina en un contexto específico de desmovilización de actores ligados al conflicto armado colombiano; es decir, se origina en las relaciones complejas propias del caso colombiano, entre guerra y derecho, entre guerra y política. No es una situación de paz consolidada y de posconflicto la que le da vida al sistema de Justicia y Paz; es, al contrario, la guerra y

posibles salidas a la misma, la que le da origen. Por eso, el proceso y los dilemas procesales y penales que de él surgen, no pueden forzarse siempre a que sean equivalentes a figuras, normas y categorías jurídicas ligadas a la paz. El proceso especial no debe parecerse en todo al proceso penal ordinario, edificado, en principio, sobre la paz como condición de validez para las normas jurídicas. Hay que preservar los orígenes del proceso y sus propias limitaciones: es allí donde los equilibrios entre la triada verdad, justicia y reparación tienen sentido. Dicha triada no es un absoluto, frente a ella deben existir, como se dice, equilibrios y compensaciones. Es ésta una tensión que se observa en algunas decisiones de la Sala Penal de la Corte, cuando hace remisiones al proceso penal ordinario para llenar vacíos del proceso especial de Justicia y Paz. Las soluciones hay que encontrarlas en la especificidad misma del proceso; éste es el punto de partida.

Pero esta tensión también se expresa, por ejemplo, en la discusión de la Corte Constitucional en torno a la aplicación del principio de oportunidad a aquellos integrantes rasos de los grupos irregulares, para dedicar el sistema, con los recursos limitados, al juzgamiento de líderes, así sea incluso mandos medios. Por supuesto, se trata de la aplicación condicionada de dicho principio, a la no comisión de crímenes internacionales por parte de quienes sean sujetos de aplicación del mismo. En esta dirección, y con figuras novedosas en el ámbito procesal colombiano, se haría uso también de la tradición colombiana de incorporación de actores a la vida civil, siempre y cuando no hubieren cometido “delitos atroces”, que antaño estaban ligados a las nociones de “ferocidad” o “barbarie”. La estrecha mayoría, mínima de cinco votos, con la cual la Corte decidió en el mes de noviembre de 2010 la inconstitucionalidad de la aplicación del principio, refleja la compleja discusión que surge frente a la aplicación de mecanismos de justicia transicional, en escenarios en los cuales continúa activo el conflicto. En este sentido es preciso señalar que en todos los tribunales internacionales hay espacios necesarios de discrecionalidad para investigar y juzgar, acorde con la limitación de los recursos y con la masividad de los procesos. El Área se ocupará de su estudio en el cuarto informe, una vez se cuente con el texto final de la providencia.

También, y siguiendo la secuencia del proceso, en dicho informe se ocupará el Área del estudio de las diversas sentencias que profiera la Sala de Conocimiento, de los alcances del concepto de reparación, del desarrollo y fundamentación del principio de equidad como herramienta para decidir en casos extremos de macrocriminalidad y se ocupará, en general, del estudio de otras figuras procesales muy interesantes, como es el caso de la nulidad y cómo ha sido ella abocada en este proceso, lo mismo que el tema central de los recursos.

El director del Área agradece de manera especial a su equipo de monitores que acompañaron con compromiso y determinación, tanto el proceso de recopilación de información y de estudio en equipo de estos dilemas procesales y sustanciales, como la redacción final del documento: Henry Rivera Leal, Gustavo Cote Barco, Carlos Alberto Mejía y Diana Dajer Barguil. Es un equipo que ha crecido en complejidad, al mismo tiempo que preserva la sensibilidad ante un proceso no sólo complejo, sino en grado sumo doloroso, por aquello que en él se ventila. Agradece el director, además y de manera especial, el acompañamiento irrestricto y comprometido que ha recibido desde la sede central en Madrid del CITpax y, de manera muy particular, el apoyo denodado y cotidiano de Claudia Medina y Alba Marcellán.

Alejandro Aponte Cardona
Director del Área de Justicia

CAPÍTULO I

ASPECTOS PRELIMINARES DEL PROCESO ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ

Tal como se ha advertido desde la presentación, el presente monográfico se detiene en el estudio del proceso especial de Justicia y Paz, distinto del sistema de Justicia y Paz, mucho más amplio y que involucra necesariamente a las más diversas instituciones. En el contexto de la triada verdad, justicia y reparación, al proceso penal le corresponde una tarea específica y que es, en tanto penal, acotada y limitada: los principios y la esencia del derecho penal rigen y permanecen vigentes aún en la lógica transicional. Por eso, se insiste, y así lo ha recalcado el Área de Justicia permanentemente, que para dar contenido real a la triada enunciada, se requiere un auténtico trabajo interinstitucional y mancomunado, adelantado teniendo en cuenta siempre el carácter limitado del ámbito penal.

Existen aspectos previos al proceso penal como tal, que son fundamentales y que, claro está, reflejan las relaciones entre el derecho penal y la decisión política de desmovilizar actores ligados a la guerra e incorporarlos a la vida civil. Estos aspectos serán estudiados en este primer gran capítulo, diferenciándolos de aquellas etapas que configuran el proceso penal especial de Justicia y Paz propiamente dicho. Este último hecho, aclarando, por supuesto, que estos aspectos preliminares inciden directamente en las etapas en que se estructura el proceso como tal.

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 975 DE 2005

El ámbito de aplicación de la Ley de Justicia y Paz se encuentra definido en su art. 2 y en el art. 1 del Decreto n° 3391 de 2006. Según el inciso primero del art. 2 de la Ley de Justicia y Paz, ésta regula:

“(...) la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional”.²

Así mismo, el art. 1 del Decreto n° 3391 de 2006 establece que la Ley de Justicia y Paz tiene por objeto, “facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación”.³

² Inciso primero, art. 2 Ley 975 de 2005.

³ Inciso primero, art. 1 Decreto n° 3391 de 2006.

La Ley de Justicia y Paz no ha sido la única norma mediante la cual se ha buscado, en Colombia, articular estrategias para desmovilizar a miembros de grupos armados ilegales. Tampoco es la única norma vigente que apunta a facilitar posibles caminos de construcción de paz. A manera de ilustración, toda vez que no se trata de una reseña exhaustiva, la Ley 418 de 1997 tenía como objetivo “la búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia”, con vigor durante dos años desde su adopción (el 26 de diciembre de 1997). Posteriormente se prorrogó su vigencia tres años, mediante la Ley 548 de 1999, la cual fue modificada y prorrogada cuatro años más por la Ley 782 de 2002. Ahora bien, la vigencia de esta última norma fue prevista inicialmente para cuatro años; sin embargo, mediante la Ley 1106, adoptada el 22 de diciembre de 2006, fue prorrogada por cuatro años más.

En consecuencia, el ámbito de aplicación de la Ley de Justicia y Paz se ha establecido a partir de su delimitación y diferenciación, con relación al ámbito de aplicación de la Ley 782 de 2002, puesto que estas dos normas hacen referencia a la desmovilización de miembros de grupos armados ilegales y, al mismo tiempo, definen distintos tipos de beneficios judiciales con los cuales se trata de incentivar el retorno a la vida civil de personas involucradas en el conflicto armado. Por ello, el inciso tercero del art. 2 de la Ley 975 de 2005, indica que “la reinserción a la vida civil de las personas que puedan ser favorecidas con amnistía, indulto o cualquier otro beneficio establecido en la Ley 782 de 2002, se regirá por lo dispuesto en dicha ley”.⁴

De la misma manera, el segundo inciso del art. 1 del Decreto n° 3391 de 2006 establece que los beneficios de índole penal, consagrados en la Ley de Justicia y Paz, se aplicarán a personas desmovilizadas, cuyos actos no puedan ser cobijados por los beneficios previstos en la Ley 782 de 2002. Así, se dispone que:

“Los beneficios penales previstos en la Ley 975 de 2005 se aplicarán a las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley que hayan decidido desmovilizarse y contribuir a la reconciliación nacional, respecto de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al mismo, cuando estos no queden cobijados por los beneficios jurídicos de que trata la Ley 782 de 2002, sea que respecto de tales hechos curse o no investigación judicial de cualquier índole o se haya proferido sentencia condenatoria”.⁵

⁴ Inciso tercero, art. 2 Ley 975 de 2005.

⁵ Inciso segundo, art. 1 Decreto n° 3391 de 2006.

La aplicación tanto de la Ley 782 de 2002 como de la Ley 975 de 2005 presupone el hecho de la desmovilización, e incluso en esta materia la Ley de Justicia y Paz remite a la Ley 782. Sin embargo, la Ley de Justicia y Paz exige, para poder ser aplicada, la postulación del desmovilizado por parte del gobierno nacional ante la Fiscalía General de la Nación, así como el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad definidos en sus artículos 10 y 11; además, requiere que el tipo de delitos por los que se va a procesar al desmovilizado, no le permita acogerse a los beneficios contemplados en la Ley 782 de 2002.⁶

Así, el ámbito de aplicación de la Ley 975 de 2005, desde el punto de vista subjetivo, es definido a partir de las nociones de desmovilización, postulación y elegibilidad, mientras que, desde el punto de vista material, el ámbito de aplicación de la Ley 782 de 2002 se define por las conductas que se van a investigar y su valoración en torno al concepto de delito político y conexos. Adicionalmente, la Ley 975 de 2005 cuenta con un marco de aplicación temporal, ligado al momento en que se consumaron los delitos y a la entrada en vigencia de la propia Ley.

1.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ: DESMOVILIZACIÓN, POSTULACIÓN Y ELEGIBILIDAD

1.1.1. DESMOVILIZACIÓN

La Ley de Justicia y Paz se aplica a personas que hayan sido miembros de grupos armados organizados al margen de la ley y que hayan decidido desmovilizarse. En este sentido, el art. 9 de la Ley 975 de 2005 define la desmovilización como el acto individual o colectivo de dejación de armas y el abandono del grupo armado organizado al margen de la ley (GAOML), llevado a cabo ante autoridad competente. Según esta misma norma, la desmovilización se debe dar de acuerdo con lo establecido en la Ley 782 de 2002.

Por su parte, la Ley 782 de 2002 define el marco normativo para que el gobierno nacional pueda adelantar procesos de paz con grupos armados ilegales, por lo que modificó los artículos 8, 10 y 12 de la Ley 418 de 1997 y derogó el art. 11 de la misma norma.⁷ Estos artículos permiten que

⁶ Sobre los beneficios de contemplados en la Ley 782 de 2002 y las diferencias entre ésta y la Ley 975 de 2005, ver: Corte Suprema de Justicia (CSJ), Sala de Casación Penal, auto del 24 de febrero de 2009, radicado n° 30999, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

⁷ El art. 2 de la Ley 782 de 2002 estableció que el enunciado del capítulo I, del título I, de la primera parte de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999, quedaría de la siguiente manera: “Disposiciones para facilitar el diálogo y la suscripción de acuerdos con grupos armados organizados al margen de la ley para su desmovilización,

los representantes autorizados expresamente por el gobierno nacional, realicen actos tendientes a propiciar acercamientos y a adelantar diálogos, negociaciones e, incluso, a firmar acuerdos con grupos armados, con el fin de promover la reconciliación entre los colombianos, la convivencia pacífica y lograr la paz.⁸ Por ejemplo, en el art. 8, modificado por el art. 3 de la Ley 782 de 2002, se establece que, una vez iniciado un proceso de diálogo, negociación o firma de acuerdos, las autoridades judiciales correspondientes suspenderán las órdenes de captura que se hayan dictado contra los miembros representantes de los grupos armados organizados al margen de la ley, con los cuales se adelanten diálogos, negociaciones o acuerdos de paz.⁹

Así mismo, esta norma autoriza al Presidente de la República para determinar la localización y formas de acción de la fuerza pública, con el fin de facilitar los diálogos; también en ella se autoriza al Presidente para acordar con los voceros o miembros representantes de los grupos armados organizados al margen de la ley con los que se adelanten negociaciones, su ubicación temporal o la de sus miembros, “en precisas y determinadas zonas del territorio nacional o internacional, de considerarse conveniente”.¹⁰

El art. 19 de la Ley 782 de 2002 consagra la posibilidad de conceder el beneficio de indulto a los nacionales que hubieren sido condenados penalmente mediante sentencia ejecutoriada, por conductas que den lugar a delitos políticos. Así, el indulto se puede otorgar, siempre y cuando se adelante un proceso de paz con el grupo armado del cual haga parte el sujeto y dicho grupo haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil. De la misma manera, el segundo inciso del art. 19 prevé el beneficio de indulto, para quienes se desmovilicen de forma individual y voluntaria. Las leyes 418 de 1997 y 782 de 2002 definen, además, qué se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley y cómo se acredita la condición de miembro de dicho grupo, para efectos de acceder a los beneficios previstos en la Ley 782.

De otro lado, el párrafo 1º del art. 8 de la Ley 418 de 1997, modificado por el art. 3 de la Ley 782 de 2002, toma los elementos que en el derecho internacional humanitario (DIH) permiten establecer la existencia de un conflicto armado no internacional, para definir lo que se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley:

reconciliación entre los colombianos y la convivencia pacífica”.

⁸ Art. 3, Ley 782 de 2002.

⁹ Párrafo segundo, art. 3, Ley 782 de 2002.

¹⁰ *Ibidem*.

“Parágrafo 1º. De conformidad con las normas del Derecho Internacional Humanitario, y para los efectos de la presente ley, se entiende por grupo armado al margen de la ley, aquel que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte del territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”.¹¹

En el art. 53 de la Ley 418 de 1997, modificado por el art. 21 de la Ley 782 de 2002, se establece que la calidad de miembro de un grupo armado organizado al margen de la ley, se comprueba mediante el reconocimiento expreso de los voceros o representantes del grupo, por las pruebas que aporte el solicitante o mediante la información de que dispongan las instituciones estatales.¹²

Además del indulto, en la Ley 782 de 2002 también están previstos como beneficios a los que pueden acceder los desmovilizados la resolución inhibitoria, la preclusión o la cesación de procedimiento. Ahora bien, estas formas de terminación anticipada del proceso penal operan cuando los desmovilizados tienen procesos penales en curso, dependiendo de la etapa procesal en la que se encuentren.¹³ A su vez, el trámite para acceder a estos beneficios, así como al indulto, se encuentra regulado en los artículos 21, 23, 24 y 25 de la Ley 782.

Es importante resaltar que en aquellos casos en los que la desmovilización se da de forma individual, el abandono voluntario de las armas y la pertenencia de la persona al grupo armado ilegal, la evalúa y certifica

¹¹ Parágrafo primero, art. 3, Ley 782 de 2002.

¹² Art. 21, Ley 782 de 2002.

¹³ Según el art. 24 de la Ley 782 de 2002, “El artículo 60 de la Ley 418 de 1997, prorrogada por la Ley 548 de 1999, quedará así: Artículo 60. Se podrán conceder también, según proceda, de acuerdo con el estado del respectivo proceso penal, la cesación de procedimiento, la resolución de preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, a quienes confiesen y hayan sido o fueren denunciados o procesados por hechos constitutivos de los delitos a que se refiere este título y no hayan sido aún condenados mediante sentencia ejecutoriada. Para estos efectos, se tramitará la solicitud de acuerdo con los artículos anteriores y, una vez verificados los requisitos, el Ministerio de Justicia y del Derecho remitirá la solicitud al Tribunal correspondiente, o a la Dirección de Fiscalía ante la cual se adelante el trámite, quienes deberán emitir de plano, la providencia que decida la respectiva solicitud, en los términos legales y observando el principio de celeridad. Si la persona se encuentra privada de la libertad, las citadas autoridades deberán dar trámite preferencial a las solicitudes de beneficios jurídicos, y en la providencia en la cual se conceda la petición de preclusión de la instrucción o la cesación de procedimiento, deberá revocarse el auto de detención del beneficiario, cancelarse las órdenes de captura en su contra y ordenar oficiar a los organismos competentes. La Sala Penal del Tribunal respectivo deberá resolver dentro de los tres (3) meses siguientes, contados a partir del día siguiente al recibo del expediente. Este término es improrrogable”.

el Comité Operativo para la Dejación de las Armas (CODA), según lo previsto en el Decreto n° 1385 de 1994.¹⁴ En estos casos, cuando la persona se presenta ante las autoridades civiles, judiciales o militares, la autoridad competente debe enviar de oficio, en un término no mayor de tres días, más el de la distancia, la documentación pertinente al CODA, para que resuelva si expide o no la certificación a que hace referencia el art. 1 de dicho Decreto.¹⁵ Este es un requisito indispensable para poder acceder posteriormente al indulto o a alguna de las formas anticipadas de terminación del proceso penal mencionadas anteriormente. (Sobre la desmovilización individual de miembros de grupos subversivos privados de la libertad, ver también: Decreto n° 1059 de 2008 y Decreto n° 4874 de 2008).

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronunció en auto del 1 de noviembre de 2007, sobre la desmovilización individual y colectiva, para efectos de acceder a los beneficios de la Ley 782 de 2002, al resolver el recurso de apelación presentado por seis miembros del grupo guerrillero Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), que se encontraban privados de la libertad. Ello, frente al pronunciamiento proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, mediante el cual negó la solicitud del beneficio jurídico de la cesación de procedimiento, presentada por el Ministro del Interior y de Justicia, al estimar que los acusados no reunían todos los requisitos previstos por el parágrafo del artículo 53 de la Ley 418 de 1997. El Tribunal se negó a otorgar la cesación de procedimiento, debido a que el Ministerio del Interior no remitió la certificación del CODA y se limitó a argumentar que se trataba de una desmovilización colectiva. Se debe rescatar que, en este pronunciamiento, la Sala de Casación Penal aclaró que el hecho de estar privado de la libertad, no excluye la posibilidad de que un miembro de un grupo armado ilegal se desmovilice de forma individual.¹⁶

La Sala reiteró de esta manera lo dispuesto en el parágrafo del art. 10 de la Ley 975 de 2005, según el cual los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que se encuentren privados de la libertad, podrán acceder a los beneficios contenidos en la Ley de Justicia y Paz y en la Ley 782 de 2002, “siempre que en las providencias judiciales correspondientes se determine su pertenencia al respectivo grupo”.¹⁷ Esta norma es desarrollada por los artículos 6 y 7 del Decreto n° 3391 de 2006.

¹⁴ El Decreto n° 1385 de 1994 define las funciones y composición del CODA.

¹⁵ Art. 21, Ley 782 de 2002.

¹⁶ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 1 de noviembre de 2007, radicado n° 28393, M.P. Javier Zapata Ortiz.

¹⁷ Parágrafo, art. 10, Ley 975 de 2005.

En este sentido, en el art. 6 se dispone, por ejemplo, que para acceder a los beneficios judiciales y de encontrarse determinada judicialmente la pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley, se entiende que el solicitante adquiere la condición de desmovilizado en el momento en que se surte ante la autoridad competente la desmovilización colectiva del grupo al cual pertenecía, “aunque no hubiese estado presente por encontrarse privado de la libertad en tal oportunidad”.¹⁸ El acto de desmovilización es, entonces, el primer requisito que debe cumplir el sujeto para que sea posible aplicar la Ley 975 de 2005.

De igual forma, la importancia de la desmovilización para determinar el ámbito de aplicación de la Ley de Justicia y Paz, se puede apreciar en el auto proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 29 de julio de 2009. En esta oportunidad, la Sala se pronunció sobre la competencia de los magistrados de control de garantías del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, para conocer, por medio del procedimiento previsto en la Ley 975, de los delitos cometidos por un desmovilizado del Bloque Resistencia Tayrona, entre ellos el delito de rebelión, ya que esta persona había pertenecido a un grupo guerrillero antes de ingresar al grupo paramilitar.

Para la Sala de Casación Penal, los delitos cometidos por el desmovilizado mientras fue parte del grupo guerrillero no podían ser investigados ni juzgados bajo la Ley 975 de 2005, toda vez que su postulación por parte del gobierno nacional obedeció a la desmovilización que formalmente hizo esta persona con el grupo de autodefensas al cual pertenecía. Incluso, afirmó la Sala, los delitos en los que haya incurrido el desmovilizado por su condición de guerrillero deben ser conocidos por la justicia penal ordinaria y, en ese contexto, podría acceder, de ser el caso, a los beneficios de la Ley 782 de 2002. En el ejemplo expuesto, el grupo con el cual se dio la desmovilización y que de hecho motivó la postulación a la Ley 975 de 2005, terminó por definir la posibilidad o no de aplicar esta última norma.¹⁹

1.1.2. POSTULACIÓN

Una vez se ha producido la desmovilización, de forma individual o colectiva de acuerdo con lo previsto en la Ley 782 de 2002, para la aplicación de la Ley 975 de 2005 se requiere que el o los desmovilizados sean postulados

¹⁸ Art. 6, Decreto n° 3391 de 2006.

¹⁹ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 29 de julio de 2009, radicado n° 32289, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

ante la Fiscalía General de la Nación por parte del gobierno nacional. En los artículos 10 y 11 de la Ley de Justicia y Paz se encuentra previsto este requisito:

“Podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que hayan sido o puedan ser imputados, acusados o condenados como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, cuando no puedan ser beneficiarios de algunos de los mecanismos establecidos en la Ley 782 de 2002, *siempre que se encuentren en el listado que el Gobierno Nacional remita a la Fiscalía General de la Nación*” (cursivas por fuera del texto original).²⁰

En el art. 3 del Decreto n° 4760 de 2005 se ha reglamentado la postulación de desmovilizados a la Ley de Justicia y Paz. Según esta norma, las listas de postulados para acceder al procedimiento penal previsto en la Ley 975 de 2005, que debe elaborar el gobierno nacional, se podrán integrar con los nombres de los miembros de los grupos armados al margen de la ley que se hayan desmovilizado de manera colectiva de acuerdo con la Ley 782 de 2002. En estos casos, el representante del grupo desmovilizado debe informar por escrito al Alto Comisionado para la Paz, sobre los miembros que se encuentren privados de la libertad.²¹

Adicionalmente, este artículo autoriza al gobierno para que incluya en las listas, de la misma manera, a quienes se hayan desmovilizado voluntariamente y de manera individual, según la Ley 782 de 2002. Para esto se exige que el desmovilizado contribuya a la consecución de la paz nacional, que haya entregado información o colaborado para el desmantelamiento del grupo al que pertenecía y que haya suscrito un acta de compromiso con el gobierno nacional. En todo caso, será necesario que los desmovilizados hayan manifestado, previamente y por escrito ante el Alto Comisionado para la Paz o al Ministro de Defensa, según se trate de desmovilizados colectiva o individualmente, su voluntad de ser postulados para acogerse al procedimiento y beneficios de la Ley 975 de 2005.²²

De acuerdo con el art. 3, el Alto Comisionado para la Paz y el Ministro de Defensa, según el caso, deben enviar las listas de postulados al Ministro del

²⁰ Art. 10, Ley 975 de 2005. Según el último inciso del art. 11 de la Ley 975 de 2005, “solamente podrán acceder a los beneficios previstos en esta ley, las personas cuyos nombres e identidades presente el Gobierno Nacional ante la Fiscalía General de la Nación”.

²¹ Art. 3, Decreto n° 4760 de 2005.

²² *Ibidem*.

Interior y de Justicia, quien las remitirá formalmente a la Fiscalía General de la Nación.²³ El art. 3 del Decreto n° 4760 de 2005 advierte además que, “en ningún caso la postulación realizada por el Gobierno Nacional implica la concesión automática de los beneficios previstos en la Ley 975 de 2005 ni el aval sobre el cumplimiento de los requisitos allí contemplados”.²⁴

Por su parte, el art. 7 del Decreto n° 3391 de 2006, regula el sometimiento a la Ley de Justicia y Paz de personas privadas de la libertad, cuando el grupo armado al que pertenecían se haya desmovilizado colectivamente. Con relación a la postulación, esta norma exige que las personas privadas de la libertad y que deseen acogerse a la Ley 975 de 2005, manifiesten directamente ante la Oficina del Alto Comisionado para la Paz su voluntad, de forma expresa y por escrito, de someterse a ella y de cumplir con las exigencias que allí se establecen. El Alto Comisionado para la Paz debe verificar que la persona se encuentre en las listas suministradas por el representante del grupo desmovilizado y así constatar la pertenencia al grupo. De esta forma, la persona privada de la libertad puede ser postulada por el gobierno nacional ante la Fiscalía General de la Nación, para acceder a los beneficios de la Ley 975 de 2005.

1.1.3. ELEGIBILIDAD

La aplicación de la Ley de Justicia y Paz, además de la desmovilización y postulación por parte del gobierno nacional, requiere que los ex integrantes de los grupos armados al margen de la ley cumplan con una serie de requisitos, denominados de elegibilidad, definidos en los artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005, para la desmovilización colectiva e individual, respectivamente.

Así, de acuerdo con el art. 10 de la Ley de Justicia y Paz, podrán acceder a los beneficios que allí se establecen, los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que hayan sido o puedan ser imputados, acusados o condenados como autores o partícipes de hechos delictivos, cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, cuando no puedan ser beneficiarios de los mecanismos establecidos en la Ley 782 de 2002, siempre que se encuentren en el listado que el gobierno nacional remita a la Fiscalía General de la Nación y cumplan con los requisitos que se expondrán a continuación.

²³ *Ibídem.*

²⁴ *Ibídem.* El párrafo 3° del art. 3 del Decreto n° 4760 de 2005 hace referencia a los menores de edad que sean miembros de un grupo armado ilegal. Esta norma ordena que los menores de edad que se desmovilicen deben ser puestos a disposición del ICBF, para que se tomen las medidas necesarias con el fin de promover su recuperación física y psicológica, así como su reinserción social.

En primer lugar, el grupo se debe haber desmovilizado en cumplimiento de un acuerdo con el gobierno nacional. De igual forma, en segundo lugar, sus miembros deben entregar los bienes producto de la actividad ilegal y, según la sentencia n° C-370 de 2006 de la Corte Constitucional, que evaluó exhaustivamente el contenido de la Ley 975, deben también dar información sobre personas desaparecidas. En tercer lugar, deben ser puestos a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), todos los menores de edad que hayan sido reclutados por el grupo. En cuarto lugar, el grupo debe cesar todo tipo de actividad ilícita. A su vez, en quinto lugar, se requiere que el grupo de que se trate no haya sido formado para el tráfico de estupefacientes y el enriquecimiento ilícito. Finalmente, se requiere que el grupo libere a las personas secuestradas que se encuentren en su poder.²⁵

Por su parte, según el art. 11 de la Ley 975 de 2005, los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que se hayan desmovilizado individualmente y que contribuyan a la consecución de la paz nacional, podrán acceder a los beneficios previstos en dicha Ley, siempre que reúnan los siguientes requisitos: (i) el desmovilizado debe entregar información y colaborar con el desmantelamiento del grupo al cual pertenecía; (ii) el desmovilizado debe haber suscrito un acta de compromiso con el gobierno nacional; (iii) el desmovilizado debe haber dejado las armas efectivamente y cesado toda actividad ilícita; (iv) se deben entregar los bienes producto de la actividad ilegal, con el fin de reparar a las víctimas; y (v) la actividad del desmovilizado no debe haber tenido como finalidad el tráfico de estupefacientes ni el enriquecimiento ilícito.

El cumplimiento de los requisitos de elegibilidad y su verificación son temas que se han reglamentado a través de varios decretos; lo mismo ha

²⁵ En la sentencia reseñada con anterioridad, n° C-370 de 2006, la Corte Constitucional afirmó que: “Resulta inconstitucional que el Estado colombiano otorgue beneficios penales a personas que son responsables del delito de desaparición forzada, sin que exija, como condición para el otorgamiento del beneficio, además de que hayan decidido desmovilizarse en el marco de esta ley que los responsables del delito hubieren indicado, desde el momento en el que se define su elegibilidad, el paradero de las personas desaparecidas. En efecto, tal y como se señaló en el caso anterior, el Estado no puede renunciar a utilizar todos los mecanismos a su alcance para prevenir delitos de suma gravedad y, en el caso en el cual se hubieren cometido, para interrumpir sus efectos sobre la víctima o sobre sus familiares. En este sentido es importante reconocer que la obligación de liberar a las personas secuestradas es de naturaleza similar a la obligación constitucional de revelar el destino de las personas desaparecidas. Sin embargo, no parece existir ninguna razón por la cual el legislador hubiere omitido establecer como requisito de elegibilidad revelar el destino de las personas desaparecidas mientras consagró como condición para acceder a los beneficios de la ley liberar a las personas secuestradas, en el evento de la desmovilización colectiva”. Corte Constitucional, sentencia n° C-370 del 18 de mayo de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y otros.

sucedido con distintos temas regulados en la Ley 975 de 2005. Por esta razón, en los decretos n° 4760 de 2005, 3391 de 2006, 423 de 2007 y 4874 de 2008, se encuentran disposiciones relacionadas con los requisitos de elegibilidad. Así las cosas, a continuación se señalan algunos aspectos consignados en dichas normas, para ilustrar la complejidad e importancia de este asunto.

De esta manera, por ejemplo, en el art. 3 del Decreto n° 4760 de 2005 se exige que en el proceso de desmovilización, cuando los miembros del grupo armado al margen de la ley de que se trate manifiesten por escrito al Alto Comisionado para la Paz o ante el Ministro de Defensa su voluntad de acogerse a la Ley de Justicia y Paz, declaren, a su vez, bajo la gravedad de juramento, su compromiso de cumplir con los requisitos de elegibilidad.²⁶

Así mismo, se aclara en esta norma que las autoridades judiciales son las encargadas de verificar el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad. Como se verá más adelante, éste es un tema de discusión recurrente en casi todas las etapas del proceso penal especial de Justicia y Paz: la entrega de bienes, la colaboración con la administración de justicia, la información que se da sobre personas desaparecidas, etc., son aspectos sobre los cuales se discute y debate desde la versión libre, hasta el incidente de reparación integral. En todo caso, en este tema la última palabra la tiene la Sala de Conocimiento, al momento de proferir la sentencia en primera instancia (sin perjuicio de la competencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia como segunda instancia). Esto es reiterado en el art. 3 del Decreto n° 4760, cuando afirma que:

“En todo caso, la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial de que trata la Ley 975 de 2005 es la instancia competente para conceder los beneficios consagrados en la citada ley, exclusivamente a quienes cumplan las exigencias previstas en los artículos 1°, 3°, 10, 11, 24, 29, 42 y 44 y demás contempladas en la misma”.²⁷

El art. 5 del Decreto n° 3391 de 2006 también hace referencia a los requisitos de elegibilidad. Así, este Decreto se remite al art. 1 del Decreto n° 2898 de 2006, el cual obliga a los fiscales a interrogar al postulado al comenzar la versión libre, para que ratifique nuevamente su voluntad de acogerse a la Ley 975 de 2005. Según el art. 5 del Decreto n° 3391 de 2006, con esta ratificación se entenderá que el postulado se compromete,

²⁶ Tercer inciso, art. 3, Decreto n° 4760 de 2005.

²⁷ Sexto inciso, art. 3, Decreto n° 4760 de 2005.

una vez más bajo la gravedad de juramento, a cumplir con los requisitos de elegibilidad. Sin embargo, no se debe perder de vista que los requisitos de elegibilidad se pueden y deben cumplir desde el momento de la desmovilización. Por esta razón, el mismo Decreto n° 4760 de 2005, en el párrafo 1° del art. 3, establece:

“Párrafo 1°. Si durante la desmovilización colectiva o individual, los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley realizan actos de cumplimiento de los requisitos previstos en los numerales 10.2, 10.3 o 10.6 del artículo 10 y 11.5 del artículo 11 de la citada ley, se levantará un acta suscrita por quien certifica la desmovilización”.²⁸

En este sentido, la Corte Constitucional definió los requisitos de elegibilidad como “condiciones de accesibilidad” a los beneficios de la Ley 975 de 2005.²⁹ Por ello, con posterioridad a la sentencia n° C-370 de 2006, mediante el art. 5 del Decreto n° 3391 de 2006, se autorizó a los Fiscales de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación y a los magistrados competentes de las salas de Justicia y Paz de los tribunales superiores de distrito judicial, para solicitar a la autoridad competente ante la cual se haya llevado a cabo la desmovilización,

“(…) que certifique sobre los actos materiales de cumplimiento de los requisitos contemplados en los mencionados artículos 10 y 11 que se hayan presentado con ocasión de la desmovilización de cada grupo armado específico organizado al margen de la ley cuyos miembros hayan sido postulados por el Gobierno Nacional. Igualmente, podrán solicitar a las demás instituciones estatales la información de que dispongan, de acuerdo con sus funciones, que resulte relevante para la evaluación del cumplimiento de los requisitos de elegibilidad”.³⁰

Así mismo, en los artículos 1, 2 y 4 del Decreto n° 423 de 2007, se establecieron algunas reglas sobre la certificación que el gobierno nacional debe hacer del cumplimiento de los requisitos de elegibilidad por parte de los desmovilizados. De esta manera, el art.1 obliga a la Oficina del Alto Comisionado para la Paz a certificar sobre los actos de cumplimiento de los requisitos de elegibilidad enunciados en el art. 10 de la Ley 975 de 2005, que se hayan dado a propósito de las desmovilizaciones colectivas. A su vez, el

²⁸ Párrafo 1°, art. 3, Decreto n° 4760 de 2005.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia n° C-370 del 18 de mayo de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y otros.

³⁰ Segundo inciso, art. 5, Decreto n° 3391 de 2006.

art. 2 obliga al Programa de Atención Humanitaria al Desmovilizado del Ministerio del Defensa (PAHD), a certificar sobre la colaboración que hayan prestado quienes se desmovilicen de forma individual, con relación al desmantelamiento del grupo armado ilegal al cual pertenecían. Igualmente, el citado art. 2 obliga al CODA a certificar sobre la efectiva desmovilización y dejación de las armas, en casos de desmovilización individual. Adicionalmente, el art. 4 del Decreto n° 423 de 2007 establece que las entidades responsables de proporcionar información relacionada con los procesos de desmovilización, al momento de certificar lo que les compete, siempre deberán informar lo que les constare sobre “la entrega de menores de edad, bienes, personas secuestradas y desaparecidas”.³¹

Estas normas son fundamentales para la valoración que realizan los magistrados de Justicia y Paz, con el fin de establecer si los postulados han venido cumpliendo con sus compromisos y si, finalmente, cumplen con las condiciones que la Ley 975 de 2005 exige para poder acceder a la pena alternativa. Así, en los debates judiciales no será relevante únicamente aquello que los fiscales, los agentes del Ministerio Público, los representantes de las víctimas o incluso la misma defensa, aleguen sobre el cumplimiento o no de los requisitos de elegibilidad, puesto que se deberá buscar información de primera mano, proveniente de las distintas instituciones involucradas en la desmovilización, para que los jueces (magistrados) tengan suficientes elementos de juicio para decidir, por ejemplo, una exclusión o la imposición de la pena alternativa misma. Éste es un aspecto fundamental en el que el trabajo armónico del poder judicial con el poder ejecutivo resulta imprescindible.

La delimitación del ámbito de aplicación de la Ley de Justicia y Paz, desde el punto de vista subjetivo, lleva a que en Justicia y Paz no solamente sean relevantes los procesos penales que se surten de acuerdo con la Ley 975 de 2005. Durante las versiones libres, y como consecuencia de las investigaciones adelantadas por la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, se ha logrado obtener una buena cantidad de información que compromete a empresarios, políticos y miembros de la Fuerza Pública con la conformación y accionar de grupos paramilitares, lo que ha permitido iniciar procesos penales ordinarios en donde también se investigan y juzgan violaciones de derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

Como se ha visto en este acápite, el proceso penal especial de Justicia y Paz no puede ser aplicado a sujetos que no se han desmovilizado, postulado y

³¹ Art. 4, Decreto n° 423 de 2007.

cumplido con los requisitos de elegibilidad. En consecuencia, los procesos penales que se adelantan contra militares, empresarios, políticos, etc., bien sea, por ejemplo, por la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación (en caso de responsabilidad penal de militares y policías) o por la misma Corte Suprema de Justicia (así ha sucedido con los casos de congresistas vinculados con paramilitares), son de la mayor relevancia para el proceso de Justicia y Paz, así se trate de procesos penales ordinarios. En estos casos la colaboración entre las unidades de Justicia y Paz y de Derechos Humanos de la Fiscalía es fundamental, ya que pueden fácilmente terminar indagando el mismo caso. La primera de ellas con relación a los paramilitares que han confesado los hechos y la segunda con relación a sujetos que no entran en el ámbito de aplicación de la Ley 975 de 2005, pero que también deben responder penalmente por ellos. Éste es un aspecto trascendental, que cobra gran importancia desde la perspectiva de la reparación a las víctimas y del hallazgo y reconstrucción colectiva de la verdad.

1.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ: EL PARAMILITARISMO Y LA NOCIÓN DE DELITO POLÍTICO

Desde el punto de vista material, la Ley 975 de 2005 se aplica a hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia de los desmovilizados al grupo armado al margen de la ley, cuando éstos no queden cobijados por los beneficios jurídicos previstos en la Ley 782 de 2002. En este sentido, los artículos 2 de la Ley 975 de 2005 y 1 del Decreto n° 3391 de 2006, limitan el ámbito de aplicación de la Ley de Justicia y Paz, a aquellas conductas que no permiten conceder los beneficios contemplados en la Ley 782 de 2002; es decir, el indulto o la terminación anticipada del proceso penal, según sea el caso.

Ahora bien, los artículos 19 y 24 de la Ley 782 de 2002 modificaron los artículos 50 y 60 de la Ley 418 de 1997. En el artículo 50 de la Ley 418 se establece que el gobierno nacional podrá conceder, en cada caso particular, el beneficio de indulto a los nacionales que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de delito político.³² Por otro lado, el art. 60 de la Ley 418 dispone:

³² El Código Penal colombiano no define el concepto de delito político; sin embargo, en este país existe una larga tradición que ha permitido entender como tales a los delitos de rebelión, sedición y asonada, y darles en consecuencia un trato privilegiado. De hecho, diversas normas hacen referencia a la noción de delito político, aunque no lo definen; por ejemplo, el numeral 17 del art. 150 de la Constitución Política, mediante el cual se autoriza al Congreso para conceder amnistías. Igualmente, los artículos 16 y 18 del Código Penal, Ley 599 de 2000, hacen referencia a la noción de delito político al regular la extraterritorialidad de la ley penal y la extradición, respectivamente. Desde el punto de vista doctrinal,

“Se podrán conceder también, según proceda, de acuerdo con el estado del respectivo proceso penal, la cesación de procedimiento, la resolución de preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, a quienes confiesen y hayan sido o fueren denunciados o procesados por hechos constitutivos de los delitos a que se refiere este título y no hayan sido aún condenados mediante sentencia ejecutoriada”.³³

Tanto el art. 50 como el art. 60 de la Ley 418 de 1997 se encuentran en el Título III de esta Ley, denominado “causales de extinción de la acción penal y de la pena en casos de delitos políticos”. Es claro, entonces, que los beneficios a los que hace referencia la Ley 782 de 2002 solamente proceden cuando el desmovilizado es procesado penalmente por delitos políticos y conexos, mientras que, cuando existe responsabilidad penal por hechos que no son susceptibles de ser calificados como “políticos”, por ejemplo, por constituir actos atroces, de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidios cometidos fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión, la aplicación de la Ley 782 de 2002 cede y se abre la posibilidad de aplicar la Ley de Justicia y Paz.

Por esta razón, el ámbito de aplicación de la Ley 975 de 2005, en sentido material, cobija todo tipo de conductas punibles definidas en el Código Penal colombiano, respetando, claro está, el principio de legalidad, siempre y cuando las conductas delictivas se hayan cometido durante y con ocasión de la pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la ley y no puedan ser calificadas como delitos políticos. Esto excluye del ámbito de aplicación de la Ley de Justicia y Paz, los delitos contemplados en el Título XVIII del Libro II del Código Penal colombiano (delitos contra el régimen constitucional y legal), los cuales tradicionalmente han sido considerados como delitos políticos, particularmente los delitos de rebelión y sedición.³⁴

se cita el texto fundamental sobre el tema de: Iván Orozco Abad, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, Temis, Bogotá, segunda edición, 2006. Desde el punto de vista jurisprudencial, pueden ser consultadas las siguientes sentencias: Corte Constitucional, sentencia n° C-456 de 23 de septiembre de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz; y CSJ, Sala de Casación Penal, sentencia del 20 de agosto de 1996, radicado n° 11439, M.P. Eduardo Mejía Escobar.

³³ Art. 60, Ley 418 de 1997.

³⁴ El Código Penal define de la siguiente manera los delitos rebelión y sedición: “Artículo 467. Rebelión. Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión de noventa y seis (96) a ciento sesenta y dos (162) meses y multa de ciento treinta y tres (133.33) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes”; “Artículo 468. Sedición. Los que mediante el empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes,

Además, esta circunstancia hace que, en el contexto de Justicia y Paz, adquieran una especial relevancia los delitos que constituyen violaciones masivas de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. De hecho, son precisamente este tipo de conductas las que dan sentido a la Ley de Justicia y Paz; es decir, aquellas que corresponden a crímenes internacionales. En términos de la Ley 418 de 1997 y 782 de 2002, ellas pueden ser definidas también como actos de ferocidad y barbarie.³⁵

Nótese, desde el punto de vista de la tradición jurídica del país y de las relaciones entre guerra y derecho que, aún después de ser declarado inconstitucional el antiguo artículo 127 del Código Penal de 1980, que consagraba justo estos actos de ferocidad y barbarie, como actos situados por fuera de la complejidad del delito de rebelión y que no quedaban subsumidos en el mismo, una Ley de 2002 continúa manejando el mismo lenguaje. Es un dato muy interesante, además, por el hecho de que los actos de ferocidad y barbarie en sí mismos no constituyen delitos, sino ámbitos de argumentación jurisprudencial en función de la comisión de posibles delitos para imputar y sancionar. Éstos, por supuesto, serían hoy aquellos delitos que constituyen crímenes internacionales.³⁶

Con la Ley de Justicia y Paz se busca incentivar la desmovilización de sujetos que no pueden acogerse a la Ley 782 de 2002, al tener responsabilidad penal por delitos especialmente críticos, por ejemplo, tortura, desaparición forzada, desplazamiento forzado, homicidios en persona protegida por el derecho internacional humanitario, etc.

1.2.1. EL ART. 71 DE LA LEY 975 DE 2005: LA PERTENENCIA A GRUPOS PARAMILITARES COMO DELITO DE SEDICIÓN O COMO CONCIERTO PARA DELINQUIR

La delimitación del ámbito de aplicación de la Ley de Justicia y Paz, respecto del tipo de conductas cometidas, no ha sido del todo pacífica. Así, una significativa cantidad de miembros de grupos paramilitares o de

incurrirán en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

³⁵ En este sentido, las leyes 975 de 2005 y 782 de 2002 son normas que deben ser entendidas como complementarias desde el punto de vista jurídico y político.

³⁶ Para una reconstrucción de la jurisprudencia relevante sobre este tema, en el marco de la protección de los civiles en escenarios de conflicto armado, ver: Alejandro Aponte, *Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia*, en: Derecho Penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Volumen XXVII, Número 81, mayo-agosto de 2006, pp. 15-46.

autodefensa, como por ejemplo los denominados “patrulleros”, al no tener responsabilidad penal por delitos especialmente graves, quedaban por fuera del ámbito de aplicación material de la Ley 975 de 2005. Además, tampoco podrían verse beneficiados por la Ley 782 de 2002, puesto que acciones ligadas al paramilitarismo no habían sido concebidas como parte del delito político, mientras que quienes eran investigados y juzgados penalmente por pertenecer a alguno de estos grupos, se les imputaba el delito de concierto para delinquir.

Por esta razón, la Ley 975 de 2005, mediante el art. 71, adicionó al art. 468 del Código Penal, en donde se tipifica el delito de sedición, un inciso del siguiente tenor:

“También incurrirá en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. En este caso, la pena será la misma prevista para el delito de rebelión”.³⁷

Con esta norma se buscó que los desmovilizados de grupos paramilitares que no pudieran ser procesados conforme a la Ley de Justicia y Paz, pudieran ser beneficiados por el indulto o las formas anticipadas de terminación del proceso consagradas en la Ley 782 de 2002. La Ley de Justicia y Paz modificaba el juicio de adecuación típica que hasta ese momento realizaban los jueces colombianos sobre acciones de paramilitarismo, como un caso de concierto para delinquir, y se concebía el fenómeno del paramilitarismo en un horizonte de acción política. En otras palabras, no se concebía como un fenómeno meramente delincencial.³⁸

³⁷ Art. 71, Ley 975 de 2005. En su momento, y de cara a la tradición del país, el director del Área llamó a la inclusión de este artículo “astucia de la razón instrumental”. El punto central radica en la noción, traída por el art. 468 del Código Penal, respecto de la sedición, del hecho de impedir, a través de las armas, “el libre funcionamiento del régimen constitucional y legal vigentes...”. Para un análisis de este fenómeno y de la discusión en torno a la expedición de la Ley de Justicia y Paz, ver: Alejandro Aponte, *El Estatuto de Roma y los límites del derecho penal en escenarios de alta conflictividad: el caso colombiano*, en: Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (editores), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Fundación Konrad-Adenauer, entre otras, Montevideo, marzo de 2006, pp. 197-226.

³⁸ Este esfuerzo de concepción se había introducido ya tenuemente en la antigua ley de sometimiento a la justicia de la década del 90. Ésta había sido concebida como mecanismo de sometimiento de narcotraficantes, pero, a su sombra, se concebían también miembros de grupos de autodefensas. Sobre este proceso, ver el texto referido de Iván Orozco Abad, *Op. Cit.*, 2006.

Sin embargo, en 2006, la Corte Constitucional declaró inexecutable por vicios de forma el art. 71 de la Ley 975 de 2005.³⁹ Esto llevó a que un número importante de desmovilizados se vieran envueltos en una situación incierta, ya que no cumplían con los requisitos exigidos por la Ley 782 ni por la Ley 975. Adicionalmente, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia profirió un importante fallo el 11 de julio de 2007, en el que rechazó la posibilidad de aplicar el art. 71 de la Ley 975 de 2005 por favorabilidad de forma retroactiva o ultractiva, e insistió en que la conformación de grupos paramilitares o la pertenencia a ellos daba lugar al delito de concierto para delinquir y no al delito de sedición.

En este pronunciamiento, la Sala de Casación Penal resolvió el recurso de apelación interpuesto por la defensa de un desmovilizado del Bloque Elmer Cárdenas de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC),⁴⁰ mediante el cual se impugnó la decisión del Tribunal Superior de Antioquia, en la que rechazaba la solicitud de cesación de procedimiento en los términos de la Ley 782 de 2002.⁴¹ La Sala aclaró, en esta oportunidad, que la Ley 975 de 2005 no se aplica a delitos políticos, realizó una reseña sobre el concepto de delito político y explicó las razones por las cuales el paramilitarismo no puede ser equiparado al delito de sedición.

Para la Sala, el art. 71 de la Ley 975 de 2005, en el que se definía como sedición la pertenencia a un grupo paramilitar, era una norma contraria a la Constitución. La Sala presentó varios argumentos para sustentar esta posición, aludió a razones que denominó sustanciales, a razones de tipo dogmático desde el punto de vista de la teoría del delito e, incluso, hizo referencia a los derechos de las víctimas.⁴² Así, desde el punto de

³⁹ Según la Corte Constitucional: “Con el trámite impartido a los artículos 70 y 71 de la Ley 975/05 se desconoció el principio de consecutividad, ya que como resultado de la indebida tramitación de la apelación presentada en el Senado ante la decisión de negarlos adoptada por las Comisiones Primeras Constitucionales Permanentes, finalmente fueron remitidos a Comisiones Constitucionales que no eran competentes; y una vez aprobados por éstas últimas sin tener competencia para hacerlo, fueron introducidos de manera irregular en el segundo debate ante la plenaria del Senado, como si hubiesen sido aprobados por las Comisiones Constitucionales facultadas para ello”. Corte Constitucional, sentencia n° C-370 del 18 de mayo de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y otros.

⁴⁰ En este caso el procesado hizo parte de la desmovilización colectiva del Bloque Elmer Cárdenas de las AUC, en donde se desmovilizaron 1500 personas. CSJ, Sala de Casación Penal, sentencia del 11 de julio de 2007, radicado n° 26945, M.P. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca.

⁴¹ Según la defensa, “a pesar de la inexecutable del artículo 71 de la Ley 975 de 2005, y teniendo en cuenta que tal decisión no produce efectos retroactivos, los beneficios jurídicos de dicha norma pueden aplicarse al procesado, en aplicación del principio de favorabilidad”. *Ibidem*.

⁴² La Sala de Casación Penal explicó las diferencias entre el delito político y el delito de concierto para delinquir, comparando los siguientes conceptos dogmáticos en uno y otro caso: bien jurídico tutelado, acción típica, dolo, sujeto pasivo, culpabilidad, punibilidad,

vista sustancial y constitucional, la Sala de Casación Penal sostuvo que el art. 71 de la Ley 975 de 2005 contrariaba la Constitución, al equiparar indebidamente delitos comunes con el delito político. Para ello, en la sentencia, la Corte Suprema citó varios pronunciamientos de la Corte Constitucional, entre ellos las sentencias n° C-127 de 1993, C-171 de 1993, C-069 de 1994, C-194 de 2005 y C-456 de 1997.⁴³ En este sentido, con fundamento en la jurisprudencia constitucional, la Sala afirmó:

“La Constitución de 1991, siguiendo la usanza de las constituciones decimonónicas, expresamente hace referencia al *delito político* como una variedad que amerita especial atención (...). El rebelde responsable de un *delito político* es un combatiente que hace parte de un grupo que se ha alzado en armas por razones políticas, de tal manera que, así como el derecho internacional confiere inmunidad a los actos de guerra de los soldados en las confrontaciones interestatales, a nivel interno, los hechos punibles cometidos en combate por los rebeldes no son sancionados como tales sino que se subsumen en el delito de rebelión. Y es obvio que así sea, pues es la única forma de conferir un tratamiento punitivo benévolo a los alzados en armas”.⁴⁴

Así pues, la Corte Suprema hizo referencia al paramilitarismo y al delito de concierto para delinquir, para sostener que los delitos cometidos por personas vinculadas a grupos paramilitares no pueden ser considerados como autores del delito de sedición, ya que sus actos no fueron perpetrados con el fin de atentar contra el régimen constitucional y legal vigente.⁴⁵ Esto, puesto que, según argumentó la Sala de Casación Penal, los grupos paramilitares actuaron con apoyo de importantes sectores e instituciones de la sociedad colombiana, motivados por propósitos particulares.⁴⁶ En consecuencia, la Sala concluyó:

consecuencias o tratamiento privilegiado y fines. Además, teniendo en cuenta la posibilidad de otorgar amnistías e indultos en casos de delito político, la Sala consideró que darle esta categoría a conductas que no lo son, atenta contra los derechos de las víctimas al impedir su investigación y juzgamiento. *Ibidem*.

⁴³ La Corte Suprema de Justicia cita, por ejemplo, la sentencia n° C-127 de 1993 de la Corte Constitucional: “El delito político es diferente al delito común y recibe en consecuencia un trato distinto. Pero, a su vez, los delitos, aún políticos, cuando son atroces, pierden la posibilidad de beneficiarse de la amnistía o indulto”. *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*. Esta afirmación es formulada por la Corte Suprema de Justicia con apoyo en la sentencia de la Corte Constitucional n° C-456 del 23 de septiembre de 1997, MP. Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

“Aceptar que en lugar de *concierto para delinquir* el delito ejecutado por los miembros de los grupos paramilitares constituye la infracción punible denominada *sedición*, no sólo equivale a suponer que los mismos actuaron con fines altruistas y en busca del bienestar colectivo sino, y también, burlar el derecho de las víctimas y de la sociedad a que se haga justicia y que se conozca la verdad”.⁴⁷

Por estas razones, a pesar de que la Sala de Casación Penal reconoció que la Corte Constitucional, en la sentencia n° C-370, afirmó que su decisión no producía efectos retroactivos (es decir, que al menos el art. 71 de la Ley 975 de 2005 estuvo vigente entre la fecha en que esta fue expedida y la fecha de la sentencia de constitucionalidad, 25 de julio de 2005 - 18 de mayo de 2006), por lo que su aplicación por favorabilidad sería posible, la Sala de Casación Penal sostuvo que, en todo caso, el art. 71 no podía ser aplicado. Así, con este pronunciamiento la Corte Suprema rechazó toda posibilidad de reconocer algún tipo de efecto al art. 71.

Adicionalmente, en esta sentencia la Sala de Casación Penal sostuvo que la pertenencia a un grupo paramilitar daba lugar al delito de concierto para delinquir agravado, descrito en el inciso segundo del art. 340 del Código Penal. Esta consideración adquiere una especial importancia, toda vez que el art. 69 de la Ley 975 de 2005 permite que se beneficie con resolución inhibitoria, preclusión o cesación de procedimiento, a quienes se desmovilicen en el marco de la Ley 782 de 2002 y tengan responsabilidad penal por los delitos de concierto para delinquir en los términos del inciso primero del artículo 340 del Código Penal, utilización ilegal de uniformes e insignias, instigación a delinquir en los términos del inciso primero del artículo 348 del Código Penal y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones. Con este criterio, en cambio –reiterado además en la sentencia de segunda instancia proferida en el proceso de alias “El Loro”, en el que la Sala de Casación Penal sostuvo que la imputación del delito de concierto para delinquir agravado como delito base es esencial en Justicia y Paz, lo cual se deriva de la pertenencia misma al grupo armado–, se cierran completamente las puertas para que miembros de grupos paramilitares accedan a los beneficios de la Ley 782 de 2002.⁴⁸

Como se deduce de todo el recorrido reseñado, se concluye que la Sala Penal no está de acuerdo con la concepción según la cual los miembros

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ CSJ, Sala de Casación Penal, sentencia del 31 de julio de 2009, radicado n° 31539, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

de las autodefensas se mueven, en todo caso, en un horizonte de confrontación política. Se produce así, por decirlo de alguna forma, una especie de sustitución del delito político o del delincuente político, por la figura del combatiente, entendida más desde la perspectiva fáctica o enfatizando más los elementos fácticos: quien participa en las hostilidades, con requisitos por supuesto mínimos del DIH, contenidos por ejemplo en el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, es un combatiente, independientemente de cómo se perciba a sí mismo y cómo lo conciban diversos agentes, tales como funcionarios del gobierno al cual se enfrentan. Esta sustitución es la única que permite que hoy en día se imputen a los sujetos de Justicia y Paz, infracciones al derecho internacional humanitario; sólo los combatientes podrían ser sujetos activos de esta conducta. Es decir, se diferencia el carácter de combatiente –apoyado en presupuestos fácticos–, del carácter de delincuente político. De lo contrario, no se podrían imputar delitos que constituyen infracciones al derecho internacional humanitario.⁴⁹

Lo interesante del asunto es que, mientras que para el poder ejecutivo, en el horizonte de una paz negociada con un actor, el carácter político del mismo o la concesión del carácter de combatiente, obra como recurso *ad hoc* para una posible negociación, cuando dicho carácter, concretamente el de combatiente, entra al sistema penal, éste lo asume para sancionar más gravemente. Es decir, el ser combatiente no es un privilegio; obra, al contrario, como mayor exigencia de respeto a la vida de los otros, especialmente de los civiles desarmados e inocentes.

Se agrega, finalmente, respecto del art. 71 de la Ley 975 de 2005, que la sentencia n° C-370 de 2006 de la Corte Constitucional y la sentencia del 11 de julio de 2007 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, produjeron dos efectos importantes para los procesos penales ordinarios contra miembros de grupos paramilitares, pero que impactan considerablemente en el contexto general de Justicia y Paz y en el proceso de desmonte del paramilitarismo en Colombia. Por un lado, gran cantidad de procesos que se venían adelantando por el delito de concierto para delinquir se vieron entorpecidos, debido a que el cambio de calificación jurídica de la conducta a sedición implicaba también un cambio en el juez competente; esto llevó a que los jueces penales del circuito presentaran varios hechos de colisiones de competencia que tuvieron que ser resueltas

⁴⁹ Como un esfuerzo por reconstruir variables y categorías, tanto en la tradición colombiana como en los tribunales internacionales, respecto del DIH y su aplicación práctica, ver: Alejandro Aponte, *Persecución penal de crímenes internacionales. Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Javeriana y Fundación Konrad-Adenauer, Bogotá, diciembre de 2010.

por la Corte Suprema de Justicia. Por otro lado, para solucionar la situación de los desmovilizados del paramilitarismo que no podían ser beneficiados por la Ley 975 ni por la Ley 782, se aprobó una reforma al principio de oportunidad, como alternativa para finalizar los procesos penales ordinarios que se adelantan contra ellos (sobre ello se volverá más adelante).

1.2.2. COLISIONES DE COMPETENCIA A PROPÓSITO DEL ART. 71 DE LA LEY 975 DE 2005: EFECTOS DE LA SENTENCIA N° C-370 DE 2006

Hasta la entrada en vigencia de la Ley 975 de 2005, la pertenencia a los grupos paramilitares daba lugar al delito de concierto para delinquir, siendo esta conducta de competencia de los jueces penales del circuito especializado. Sin embargo, con el art. 71 de la Ley 975 de 2005, al variar la calificación jurídica y ser adecuada la conducta en el delito de sedición, los jueces penales especializados perdieron la competencia para continuar con los procesos que venían adelantando contra paramilitares.

Al resolver los casos de colisiones de competencias que fueron planteadas por varios jueces, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia aclaró que efectivamente la conducta de pertenecer a un grupo paramilitar, debía ser calificada como sedición y juzgada por los jueces penales del circuito, perdiendo entonces la competencia para ello los jueces especializados, a excepción de aquellos casos en los que únicamente estuviera pendiente proferir la sentencia o que ésta quedara ejecutoriada, ya que en este tipo de situaciones, para evitar mayores dilaciones en los procesos, los jueces penales del circuito especializados sí continuarían siendo competentes.⁵⁰ En consecuencia, muchos procesos penales contra paramilitares debieron pasar de los juzgados penales del circuito especializados a los juzgados penales del circuito.

No obstante, al ser proferida la sentencia n° C-370 de 2006 y ser declarado inexecutable el art. 71 de la Ley 975 de 2005, los jueces penales del circuito a los que les había sido asignada la competencia para conocer de la pertenencia a grupos paramilitares como delito de sedición, comenzaron

⁵⁰ La aplicación de este criterio se puede observar en los siguientes pronunciamientos: CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 18 de octubre de 2005, radicado n° 24226, M.P. Marina Pulido de Barón; CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 22 de noviembre de 2005, radicado n° 24425, M.P. Marina Pulido de Barón; CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 26 de abril de 2006, radicado n° 24553, M.P. Edgar Lombana Trujillo; CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 18 de octubre de 2005, radicado n° 24311, M.P. Alfredo Gómez Quintero; y CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 7 de febrero de 2006, radicado n° 24944, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

otra vez a proponer colisiones de competencia frente a los jueces penales del circuito especializados. Varios jueces penales del circuito, argumentaron que la pertenencia a un grupo paramilitar debía ser calificada nuevamente como concierto para delinquir y, en consecuencia, ya no eran competentes.

La Corte Suprema de Justicia, para solventar esta situación e impedir que una vez más estos procesos penales se vieran entorpecidos, precisó en varios pronunciamientos que las decisiones tomadas en vigencia del art. 71 de la Ley 975 de 2005 se mantenían y que los efectos que produjo esta norma, mientras estuvo vigente, no desaparecían por haber sido declarada inconstitucional;⁵¹ incluso, llegó a afirmar la Sala de Casación Penal, que los efectos de la sentencia n° C-370 se daban solamente hacia el futuro y que, además, la calificación del paramilitarismo como concierto para delinquir, se daba ahora sin perjuicio del principio de favorabilidad. De hecho, la Sala condenó por sedición, aplicando por favorabilidad el art. 71 de la Ley de Justicia y Paz, cuando ya había sido declarado inexecutable.⁵² Este criterio fue variado de forma radical en la sentencia del 11 de julio de 2007, en donde, como se señaló anteriormente, la Corte Suprema desconoció todo efecto del art. 71 por considerarlo inconstitucional.

Se ha dado cuenta de este proceso complejo, para evidenciar las tensiones de la jurisprudencia, cuando se trata de aplicar el derecho en escenarios de guerra, en los cuales, el denominado por la sociología criminal “poder de definición” plantea dificultades para su definición. Es un ejemplo de lo dispendioso que ha resultado ser el proceso en la práctica, esta vez por la competencia entre el ejecutivo y la Sala Penal de la Corte, por definir el carácter de los actores, de la “clientela” del proceso de Justicia y Paz.

1.2.3. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A DESMOVILIZADOS: ALTERNATIVA ENTRE LA APLICACIÓN DE LA LEY 975 DE 2005 Y LA LEY 782 DE 2002

Las normas sobre principio de oportunidad del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, fueron reformadas mediante la Ley 1312 de 2009. Así, el art. 2 de la Ley 1312 modificó el art. 324 del Código de Procedimiento

⁵¹ Sobre los efectos de la sentencia n° C-370 de 2006, ver: CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 3 de octubre de 2006, radicado n° 25883, M.P. Javier Zapata Ortiz; CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 21 de febrero de 2007, radicado n° 26685, M.P. Javier Zapata Ortiz; CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 7 de febrero de 2007, radicado n° 26852, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez; y CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 1 de agosto de 2007, radicado n° 27565, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

⁵² CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 18 de mayo de 2006, radicado n° 21944, M.P. Edgar Lombana Trujillo; y CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 19 de enero de 2006, radicado n° 24435, M.P. Edgar Lombana Trujillo.

Penal (CPP) e introdujo, entre otras, la causal número 17 de aplicación del principio de oportunidad, según la cual la Fiscalía General de la Nación podría suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, cuando se trate de desmovilizados de grupos armados al margen de la ley,

“(…) que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones”.⁵³

Esa causal se introdujo al proceso penal ordinario, como solución al problema de los desmovilizados de las autodefensas que no tenían responsabilidad en delitos graves y que, por ello, quedaban fuera del ámbito de aplicación de la Ley 975 de 2005; desmovilizados que, al mismo tiempo, por no ser posible imputarles el delito de sedición, como consecuencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, también quedaban excluidos de los beneficios de la Ley 782 de 2002. Por esta razón, en el trámite legislativo de la Ley 1312 de 2009, se hizo en varias ocasiones referencia expresa a esta situación. En este sentido, por ejemplo, en el informe de ponencia para primer debate en Cámara del Proyecto de Ley n° 342 de 2008 (posterior Ley 1312 de 2009), se afirma que:

“De acuerdo a la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia de Julio 11 de 2007, en la que se determinó que los desmovilizados de grupos de autodefensas debían responder ante la justicia ordinaria por el delito de concierto para delinquir agravado, este órgano legislativo debe responder a la necesidad de determinar de forma clara y expresa las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que puede ser considerado objeto de aplicación del principio de oportunidad el caso de más de 19.000 desmovilizados de las AUC, dada la problemática que frente al sistema judicial y frente a la sociedad colombiana, que reclama verdad, justicia y reparación, representa el no definir de una u otra forma dicha situación”.⁵⁴

⁵³ Numeral 17, art. 324, Ley 906 de 2004.

⁵⁴ Informe de ponencia para primer debate en Cámara al Proyecto de Ley n° 342 de 2008, Cámara, firmado por los representantes Roy Barreras, Germán Olano, Nicolás Uri-

De la misma manera, en la ponencia para segundo debate en Cámara de este Proyecto de Ley, se propuso acoger la propuesta hecha por la Fiscalía General de la Nación, para que,

“(…) los miembros rasos de los grupos armados ilegales que se desmovilizaron en el marco de la ley de justicia y paz y en general en el marco de las negociaciones de paz con el Gobierno Nacional, puedan ser beneficiarios del principio de oportunidad. En este mismo sentido se sugiere establecer audiencias colectivas para cuando concurra un número considerable de desmovilizados”.⁵⁵

Con esta medida, la desmovilización de miembros de grupos armados al margen de la ley debe ser entendida a partir de tres escenarios complementarios que permiten delimitar, en función de la responsabilidad penal, el ámbito de aplicación de la Ley de Justicia y Paz:

- Desmovilizados ex integrantes de grupos de paramilitares o guerrilleros que tienen responsabilidad penal por delitos graves: pueden acceder al beneficio de la pena alternativa de acuerdo con lo previsto en la Ley 975 de 2005;
- Desmovilizados ex integrantes de grupos guerrilleros que no tienen responsabilidad por delitos graves y deben responder únicamente por delitos políticos y conexos: pueden acceder a los beneficios contemplados en la Ley 782 de 2002, es decir, al indulto o a alguna de las formas anticipadas de terminación del proceso; y
- Desmovilizados ex integrantes de grupos paramilitares que no tienen responsabilidad por delitos graves y deben responder únicamente por el delito de concierto para delinquir agravado: pueden ser beneficiados por la aplicación del principio de oportunidad.

La reforma abría la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad a los desmovilizados que no tuvieran responsabilidad penal por delitos que no constituyesen crímenes internacionales; no obstante, fue declarada

be, William Vélez, Heriberto Sanabria Y Odín Sánchez, Gaceta 865 de 2008. Este documento puede ser consultado en la página Web de la Cámara de Representantes de Colombia, www.camara.gov.co, entrando por “Comisión Primera” > “Proyectos 2008-2009”, (última fecha de consulta: 15.04.2009).

⁵⁵ Informe de ponencia para segundo debate en Cámara al Proyecto de Ley n° 342 de 2008, Cámara, y 261 de 2008, Senado, febrero de 2009, ponencia mayoritaria, Gaceta 217 de 2009. Este documento puede ser consultado en la página Web de la Cámara de Representantes de Colombia, www.camara.gov.co, entrando por “Comisión Primera” > “Proyectos 2008-2009”, (última fecha de consulta: 15.04.2009).

inexequible por la Corte Constitucional, el 23 de noviembre de 2010. Los principales medios de comunicación registraron esta noticia. De esta manera, por ejemplo, en la página Web de Caracol Radio se publicó la siguiente nota:

“El alto tribunal consideró que en este caso se violó el principio de legalidad. Ante esta situación 17 mil desmovilizados que fueron cobijados con el principio de oportunidad quedan en un limbo jurídico ya que la justicia podría interpretar que los debería procesar y llevar a la cárcel”.⁵⁶

De acuerdo con la cobertura mediática que ha tenido este asunto, la Corte Constitucional consideró que la aplicación del principio de oportunidad a desmovilizados era inconstitucional, debido a que desconocía los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación. Lo anterior, al no exigir, para que la Fiscalía pudiera renunciar al ejercicio de la acción penal, ningún tipo de acto de reparación por parte de los desmovilizados, ni de confesión de los hechos en los que pudieran haber incurrido con ocasión de la pertenencia al grupo armado ilegal. En este sentido, en el portal de Internet Verdad Abierta, se afirma que:

“La Corte decidió tumbar el principio de oportunidad consagrado en esta ley porque no respetaba los derechos de las víctimas. Según informaron fuentes del alto tribunal, este principio no se permite para la justicia transicional, porque concedía un grado muy amplio de discrecionalidad al fiscal, entre otros puntos”.⁵⁷

Esta decisión ha generado gran preocupación, debido a que existe un gran número de desmovilizados que no cumplen todos los requisitos para poder acceder al trámite procesal de la Ley de Justicia y Paz, pero tampoco, al no poder ser catalogados como delincuentes políticos, pueden recibir los beneficios de la Ley 782 de 2002. En este sentido, un artículo del periódico El Tiempo señaló que “la situación, en palabras de altos funcionarios del Gobierno, es grave y pone en riesgo la reintegración. Centenares de los desmovilizados que están en los programas de reintegración han sido cobijados con órdenes de captura que, hasta ahora, el Ejecutivo ha logrado echar para atrás. Altas fuentes le dijeron a EL TIEMPO que se vienen

⁵⁶ Caracol Radio, *La Corte Constitucional tumbó el principio de oportunidad para desmovilizados*, 23 de noviembre de 2010, en: <http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=1389413>, (última fecha de consulta: 24.11.2010).

⁵⁷ Verdad Abierta, *Corte Constitucional tumba principio de oportunidad para 19 mil desmovilizados, Paramilitares y conflicto armado en Colombia*, 23 de noviembre de 2010, en: <http://www.verdadabierta.com/justicia-y-paz/2870-corte-constitucional-tumba-principio-de-oportunidad-para-20-mil-desmovilizados>, (última fecha de consulta: 24.11.2010).

trabajando planes alternativos que permitan a los desmovilizados entrar en la reintegración”.⁵⁸

Este tipo de situaciones, que generan una gran incertidumbre tanto para los funcionarios judiciales como para los mismos desmovilizados, han provocado ciertos obstáculos en el desarrollo del proceso de Justicia y Paz, como la renuencia de algunos postulados de continuar en este proceso. Ello se puede manifestar, aunque parezca paradójico, en la misma posibilidad de las víctimas de conocer la verdad sobre numerosos hechos. En todo caso, se debe mencionar que este fallo de la Corte Constitucional no fue unánime; de hecho, tuvo una votación de cinco magistrados a favor y cuatro en contra, lo cual demuestra lo polémica que fue al interior del mismo Tribunal Constitucional y demuestra, tal como se dijo en la presentación del monográfico, la dificultad en establecer el equilibrio necesario entre los mecanismos que componen la triada, verdad, justicia y reparación. El Área estudiará en detalle esta providencia en el cuarto informe del Observatorio.

1.3. ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

Desde el punto de vista temporal, la Ley 975 de 2005 se aplica a conductas punibles que hayan sido cometidas con anterioridad a la fecha en que dicha Ley entró en vigencia; es decir, antes del 25 de julio del año 2005.⁵⁹ Sin embargo, con la aplicación de la Ley ha surgido el siguiente interrogante: ¿qué hacer con los delitos cometidos con posterioridad al 25 de julio de 2005, pero antes de la desmovilización individual o colectiva? Al respecto, mediante el Decreto n° 4760 de 2005, el gobierno nacional estableció que, cuando se trate de delitos de ejecución permanente cuya consumación haya comenzado con anterioridad a la fecha en que entró en vigencia la Ley 975 de 2005 (25 de julio de 2005), éstos pueden ser investigados y juzgados a través del proceso penal especial de Justicia y Paz, a pesar de que se hubieren seguido consumando después de esta fecha y hasta antes de la desmovilización.⁶⁰

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado el criterio establecido en el art. 26 del Decreto n° 4760, pero ha insistido en

⁵⁸ El Tiempo, *Corte Constitucional le dijo no a principio de oportunidad para ex AUC*, 23 de noviembre de 2010, en: http://www.eltiempo.com/justicia/corte-constitucional-le-dijo-no-a-principio-de-oportunidad-para-ex-auc_8432261-4, (última fecha de consulta: 24.11.2010).

⁵⁹ Art. 72, Ley 975 de 2005.

⁶⁰ Art. 26, Decreto n° 4760 de 2005.

que, cuando no se trata de delitos de ejecución permanente y éstos se han consumado entre el 25 de julio de 2005 y el momento de la desmovilización, no es aplicable la Ley de Justicia y Paz y le corresponde a la justicia penal ordinaria su investigación y juzgamiento. Así:

“Cosa diversa es que después del 25 de julio de 2005, y antes de la desmovilización, el postulado se dedique a la comisión de delitos comunes o atentados graves contra el Derecho Internacional Humanitario, porque es claro que tal género de conductas no las cobija el acuerdo humanitario, y su juzgamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria.

Si después de la fecha que marca la vigencia de la Ley 975 de 2005 el desmovilizado mantiene su vínculo con el grupo armado ilegal (o con uno conformado con idénticos propósitos) y continúa realizando las operaciones ilícitas del grupo ilegal, marcadas por la sistematicidad y en el contexto de violencia que puedan configurar crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad, genocidios, violaciones graves de derechos humanos e incluso delitos comunes, develará el juzgador que los propósitos no han sido precisamente los de sometimiento en el marco del acuerdo humanitario regido por el proceso penal ante la justicia de transición”.⁶¹

De igual forma, en el mismo pronunciamiento del 24 de febrero de 2009, la Sala de Casación Penal aclaró que la Ley 1106 de 2006, mediante la cual se prorrogó la vigencia de las leyes 418 de 1997 y 782 de 2002, no modificó el art. 72 de la Ley 975 ni sus disposiciones sobre derogatorias y vigencia. De tal modo que, aun cuando la Ley 782 se encuentra vigente hasta el año 2010 y durante este tiempo se pueden realizar acuerdos de paz con grupos armados y desmovilizaciones, la Ley de Justicia y Paz sólo podrá ser aplicada, por ahora, a los hechos que hubieren ocurrido hasta antes del 25 de julio del 2005. (Se trata, como se ve, de uno de los temas más álgidos relacionados con los alcances y límites de la Ley de Justicia y Paz. Ha sido concebido, de hecho, como uno de los temas más urgentes por resolver legislativamente).

⁶¹ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 24 de febrero de 2009, radicado n° 30999, M.P. Alfredo Gómez Quintero; y CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 13 de mayo de 2010, radicado n° 33610, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

2. ALTERNATIVIDAD

El proceso penal especial diseñado en la Ley de Justicia y Paz, permite que a los desmovilizados que han sido postulados por el gobierno nacional y que han cumplido con los requisitos de elegibilidad, se les pueda imponer una sanción considerablemente menor que la pena ordinaria que correspondería según el Código Penal. De esta manera, en la sentencia condenatoria producto de los procesos penales de Justicia y Paz, se impone una pena ordinaria según la ley penal vigente al momento que se cometieron los hechos; sin embargo, su ejecución se suspende y en cambio se impone y ejecuta una pena alternativa, determinada en la misma sentencia. Este fenómeno es el que ha sido denominado como alternatividad. El art. 3 de la Ley 975 de 2005 lo define de la siguiente manera:

“Artículo 3°. Alternatividad. Alternatividad es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización. La concesión del beneficio se otorga según las condiciones establecidas en la presente ley”.⁶²

Por su parte, el art. 29 de la Ley 975 de 2005 define la pena alternativa. De acuerdo con esta norma, la Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial (Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá), debe determinar en la sentencia la pena que corresponda por los delitos cometidos, de acuerdo con las reglas del Código Penal, e imponer, además, una pena alternativa privativa de la libertad por un período mínimo de cinco años y máximo de ocho, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y la colaboración efectiva que hubiere brindado el procesado para su esclarecimiento.⁶³ Así, para citar un caso, en la sentencia de primera instancia proferida por la Sala de Conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 29 de junio de 2010, el desmovilizado Edwar Cobos Téllez fue condenado a la pena principal de 468 meses de prisión y a una pena alternativa de ocho años; de la misma manera, en dicha sentencia el desmovilizado Uber Enrique Bánquez Martínez, fue condenado a 462 meses de prisión como pena principal y a ocho años de prisión como pena alternativa. En los dos casos la pena principal fue suspendida y se ordenó el cumplimiento de la pena alternativa.⁶⁴

⁶² Art. 3, Ley 975 de 2005.

⁶³ Art. 29, Ley 975 de 2005.

⁶⁴ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia de

La alternatividad es, entonces, un concepto que surge con la Ley de Justicia y Paz. De hecho, el beneficio jurídico punitivo establecido en la Ley 975 de 2005 a favor de los miembros de grupos armados organizados al margen de la Ley es, precisamente, la posibilidad de acceder a una pena alternativa. Esta es una diferencia fundamental entre la Ley 975 de 2005 y la Ley 782 de 2002, pues en la primera sí se declara la responsabilidad penal de los desmovilizados y se impone una sanción penal, mientras que en la segunda los beneficios apuntan a eximir de responsabilidad penal a quienes se someten a ella. Como se ha señalado, esto se explica en función del tipo de conductas que dan lugar a la alternatividad o, por ejemplo, al indulto.

De ahí que la Ley de Justicia y Paz, a pesar de remitir a la Ley 782 de 2002, particularmente en lo que tiene que ver con la desmovilización, constituya un régimen independiente del que se diseña a través de esta última Ley.⁶⁵ Al respecto, hay que anotar que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Bogotá ha sido muy activa en la discusión, especialmente, en el período comprendido entre la propuesta de alternatividad total, y la Ley de Justicia y Paz. Para esta oficina, el primer proyecto constituía un “indulto disfrazado”.⁶⁶

Ahora bien, para poder gozar de la pena alternativa, el condenado se debe comprometer a contribuir con su resocialización, a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y a promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció.⁶⁷ Cuando la pena alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia se han cumplido, se debe conceder al condenado un periodo de libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta. Cumplidas

primera instancia, radicado n° 110016000253200680077, 29 de junio de 2010, M.P. Uldi Teresa Gutiérrez López. Sobre las discusiones acerca de la alternatividad y la proporcionalidad en las penas, así como una reseña del denominado “proyecto de alternatividad penal”, anterior a la ley que se estudia, ver: Alejandro Aponte, *Estatuto de Roma y procesos de paz: reflexiones alrededor del ‘proyecto de alternatividad penal’ en el caso colombiano*, en: Kai Ambos, entre otros, *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Fundación Konrad-Adenauer, entre otras, Montevideo, marzo de 2005, pp. 117-150.

⁶⁵ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 24 de febrero de 2009, radicado n° 30999, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

⁶⁶ Para ahondar en este tema y en perspectiva histórica, ver: Alejandro Aponte, *El Estatuto de Roma y los límites del derecho penal en escenarios de alta conflictividad: el caso colombiano*, en: Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (editores), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Fundación Konrad-Adenauer, entre otras, Montevideo, marzo de 2006, pp. 197-226.

⁶⁷ Art. 29, Ley 975 de 2005.

las condiciones ordenadas por la Sala de Conocimiento y trascurrido el periodo de prueba, se debe declarar extinguida la pena principal. De lo contrario, se revoca la pena alternativa y se tendrá que cumplir la pena principal.⁶⁸

De acuerdo con el art. 8 del Decreto n° 4760 de 2005, para la imposición de la pena alternativa se debe verificar el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad y debe estar acreditada la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización. Igualmente, en la sentencia condenatoria, la Sala de Conocimiento, además de fijar la pena principal y la pena alternativa, debe determinar los compromisos de comportamiento y su duración, las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas y la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación.⁶⁹ Adicionalmente, en el art. 8 se reitera la prohibición contenida en el párrafo del art. 29 de la Ley 975 de 2005, de conceder subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias sobre la pena alternativa.

La Corte Constitucional, en la sentencia n° C-370 de 2006, analizó el concepto de alternatividad y se pronunció sobre la exequibilidad del art. 3 de la Ley 975 de 2005. Para la Corte, la alternatividad es un beneficio “que incorpora una rebaja punitiva significativa”, la cual está condicionada al cumplimiento de unos requisitos establecidos en la misma Ley 975.⁷⁰ La Corte Constitucional abordó el estudio de la alternatividad a partir del objetivo de la Ley de Justicia y Paz. Así, según esta corporación, la alternatividad busca la pacificación nacional y, en este sentido, atiende a un fin constitucionalmente válido; sin embargo, afirma la Corte, este objetivo entra en tensión con otros valores y derechos también relevantes desde el punto de vista constitucional, “como el valor justicia y los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición”.⁷¹ Por esta razón, en la sentencia n° C-370 se realiza un ejercicio de ponderación, para establecer si la alternatividad penal definida en la Ley de Justicia y Paz constituye un mecanismo adecuado para alcanzar el fin propuesto, así como si implica o no una afectación desproporcionada de otros intereses de igual relevancia.⁷² Sobre este aspecto, la Corte Constitucional concluye:

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Art. 8, Decreto n° 4760 de 2005.

⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia n° C-370 del 18 de mayo de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y otros.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ibidem*.

“Esta configuración de la denominada pena alternativa, como medida encaminada al logro de la paz resulta acorde con la Constitución en cuanto, tal como se deriva de los artículos 3° y 24, no entraña una desproporcionada afectación del valor justicia, el cual aparece preservado por la imposición de una pena originaria (principal y accesoria), dentro de los límites establecidos en el Código Penal, proporcional al delito por el que se ha condenado, y que debe ser cumplida si el desmovilizado sentenciado, incumple los compromisos bajo los cuales se le otorgó el beneficio de la suspensión de la condena”.⁷³

Adicionalmente, la Corte Constitucional precisó que, mediante la alternatividad no se estaba consagrando en la Ley de Justicia y Paz un indulto, puesto que este beneficio no supone perdonar la pena. Por el contrario, se impone una sanción de acuerdo con el ordenamiento jurídico penal, la cual no se anula, invalida ni extingue, por el solo hecho de imponerse también una pena alternativa:

“La extinción sólo se produce una vez cumplida, en su totalidad, la pena alternativa impuesta, el período de prueba y cumplidas las obligaciones derivadas de todos los requisitos impuestos para el otorgamiento del beneficio”.⁷⁴

Por otro lado, el art. 20 de la Ley 975 de 2005 regula la acumulación de procesos y de penas; aspecto que se encuentra directamente relacionado con la alternatividad. El art. 20 contempla dos situaciones diferentes: en primer lugar, se refiere a aquellos casos en que existan procesos penales en curso contra desmovilizados postulados a la Ley de Justicia y Paz, por hechos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a un grupo armado al margen de la Ley; en segundo lugar, hace referencia a los casos en que existan sentencias condenatorias contra los postulados, también por hechos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado.⁷⁵

⁷³ La Corte Constitucional aclaró que el art. 3 de la Ley de Justicia y Paz se ajusta a la Constitución, siempre y cuando se entienda que la colaboración con la justicia, necesaria para acceder a la pena alternativa, “debe estar encaminada al logro efectivo de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición”. *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ El art. 20 de la Ley 975 de 2005 dispone que: “Para los efectos procesales de la presente ley, se acumularán los procesos que se hallen en curso por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del desmovilizado a un grupo armado organizado al margen de la ley. En ningún caso procederá la acumulación por conductas punibles cometidas con anterioridad a la pertenencia del desmovilizado al grupo armado organizado al margen de la ley. Cuando el desmovilizado haya sido previamente condenado por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a un grupo

Con relación a la primera situación prevista en el art. 20 de la Ley 975 de 2005, la norma ordena que los procesos penales en curso se acumulen al proceso penal especial que se lleve a cabo en el marco de Justicia y Paz. Es importante mencionar, que esta disposición prohíbe expresamente que se acumulen en este proceso penal especial, procesos penales que se hayan iniciado por conductas realizadas con anterioridad a la pertenencia del desmovilizado al grupo.

Por otra parte, sobre la segunda situación, el art. 20 remite a las normas del Código Penal sobre acumulación jurídica de penas.⁷⁶ En este sentido, cuando el postulado haya sido condenado previamente por la justicia penal ordinaria, a propósito de hechos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado, la sanción impuesta se debe acumular con la pena ordinaria que se imponga en Justicia y Paz, para luego sí determinar la pena alternativa. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho:

“De tal forma que si el desmovilizado condenado con anterioridad, por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley, se acoge a la Ley 975 de 2005, y cumple los requisitos correspondientes, dicha condena previa se acumulará jurídicamente a la nueva condena que se llegare a imponer como resultado de su versión libre y de las investigaciones adelantadas por la Fiscalía. Después de efectuada dicha acumulación jurídica, el juez fijará la condena ordinaria (pena principal y accesorias), cuya ejecución se suspenderá y se concederá el beneficio de la pena alternativa (...).”⁷⁷

armado organizado al margen de la ley, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Código Penal sobre acumulación jurídica de penas *pero en ningún caso, la pena alternativa podrá ser superior a la prevista en la presente ley*”. El aparte en cursivas fue declarado inconstitucional en la sentencia n° C-370 de 2006. Según la Corte Constitucional: “Este segmento elimina completamente las condenas impuestas por hechos delictivos cometidos con anterioridad a la desmovilización, puesto que condiciona la acumulación jurídica de penas a partir de la cual ha de determinarse en la sentencia la pena ordinaria cuya ejecución habrá de ser suspendida. Tal supresión total de la condena previa equivale a una afectación manifiestamente desproporcionada del derecho de las víctimas a la justicia y podría ser interpretado como un indulto disfrazado”. Corte Constitucional, sentencia n° C-370 de 18 de mayo de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y otros.

⁷⁶ El art. 31 del Código Penal, al regular el concurso de conductas punibles, dispone: “El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas. En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años”.

⁷⁷ Corte Constitucional, sentencia n° C-370 del 18 de mayo de 2006, M.P. Manuel José

Los artículos 10 y 11 del Decreto n° 3391 de 2006 reiteran y complementan lo dicho en el art. 20 de la Ley 975 de 2005. Así, el mencionado art. 10 precisa que el hecho de haber sido sancionado penalmente con anterioridad a la postulación para Justicia y Paz, por delitos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia al grupo armado, no impide acceder al beneficio de la pena alternativa. Por su parte, el art. 11 establece que, si existe medida de aseguramiento dictada contra un desmovilizado en otro proceso penal, el fiscal asignado al caso deberá llamarlo a versión libre; en estos casos, el postulado continuará privado de la libertad si así lo está. Ahora bien, si se impone medida de aseguramiento por un magistrado de control de garantías de Justicia y Paz, por un hecho que también es investigado en Justicia y Paz, el otro proceso se suspenderá hasta que finalice la audiencia de aceptación de cargos. Sin embargo, si el procesado acepta los hechos por los cuales se había decretado inicialmente la medida de aseguramiento, el proceso penal suspendido se acumulará al de Justicia y Paz.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre algunos aspectos relacionados con la acumulación de procesos. Así, por ejemplo, en auto del 25 de septiembre de 2007, la Sala explicó la diferencia entre la suspensión y la acumulación de procesos y se refirió, además, a cuándo pueden tener lugar estas dos figuras, así como quién es la autoridad competente para decretarlas. En esta providencia la Sala afirmó que, mientras la acumulación es una medida transitoria, que debe ser ordenada por los magistrados en función de control de garantías y que procede únicamente con posterioridad a la formulación de imputación, la acumulación de procesos es una medida definitiva, que debe tomar la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz una vez han sido aceptados los cargos por el postulado y se ha declarado la legalidad de dicha aceptación.⁷⁸

Aclara entonces la Sala Penal, que la suspensión de procesos penales adelantados por la justicia penal ordinaria, por hechos confesados o investigados en Justicia y Paz, no es una medida que pueda ser tomada desde la diligencia de versión libre y, mucho menos, desde que la Fiscalía General de la Nación recibe las listas de postulados. Igualmente, sostiene la Sala que, al proceder la acumulación de procesos únicamente con posterioridad a la aceptación de cargos no se está vulnerando la prohibición de doble incriminación (*non bis in ídem*), toda vez que durante la etapa de indagación no se está ante un proceso penal propiamente dicho, puesto que la Fiscalía simplemente se encuentra investigando. Así, cuando se formula la imputación procede la suspensión, precisamente para evitar que se surtan dos procesos por el mismo hecho.⁷⁹

Cepeda Espinosa y otros.

⁷⁸ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 25 de septiembre de 2007, radicado n° 28250, M.P. María del Rosario González de Lemos.

⁷⁹ *Ibíd.*

3. COMPLEMENTARIEDAD

Como se recalcará a lo largo de todo el trabajo, por medio de la Ley de Justicia y Paz fue diseñado un proceso penal especial. No obstante, este proceso comparte varias características del proceso penal ordinario. De ahí que, por ejemplo, se establezcan como principios procesales en la Ley 975 de 2005, la oralidad, la celeridad y el derecho de defensa.⁸⁰

En términos generales, estos principios se encuentran definidos en la Ley de Justicia y Paz, de la misma manera que lo están en el proceso penal ordinario, aunque con algunas particularidades.⁸¹ Ahora bien, la forma como se materializan estos principios en las distintas etapas procesales, obedece en parte a la lógica del proceso penal ordinario, a pesar de que en muchos aspectos las actuaciones del proceso penal de Justicia y Paz sí se diferencian y adquieren una dinámica propia. De hecho, existe una relación bastante estrecha y compleja, entre la normatividad procesal penal ordinaria y la Ley 975 de 2005; por esta razón, la misma Ley de Justicia y Paz previó como principio, en el art. 62, la complementariedad entre sus normas, la Ley 782 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal.

Según el art. 62 de la Ley 975 de 2005, “para todo lo no dispuesto en la presente ley se aplicará la Ley 782 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal”.⁸² Esta es una disposición fundamental para entender la forma como el proceso penal de Justicia y Paz ha venido siendo construido desde la práctica diaria, puesto que ha permitido un sinnúmero de debates sobre la forma como se deben adelantar las distintas audiencias, los roles de los sujetos que en ellas participan y los criterios de interpretación de varias instituciones procesales definidas en la Ley 975 de 2005. No obstante, desde el punto de vista literal, este artículo resulta ambiguo, ya que no establece ninguna jerarquía entre la Ley 782 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal, como normas a las que se debe remitir el intérprete para colmar los vacíos de la Ley 975, ni aclara a cuál de los dos ordenamientos procesales que han estado vigentes en los últimos diez años se refiere.

⁸⁰ El Título III de la Ley 975 de 2005, establece como principios procesales la oralidad (art. 12), la celeridad (art. 13), la defensa (art. 14) y el esclarecimiento de la verdad (art. 15).

⁸¹ Sobre la estructura, lógica y principios del proceso penal ordinario implementado mediante la Ley 906 de 2004 y sus diferencias con el procedimiento penal previsto en la Ley 600 de 2000, ver: Corte Constitucional, sentencia n° C-591 del 9 de junio de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; y Corte Constitucional, sentencia n° C-1154 del 15 de noviembre de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸² Art. 62, Ley 975 de 2005.

Por esta razón, la Sala de Casación Penal se ha ocupado del principio de complementariedad, especialmente en cuanto a la remisión que el art. 62 hace al Código de Procedimiento Penal. Vale la pena aclarar que, aunque no se establece así de manera expresa en el art. 62, la Ley de Justicia y Paz remite a la Ley 782 de 2002 en lo relacionado con la desmovilización y beneficios para miembros de grupos armados al margen de la ley. Mientras que, sobre la forma como se debe adelantar el proceso penal especial, es imprescindible remitirse al Código de Procedimiento Penal. Con relación a este último punto, la Corte Suprema ha acudido tanto al Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, como a la Ley 906 de 2004, que instauró el nuevo sistema penal acusatorio.

En Colombia, el procedimiento penal estuvo regulado por el Decreto n° 2700, el cual rigió desde el 30 de noviembre de 1991 hasta el 24 de julio de 2001, fecha en la cual entró en vigencia el procedimiento penal de la Ley 600 de 2000.⁸³ Posteriormente, a partir del 1 de enero de 2005, entró a regir la Ley 906 de 2004, mediante la cual se implementó un nuevo proceso penal, con una tendencia acusatoria mucho más marcada que la del proceso penal anterior.⁸⁴ Este proceso penal fue implementado de forma gradual; por ello, en el año 2005 únicamente fue aplicado en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira y, poco a poco, cada año se amplió el número de distritos judiciales en los que se aplicó, hasta que en el año 2008 la Ley 906 de 2004 ya se encontraba en marcha en todo el territorio nacional.⁸⁵ Esta forma de tránsito legislativo generó una situación en la que coexisten dos sistemas procesales.

De ahí la importancia de definir el sentido del art. 62 de la Ley 975 de 2005. Al respecto, el art. 2 del Decreto n° 4760 de 2005 estableció que, en lo no previsto en la Ley de Justicia y Paz, se deben aplicar las normas

⁸³ El art. 535 de la Ley 600 de 2000 derogó el Decreto 2700 n° de 1991. De acuerdo con el art. 536 de la Ley 600 de 2000, este Código de Procedimiento Penal entró a regir un año después de su promulgación (24 de julio de 2000); es decir, el 24 de julio de 2001.

⁸⁴ El art. 533 de la Ley 906 de 2004 dispone: “El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1o de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 3 del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000”.

⁸⁵ Sobre la implementación gradual del “sistema acusatorio”, el art. 530 de la Ley 906 de 2004 previó que: “Con base en el análisis de los criterios anteriores, el sistema se aplicará a partir del 1° de enero de 2005 en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Una segunda etapa a partir del 1o de enero de 2006 incluirá a los distritos judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo y Tunja. En enero 1° de 2007 entrarán al nuevo sistema los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio. Los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar, y aquellos que llegaren a crearse, entrarán a aplicar el sistema a partir del primero (1°) de enero de 2008”.

del procedimiento penal de la Ley 906 de 2004, pero que, en lo que fuere compatible, se debe aplicar la Ley 600 de 2000.⁸⁶ Sin embargo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que, por regla general, cuando se trata de hechos ocurridos con anterioridad al 1 de enero de 2005 (fecha en la que entró en vigencia el CPP, Ley 906 de 2004), la Ley de Justicia y Paz se debe complementar mediante la remisión a la Ley 600 de 2000, salvo que,

“(…) se trate de instituciones que solamente pueden tener **identidad** con las consagradas en la Ley 906 de 2004, caso en el cual la integración normativa se debe hacer con el estatuto procesal de stirpe acusatoria”.⁸⁷

En todo caso, a pesar de esta diferencia entre los criterios acogidos sobre complementariedad por el Decreto n° 4760 de 2005 y la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, varias veces se ha acudido al procedimiento penal de la Ley 600 y al de la Ley 906, tanto para señalar semejanzas entre el proceso penal ordinario y el proceso penal especial de Justicia y Paz, como para establecer diferencias y dar sentido a las particularidades de este último. Incluso, la misma Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho con posterioridad, que el proceso penal de la Ley de Justicia y Paz no obedece en sí mismo a ninguno de los modelos procesales que han existido en Colombia y que es posible encontrar en éste influencia, tanto del sistema diseñado en la Ley 600 como en la Ley 906.⁸⁸

Los siguientes son algunos de los temas en los que la Corte Suprema de Justicia ha utilizado el principio de complementariedad, como criterio de interpretación de la Ley 975 de 2005:

- Audiencia de formulación y aceptación de cargos y audiencia de control de legalidad de la aceptación de los cargos. La Corte Suprema de Justicia se ha remitido a la Ley 906 de 2004 para analizar estas dos audiencias, las diferencias que existen entre

⁸⁶ Inciso segundo, art. 2, Decreto no 4760 de 2005.

⁸⁷ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 26 de octubre de 2007, radicado n° 28492, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

⁸⁸ La Sala de Casación Penal de la CSJ ha dicho que: “El Legislador al expedir la Ley 975 de 2005 consideró necesario desarrollar una dinámica procesal que recogiera las experiencias normativas recientes de nuestra realidad jurídica, como eran las contenidas en las Leyes 600 de 2000, 782 de 2002 y 906 de 2004, cada una con escenarios propios, contextos y finalidades diferentes (...). Como se puede observar, en la Ley 975 de 2005 se identifican rasgos de los varios enfoques procesales ensayados recientemente en nuestro país, por lo que desde ningún punto de vista se puede permitir que se afirme que su dinámica responde de manera exclusiva al proceso de corte acusatorio”. CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 20 de mayo de 2009, radicado n° 31495, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

ellas y darles sentido a estos dos momentos procesales. Para esto, la Sala de Casación Penal ha advertido que la Ley 906 de 2004 y la Ley 975 de 2004 se diferencian desde el punto de vista de su objetivo (la Ley de Justicia y Paz busca la paz y la reconciliación) y de su naturaleza (la Ley de Justicia y Paz se concibe como un mecanismo de justicia transicional).⁸⁹

- Labor de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz en la audiencia de legalización de la aceptación de los cargos, frente a la labor de los jueces de conocimiento en la audiencia de formulación de acusación en el procedimiento penal de la Ley 906 de 2004. La Corte Suprema ha realizado esta comparación para explicar que la Sala de Conocimiento en Justicia y Paz debe realizar un control material sobre la adecuación típica de los cargos aceptados por el postulado.⁹⁰
- Confesión y versión libre en Justicia y Paz. La Corte Suprema de Justicia se ha remitido a la Ley 600 de 2000 e incluso al Decreto 2700 de 1991, para explicar la forma como se debe valorar la confesión, entendida como medio de prueba. En este sentido, la Corte ha llamado la atención sobre la necesidad de realizar, sobre la confesión, un juicio de legalidad formal y un juicio de legalidad material.⁹¹
- La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha identificado la versión libre con fines de confesión y el principio de permanencia de la prueba, como aspectos en los que se aprecia la influencia de la Ley 600 de 2000 en la Ley 975 de 2005.⁹²
- Sobre la influencia de la Ley 906 de 2004 en la Ley 975 de 2005, la Corte Suprema de Justicia ha dicho: “También la Ley 906 de 2004 tiene su impronta en la Ley de Justicia y Paz: en la oralidad de los procedimientos (artículo 12) y consecuentemente en la organización de la dinámica del proceso a partir de audiencias, entre ellas las preliminares (artículo 13), sin que por ello necesariamente se tenga que concluir que el proceso previsto en la Ley de Justicia y Paz sea de corte eminentemente acusatorio”.⁹³

⁸⁹ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 21 de septiembre de 2009, radicado n° 32022, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

⁹⁰ *Ibídem*.

⁹¹ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 12 de mayo de 2009, radicado n° 31150, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

⁹² CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 20 de mayo de 2009, radicado n° 31495, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

⁹³ *Ibídem*.

- Para analizar la acusación en el proceso penal de Justicia y Paz, la Sala de Casación Penal también se ha remitido a la Ley 906 de 2004. Así, la Sala ha dicho que el contenido del escrito de acusación en Justicia y Paz debe cumplir, entre otros, con los requisitos que se exigen en la Ley 906 de 2004. También ha aclarado que la audiencia de formulación de cargos de Justicia y Paz, no se puede equiparar a la audiencia de formulación de acusación de la Ley 906 de 2004.⁹⁴
- La Corte Suprema de Justicia se ha remitido a la Ley 906 de 2004, para analizar la función de control de garantías y delimitar la competencia y facultades de los magistrados en función de control de garantías de Justicia y Paz. De esta forma, con base en lo expuesto, la Sala de Casación Penal ha sostenido, por ejemplo, que los magistrados de control de garantías no pueden solicitar la exclusión de postulados, puesto que esta es una actuación propia de las partes.⁹⁵

4. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIA EN EL PROCESO PENAL ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ

El art. 29 de la Constitución Política de Colombia es enfático al establecer qué se entiende por debido proceso en materia penal y, concretamente, la obligatoriedad de instituir un juez natural para dicho proceso.⁹⁶ Así, señala la disposición referida que, “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.⁹⁷

Juez natural es, entonces, “aquél a quien la Constitución o la ley le ha atribuido el conocimiento de un determinado asunto”.⁹⁸ En consecuencia, haciendo referencia al juez natural, el art. 19 de la Ley 906 de 2004 desarrolla el art. 29 de la Carta Política, estableciendo que nadie podrá ser juzgado por juez o tribunal *ad hoc* o especial, instituido con posterioridad a la comisión de un delito sin que forme parte de la estructura judicial ordinaria. Ahora bien, para establecer ese juez natural, se acude al concepto

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 14 de abril de 2010, radicado n° 33494, M.P. Javier Zapata Ortiz.

⁹⁶ Corte Constitucional, sentencia n° C-200 del 19 de marzo 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis, aparte 3.4.

⁹⁷ Art. 29, Constitución Política de Colombia.

⁹⁸ Corte Constitucional, sentencia n° C-429 del 2 de mayo de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería, aparte 4.

de competencia, como instrumento para distribuir la jurisdicción entre las distintas autoridades encargadas de administrar justicia.⁹⁹

Por consiguiente, la competencia: “se traduce en la *facultad de que se halla investido un funcionario público para aplicar justicia en un caso concreto*”.¹⁰⁰ La competencia se convierte así en un presupuesto procesal, esto es, un requisito necesario para que el proceso se pueda iniciar, desarrollar y culminar válidamente.¹⁰¹

En Justicia y Paz la competencia ha sido determinada teniendo en cuenta el carácter especial de este proceso penal; sin embargo, tampoco ha sido ajena a los lineamientos generales que en materia de competencia señala el ordenamiento jurídico colombiano.

4.1. JUECES COMPETENTES EN EL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ

El proceso penal de Justicia y Paz se encuentra dividido en dos etapas, de manera similar al proceso penal ordinario contemplado en la Ley 906 de 2004, aunque con sus propias particularidades. Así, en la primera etapa la Fiscalía General de la Nación, por medio de la Unidad de Justicia y Paz, adelanta la investigación correspondiente. En ésta intervienen los magistrados de control de garantías de las salas especializadas de Justicia y Paz de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial de Bogotá, Barranquilla y Medellín, quienes presiden las audiencias preliminares. En estas audiencias se discuten aspectos que implican la limitación de derechos fundamentales, entre otros temas. La segunda etapa corresponde, en líneas generales, al juzgamiento, y tiene lugar ante la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Al igual que en el proceso penal establecido en la Ley 906 de 2004, el legislador colombiano distribuyó la competencia en el proceso penal de Justicia y Paz, a partir de dos tipos de funciones, a saber: (i) la función de control de garantías y (ii) la función de conocimiento.¹⁰² La función de control de garantías consiste en ejercer,

⁹⁹ Jaime Azula Camacho, *Manual de Derecho Procesal*, Tomo I, Teoría General del Proceso, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2006, p. 215.

¹⁰⁰ Guillermo Martínez Rave, *Procedimiento Penal Colombiano, Sistema Penal Acusatorio*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2006, p. 195.

¹⁰¹ Jaime Azula Camacho, Op. Cit., p. 45.

¹⁰² Álvaro Vargas et al., *Manual de procedimiento para Ley de Justicia y paz*, GTZ, Bogotá, 2009, p. 192.

“un *control jurisdiccional* –previo o posterior, según el caso– de las actividades de la Fiscalía General de la Nación como ente conductor de la fase de investigación y en la adopción de las *medidas cautelares* personales, reales o de cualquiera otra especie que, afectando derechos fundamentales, no tenga autorización expresa en la Constitución”.¹⁰³

La función de conocimiento consiste en conducir la etapa de juzgamiento, dictar la sentencia de primera instancia una vez ésta ha sido finalizada e imponer las penas y medidas de seguridad.¹⁰⁴

Contra todas las decisiones judiciales que se tomen a lo largo del proceso (a excepción de la sentencia), tanto por magistrados en función de control de garantías como de conocimiento, procede el recurso de reposición, el cual debe ser sustentado y resuelto de manera oral y en la misma audiencia en la que fue formulado. El recurso de apelación procede contra la sentencia y contra los autos interlocutorios (aquellos que deciden cuestiones de fondo) emitidos por los magistrados que ejercen la función de control de garantías y por la Sala de Conocimiento. El recurso de apelación se concede en el efecto suspensivo y es resuelto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.¹⁰⁵

4.1.1. FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS EN JUSTICIA Y PAZ

El art. 13 de la Ley 975 de 2005 establece la función de control de garantías, la cual se ejerce a través de audiencias preliminares, en las que se discuten los siguientes temas:

1. La práctica de una prueba anticipada que por motivos fundados y de extrema necesidad se requiera para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio.
2. La adopción de medidas para la protección de víctimas y testigos.

¹⁰³ *Ibíd.*, p. 183. Sobre la función ejercida por los jueces de control de garantías, la Corte Constitucional ha señalado que “la Fiscalía General de la Nación no puede actuar a su arbitrio en el ejercicio de sus funciones de investigación y acusación, ya que cuando su actuación compromete derechos fundamentales, debe someterse a la supervisión del juez de control de garantías, a quien corresponderá verificar si las medidas adoptadas por el ente investigador implican o no afectación de derechos fundamentales, pues en principio toda medida de investigación que sea restrictiva de tales derechos debe estar precedida de autorización de dicho juez. El control posterior ejercido por esa autoridad en relación con ciertas medidas que afectan derechos fundamentales, configura excepción a la regla general”. Corte Constitucional, sentencia n° C-186 del 27 de febrero de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, aparte 5.

¹⁰⁴ Álvaro Vargas et al., *Op. Cit.*, p. 183.

¹⁰⁵ Art. 26, Ley 975 de 2005.

3. La solicitud y la decisión de imponer medida de aseguramiento.
4. La solicitud y la decisión de imponer medidas cautelares sobre bienes de procedencia ilícita.¹⁰⁶
5. La formulación de la imputación.
6. La formulación de cargos.
7. Las que resuelvan asuntos similares a los anteriores”.¹⁰⁷

Es importante señalar que el numeral séptimo de esta norma, “introduce una especie de *cláusula de competencia por analogía*”, al señalar que en audiencia preliminar se debe decidir cualquier otro tema similar a los que han sido enunciados en los numerales anteriores.¹⁰⁸

Además, en artículos distintos al art. 13, también se mencionan algunos asuntos que son de competencia de los magistrados de control de garantías. Por ejemplo, en el art. 22 de la Ley 975 de 2005, se hace alusión a las investigaciones y acusaciones que tengan lugar con anterioridad a la desmovilización:

“Si para el momento en que el desmovilizado se acoja a la presente ley, la Fiscalía adelanta investigaciones o formuló acusación en su contra, el imputado, o acusado, asistido por su defensor, podrá oralmente o por escrito aceptar los cargos consignados en la resolución que le impuso medida de aseguramiento, o en la formulación de imputación, o en la resolución o escrito de acusación, según el caso. Dicha aceptación deberá hacerla ante el magistrado que cumpla la función de control de garantías en las condiciones previstas en la presente ley” (subrayado fuera del texto).¹⁰⁹

Es pertinente poner de manifiesto algunas consideraciones que ha efectuado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre la naturaleza y el ámbito de competencia de la función de control de garantías, en el proceso de Justicia y Paz. Así, en primer lugar, en pronunciamiento del 22 de abril de 2008, la Sala precisó que, atendiendo a la autonomía funcional en materia penal de la que se haya investida la Fiscalía General de la Nación, el juez de control de garantías carece de competencia para impartir órdenes al fiscal, siempre y cuando las mismas

¹⁰⁶ El texto subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la anteriormente citada sentencia n° C-370 de 2006.

¹⁰⁷ Art. 13, Ley 975 de 2005.

¹⁰⁸ Álvaro Vargas et al., Op. Cit., p. 196.

¹⁰⁹ Art. 22, Ley 975 de 2005.

no estén orientadas a la corrección de actuaciones vulneradoras de los derechos de los intervinientes en el proceso.¹¹⁰

La Corte concluyó su disertación sobre el asunto en referencia, explicando que las normas que consagran las facultades de la Fiscalía en el proceso de Justicia y Paz, permiten señalar que el magistrado de control de garantías, o el de conocimiento, no pueden imponerle a los fiscales de Justicia y Paz,

“(…) la investigación de conductas punibles que el postulado no haya reconocido en su versión libre, dado que la competencia del instructor está circunscrita a conocer de los hechos delictivos cometidos por aquél durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado ilegal que libre y voluntariamente confiese, así como de las investigaciones iniciadas previamente en razón de esa militancia en la organización delictiva y que puedan comprometer su responsabilidad”.¹¹¹

Por otra parte, en providencia proferida el 16 de abril del 2009, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al hacer referencia a la legalidad de las imputaciones parciales, explicó que, debido a que la imputación es un acto de parte –de comunicación al imputado–, cuya legalidad está controlada por el juez de control de garantías, las atribuciones de este último sobre esta cuestión no se extienden a la posibilidad de aprobarla o improbarla. Ahora bien, según la Sala, esto no excluye que el juez, por iniciativa propia, solicite “a la Fiscalía que precise, aclare o explique elementos constitutivos de la imputación, contenidos en el artículo 288 de la Ley 906 de 2004, especialmente en la relación de los hechos jurídicamente relevantes”.¹¹²

La facultad que tienen los magistrados en función de control de garantías para solicitarles a los fiscales que precisen, aclaren o expliquen elementos constitutivos de la imputación, ha contribuido a que existan formulaciones de imputación más adecuadas. Esto, puesto que, en ocasiones, dichas precisiones sirven como punto de partida para que se corrijan aspectos relacionados, para citar un caso, con la ley aplicable teniendo en cuenta las normas vigentes al momento de los hechos. A su vez, esta facultad puede

¹¹⁰ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 22 de abril de 2008, radicado n° 29559, M.P. Julio E. Socha Salamanca.

¹¹¹ *Ibidem*. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema llegó a esta conclusión a partir del contenido del art. 20 de la Ley 975 de 2005, reglamentado por el Decreto n° 3391 de 2006, art. 11.

¹¹² CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 16 de abril de 2009, radicado n° 31115, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

resultar fundamental al señalar los linderos de la responsabilidad de los magistrados, en la reconstrucción de la verdad, ya que puede servir para precisar las condiciones de modo, tiempo y lugar de la ocurrencia de los delitos.

Por último, atendiendo a la especial naturaleza del proceso penal de Justicia y Paz, el 12 de mayo de 2009 la Sala de Casación Penal se pronunció sobre la facultad de los magistrados de control de garantías para decretar pruebas de oficio. Sobre este tema, la Sala estableció una diferencia fundamental con relación al proceso penal ordinario. Así, para la Sala, “el Magistrado de control de garantías tiene vocación probatoria”, puesto que:

“(…) su rol es diferente al del Juez de garantías de la Ley 906 de 2004, en la medida que también le compete la construcción de la verdad; por tanto, no solo debe interrogar ampliamente al postulado para examinar su confesión sino que, si lo juzga necesario, puede ordenar pruebas de oficio y las que le soliciten las víctimas y el Ministerio Público”.¹¹³

La competencia en materia de control de garantías ha sido distribuida, desde el punto de vista territorial, mediante el Acuerdo n° PSAA08-4641 de 2008 del Consejo Superior de la Judicatura. Dicha función ha sido asignada a los magistrados de las salas especializadas de Justicia y Paz de los tribunales superiores de Bogotá, Barranquilla y Medellín, así:

- Los magistrados del Tribunal Superior de Bogotá ejercerán sus funciones frente a las conductas realizadas en los distritos judiciales de Arauca, Bogotá, Buga, Cali, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán, Santa Rosa de Viterbo, Tunja, Villavicencio y Yopal;
- Los magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla ejercerán sus funciones sobre los hechos ocurridos en los distritos judiciales de San Andrés, Barranquilla, Bucaramanga, Cartagena, Cúcuta, Pamplona, Riohacha, San Gil, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar; y
- Los magistrados del Tribunal Superior de Medellín ejercerán sus funciones sobre las conductas que se hayan cometido en los distritos judiciales de Armenia, Manizales, Pereira, Quibdó, Antioquia, Medellín y Montería.

¹¹³ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 12 de mayo de 2009, radicado n° 31150, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

4.1.2. FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO EN JUSTICIA Y PAZ

La competencia asignada al juez de conocimiento en el proceso penal de Justicia y Paz está dada, en términos generales, por el art. 16 de la Ley 975 de 2005, en virtud del cual:

“El Tribunal Superior de Distrito Judicial que determine el Consejo Superior de la Judicatura, mediante acuerdo que expida antes de que se inicie cualquier trámite, será competente para conocer del juzgamiento de las conductas punibles a que se refiere la presente ley”.¹¹⁴

La Ley de Justicia y Paz limita la competencia de la Sala de Conocimiento a partir de dos circunstancias,

“(…) de un lado, las personas cuyas conductas constituyen el objeto de la investigación y el juzgamiento, que lo son los miembros de grupos armados al margen de la ley, y, del otro, los hechos delictivos que dan lugar a los procesos judiciales de la LJP, esto es, aquellos cometidos en el marco de las actividades de dichas organizaciones ilegales. En cualquier caso, hay que añadir a sus competencias todo lo relacionado con la reparación integral de las víctimas y, en particular, lo atinente a la tramitación y decisión del incidente de reparación integral (art. 23 LJP)”.¹¹⁵

Se debe resaltar que esta norma exige que el Tribunal Superior de Distrito Judicial que vaya a ejercer la función de conocimiento sea determinado antes de que se inicie cualquier trámite, garantizando así el principio del juez natural.¹¹⁶

En desarrollo del art. 16 de la Ley 975 de 2005, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo n° PSAA06-3275 de enero 19 de 2006, “por el cual se designan los Tribunales Superiores de Distrito Judicial que conocerán de las competencias de que trata la Ley 975 de 2005”. Así, el art. 1 de dicho Acuerdo dispuso que los Tribunales

¹¹⁴ Art. 16, Ley 975 de 2005.

¹¹⁵ Álvaro Vargas et al., Op. Cit., p. 193.

¹¹⁶ Art. 29 de la Constitución Política de Colombia y art. 19 de la Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 62 de la Ley 975 de 2005, en virtud del cual “para todo lo no dispuesto en la presente ley se aplicará la Ley 782 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal”. Recuérdese, sobre esta cuestión, lo indicado con anterioridad respecto del principio de complementariedad en el proceso penal especial de Justicia y Paz.

Superiores de los Distritos Judiciales de Bogotá y Barranquilla fueran los competentes para conocer del juzgamiento de las conductas punibles a que se refiere la Ley 975 de 2005.¹¹⁷

Sin embargo, dicho Acuerdo fue modificado el 12 de marzo de 2008, fecha en la cual la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura aprobó el anteriormente citado Acuerdo n° PSAA08-4641 de 2008, “por el cual se modifican las competencias de que trata la Ley 975 de 2005, para los Tribunales Superiores de Bogotá y Barranquilla”. El artículo 2 de este Acuerdo dispuso que:

“Los Magistrados creados y designados para tal efecto, en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, tendrán competencia territorial para adelantar la etapa de juzgamiento de los procesos de que trata la Ley 975 de 2005, vigilarán el cumplimiento de las penas y las obligaciones impuestas a los condenados, en relación con los hechos punibles cometidos en todo el país.

Parágrafo.- Los magistrados a que hace referencia este artículo tendrán competencia territorial para el ejercicio de la función de control de garantías de los siguientes distritos judiciales: Arauca, Bogotá, Buga, Cali, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán, Santa Rosa de Viterbo, Tunja, Villavicencio y Yopal”.¹¹⁸

Ahora bien, a partir de los acuerdos referidos y las observaciones realizadas, es posible concluir, *prima facie*, que, en términos cuantitativos, la cantidad de magistrados designados, llamados a ejercer las funciones tanto de conocimiento como de control de garantías en el proceso de Justicia y Paz, no resultan suficientes para la labor que deben realizar. Lo expresado, atendiendo al objeto y ámbito de aplicación de la Ley 975 de 2005, siendo lo primero “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”, y lo segundo regular “la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos

¹¹⁷ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Acuerdo n° PSAA06-3275 de enero 19 de 2006, art. 1.

¹¹⁸ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Acuerdo n° PSAA08-4641 de 12 de marzo de 2008, art. 2.

grupos, que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional”.¹¹⁹ Estos magistrados deben desempeñar la dura tarea de juzgar a un gran número de desmovilizados, con la correlativa diligencia y el tiempo que dicha labor implica, ante lo cual se evidencia la apremiante necesidad de ampliar su número.

De otra parte, el art. 32 de la Ley 975 de 2005, dispone que:

“Además de las competencias establecidas en otras leyes, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial designados por el Consejo Superior de la Judicatura serán competentes para adelantar la etapa de juzgamiento de los procesos de los que trata la presente ley, vigilar el cumplimiento de las penas y las obligaciones impuestas a los condenados”.¹²⁰

Esto evidencia la deficiencia cuantitativa anteriormente expuesta, ya que una única sala debe conocer del juzgamiento de todos los delitos que se tramiten a través de Justicia y Paz y, además, hacer seguimiento a las decisiones tomadas en la sentencia, las cuales, como se verá, han tenido un alcance bastante complejo.

De igual forma, el cambio realizado por el Acuerdo n° PSAA08-4641 de 2008 es determinante al evaluar el acceso de las víctimas al proceso de Justicia y Paz, puesto que redujo a uno el número de Tribunales con competencia territorial para conocer del juzgamiento de las conductas punibles a que se refiere la Ley 975 de 2005. Al existir un único Tribunal con funciones de conocimiento, con sede en Bogotá, se exige, en muchos casos, el desplazamiento de las víctimas para acceder plenamente a la justicia –personas que, por lo demás, cuentan con recursos limitados–.

Si bien las diligencias judiciales de Justicia y Paz se transmiten a los principales municipios en los que operaron los grupos armados al margen de la ley, es problemático que en el discurso, se haga una apología a los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, cuando su plena garantía a lo largo del proceso no se puede hacer realmente efectiva por el reducido número de personal y recursos técnicos. Esta conclusión es, desde

¹¹⁹ Art. 1 y art. 2, Ley 975 de 2005.

¹²⁰ Art. 32, Ley 975 de 2005. Es importante poner de manifiesto que, según el art. 24 del Decreto n° 4760 de 2005, “los Magistrados de los Tribunales Superiores que se creen en virtud de la Ley 975 de 2005, serán elegidos por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, de listas enviadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las cuales serán elaboradas siguiendo para el efecto el mismo procedimiento señalado en el artículo 53 de la Ley 270 de 1996”.

luego, una constatación técnica sobre la administración y organización del proceso; más adelante se harán las debidas observaciones de fondo sobre la implementación en la práctica de la tríada verdad, justicia y reparación en sí, así como las dificultades para garantizar, por ejemplo, el derecho a la verdad.

4.2. CONFLICTOS Y COLISIONES DE COMPETENCIA

Especial mención merece el último inciso del art. 16 de la Ley 975 de 2005, el cual estipula que “no podrá haber conflicto o colisión de competencia entre los Tribunales Superiores de Distrito judicial que conozcan de los casos a que se refiere la presente ley y cualquier otra autoridad judicial”.¹²¹

Esta norma fue demandada ante la Corte Constitucional, quien declaró su exequibilidad en la sentencia n° C-575 de 2006. Según los demandantes, este artículo desconocía la competencia que el art. 235 de la Constitución Nacional le otorga a la Corte Suprema de Justicia, desarrollada en el art. 17 de la Ley 270 de 1996, el cual le da a dicha entidad la facultad de resolver los conflictos de competencia en la jurisdicción ordinaria.¹²²

Sin embargo, la Corte Constitucional no acogió los argumentos expuestos por los demandantes. La Corte afirmó que la acusación formulada por la presunta vulneración del art. 235 carecía de fundamento, ya que la competencia aludida por los actores para la Corte Suprema de Justicia, provenía de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.¹²³ Para la Corte, esta ley no podía ser invocada como parámetro para establecer la constitucionalidad de la norma demandada.¹²⁴

4.3. DEFINICIÓN DE COMPETENCIA

De acuerdo con lo establecido en los artículos 54 y 55 de la Ley 906 de 2004, la definición de competencia es el mecanismo determinado por la ley procesal para precisar, en caso de duda, cuál de los distintos jueces o magistrados es el llamado a presidir o resolver determinados asuntos.¹²⁵

¹²¹ Art. 16, Ley 975 de 2005.

¹²² En virtud del art. 17 de la Ley 270 de 2006 o Ley Estatutaria de Administración de Justicia: “la Sala Plena cumplirá las siguientes funciones: (...) 3. Resolver los conflictos de competencia en la Jurisdicción Ordinaria, que no correspondan a alguna de sus Salas o a otra autoridad judicial (...)”.

¹²³ Corte Constitucional, sentencia n° C-575 del 25 de julio de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis, aparte 6.2.2.

¹²⁴ *Ibidem*, aparte 6.2.2.

¹²⁵ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 15 de julio de 2009, radicado n° 32042, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

El proceso penal de Justicia y Paz no ha sido ajeno a situaciones en las que se ha acudido al mecanismo de la definición de competencia; por esta razón, la Corte Suprema de Justicia ha aceptado “que este trámite propio del procedimiento ordinario regido por la Ley 906 de 2004, se adelante también en el proceso propio de la justicia transicional previsto en la Ley 975 de 2004 (sic)”.¹²⁶

Este mecanismo ha sido utilizado de forma reiterada. Así, por ejemplo, en auto del 15 de julio de 2009, la Corte definió cuál era el magistrado de control de garantías competente para presidir una formulación de cargos, al tener en cuenta que: (i) los delitos que se le atribuían al postulado habían sido cometidos fundamentalmente en el departamento de Córdoba, pero también algunos en el departamento Sucre; y (ii) el Consejo Superior de la Judicatura había modificado las competencias asignadas inicialmente a las Salas de Justicia y Paz competentes para conocer este asunto en función de control de garantías, mediante el artículo cuarto del Acuerdo n° PSAA08-4641 de 2008, como se expuso con anterioridad.¹²⁷

La Corte Suprema de Justicia señaló que, cuando el desmovilizado hubiere confesado o se le imputaren conductas de competencia de tribunales distintos, se debe tener en cuenta cuál fue el centro de operaciones que dio lugar a la perpetración del delito de concierto para delinquir agravado; en otras palabras, cuál es el lugar que vincula a todos los miembros del grupo armado ilegal con las acciones delictivas adelantadas en desarrollo de su pertenencia al grupo. Además, la Corte precisó que:

“En procesos en que el desmovilizado debe responder por delitos cometidos en distintas áreas del país, en las cuales tuvo el asiento de sus operaciones criminales en diferentes momentos, la Fiscalía debe escoger el Tribunal o los Tribunales en los que adelantará el proceso, de acuerdo con la ubicación y seguridad de las víctimas, la facilidad de acceder a las pruebas, evaluando todos los aspectos necesarios para llevar el proceso hasta su culminación satisfactoria para los intereses de las víctimas”.¹²⁸

Por consiguiente, la Sala Penal concluyó que, en virtud de la competencia que en todo el territorio nacional tiene la Fiscalía General de la Nación, en

¹²⁶ *Ibidem*. Es de resaltar que la Corte Suprema de Justicia destacó, sobre esta cuestión, que a la misma conclusión llegó la aludida Corporación en autos de 18 de noviembre de 2008, radicado n° 30744; de 31 de marzo de 2009, radicado n° 31491; de 20 de mayo de 2009, radicado n° 31495; y de 17 de junio de 2009, radicado n° 31205, entre otros.

¹²⁷ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 15 de julio de 2009, radicado n° 32042, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

¹²⁸ *Ibidem*.

eventos en que varios magistrados pudieran ser competentes, la Fiscalía tiene la facultad de escoger el tribunal con el acto de la presentación del escrito de llamamiento a juicio al momento de radicar la acusación, teniendo en cuenta estos criterios.

En otro caso, con relación a la competencia territorial de los tribunales superiores de distrito judicial que ha determinado el Consejo Superior de la Judicatura mediante acuerdo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en auto proferido el 17 de junio de 2009, resolvió un incidente de definición de competencia planteado por una magistrada con función de control de garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, con ocasión de una audiencia preliminar de formulación de imputación y medida de aseguramiento de un postulado del Bloque Córdoba de las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (A.C.C.U.), llevada a cabo el 27 de enero de 2009.¹²⁹ En esta audiencia, la magistrada determinó que la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín era la competente para conocer dicha actuación, debido a la conducta que se le imputaba al postulado, así como a la zona de influencia del grupo armado al cual perteneció y la ubicación de las víctimas; esto, atendiendo al Acuerdo n° PSAA08-4641 de 2008 del Consejo Superior de la Judicatura.¹³⁰ Sin embargo, por otro lado, el agente del Ministerio Público expresó, que para efectos de determinar la competencia territorial y no fraccionar la actuación procesal, no se debe tener en cuenta el lugar de comisión de los hechos individualmente considerados, sino el área de influencia del grupo armado. Así las cosas, indicó que, “el Bloque Córdoba de las Autodefensas operó en jurisdicción del municipio de Sincelejo, entonces la Sala de Justicia y Paz competente es la de Barranquilla, conforme lo fija el acuerdo reseñado”.¹³¹

La Sala de Casación Penal le dio razón a la magistrada y concluyó que la corporación competente para conocer la actuación promovida por el fiscal era la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín. Así,

¹²⁹ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 17 de junio de 2009, radicado n° 31205, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

¹³⁰ Es pertinente en este punto poner de presente, como lo hace la Sala de Casación Penal, que el anteriormente citado Acuerdo n° PSAA08-4641 de 2008, del Consejo Superior de la Judicatura, “establece, en su artículo 4°, que los dos Magistrados de la Sala Especializada de Justicia y Paz de Medellín, tendrán competencia territorial para el ejercicio de la función de control de garantías del Distrito Judicial de Montería, entre otros distritos judiciales. A su turno, el artículo 3° de la misma norma, determina que los dos magistrados de la Sala de Justicia y Paz de Barranquilla tendrán competencia territorial, para los mismos efectos, en el Distrito Judicial de Sincelejo, entre otros”. CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 17 de junio de 2009, radicado n° 31205, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

¹³¹ *Ibidem*.

“la competencia territorial de la Sala de Justicia y Paz viene determinada, no por el lugar de comisión de uno u otro comportamiento punible particular que hubiere cometido el postulado, sino por el área de influencia territorial del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció el postulado; éste último, lógicamente y según lo muestra la experiencia, ha podido desplazarse a lo largo y ancho del territorio nacional y cometer conductas punibles en diversos lugares, pertenecientes a distintos distritos judiciales”.¹³²

La Corte decantó esta posición, al precisar que la decisión sobre cuál Sala de Justicia y Paz tiene la competencia territorial para ejercer la función de control de garantías, es consecuencia de constatar el territorio en el que tuvo injerencia el grupo armado ilegal al amparo del cual el postulado llevó a cabo su accionar delictivo, con independencia de dónde se agotaron los particulares comportamientos punibles. Afirmó entonces la Sala de Casación Penal:

“Siendo el concierto para delinquir el sustrato o presupuesto del proceso de Justicia y Paz, entonces lo decisivo para fijar la competencia territorial para su conocimiento es la comprensión territorial donde ese acuerdo ilícito de voluntades operó”.¹³³

Esta conclusión adquiere especial relevancia, al considerar que será en el área de influencia del grupo armado ilegal al cual hizo parte el postulado, donde se concentre la mayor parte de sus víctimas, lo cual facilita su presencia en el proceso penal.¹³⁴

4.4. IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES EN EL PROCESO PENAL DE JUSTICIA Y PAZ

La institución de impedimentos y recusaciones está ligada a la determinación del juez competente para conocer un caso específico. Estos conceptos desarrollan el principio de imparcialidad que rige las actuaciones judiciales. De esta manera,

“la legislación procesal ha previsto una serie de causales de orden objetivo y subjetivo por virtud de las cuales el juez debe declararse impedido para decidir, garantizando a las partes, terceros, demás

¹³² *Ibíd.*

¹³³ *Ibíd.*

¹³⁴ *Ibíd.*

intervinientes e incluso a la comunidad en general, la transparencia y rigor que deben presidir la tarea de administrar justicia”.¹³⁵

Sin embargo, como bien ha señalado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“Las causas que dan lugar a separar del conocimiento de un caso determinado a un juez o magistrado no pueden deducirse por analogía, ni ser objeto de interpretaciones subjetivas, en cuanto se trata de reglas con carácter de orden público, fundadas en el convencimiento del legislador de que son éstas y no otras las circunstancias fácticas que impiden que un funcionario judicial siga conociendo de un asunto, porque de continuar vinculado a la decisión compromete la independencia de la administración de justicia y quebranta el derecho fundamental de los asociados a obtener un fallo proferido por un tribunal imparcial”.¹³⁶

La determinación de competencias en el proceso de Justicia y Paz no está exenta de una valoración de los impedimentos que podrían viciar la imparcialidad del juez. Por esta razón, de acuerdo con el artículo 57 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con el artículo 62 de la Ley 975 de 2005, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que le asiste la facultad para pronunciarse en relación con impedimentos propuestos dentro de una actuación regida por los lineamientos de la Ley 975 de 2005.¹³⁷

Sobre esta cuestión, valga poner de presente que, respecto del numeral cuarto del artículo 56 de la Ley 906 de 2004 –en virtud del cual es causal de impedimento que el funcionario judicial hubiere dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso–, la Corte Suprema de Justicia ha concluido que el consejo u opinión en referencia, debe ser realizado extraprocesalmente, sin que esto implique aquellas ocasiones en que el funcionario hubiere expresado su parecer en el ejercicio de sus funciones o en cumplimiento de su deber, como se hace, por ejemplo, al elaborar un salvamento de voto.¹³⁸

¹³⁵ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 22 de julio de 2009, radicado n° 31879, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

¹³⁶ *Ibídem.*

¹³⁷ *Ibídem.*

¹³⁸ *Ibídem.*

5. PARTICIPANTES Y ROLES EN EL PROCESO PENAL DE JUSTICIA Y PAZ

Atendiendo a la estructura propia del procedimiento penal establecido en la Ley 975 de 2005, se ha considerado apropiado abordar el rol que cumplen quienes participan en dicho proceso, sin entrar a clasificarlos como partes, sujetos procesales o intervinientes, ya que éste es un proceso en el cual el papel que cumplen los fiscales, las víctimas y sus representantes, los postulados, los defensores y los representantes del Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación), se aparta en varios sentidos de lo que sucede en un proceso penal ordinario. En Justicia y Paz todos estos sujetos participan de un proceso de construcción colectiva de la verdad, atendiendo a los principios consagrados en la Ley 975 de 2005. De ahí que la Corte Suprema de Justicia ha dicho que:

“Ha de advertirse que la Ley 975/05 está gobernada por una específica filosofía que ofrece como ingredientes teleológicos la búsqueda de verdad, justicia y reparación, valorados a su vez como verdaderos derechos que tienen como destinatario de primer orden a las víctimas, de donde se colige que toda valoración y aplicación de la normatividad que integra el esquema de la mencionada ley ha de interpretarse en dirección a la protección de aquéllas. Ello hace -en consecuencia- que el procedimiento previsto en esa especial normatividad pueda considerarse *sui generis*, por lo cual no reviste mayor importancia el concepto de partes que se maneja en la Ley 906 de 2004, no empece la remisión que para llenar vacíos a esta última legislación se haga por parte del legislador de 2005 (art. 62)” (resaltado fuera del texto original).¹³⁹

Así las cosas, antes de proceder a analizar en concreto el rol de los diferentes participantes en el proceso establecido en la Ley 975 de 2005, resulta fundamental poner de manifiesto que, dado el especial origen de la Ley de Justicia y Paz, se advierten diferencias sustanciales entre esta normatividad y el proceso penal ordinario consagrado en la Ley 906 de 2004. El modelo procesal previsto en la Ley 906 de 2004 tiene por eje el principio adversarial, conforme al cual el fiscal investiga, acusa y solicita condena; en cambio, la Ley de Justicia y Paz no responde a esta misma lógica. En este orden de ideas, por ejemplo, a diferencia de la Ley 906 de 2004, en la Ley 975 de 2005 la actuación no se adelanta a instancias de la Fiscalía y a partir de la contradicción con la defensa, sino a partir de

¹³⁹ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 3 de octubre de 2008, radicado n° 30442, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

la manifestación de los desmovilizados, realizada al momento de rendir versión libre y de su colaboración en el esclarecimiento de los hechos.¹⁴⁰

Hechas las anteriores aclaraciones, a continuación se procederá a determinar los roles que cumplen cada uno de los participantes en el proceso penal de Justicia y Paz y se señalará, con base en la observación realizada de la dinámica diaria del proceso, y cuando sea conveniente, cómo se han desarrollado dichas funciones en la práctica, sin perjuicio de que en los apartes subsiguientes se analicen con mayor profundidad las discusiones sustanciales que se han presentado sobre estos papeles en cada una de las diferentes etapas procesales.

5.1. LA UNIDAD NACIONAL DE FISCALÍA PARA LA JUSTICIA Y LA PAZ

El papel que juega la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz es fundamental, si se tiene en cuenta que este proceso penal especial es concebido a partir de la coordinación de esfuerzos mancomunados, que propenden por la garantía de la verdad, la justicia y la reparación dentro de un mecanismo concebido institucionalmente en el contexto de la justicia transicional. Lo anterior, debido a que está en manos de la Fiscalía General de la Nación,

“esclarecer la verdad sobre los hechos objeto del proceso, propósito en pos del cual debe acometer, por conducto del fiscal delegado para el caso (quien contará con el apoyo del grupo especializado de policía judicial), la investigación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron las conductas punibles”.¹⁴¹

Ahora bien, el art. 33 de la Ley 975 de 2005 creó esta Unidad con competencia nacional, delegada ante los tribunales superiores de distrito judicial. Existen, además, varias disposiciones que le otorgan competencias específicas y determinantes en el desarrollo del proceso de Justicia y Paz. El rol de la Fiscalía General de la Nación en este proceso penal se encuentra directamente relacionado con la construcción de verdad, ya que el esclarecimiento de los hechos se fundamenta en la investigación criminal, en desarrollo de la cual tiene lugar la confesión del postulado. De ahí que la misma Ley 975 de 2005 defina el esclarecimiento de la verdad como un principio procesal, a partir del cual se derivan deberes concretos para la Fiscalía:

¹⁴⁰ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 2 de abril de 2009, radicado n° 31492, M.P. María Del Rosario González de Lemos.

¹⁴¹ Álvaro Vargas et al., Op. Cit., p. 201.

“Artículo 15. Esclarecimiento de la verdad. Dentro del procedimiento que establece la presente ley los servidores públicos dispondrán lo necesario para que se asegure el esclarecimiento de la verdad sobre los hechos objeto de investigación y se garantice la defensa de los procesados.

La Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz creada por esta ley, deberá investigar, por conducto del fiscal delegado para el caso, con el apoyo del grupo especializado de policía judicial, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron las conductas punibles; las condiciones de vida, sociales, familiares e individuales del imputado o acusado 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, tales como lesiones físicas o psicológicas, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de derechos fundamentales” (subrayado fuera del texto).¹⁴²

La disposición en referencia determina, a su vez, que esta Unidad debe velar por la protección de las víctimas, los testigos y los peritos que pretenda presentar en el juicio.¹⁴³

Luego de la promulgación de la Ley 975 de 2005, se expidió la Resolución n° 3461 del 13 de septiembre de 2005, por medio de la cual se conformó la Unidad en alusión. El artículo 33 de la Ley 975 de 2005, previó la creación de 20 fiscales delegados ante los respectivos tribunales superiores de distrito judicial, con el propósito de conformar la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz. Sin embargo, “la carga de trabajo de la Unidad de Justicia y Paz llevó a la ampliación de la Unidad a 59 fiscales delegados. Para 2008 se dispusieron adicionalmente a los cargos creados por la LJP de 2005 164 fiscales auxiliares y 283 investigadores para agilizar las diligencias de investigación”.¹⁴⁴ Lo anterior se explica por la competencia que el art. 16 de la Ley 975 de 2005 le otorgó a la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, la cual sobrepasa la capacidad laboral de 20 fiscales para un proceso tan ambicioso como el consagrado en esta Ley. Así, según el artículo correspondiente:

“Artículo 16. Competencia. Recibido por la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, el, o los nombres de los miembros

¹⁴² Art. 15, Ley 975 de 2005.

¹⁴³ Art. 15, Ley 975 de 2005.

¹⁴⁴ Kai Ambos, *Procedimiento de la Ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional*, GTZ, Bogotá, 2010, p. 39.

de grupos armados organizados al margen de la ley dispuestos a contribuir de manera efectiva a la consecución de la paz nacional, el fiscal delegado que corresponda, asumirá de manera inmediata la competencia para:

16.1 Conocer de las investigaciones de los hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley.

16.2 Conocer de las investigaciones que cursen en contra de sus miembros.

16.3 Conocer de las investigaciones que deban iniciarse y de las que se tenga conocimiento en el momento o con posterioridad a la desmovilización”.¹⁴⁵

A partir de estas competencias, será el fiscal delegado para el caso respectivo quien se encargue de impulsar el proceso, de acuerdo con los roles que juega en cada una de las etapas del mismo, en concordancia con lo dispuesto en la Ley 975 de 2005 y sus decretos reglamentarios.

Así, por ejemplo, y sin que la pretensión de este aparte sea agotar la explicación de cada una de estas etapas, de acuerdo con el art. 17 de la Ley 975 de 2005, la versión libre de los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley, cuyos nombres someta el gobierno nacional a consideración de la Fiscalía General de la Nación, rendirán versión libre ante el fiscal delegado asignado para el proceso de desmovilización, quien los interrogará sobre todos los hechos de que tenga conocimiento. El fiscal delegado y los funcionarios de la policía judicial asignados al caso deben elaborar y desarrollar un programa metodológico para iniciar la investigación, comprobar la veracidad de la información suministrada y esclarecer los hechos confesados y de los que se tenga conocimiento.¹⁴⁶

De otro lado, luego de analizar los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida, a partir de la versión libre entre otros, el fiscal delegado para el caso debe solicitar al magistrado que ejerza la función de control de garantías, la programación de una audiencia preliminar para la formulación de imputación, en la cual hará la imputación fáctica de los cargos investigados y solicitará al magistrado disponer la detención preventiva del imputado y la adopción de medidas cautelares para efectos de la reparación a las víctimas.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Art. 16, Ley 975 de 2005.

¹⁴⁶ Art. 17, Ley 975 de 2005.

¹⁴⁷ Art. 18, Ley 975 de 2005.

Sobre esta diligencia, es de resaltar que el rol de la fiscalía debe estar encaminado a propender por un respeto de los derechos de las víctimas, así como por un proceso de diálogo abierto, donde los participantes tengan efectivamente la oportunidad de construir conjuntamente la verdad. Por tanto, es fundamental una actitud receptiva por parte del fiscal ante las sugerencias de los demás participantes, respecto de la tipificación de los delitos a imputar, sin que esto implique, de ninguna forma, ceder sus competencias.

Esto se evidenció, por ejemplo, en una audiencia de formulación de imputación que tuvo lugar los días 10 y 31 de marzo y 1 y 2 de abril del año 2009 ante un magistrado de control de garantías del Tribunal de Justicia y Paz de Bogotá, donde la Fiscalía modificó imputaciones que había planteado, inicialmente, por responsabilidad de mando, para realizarlas bajo participación por determinación. Esto, luego de que durante la audiencia se propiciara un espacio de diálogo continuo, directo y constructivo, en el cual las partes se mostraron abiertas a escuchar y, en los casos en que fue necesario, a variar su posición, con el propósito de garantizar los derechos de todos los intervinientes. Igual hecho tuvo lugar, entre otros, en audiencia preliminar de formulación parcial de imputación con solicitud de medida de aseguramiento, de cuatro postulados, llevada a cabo a principios de mayo de 2010 en Bogotá.

Realizada la audiencia de formulación de imputación, la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, con el apoyo de su grupo de policía judicial, debe adelantar las labores de investigación y verificación de los hechos admitidos por el imputado, así como de todos aquellos de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia.¹⁴⁸ Luego de hacer lo propio, durante un término de 60 días, el fiscal del caso debe solicitar ante los magistrados que ejercen la función de control de garantías, la programación de una audiencia de formulación de cargos.¹⁴⁹

Al lado del papel que juega la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, el apoyo que a ésta le brindan los organismos con funciones de policía judicial es fundamental para realizar su trabajo de forma óptima, más aún al desarrollar el programa metodológico.¹⁵⁰ Sobre esta cuestión, vale la pena señalar que,

¹⁴⁸ Es importante anotar que el artículo 18 de la Ley 975 de 2005 hace referencia específica a la frase textual “hechos admitidos por el postulado”; frase que no parecería muy técnica en el contexto del proceso que se estudia.

¹⁴⁹ Art. 18, Ley 975 de 2005.

¹⁵⁰ Art. 17, Ley 975 de 2005.

“(…) más que de un mero ‘programa metodológico’, se trata – para decirlo en el lenguaje propio de la administración– de un verdadero ‘plan estratégico’, que exige la explícita formulación de unos claros *objetivos investigativos*, la cuidadosa selección de unos *medios o recursos* adecuados para la obtención de los mismos, y el establecimiento de unos *indicadores de gestión* idóneos para medir, de tanto en tanto, los logros o resultados conseguidos”.¹⁵¹

De esta forma:

“La incorporación de una *idea planeada y metódica de investigación* en los asuntos de justicia y paz, que se construye con fundamento en la versión rendida por el desmovilizado y las demás actuaciones adelantadas en el proceso de desmovilización, tiene su referente más inmediato en el artículo 207 del C. de P. P., según el cual, el programa metodológico ‘deberá contener la determinación de los objetivos en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva; los criterios para evaluar la información; la delimitación funcional de las tareas que se deban adelantar en procura de los objetivos trazados; los procedimientos de control en el desarrollo de las labores y los recursos de mejoramiento de los resultados obtenidos’”.¹⁵²

Sin embargo, a pesar de la importancia de dicho programa y la colaboración que la policía judicial le debe brindar al fiscal del caso, se han percibido dificultades para sistematizar la información compilada en el desarrollo del proyecto metodológico de investigación y en la práctica de interrogatorios por parte de los fiscales, puesto que,

“(…) parece faltar una debida cooperación entre el fiscal, como director de la versión libre, y los funcionarios de investigación (policía), encargados de verificar y suministrar la información. Esto repercute, por ejemplo, en la secuencia lógica de las preguntas que dirige el fiscal al versionado y en la participación de las víctimas en los interrogatorios”.¹⁵³

¹⁵¹ Álvaro Vargas et al., Op. Cit., p. 238.

¹⁵² Kai Ambos, *Procedimiento de la Ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional*, GTZ, Bogotá, 2010, p. 83.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 89. Es importante aclarar en este punto que, en el aparte del presente documento donde se hace referencia a la formulación de cargos, se hará una reseña más detallada sobre el programa metodológico.

Especial mención merece, por su parte, el papel de la Fiscalía en el plano probatorio, donde se advierten diferencias sustanciales entre la Ley 906 de 2004 y la Ley 975 de 2005. El proceso penal de Justicia y Paz está diseñado para obtener la confesión voluntaria y libre del postulado, bajo la condición de que efectúe un relato completo y veraz de todos los hechos delictivos en los cuales participó o de los que haya tenido conocimiento durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado al margen de la ley. Por lo tanto, la discusión en este proceso se concentra en establecer si tal versión reúne o no tales condicionamientos que lo hacen acreedor a la pena alternativa. En contraste, el debate probatorio en la Ley 906 es ilimitado, puesto que cada una de la partes presenta los medios de persuasión con los cuales pretende demostrar su teoría del caso.¹⁵⁴ Por consiguiente, como ha señalado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“En esa misma medida, igualmente varía de manera sustancial el rol de la fiscalía dentro del proceso, pues en el especial de justicia y paz su labor principalmente se supedita a constatar la certeza de lo confesado por el postulado, al cabo que en el trámite ordinario está compelida a presentar ante el juez los medios de prueba de los cuales emerge la responsabilidad del procesado más allá de toda duda razonable.

Sobre este mismo punto debe hacerse especial énfasis en cuanto a que en el procedimiento especial de justicia y paz, diferente al modelo de la Ley 906, no hay intermediación ni controversia de la prueba ante el juez de conocimiento, básicamente porque el interés de todos los intervinientes, aún de la defensa, apunta hacia el mismo cometido de lograr los axiomas de verdad, justicia y reparación, que junto a la contribución para la obtención de la paz nacional y la garantía de no repetición, constituyen el fundamento de concesión de la pena alternativa”.¹⁵⁵

5.2. EL PAPEL DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL DE JUSTICIA Y PAZ

El eje central del proceso de Justicia y Paz es la víctima.¹⁵⁶ En este sentido, el rol que juegan las víctimas, como epicentro de la Ley 975 de 2005,

¹⁵⁴ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 2 de abril de 2009, radicado n° 31492, M.P. María del Rosario González de Lemos.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 9 de febrero de 2009, radicado n° 30955, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

está necesariamente ligado a las garantías procesales previstas para hacer valer sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, así como para restaurar su dignidad.¹⁵⁷ La Corte Suprema de Justicia lo ha expresado de la siguiente manera:

“El carácter prevalente que han adquirido los derechos de las víctimas en el ámbito penal, al cual se ha hecho alusión, cobra mayor significado dentro del marco de la justicia transicional, porque la concesión de beneficios a los integrantes de los grupos armados al margen de la ley que opten por desmovilizarse bajo los parámetros determinados, está supeditado a que reparen integralmente a sus víctimas”.¹⁵⁸

Si la víctima se halla situada en el centro de la reconciliación y su participación en este sentido es fundamental, resulta primordial definir entonces quiénes ostentan esta calidad. En este sentido, el art. 5 de la Ley 975 de 2005 dispone quiénes tienen la calidad de víctima en Justicia y Paz:

“Artículo 5°. Definición de víctima. Para los efectos de la presente ley se entiende por víctima la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley.

También se tendrá por víctima al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Para un estudio detallado del contenido de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en la Ley 975 de 2005, ver las consideraciones sobre estación, efectuadas por la Corte Constitucional en las sentencias n° C-370 de 2006 y n° C-575 de 2006, citadas en anteriores apartes del presente documento.

¹⁵⁸ CSJ, Sala Penal, auto del 23 de agosto de 2007, radicado n° 28040, M.P. María del Rosario González de Lemos.

¹⁵⁹ El texto subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia n° C-370 de 2006, por los cargos examinados, en el entendido que la presunción allí establecida no excluye como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal, cometida por miembros de grupos armados al margen de la ley.

La condición de víctima se adquiere con independencia de que se identifique, aprehenda procese o condene al autor de la conducta punible y sin consideración a la relación familiar existente entre el autor y la víctima.

Igualmente se considerarán como víctimas a los miembros de la Fuerza Pública que hayan sufrido lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual o auditiva), o menoscabo de sus derechos fundamentales, como consecuencia de las acciones de algún integrante o miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley.

Asimismo, se tendrán como víctimas al cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad, de los miembros de la fuerza pública que hayan perdido la vida en desarrollo de actos del servicio, en relación con el mismo, o fuera de él, como consecuencia de los actos ejecutados por algún integrante o miembros de los grupos organizados al margen de la ley.¹⁶⁰

Los derechos de las víctimas definidas por la Ley 975 de 2005, no tendrían sentido alguno si a éstas se les negara participar en el proceso establecido por la misma normatividad, puesto que, bajo esa hipótesis, se verían obligadas a padecer una revictimización derivada de la obligación de aceptar una verdad construida por terceros, sin su intervención. Así las cosas, el proceso de Justicia y Paz permite la participación de las víctimas durante todas las etapas del mismo, como lo son, por ejemplo, las diligencias de versión libre, la formulación de imputación y la aceptación de cargos. Lo anterior se explica, en tanto,

“(...) actualmente se encuentra superada la concepción reductora de los derechos de las víctimas a una simple pretensión indemnizatoria. La adaptación de los derechos de las víctimas a los estándares internacionales a través de la jurisprudencia, comporta el reconocimiento de que los derechos universales a la verdad, la justicia y la reparación, llevan implícita la potestad de intervenir en todas las fases de la actuación, en desarrollo del derecho de acceder a la justicia en condiciones de igualdad. Este

¹⁶⁰ Art. 5, Ley 975 de 2005. La Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada de la parte correspondiente de este artículo, mediante sentencia n° C-029 de 2009, en el entendido que, cuando corresponda, sus previsiones, en igualdad de condiciones, se aplican también a los integrantes de las parejas del mismo sexo.

acceso, en condiciones de igualdad, se deriva del carácter bilateral del derecho a un recurso judicial efectivo en virtud del cual los derechos de las víctimas no pueden verse menguados en relación con los que asisten al procesado. La consideración contemporánea de la víctima como protagonista activo del proceso, conduce al goce de estándares de protección similares a los de otros intervinientes en el proceso”.¹⁶¹

Por esta razón, el art. 37 la Ley 975 de 2005 consagró una serie de derechos, en aras de garantizar el acceso de las víctimas a la administración de justicia:

“Artículo 37. Derechos de las víctimas. El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia. En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

38.1 Recibir todo el procedimiento un trato humano digno.

38.2 A la protección de su intimidad y garantía de su seguridad, la de sus familiares y testigos a favor, cuando quiera que resulten amenazadas.

38.3 A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del delito.¹⁶²

38.4 A ser oídas y que se les facilite el aporte de pruebas.

38.5 A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en el Código de Procedimiento Penal, información pertinente para la protección de sus intereses; y conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del delito del cual han sido víctimas.¹⁶³

38.6 A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal y a interponer los recursos cuando ello hubiere lugar.

38.7 A ser asistidas durante el juicio por un abogado de confianza

¹⁶¹ Corte Constitucional, sentencia n° C-370 del 18 de mayo de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y otros, aparte 6.2.3.2.5.3.

¹⁶² El texto subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia n° C-575 de 2006, en el entendido que todos y cada uno de los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley, responden con su propio patrimonio para indemnizar a cada una de las víctimas de los actos violatorios de la ley penal por los que fueron condenados, así como que también responderán solidariamente por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del grupo armado al cual pertenecieron.

¹⁶³ Texto subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia n° C-370 de 2006, en el entendido que, conforme al art. 30 de la Ley 600 de 2000, y de acuerdo con la exequibilidad condicionada de esa norma declarada mediante la sentencia n° C-228 de 2002, la víctima o los perjudicados pueden acceder directamente al expediente desde su iniciación, para ejercer los derechos a la verdad, justicia y reparación.

o por la Procuraduría Judicial de que trata la presente ley.

38.8 A recibir asistencia integral para su recuperación.

38.9 A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete, en el evento de no conocer el idioma, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos”.¹⁶⁴

No obstante, en este catálogo de derechos, desarrollados igualmente por los decretos que reglamentan la Ley 975 de 2005, se han evidenciado ciertas falencias en la representación de las víctimas en el proceso, así como en la cabal garantía de los derechos señalados. De esta forma, por ejemplo, respecto de la representación de las víctimas, aun cuando en la sentencia n° C-370 de 2006, la Corte Constitucional reafirmó que el derecho de las víctimas a constituir representante letrado en el juicio debe entenderse sin perjuicio de que designen representante judicial en otras fases del proceso, en muchas de estas etapas se ha percibido una deficiente representación de las víctimas, tanto de aquellas que se encuentran determinadas, como de aquellas que no lo están.

En consecuencia, en primer lugar, en cuanto a las víctimas determinadas, se han evidenciado problemas cuando las mismas han designado representantes de confianza que posteriormente no acuden a las diligencias. Como ejemplo de lo anterior, se expone la situación a la que estuvieron expuestas varias víctimas que asistieron a una audiencia parcial de formulación de imputación, solicitud de medida de aseguramiento y medidas cautelares, llevada a cabo en Bogotá el 10 y 31 de marzo y el 1 y 2 de abril de 2009.

En la diligencia se presentaron víctimas que habían otorgado poder a un abogado de confianza; sin embargo, el abogado no asistió para ejercer la representación en la diligencia. Por tanto, un abogado solicitó la palabra y le recomendó al magistrado que permitiera la representación por parte de la defensoría pública, exclusivamente para esta diligencia. El magistrado sostuvo que la víctima que contara con representación de confianza, se debía comunicar con su abogado, con el fin de adelantar los trámites para la revocatoria del poder y así permitir que la defensoría pudiera asumir la respectiva representación judicial.

Por otra parte, uno de los defensores públicos expresó que si había personas que ya habían otorgado poder a un abogado de confianza, existía imposibilidad para ejercer la representación por mandato legal expreso, para lo cual las víctimas debían entregar un paz y salvo de su representante

¹⁶⁴ Art. 37, Ley 975 de 2005.

y así la defensoría pública pudiera asumir su representación, so pena de incurrir en falta disciplinaria. A esas personas se les explicó que, tanto la Fiscalía como la Procuraduría, tenían el deber de defender sus intereses en esa diligencia; por tal motivo, no se vulnerarían sus derechos al debido proceso y a la efectiva representación.

Sobre esta cuestión surgen varios interrogantes con relación a las normas de postulación consagradas en el ordenamiento jurídico colombiano, concretamente el art. 69 del Código de Procedimiento Civil, el cual consagra la posibilidad de la revocatoria tácita del poder estableciendo que:

“Con la presentación en la secretaría del despacho donde curse el asunto, del escrito que revoque el poder o designe nuevo apoderado o sustituto, termina aquél o la sustitución, salvo cuando el poder fuere para recursos o gestiones determinados dentro del proceso”.¹⁶⁵

En este orden de ideas, una interpretación de las normas a favor de las víctimas debería permitir que el derecho sustancial prime frente a las formas, en aras de que las víctimas tengan una representación material efectiva cuando se presenten este tipo de situaciones. Se debe resaltar que es la representación real aquello que permite que en el proceso penal las víctimas estén adecuadamente asesoradas para la protección efectiva de sus intereses.

De otro lado, sobre la representación de las víctimas determinadas, en la diligencia comentada también se evidenciaron problemas en la efectiva participación de las víctimas, debido al tiempo que duró la diligencia y a la gran cantidad de víctimas que asistieron. En este sentido, en el grupo de los seis representantes de víctimas que acudieron a la audiencia, se identificaron cuatro abogados particulares, a los cuales el magistrado les sugirió, para efectos del manejo de los tiempos de la audiencia, que se pusieran de acuerdo para otorgar la representación de las víctimas a solo un abogado, siempre y cuando no se afectara los intereses de ellas. Sin embargo, los abogados manifestaron no haber llegado a un acuerdo, puesto que no se podía ceder la representación de las víctimas, e insistieron en intervenir cada uno directamente, debido a que la representación judicial se fundamenta en el poder de postulación que tienen las víctimas, el cual genera además una relación *intuitio personae*.

¹⁶⁵ Art. 69 del Código de Procedimiento Civil.

Esta relación *intuitio personae* entre la víctima y su representante legal tampoco ha sido pacífica a lo largo del proceso de Justicia y Paz, dado el número de víctimas y la vocería que asumen los representantes. En este sentido, por ejemplo, en una audiencia llevada a cabo en Barranquilla en septiembre de 2009, en la que se imputaron los delitos de concierto para delinquir agravado y veinte hechos más, el magistrado de control de garantías abrió un espacio para que los defensores de las víctimas dieran a conocer sus apreciaciones sobre la imputación presentada por el ente acusador. Uno de los defensores de víctimas adscrito al sistema de defensoría pública intervino para solicitar al fiscal variar algunas de las adecuaciones típicas que había hecho; además, llamó la atención al magistrado para que también le insistiera sobre esto mismo a la Fiscalía. Algunos intervinientes, incluyendo otros defensores de víctimas, cuestionaron la legitimación de este defensor para realizar peticiones sobre hechos que involucraban a víctimas que no estaban cobijadas por su representación.

Otra situación que se ha presentado con relación a las víctimas determinadas es que las mismas no cuenten con la asesoría de un abogado legal particular. Sobre esta hipótesis, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al establecer que:

“El legislador también consagró que cuando la víctima no cuente con los servicios de un abogado particular que la represente, tiene derecho a que la Fiscalía General de la Nación gestione ante la Defensoría del Pueblo la designación de un defensor público para que la represente; evento en el cual debe acreditar previamente su condición ante el Fiscal delegado de la Unidad de Justicia y Paz que tenga a su cargo la investigación, mediante identificación personal y demostración del daño sufrido en los términos de los artículos 3º y 4º del Decreto 315 de 2007”.¹⁶⁶

La práctica ha demostrado, sin embargo, que no siempre esta representación es óptima para el cumplimiento de los derechos de las víctimas, la mayoría de las veces porque los defensores deben representar a gran cantidad de víctimas con recursos y tiempo limitados. En este sentido, en una diligencia de inicio de versión libre llevada a cabo en Medellín el 27 de febrero de 2009, se indagó sobre la percepción de las víctimas frente al proceso de Justicia y Paz en general y las instituciones intervinientes, ante lo cual tres de las víctimas, miembros de un mismo núcleo familiar, se mostraron

¹⁶⁶ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 3 de octubre de 2008, radicado n° 30442, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

insatisfechas con su abogado defensor y se quejaron de que éste no les avisó sobre la programación de la audiencia; no obstante, se observó que el abogado defensor era el representante legal de las víctimas de hechos delictivos perpetrados por doce bloques. Es un hecho: la masividad del proceso impacta en todos los frentes.

Se agrega, finalmente, que respecto de la representación de víctimas indeterminadas, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la Defensoría del Pueblo no tiene competencia para nombrar defensores públicos que las representen, puesto que es el Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación) la institución encargada, por disposición legal, de la representación judicial de sus intereses.¹⁶⁷

5.3. DEFENSA Y POSTULADO

El art. 14 de la Ley de Justicia y Paz consagra la defensa, tal como se señaló previamente, como un principio procesal de dicha normatividad, de la siguiente manera:

“Artículo 14. Defensa. La defensa estará a cargo del defensor de confianza que libremente designe el imputado o acusado o, en su defecto, del asignado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública”.¹⁶⁸

Es importante llamar la atención sobre la importancia de este principio, aun cuando el proceso penal de Justicia y Paz no obedece a un esquema procesal de partes. La defensa del postulado debe ser efectiva, dada la necesidad de garantizar la legitimidad del procedimiento y el respeto de los derechos del desmovilizado, de acuerdo con la noción de Estado social de derecho. En este sentido:

“En adición a su explícito reconocimiento constitucional como uno de los elementos estructurales esenciales del derecho fundamental al debido proceso, la inclusión expresa del derecho a la defensa en los textos procesales penales de rango legal ha venido siendo, últimamente, una constante en el ordenamiento jurídico colombiano, tal como lo corrobora el artículo 14 LJP (...). Aunque de lo transcrito parecería inferirse, merced a la

¹⁶⁷ Lo expresado, en virtud del artículo 8 del Decreto n° 3391 de 2006. CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 3 de octubre de 2008, radicado n° 30442, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

¹⁶⁸ Art. 14, Ley 975 de 2005.

escueta redacción del texto, que la defensa estaría en principio circunscrita al imputado o acusado, tal inferencia debe, sin embargo, descartarse de inmediato, recordando simplemente que, en atención a la normatividad supralegal que la regula, la defensa, en cuanto actividad procesal, no se refiere de manera exclusiva al sujeto pasivo de la persecución penal, ni —en relación con éste— se limita, únicamente, a la llamada *defensa técnica*”.¹⁶⁹

Teniendo en cuenta que en el proceso penal de Justicia y Paz se relativizan varias garantías, frente a lo que sucede, por regla general, en el proceso penal ordinario, el papel que juega la defensa es fundamental, puesto que los postulados deben contar con una asesoría adecuada, para que así puedan estar bien informados sobre las diferentes etapas procesales, su alcance y consecuencias. Una defensa diligente podría evitar que los desmovilizados renuncien al proceso con posterioridad, al considerar que el mismo no cumple sus expectativas, así como puede ayudar a hacer las audiencias más expeditas. La comunicación entre defensa y postulado debe ser fluida para evitar dilaciones y falsas expectativas. Por ejemplo, en el inicio de una versión libre llevada a cabo el 27 de febrero de 2009 en Medellín, el postulado fue renuente a responder las preguntas del fiscal, por lo que este último le manifestó no entender las razones que le asistían para acogerse a la Ley de Justicia y Paz, ya que no veía en él voluntad para confesar sus delitos. Sin embargo, la abogada defensora señaló que su defendido le había manifestado antes de la audiencia su intención de acogerse a la Ley, aunque en la diligencia nunca se ratificó.

De otro lado, también es fundamental una defensa comprometida cuando se trata de defensores de confianza, con el fin de evitar situaciones como la siguiente: en una versión libre llevada a cabo en julio de 2009, transcurridos dos días de la misma, en los cuales el defensor no asistió a la diligencia, éste señaló que no había garantías suficientes para la construcción de la verdad, toda vez que no se había permitido que el postulado se reuniera con su grupo para así constatar algunos hechos. Aun cuando en estos casos es patente la necesidad de implementar estrategias que permitan una construcción de verdad más adecuada, es importante que los defensores sean expeditos al realizar este tipo de aseveraciones, en aras de asegurar así que el postulado cuente con los medios suficientes para reconstruir los hechos, de tal forma que no se produzca un desgaste procesal en el camino.

¹⁶⁹ Álvaro Vargas et al., Op. Cit., p. 158.

5.4. MINISTERIO PÚBLICO Y DEFENSORÍA DEL PUEBLO

El art. 277 de la Constitución Política de Colombia señala que el Procurador General de la Nación debe, entre otras tareas, vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos, así como proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo.¹⁷⁰ En concordancia con esta disposición, el artículo 28 de la Ley 975 de 2005 señala:

“Artículo 28. Intervención del Ministerio Público. En los términos del artículo 277 de la Constitución Política, el Ministerio Público intervendrá cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales”.¹⁷¹

Ahora bien, para dar cumplimiento a esta disposición, el art. 35 de la Ley de Justicia y Paz creó la Procuraduría Judicial para la Justicia y la Paz, instituida en el 2009, con competencia nacional, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales. Una de estas funciones ha sido consagrada en el art. 36 de dicha ley, en virtud del cual la Procuraduría General de la Nación debe impulsar mecanismos para la participación de las organizaciones sociales para la asistencia a las víctimas.¹⁷²

Por otra parte, la Defensoría del Pueblo, como parte del Ministerio Público y vigilante de la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, también tiene roles específicos en el proceso de Justicia y Paz.¹⁷³ Así, la Ley 975 de 2005 establece que:

“Artículo 34. Defensoría pública. El Estado garantizará a imputados, acusados y condenados el ejercicio del derecho de defensa, mediante los mecanismos de la Defensoría Pública y en los términos señalados en la ley.

La Defensoría del Pueblo asistirá a las víctimas en el ejercicio de sus derechos y en el marco de la presente ley”.¹⁷⁴

El papel de la Defensoría del Pueblo en el proceso de Justicia y Paz es fundamental al hacer valer los derechos de las víctimas, toda vez que, como se señala en una providencia de la Corte Constitucional,

¹⁷⁰ Art. 277, Constitución Política de Colombia.

¹⁷¹ Art. 28, Ley 975 de 2005.

¹⁷² Art. 36, Ley 975 de 2005.

¹⁷³ Artículos 281 y 282 de la Constitución Política de Colombia.

¹⁷⁴ Texto subrayado declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia n° C-370 de 2006.

“(…) las víctimas integran, sin duda, uno de los sectores más vulnerables de la población frente al cual la Defensoría del Pueblo, en el marco de sus competencias, puede desarrollar toda una gama de posibilidades de asesoría, asistencia y protección, en desarrollo de las facultades que le han sido atribuidas por las leyes que se ocupan de esta importante institución”.¹⁷⁵

Por último, sobre la función del Ministerio Público, es pertinente resaltar, además del papel fundamental que cumple en la defensa y representación de las víctimas, como se explicó anteriormente, que gran parte del éxito de las audiencias se podría garantizar con una efectiva cooperación entre fiscales y procuradores delegados ante la Unidad de Justicia y Paz. Esto se evidencia, por ejemplo, en una versión libre llevada a cabo en Medellín el 16 de junio de 2008, donde el procurador delegado intervino activamente para aclarar circunstancias de modo, tiempo y lugar de algunos de los hechos confesados. Sin embargo, en estos casos se extraña la falta de posturas institucionales, tanto del Ministerio Público como de la Fiscalía, no sólo sobre el papel de cada una de dichas instituciones frente al proceso, sino también frente a la cooperación entre ambas.

Así, por ejemplo, la presencia de procuradores activos, que a su vez realizan las intervenciones pertinentes cuando, entre otros, los postulados denuncian a miembros de la Fuerza Pública, no es la postura única a lo largo de las diferentes diligencias del proceso de Justicia y Paz. De esta forma, se tienen audiencias en las cuales parecería haber una gran cooperación entre la Fiscalía y el Ministerio Público, así como otras en las que no. Se evidencia, a manera de conclusión, que es la misma falta de posturas institucionales claras dentro de las mismas instituciones, lo que repercute finalmente en la falta de trabajo interinstitucional. En este sentido, es necesario adoptar una metodología de trabajo consistente y coherente, que se traduzca en el desarrollo diligente del proceso, así como en el respeto al principio de economía procesal.

Se debe resaltar, finalmente, la actuación muy competente del Ministerio Público en los incidentes de reparación que serán comentados en este escrito, que dieron lugar a la sentencia sobre el caso de Mampuján y el incidente que ha tenido lugar desde el mes de agosto en el cual se ha ventilado el caso crítico de Norte de Santander.

¹⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia n° C-575, 25 del 25 julio de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis, aparte 6.1.3.

CAPÍTULO II

ETAPAS PROCESALES EN EL MARCO DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ: INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO

1. VERSIÓN LIBRE Y CONFESIÓN

El proceso penal especial de Justicia y Paz, una vez la persona se ha desmovilizado y ha sido postulada por el gobierno nacional, comienza con la diligencia de versión libre, la cual se rinde ante un fiscal delegado de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación. Esta diligencia se realiza con la finalidad de que el procesado confiese los hechos delictivos en los que ha participado o de los cuales ha tenido conocimiento, durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley de que se trate. El texto original del art. 17 de la Ley 975 de 2005 consagraba dicha actuación de la siguiente manera:

“Artículo 17. Versión libre y confesión. Los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley, cuyos nombres someta el Gobierno Nacional a consideración de la Fiscalía General de la Nación, que se acojan en forma expresa al procedimiento y beneficios de la presente ley, rendirán versión libre ante el fiscal delegado asignado para el proceso de desmovilización, quien los interrogará sobre todos los hechos de que tenga conocimiento.

En presencia de su defensor, manifestarán las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que hayan participado en los hechos delictivos cometidos con ocasión de su pertenencia a estos grupos, que sean anteriores a su desmovilización y por los cuales se acogen a la presente ley. En la misma diligencia indicarán los bienes que se entregan para la reparación a las víctimas, si los tuvieren, y la fecha de su ingreso al grupo.

El desmovilizado se dejará inmediatamente a disposición del magistrado que ejerza la función de control de garantías, en uno de los establecimientos de reclusión determinados por el Gobierno Nacional de acuerdo con el artículo 31 de la presente ley, quien *dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes señalará y realizará audiencia de formulación de imputación*, previa solicitud del fiscal que conozca del caso” (subrayado y cursivas por fuera del texto original).¹⁷⁶

¹⁷⁶ Esta norma fue declarada exequible, “en el entendido de que la versión libre debe ser completa y veraz”, salvo los apartes subrayados, declarados inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia no. C-370 de 2006 del 18 de mayo de 2006. El aparte en cursivas del inciso 4 fue declarado exequible, en la misma sentencia, “en el entendido de que la puesta a disposición de la persona a órdenes del magistrado que ejerza la función de control de garantías y la solicitud de audiencia de imputación de cargos, se presentará cuando se haya desarrollado a cabalidad el programa metodológico dispuesto en el inciso tercero del mismo artículo, y de conformidad con lo previsto en el art. 207 del Código de

En el marco del proceso especial de Justicia y Paz, la diligencia de versión libre constituye una etapa fundamental, al ser el punto de partida de la investigación que se realiza con ocasión del proceso penal y, en esta medida, tener una especial relación con la construcción de la verdad.¹⁷⁷

En este sentido, la importancia de la versión libre con relación a la *verdad* se puede apreciar, por ejemplo, en aquellas declaraciones en las que los procesados confiesan hechos por los cuales ya habían sido absueltos. Así ocurrió, para citar un caso, en una diligencia de versión libre adelantada en septiembre de 2009 en Medellín, en la que un desmovilizado del Bloque Bananero de las AUC, quien al momento de ser postulado a los trámites y beneficios de la Ley 975 de 2005 se encontraba privado de la libertad, reconoció ante el fiscal delegado de la Unidad de Justicia y Paz su autoría en un número plural de homicidios diferentes a aquellos por los que había sido condenado y respecto de los cuales, de hecho, había sido absuelto.

De igual manera, se destaca lo sucedido en diligencia conjunta de versión libre realizada en octubre de 2009 en la misma ciudad, en la que, tras hacer la confesión de un homicidio en el que había participado, uno de los postulados intervinientes indicó que fue investigado y absuelto, al no existir pruebas en su contra, por la muerte de un concejal en el municipio de Chigorodó. La fiscal delegada le preguntó al procesado si estaba dispuesto a perder la absolución al confesar ese mismo hecho en Justicia y Paz, ante lo cual el postulado contestó afirmativamente.¹⁷⁸

A pesar de ser una figura que no es nueva en el ordenamiento jurídico colombiano, pues tanto en el Código de Procedimiento Penal de 2000 (Ley 600), como en el del año 1991 (Decreto n° 2700), se contemplaba ya esta figura en la etapa de investigación previa, la finalidad que orienta el proceso penal especial de Justicia y Paz y el tipo de política criminal que instaura, han hecho que la versión libre haya sido objeto de diversos debates, pronunciamientos judiciales e, incluso, reglamentaciones por

Procedimiento Penal”.

¹⁷⁷ Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que “la confesión es el eje central del proceso especial de Justicia y Paz y ella se materializa en la diligencia de versión libre, la cual constituye el escenario propicio para iniciar el proceso de construcción de la verdad”. CSI, Sala de Casación Penal, auto del 21 de septiembre de 2009, radicado n° 32022, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

¹⁷⁸ En su primer informe, el Área abordó aspectos técnicos y administrativos relacionados con las audiencias de versión libre y adelantó la reseña de la puesta en marcha de una metodología inicial por parte de los fiscales. Para mayor información, ver: Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, *Informe de primera fase, Parte I - Área de Justicia*, CITpax, Madrid-Bogotá, diciembre de 2008, pp. 21-73, en: http://www.toledopax.org/descargarfichero.php?fichero=CITpax_Informe_de_Primer_Fase_Observatorio_DDR_y_LJP.pdf.

parte del gobierno nacional y la Fiscalía, en donde se hace evidente que todas las etapas procesales subsiguientes, así como el aporte que desde el sistema penal se puede hacer a la construcción de la paz, dependen en buena medida de la forma como efectivamente se lleve a cabo este tipo de diligencias.¹⁷⁹

1.1. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA VERSIÓN LIBRE EN EL PROCESO PENAL DE JUSTICIA Y PAZ

Tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como de la Corte Constitucional, se ha reconocido que la Ley de Justicia y Paz es expresión de una política criminal de justicia restaurativa, que tiene como finalidad –y desde un principio se sostuvo así en diferentes pronunciamientos–, de facilitar la transición hacia una paz sostenible.¹⁸⁰ Dicha consideración, que ha sido consagrada también normativamente en el art. 2 del Decreto n° 3391 de 2006, ha servido para explicar el carácter *sui generis* de este proceso penal, lo cual se ha decantado igualmente, y poco a poco, a medida en que avanzan los procesos concretos.

Esta naturaleza especial impide encuadrar el proceso penal diseñado en la Ley 975 de 2005, en un modelo procesal estrictamente acusatorio o inquisitivo. Es más, se ha concebido como una mixtura entre diferentes modelos procesales que en materia criminal han existido en Colombia. Por esto, la interpretación de su dinámica exige tener en cuenta sistemas diversos, en la medida en que cada una de sus instituciones y etapas, encuentra antecedentes en distintos tipos de codificaciones procesales. Así lo ha afirmado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“El Legislador al expedir la Ley 975 de 2005 consideró necesario desarrollar una dinámica procesal que recogiera las experiencias normativas recientes de nuestra realidad jurídica, como eran las contenidas en las Leyes 600 de 2000, 782 de 2002 y 906 de 2004, cada una con escenarios propios, contextos y finalidades diferentes (...)”.¹⁸¹

La Sala de Casación Penal, teniendo en cuenta lo señalado en el art. 62 de la Ley 975 sobre complementariedad, ha explicado que, en algunos casos, la Ley de Justicia y Paz remite a la Ley 600 de 2000, mientras que

¹⁷⁹ Ley 600 de 2000, art. 324. Decreto n° 2700 de 1991, art. 322.

¹⁸⁰ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 12 de mayo de 2009, radicado n° 31150, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

¹⁸¹ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 20 de mayo de 2009, radicado n° 31495, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

en otros lo hace a la Ley 906 de 2004. Pues bien, en auto del 20 de mayo de 2009, proferido dentro del proceso n° 31495, se hizo alusión a dos aspectos de la Ley 975 en donde se puede apreciar la enorme influencia de la Ley 600 de 2000: la versión libre del procesado y el principio de permanencia de la prueba. En efecto, la Corte precisó que la declaración rendida por el postulado en el marco de la versión libre de la Ley 975, no puede asimilarse al testimonio que rinde el procesado en el contexto de la Ley 906 de 2004, ni a ningún otro tipo de diligencia o momento procesal de este sistema, sino que encuentra su antecedente más cercano en la Ley 600 de 2000:

“La diligencia de versión de la Ley 975 no tiene la connotación del testimonio rendido por el acusado, luego de renunciar a su derecho de no auto-incriminación, en el sistema procesal de la Ley 906, pues éste está precedido del juramento y puede ser utilizado en su contra. De tal manera que por las condiciones de forma y fondo en que está rendida, esa versión tendría su similar en la versión libre e indagatoria de sistemas procesales anteriores, incluida la Ley 600 del 2000. Y en tal contexto, en esa versión el único que puede interrogar es el funcionario. Legislaciones lo han determinado así, quedando como única posibilidad a las partes, su interrogatorio en la audiencia pública”.¹⁸²

La Sala ha sostenido, también, que tanto la versión libre como la confesión que en ella tiene lugar,

“(…) constituyen un **acto-condición** para la continuidad del proceso (...) ya que la teleología de la Ley 975 de 2005 es facilitar el proceso de paz, la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de los grupos armados al margen de la ley garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, respetando el derecho al debido proceso y las demás prerrogativas judiciales de los procesados”.¹⁸³

La versión libre es, entonces, presupuesto para la aplicación de los beneficios previstos en la Ley 975.¹⁸⁴ La versión es rendida por el

¹⁸² CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 2 de octubre de 2007, radicado n° 27484, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ “Artículo 5°. Versión libre y confesión. Para la aplicación de los beneficios previstos en la Ley 975 de 2005, será necesario que se rinda versión libre por parte de los desmovilizados. Esta diligencia procederá independientemente de la situación jurídica del miembro del grupo armado organizado al margen de la ley, de la forma en que se haya desmovilizado o de cualquier otra consideración”. Decreto n° 4760 de 2005.

desmovilizado que ha sido postulado por el gobierno nacional y que se ha acogido *expresamente* al procedimiento y beneficios de la Ley de Justicia y Paz. El proceso penal previsto en la Ley 975, a diferencia de lo que sucede en el proceso penal ordinario, tanto en la Ley 600 como en la Ley 906, “tiene como fundamento la manifestación previa del desmovilizado ante el Alto Comisionado para la Paz y su postulación por parte del Ministerio del Interior y de Justicia ante la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 975 de 2005”.

Dicha manifestación debe ser ratificada por el desmovilizado, en la diligencia de versión libre ante el fiscal delegado al que se ha asignado el caso, como condición para la continuación del trámite. De esta manifestación se debe dejar constancia al iniciar la diligencia y constituye, en términos de la Sala Penal, “requisito de procedibilidad”.¹⁸⁵

Sólo una vez se ha constatado la voluntad del desmovilizado de someterse a la Ley de Justicia y Paz, podrá ser interrogado “acerca de los hechos de los cuales tenga conocimiento”, para que “en presencia de su defensor, manifieste las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya participado en los hechos delictivos cometidos durante su pertenencia al grupo armado ilegal, anteriores a su desmovilización y por los cuales se acoge al procedimiento de justicia y paz”.¹⁸⁶

Ahora bien, la manifestación que el postulado debe hacer ante la Fiscalía General de la Nación, sobre su voluntad de acogerse a la Ley de Justicia y Paz, es un acto particular, casi autónomo, que no se debe confundir con el hecho mismo de la confesión. No obstante, en las versiones libres se han identificado algunos problemas relacionados precisamente con este aspecto. La práctica ha demostrado que no es conveniente esperar a la diligencia de versión libre para que la ratificación del postulado tenga lugar; por ello, es importante que los fiscales constaten la voluntad del postulado mediante, por ejemplo, entrevistas previas anteriores a esta diligencia, de manera que antes de que el postulado sea citado a versión libre, los fiscales puedan tener algún grado de certeza de que efectivamente asistirá y que

¹⁸⁵ “El artículo 1 del Decreto 2898 de 2006 (modificado por el artículo 1 del Decreto 4417 de 2006) dispone que al iniciar dicha diligencia será interrogado por el Fiscal acerca de la voluntad expresa de acogerse al procedimiento y beneficios de esta ley, requiriéndose tal manifestación ‘para que la versión libre pueda ser recibida’ y se surtan las demás etapas del proceso de justicia y paz, por lo que la manifestación asertiva del postulado en tal sentido constituye un requisito de procedibilidad”. CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 11 de marzo de 2009, radicado n° 31162, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

¹⁸⁶ *Ibidem*. También ver: CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 23 de julio de 2008, radicado n° 30120, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

se ratificará formalmente al comenzar la versión. En algunos casos, los sujetos que están en la lista de postulados son citados a versión libre y no comparecen, precisamente porque no ha habido una constatación previa, lo cual implica perder importantes esfuerzos en términos de recursos y tiempo, no solamente para la Fiscalía, sino también para las mismas víctimas, que en ocasiones hacen grandes esfuerzos por trasladarse a los lugares en donde supuestamente tendrán lugar las diligencias.

Además, este tipo de actuaciones, en las que los postulados entran en contacto con los fiscales en un escenario “menos formal”, dinamiza las versiones libres y permite a los funcionarios documentar los casos y preparar la metodología a seguir en cada diligencia, así como orientar mejor el interrogatorio, dependiendo de lo que se va a confesar. En las diligencias de versión libre a las que se ha asistido y esto ha tenido lugar, el Área de Justicia del Observatorio ha podido apreciar un desarrollo más fluido y consistente de la actuación: la confesión del postulado es más ordenada, algunas veces se han apoyado, por ejemplo, en medios tecnológicos, y en otros casos se ha podido, incluso, poner en conocimiento previo por parte del postulado algunas preguntas de víctimas y del mismo despacho, lo que le ha facilitado a los postulados la reconstrucción de su historia y aportar a la verdad.

El carácter de *acto-condición* de la versión libre y de la confesión se hace evidente con la posibilidad de renuncia tácita al proceso de Justicia y Paz. Es claro que el desmovilizado puede manifestar con plena libertad su decisión de no acogerse a la Ley 975 de 2005, en cuyo caso los delitos por los que hubiera sido beneficiado con la pena alternativa pasarán a ser investigados y juzgados por la justicia penal ordinaria, sin necesidad de que haya pronunciamiento judicial por parte de la Sala de Justicia y Paz del tribunal correspondiente para que declare la exclusión.¹⁸⁷

¹⁸⁷ Sobre la exclusión como forma anticipada de terminación del proceso en Justicia y Paz, la Sala Penal ha dicho que, “(...) la solicitud de exclusión puede provenir del fiscal o de alguna de las partes; sin embargo, lo que marca la diferencia es el procedimiento que corresponde seguir en uno y otro caso. En efecto, cuando la manifestación del motivo de la exclusión procede de fiscal o de las partes, la solicitud debe presentarse ante la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior respectivo, la cual, a su vez puede hacerlo oficiosamente, por lo que es indispensable que se produzca una decisión jurisdiccional que no tiene los efectos de la cosa juzgada, en cuanto las diligencias deberán remitirse a la justicia ordinaria para que continúen o se inicien las investigaciones respectivas. (...) Cuando la petición de exclusión tiene fundamento en la manifestación del postulado, no se requiere decisión de la Sala de Justicia y Paz para ordenar finalizar el trámite y remitir las diligencias a la justicia ordinaria, ya que el beneficiario puede elegir el trámite teniendo en cuenta que la pena alternativa constituye para él un derecho del cual puede disponer libremente, sin afectar los derechos de las demás partes”. CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 11 de marzo de 2009, radicado n° 31162, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

De hecho, por esta razón, la voluntad de acogerse a la Ley de Justicia y Paz debe manifestarse expresamente, tanto en el momento de la desmovilización como en aquel de la versión libre. Sin embargo, si el postulado es reacio a comparecer a la versión, al no cumplirse la condición que posibilita la pena alternativa (es decir la versión y la confesión), es posible asumir que él está renunciando a esta posibilidad y, por lo tanto, quedará excluido, aunque vale aclarar que en este evento, al no existir certeza sobre la verdadera voluntad del postulado, la exclusión sí requiere de pronunciamiento judicial.¹⁸⁸ (Sobre la consecuencia procesal de la exclusión, se volverá al final del documento).

De otro lado, la Sala Penal ha sostenido que el legislador colombiano, con la diligencia de versión libre y la confesión de la Ley 975, “revivió” el principio de permanencia de la prueba, ya que se reconoce valor probatorio a lo dicho en esta diligencia sin necesidad de ser debatido en juicio público y con inmediación (éste es el segundo aspecto en el que se aprecia la influencia de la Ley 600 de 2000 en la Ley 975 de 2005).¹⁸⁹ En este mismo sentido, en el inciso 6° del art. 5 del Decreto n° 4760 de 2005, se dispone que “la información recaudada en la diligencia de versión libre tendrá plenos efectos probatorios y podrá aportarse en la etapa de juzgamiento, siempre que con ello no se menoscaben las garantías consagradas en el artículo 29 de la Constitución Política”.

De aquí surge una diferencia trascendental entre el proceso penal especial de Justicia y Paz y el proceso penal ordinario, ya que en el primero, se relativiza la garantía contenida en el art. 33 de la Constitución Política (no autoincriminación), el desmovilizado-postulado confiesa voluntariamente sus crímenes, ofrece toda la información suficiente para que se constate la veracidad de su confesión y espera a cambio las “ventajosas consecuencias punitivas” que consagra la Ley 975.¹⁹⁰ Esto ha llevado a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a sostener que la relación Estado-procesado en la Ley 975 tiene un fundamento distinto a la del proceso penal ordinario. En la primera, “el justiciable desmovilizado se

¹⁸⁸ Así, se agrega, “(...) no tiene sentido que después de haberse iniciado la fase judicial de los procesos de justicia y paz, los mismos permanezcan en la indefinición porque el desmovilizado, a pesar de las reiteradas citaciones, injustificadamente es reticente a los llamados de la fiscalía para que rinda la versión libre y confesión, por lo que su omisión bien puede entenderse como un desistimiento tácito a continuar con el procedimiento de la Ley 975 de 2005”. *Ibidem*. En igual sentido, cuando la exclusión es solicitada por iniciativa, por ejemplo, de la Fiscalía General de la Nación (FGN), es decir, que no obedece a la voluntad expresa del procesado, también se requiere pronunciamiento de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior.

¹⁸⁹ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 20 de mayo de 2009, radicado n° 31495, M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

encuentra sometido, doblegado voluntariamente ante el Estado en busca de la indulgencia ofrecida por la alternatividad penal prevista en la Ley”, mientras que en la segunda “está enfrentado con el Estado, en términos de combativa exigencia”.¹⁹¹

1.2. LA CONFESIÓN COMO PARTE ESENCIAL DE LA VERSIÓN LIBRE

El aspecto fundamental de la diligencia de versión libre en el contexto de Justicia y Paz, es la confesión. Nótese, al respecto, que en el proceso penal ordinario, en vigencia de la Ley 600 de 2000 y de legislaciones anteriores, la versión libre constituía una oportunidad para la defensa de quien podría terminar siendo investigado formalmente. Se trataba de un espacio en el que la persona contra la cual se había abierto una investigación previa, podía comparecer, bien por iniciativa propia o por citación, ante el ente instructor, con el fin de proporcionar su versión de los hechos o de aclarar aspectos que pudieran direccionar correctamente una futura investigación.¹⁹²

Esta declaración, según lo disponían los artículos 324 y 322 de la Ley 600 de 2000 y del Decreto n° 2700 de 1991, respectivamente, podía derivar en una confesión; sin embargo, la finalidad de la diligencia no era precisamente –y en primer lugar–, que esto sucediera. Por el contrario, la versión libre prevista en la Ley 975 de 2005 adquiere un valor relevante, en la medida en que a través de la confesión se materializa el compromiso adquirido por el postulado, en el sentido de contribuir a la construcción de la verdad y, de esta manera, al proceso de reconciliación nacional. La versión libre, el interrogatorio que al procesado se le formula en esta etapa del proceso penal de Justicia y Paz, tiene como objetivo abrir el espacio necesario para que la confesión a la que el postulado se ha comprometido sea completa y veraz. En este sentido, la jurisprudencia ha identificado tres dimensiones

¹⁹¹ *Ibídem.*

¹⁹² La Corte Constitucional, en distintos pronunciamientos, precisó que la versión libre constituía un derecho del procesado, al posibilitar la materialización del derecho de defensa. Así, por ejemplo, en la sentencia n° T-553 de 2000, con ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz, la Corte afirmó que: “En sentencia n° T-181 de 1999 del mismo ponente, la Sala Octava de Revisión de Tutelas, al examinar idéntica situación a la que origina la presente acción de tutela, fue categórica en señalar que cuando el imputado es conocido, la comunicación oportuna de la resolución de apertura de la investigación previa, constituye un deber imperativo ya que de ella pende la efectividad de su derecho a pedir que se le escuche en versión libre y, para de ese modo, obtener el acceso a las diligencias, con miras a ejercer y hacer plenamente efectivos sus derechos al debido proceso, a la defensa y a la controversia probatoria, los cuales deben tener plena vigencia durante esa etapa, según la Corte Constitucional lo ha reiterado insistentemente en su jurisprudencia”. En este mismo sentido, se pueden observar las sentencias n° T-181 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz y n° C-475 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

de la confesión que se da en la versión libre prevista en la Ley 975, a saber: (i) la confesión es un componente fundamental de la verdad a la que se pretende llegar para un proceso posible de reconciliación nacional; (ii) constituye un presupuesto de acceso al procedimiento de Justicia y Paz; y (iii) constituye un medio probatorio esencial.

Así, en primer lugar, como componente de verdad, “la confesión tiende a caracterizarse como una de las formas de reparación, destinada a preservar del olvido la memoria colectiva”. Por otra parte, como presupuesto de acceso al procedimiento, la confesión debe ser completa y veraz, so pena de que el desmovilizado no pueda ser beneficiado con la pena alternativa contemplada en la Ley 975. Por último, en cuanto medio de prueba, implica “la renuncia a la presunción de inocencia” por parte del procesado, “lo cual resulta ser el punto de partida para edificar preliminarmente -no exclusivamente- el proceso”.¹⁹³ Es importante precisar que resulta más exacto sostener que en el proceso penal de Justicia y Paz se relativiza el derecho a la no autoincriminación, y no como lo hace la Sala Penal de manera tajante, al afirmar que éste se edifica sobre la renuncia a la presunción de inocencia. Como se ha visto, la confesión es el presupuesto, *acto-condición*, para acceder a los beneficios de Justicia y Paz, lo que supone que el procesado debe reconocer su responsabilidad y declarar en contra de sí mismo. Sin embargo, de ninguna manera se puede aceptar que el procesado tenga que asumir la responsabilidad por hechos que no le son atribuibles, como tampoco es dable aceptar que la Fiscalía realice cualquier tipo de imputación, ni que se lleguen a “inflar” los cargos formulados, en contravía del principio de legalidad y de la presunción de inocencia, por el hecho de que el procesado se ha comprometido a confesar para poder acceder a un tratamiento punitivo especial.

Es importante destacar que, en cuanto medio de prueba, la confesión debe ser valorada conforme lo han indicado las normas que en codificaciones anteriores han regulado el tema. Así, por ejemplo, se deberán tener en cuenta los artículos 248, 250, 253, 254, 294, 296 y 208 del Decreto n° 2700 de 1991 y los artículos 233, 235, 237, 238, 277, 280 y 282 de la Ley 600 de 2000. De aquí se desprende que, en el contexto de Justicia y Paz, la confesión debe superar un juicio de legalidad formal (voluntad, libertad, conocimiento y renuncia expresa de la garantía a la no autoincriminación por parte de los desmovilizados), así como un juicio de legalidad material (deberá determinarse su mérito probatorio conforme a las reglas de la sana crítica, examinando su pertinencia, eficacia, profundidad y demás

¹⁹³ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 12 de mayo de 2009, radicado n° 31150, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

criterios para apreciar el testimonio), para poder ser idónea con miras a probar los hechos narrados por el procesado.¹⁹⁴

Todos estos aspectos deben ser tenidos en cuenta por el fiscal del caso, pues a partir de la valoración de la declaración rendida por el desmovilizado en la versión libre, el funcionario construirá la base argumentativa de lo que posteriormente expondrá, tanto en la formulación de imputación, como en la formulación de cargos. Así lo ha sintetizado la Corte Suprema de Justicia:

“En el marco de la LJP, la anterior conclusión permite pregonar que cuando el fiscal formula una imputación, o incluso unos cargos, con base en la confesión del postulado, debe ofrecer al magistrado de garantías los argumentos de pertinencia, eficacia y profundidad con fundamento en los cuales aquél pueda estimar su mérito probatorio, teniendo en cuenta la coherencia interna y externa del relato, el objeto percibido, su nivel de descripción y, por tratarse de hechos que fueron cometidos con ocasión y durante la militancia del postulado en el aparato ilegal armado de poder, verificar si el *modus operandi* se corresponde con el patrón delictivo del grupo, para lo cual deberá auscultarse la razón de la victimización y si fuere del caso, su sistematicidad”.¹⁹⁵

En todo caso, la Sala Penal ha reiterado en su jurisprudencia que los fiscales tienen la obligación de documentar y verificar las declaraciones hechas por los postulados. Sin embargo, al respecto surgen los siguientes dos interrogantes: ¿qué pasa si sólo se cuenta con la confesión como medio de prueba?, ¿qué sucede si no se tiene una confesión muy detallada, pero en todo caso no existen otras formas de probar los hechos y la responsabilidad del postulado? En los procesos penales ordinarios nada se opone a que exista una única prueba lo suficientemente sólida como medio de convicción, en la cual se pueda fundamentar un fallo; es más, esa única prueba puede provenir de la confesión (Ley 600 de 2000, especialmente los artículos 281 y 282).¹⁹⁶

¹⁹⁴ Ibídem.

¹⁹⁵ Ibídem.

¹⁹⁶ Sobre este punto es ilustrativa la siguiente consideración de la Corte Constitucional, en la que se asimila la sentencia anticipada con la confesión, en la medida en que las dos figuras conducen a que no continúe la investigación y a prescindir de la controversia probatoria: “La institución de la sentencia anticipada, implica renunciaciones mutuas del Estado y del sindicado: la renuncia del Estado a seguir ejerciendo sus poderes de investigación, y la del imputado a que se agoten los trámites normales del proceso, a la controversia de la acusación y de la pruebas en que se funda. El Estado reconoce que los elementos de juicio aportados hasta ese momento son suficientes para respaldar un fallo condenatorio

No se encuentra ninguna razón para que no ocurra lo mismo en Justicia y Paz. De hecho, la magnitud de los delitos confesados y las circunstancias en que se consumaron, en muchas ocasiones impiden una reconstrucción distinta más allá de lo dicho por el mismo responsable. Así, una confesión valorada adecuadamente, de acuerdo con los criterios de la sana crítica (juicio de legalidad material), debería poder, por sí misma, soportar una formulación de imputación o, incluso, una formulación de cargos.

En este sentido, la importancia de la investigación que adelanta la Fiscalía, en el marco de la Ley 975, no debe ser sobredimensionada, a tal punto que termine por hacer inoperante el proceso penal de Justicia y Paz, al someterlo a requisitos y condiciones de difícil o, en ciertos casos, imposible cumplimiento. Piénsese, para citar un caso, en algunos mecanismos de terminación anticipada del proceso propios de la justicia penal ordinaria, en los que el procesado acepta su responsabilidad. En estos casos se prescinde de un juicio y, en esta medida, el procedimiento se abrevia (sentencia anticipada en el caso de la Ley 600 de 2000 o allanamiento a cargos en la Ley 906 de 2004).¹⁹⁷ En estos eventos la Fiscalía no debe, en todo caso, continuar con la investigación para demostrar lo que el procesado ya reconoció; es más, las rebajas punitivas o beneficios a los que hay lugar, se fundamentan en parte en la colaboración del procesado con la justicia y en la medida en que ha “ahorrado” este tipo de esfuerzos.¹⁹⁸ Así, en el contexto de la Ley 975 de 2005, resulta aún más coherente y necesaria la confianza en lo dicho por el procesado. Claro está, siempre y cuando se verifique que el reconocimiento de responsabilidad ha sido producto de

que debe partir de la certeza del hecho punible y de la responsabilidad del sindicado, certeza que se corrobora con la aceptación integral de los hechos por parte del imputado. La aceptación de los hechos obra como confesión simple. La Corte Constitucional ha dicho que además de la aceptación por parte del sindicado de los hechos materia del proceso, éste acepta “la existencia de plena prueba que demuestra su responsabilidad como autor o partícipe del ilícito”. Corte Constitucional, sentencia n° SU-1300 del 6 de diciembre de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁹⁷ Sentencia anticipada: art. 40, Ley 600 de 2000. Allanamiento a cargos: arts. 348 y siguientes, Ley 906 de 2004.

¹⁹⁸ Se dice entonces: “Esta institución jurídica (la sentencia anticipada) es una de las formas de terminación abreviada del proceso penal, y responde a una política criminal cuya finalidad es la de lograr mayor eficiencia y eficacia en la aplicación de justicia, pues mediante ella se autoriza al juez para emitir el fallo que pone fin al proceso antes de agotarse o cumplirse todas las etapas procesales establecidas por el legislador, las que se consideran innecesarias, dada la aceptación por parte del procesado de los hechos materia de investigación y de su responsabilidad como autor o partícipe de los mismos. Dicha actuación por parte del procesado es catalogada como una colaboración con la administración de justicia que le es retribuida o compensada con una rebaja” (paréntesis fuera del texto original). Corte Constitucional, sentencia n° C-425 del 12 de septiembre de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Con relación al allanamiento a cargos previsto en el CPP de 2004, Ley 906, y la relación entre esta figura y la sentencia anticipada, ver las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-015, T-082, T-444, T-591, T-713 y T-1056, todas del año 2007.

una manifestación libre, consciente y voluntaria; es decir, sin coacción y con la suficiente información sobre las consecuencias. Se trata, en todo caso, de pensar la diligencia en el contexto mismo de una desmovilización o de una voluntad, por lo menos en principio, de contribuir con una paz posible.

Así las cosas, la investigación que realizan los fiscales de Justicia y Paz es importante, en la medida en que proporciona al funcionario elementos de juicio necesarios para confrontar y valorar la confesión, como también en cuanto sus hallazgos complementan la versión del procesado y constituyen parte de la verdad que forma la base para la memoria colectiva y la reparación a las víctimas. Sin embargo, esto no quiere decir que la confesión, en cuanto medio de prueba, no tenga el mérito suficiente, al superar los juicios de legalidad (formal y material), como para dar por probada la responsabilidad penal del postulado.

Este criterio parece ser acogido por la Sala de Casación Penal. No obstante, la jurisprudencia sobre esta cuestión no deja de ser ambigua. Por ejemplo, en el auto del 12 de mayo de 2009 que se ha citado, la Sala afirma que en Justicia y Paz los estándares probatorios se pueden flexibilizar, si se tiene en cuenta la magnitud y cantidad de los hechos confesados, así como la dificultad para recordarlos y reconstruirlos:

“Sin duda, la complejidad de la reconstrucción de los hechos por virtud de la degradación del conflicto y la barbarie de los métodos utilizados en la ejecución de las conductas (descuartizamiento, fosas comunes), sumado a las dificultades de huella histórica de muchos hechos, por deficiencias en el registro civil (nacimientos, defunciones), en los registros notariales y mercantiles, por los permanentes movimientos de las comunidades desplazadas, entre otras y tantas dificultades, obliga a exámenes de contexto y a la flexibilización de los umbrales probatorios, no solo respecto de la comprobación del relato del postulado, sino, sobre todo, del daño causado, el que deberá acreditarse con medios propios de la justicia transicional”.¹⁹⁹

Sin embargo, en dicho fallo, aunque de manera ambigua, la Sala concluye igualmente que:

“Bajo la línea de pensamiento trazada, no le asiste razón al impugnante cuando asegura que la confesión por sí sola es

¹⁹⁹ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 12 de mayo de 2009, radicado n° 31150 M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

suficiente para formular la imputación, no solo porque su idoneidad debe ser sopesada a través de los parámetros de valoración probatoria y las reglas del testimonio consagrados en la ley, sino porque la sentencia C-370 supeditó la concesión de los beneficios penales consagrados en la Ley 975 de 2005 a la satisfacción del derecho a la verdad y del interés de la sociedad en la construcción de la memoria colectiva, para lo cual se precisa de una confesión completa y veraz”.²⁰⁰

En cualquier caso, puede concluirse, entonces, que la importancia de la versión libre en el proceso de Justicia y Paz está dada por ser el escenario destinado para que los desmovilizados realicen la confesión de los delitos en los que han incurrido o de los que han tenido conocimiento, con lo que resulta importante tener presente que la confesión “es un compromiso que adquiere quien está interesado en acogerse a los beneficios de la justicia transicional”, y que, tal como se mencionó antes, constituye un medio de prueba sobre crímenes cometidos en el contexto de la militancia en un grupo armado ilegal, razón por la cual debe ilustrar las razones de la victimización y su sistematicidad.²⁰¹

1.3. LA VERSIÓN LIBRE COMO ESCENARIO DE CONSTRUCCIÓN COLECTIVA DE VERDAD

Como se ha recalcado, la diligencia de versión libre desempeña un papel fundamental en el proceso penal diseñado en la Ley 975 de 2005. Esta diligencia constituye el punto de partida para la construcción de verdad que en el contexto de Justicia y Paz se carga, con desmesura sin duda, al sistema judicial. De hecho, con la información suministrada por el desmovilizado, le corresponde al ente instructor reconstruir “la verdad” de lo ocurrido, mediante una serie de labores de constatación y documentación que debe realizar una vez la confesión ha tenido lugar.²⁰²

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha puesto de manifiesto el contenido que podría tener un derecho a la verdad. Así, retomando diversos pronunciamientos, tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) como de la Corte Constitucional, la Corte Suprema ha hecho énfasis en la doble dimensión que caracterizaría este derecho, como derecho subjetivo de las víctimas y como derecho

²⁰⁰ *Ibíd.*

²⁰¹ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 31 de julio de 2009, radicado n° 31539, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

²⁰² CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 2 de octubre de 2007, radicado n° 27484, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

colectivo del que es titular la sociedad en su conjunto. Con esta base, se ha reconocido también el deber que asiste al Estado de garantizar, por medios idóneos, el acceso de las víctimas a la justicia, lo cual se ha traducido en la exigencia de investigaciones de carácter criminal, como espacio propicio “para esclarecer los hechos, juzgar a los responsables y establecer las sanciones penales correspondientes, además de posibilitar otros modos de reparación”.²⁰³ (Debe considerarse que puede ser más adecuado hablar de una exigencia colectiva de construcción de la verdad, teniendo en cuenta los problemas que se plantean para, a través de la jurisprudencia, dar contenido a un derecho subjetivo que, a medida que deja de ser individual y se vuelve colectivo, es más complejo y difícil de concretar).

En Colombia, esta obligación del Estado se ha intentado cumplir por medio de la Ley 975 de 2005 y, en su desarrollo, principalmente a partir del aporte que los mismos desmovilizados realizan en la versión libre. Es por esto que la Sala Penal ha insistido en la responsabilidad que tienen los miembros de los grupos armados ilegales en la tarea de construcción de la verdad, como condición de posibilidad para la paz (siempre y cuando deseen adquirir los beneficios previstos en la Ley de Justicia y Paz):

“Se erige (el derecho colectivo a saber) en una forma de reconstrucción de la historia, por cuanto muestra la manera como el sistema jurídico de una determinada sociedad intenta construir el futuro a través del rediseño del pasado y de su relación con éste. La reconstrucción de la memoria colectiva es una responsabilidad de quienes se postulan a la ley de justicia y paz, en virtud de su compromiso a confesar completa y verazmente los delitos cometidos al interior de los aparatos armados de poder renunciando, respecto de lo admitido, a la garantía procesal de la presunción de inocencia” (paréntesis por fuera del texto original).²⁰⁴

Sin embargo, tal como se ha dicho, se debe advertir que la obligación de realizar una confesión completa y veraz no tuvo, desde el principio, la claridad que se aprecia en esta afirmación de la Sala de Casación Penal. Sobre todo, se han evidenciado contrastes manifiestos entre las disposiciones y la realidad; de hecho, en los procesos judiciales el alcance de esta obligación y la forma como ha sido cumplida en la práctica, frecuentemente ha sido objeto de discusión por parte de los representantes de víctimas (y por las

²⁰³ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 21 de septiembre de 2009, radicado n° 32022, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

²⁰⁴ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 12 de mayo de 2009, radicado n° 31150, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán

víctimas mismas), quienes en distintas ocasiones han evidenciado altas expectativas en este punto, las cuales no siempre resultan satisfechas.

En este sentido, desde el 2007 hasta ahora se ha observado que, en muchas oportunidades, las víctimas que asisten a las versiones manifiestan su desacuerdo o inconformidad con lo dicho por el procesado. Por ejemplo, en una versión libre llevada a cabo en noviembre de 2007 en Barranquilla, las víctimas que asistieron, al oír la explicación sobre una serie de homicidios por los que se inquirió al versionado, comentaban entre ellas que no era cierto lo que el procesado estaba contando pues, según señalaron, sabían que él sí había estado involucrado en la comisión de estos delitos; adicionalmente, en este mismo caso, al preguntar a las víctimas sobre su percepción de la diligencia, afirmaron querer mayor participación, sobre todo para poder aclarar los señalamientos que el versionado hizo a sus seres queridos de haber sido guerrilleros. (Lo anterior se expresa sin descartar, en ningún caso, el hecho manifiesto de que diversos postulados, entre ellos jefes, sí han dicho la verdad; han dado más información de la que hubiera podido esperarse en un proceso como el de Justicia y Paz, que tiene lugar en medio de la permanencia de un conflicto armado degradado, desideologizado y sin solución plausible aún).

Así mismo, en una versión libre adelantada en Bogotá en febrero de 2010, algunas víctimas que hicieron reclamaciones al versionado (pues según ellas el jefe paramilitar les coaccionó para que le vendieran sus tierras por precios irrisorios), se mostraron muy descontentas luego de que el procesado les respondiera que no eran ningunas víctimas, porque éstos habían sido simplemente negocios. (Ante esta discrepancia, la fiscal del caso afirmó que no era ese el momento de establecer quién tenía la razón, explicó que se iniciarían las investigaciones pertinentes y continuó la diligencia). En todo caso, es importante señalar que, de igual forma, los relatos que se dan en las versiones en ocasiones son bien recibidos, como ocurrió en esta misma diligencia. Uno de los versionados reconoció que dio la orden para que mataran al padre de una de las víctimas presentes, ante lo cual la víctima manifestó: “al menos ya sé cuál fue el desgraciado que mató a mi papá”.

La relación de la versión libre con la construcción de la verdad es un tema fundamental, que refleja la forma como el proceso penal de Justicia y Paz ha sido construido poco a poco, a medida que se avanza en su implementación. Así, desde la expedición de la Ley 975 de 2005, el proceso penal de Justicia y Paz ha sido transformado a través de la jurisprudencia, por medio de los decretos reglamentarios que ha expedido el gobierno nacional y, en general, a medida que se generalizan prácticas entre los operadores judiciales que deben afrontar día a día la infinidad de situaciones que surgen en procesos particularmente políticos de este tipo.

De la misma manera, la obligación de realizar una confesión completa y veraz, es un aspecto que permite reflexionar sobre la exigencia que se hace al sistema penal como mecanismo de producción de verdad, en un proceso de reconstrucción histórica de hechos que superan lo que normalmente es objeto de discusión en procesos judiciales ordinarios.

1.4. EL TEMA CRÍTICO DE LA CONFESIÓN “COMPLETA Y VERAZ”

La Ley 975 ha sido cuestionada desde su expedición. Para algunos sectores, las normas que en ella se consagraron no garantizaban realmente el derecho a la verdad de las víctimas, así como tampoco el derecho a la memoria colectiva de la sociedad colombiana. Esta cuestión fue objeto de consideración por la Corte Constitucional en la sentencia n° C-370 del 18 de mayo de 2006 sobre la constitucionalidad de los artículos 17, 25 y 29 de la Ley de Justicia y Paz, con relación a la satisfacción del derecho a la verdad.

En este sentido, con base en el desarrollo que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha hecho del derecho a la verdad, la Corte Constitucional instó a los desmovilizados postulados a realizar confesiones totales, al mismo tiempo que a la Fiscalía General de la Nación, para que investigara todo lo confesado y, más allá de esto, todas las conductas cometidas por los sujetos a los que se aplique la Ley 975 de 2005. Este aspecto suscita una especial reflexión, si se tiene en cuenta que el “derecho” a la “verdad” no deja de ser una categoría difusa, cuyo alcance y contenido no son fácilmente determinables, pero que sí ha llevado a que el sistema penal asuma cargas que difícilmente podrá cumplir.²⁰⁵

En dicha oportunidad, los demandantes advirtieron que en la Ley 975 de 2005 no existía, al menos de manera explícita, la obligación de los desmovilizados de realizar una confesión completa sobre todos los delitos cometidos durante su pertenencia al grupo armado ilegal, afirmando, además, que tampoco se preveía ninguna consecuencia para el procesado que ocultara información al respecto o proporcionara información irreal.²⁰⁶

²⁰⁵ Para una presentación descriptiva de los orígenes de diversos “estándares” que desde el Sistema Interamericano deben ser tenidos en cuenta en el proceso de Justicia y Paz, ver: Manuel Quinche, *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009. No se trata de una descripción crítica necesariamente, pero en la reseña de los orígenes y configuración de los estándares, se nota la dificultad manifiesta para su adopción. Se trata de un tema fundamental de teoría de la recepción, respecto del cual el Área de Justicia ha mantenido una prudente reserva y distancia.

²⁰⁶ “Los demandantes indican que la Ley 975 de 2005, vulnera el derecho a la verdad del cual son titulares las víctimas de los delitos cometidos por los beneficiarios de dicha

De acuerdo con el art. 17 de la Ley 975 de 2005, los miembros de los grupos armados al margen de la ley, postulados por el gobierno nacional y que se acojan de forma expresa al procedimiento de Justicia y Paz, deben rendir “versión libre ante el fiscal delegado asignado para el proceso de desmovilización, quien los interrogará sobre todos *los hechos de que tenga conocimiento*” (cursivas por fuera del texto original). En concordancia, el art. 25 establece las consecuencias que habría para el procesado, en aquellos casos en los que se conocieran hechos con posterioridad a la sentencia, es decir que no hubieran sido confesados. Sobre este punto la norma original dejaba abierta la posibilidad para que, aun cuando se demostrara que el postulado no confesó todos los delitos cometidos, pudiera continuar disfrutando de la pena alternativa. En este mismo sentido, el art. 29, en su inciso quinto, señalaba las condiciones en las cuales, durante el periodo de libertad a prueba, se tendría que revocar la pena alternativa, sin que se hiciera explícito el requisito de haber revelado durante la versión libre, de manera plena y fidedigna, la comisión de todos los delitos cometidos con ocasión de la pertenencia al grupo armado ilegal.

El problema jurídico resuelto por la Corte en relación con estas normas, consistió en establecer si las disposiciones mediante las cuales se concedían “beneficios penales sustantivos a cambio de la confesión parcial de los hechos”, resultaban contrarias o no a la Constitución Política. Para examinar esta situación, la Corte confrontó los derechos de las víctimas con la finalidad de alcanzar la paz. Para la Corte, las normas demandadas no establecían claramente los mecanismos judiciales necesarios y suficientes para que se pudiera esclarecer “el fenómeno macrocriminal que se afronta”, así como tampoco establecían mecanismos judiciales efectivos para asegurar que la verdad sobre los delitos concretos, cometidos por los integrantes de los grupos que se desmovilizaran, fuera revelada.²⁰⁷ Según la Corte, de la interpretación sistemática de los artículos cuestionados, surgía el hecho de que las personas que se acogieran a la Ley de Justicia y Paz, tenían la única obligación de aceptar los delitos que el Estado estuviera en capacidad de imputarles, lo cual era insuficiente para garantizar “el contenido constitucional mínimo del derecho a la verdad”.²⁰⁸

ley, así como el derecho a la memoria de la sociedad colombiana en su conjunto (...). En consecuencia, solicitan que la Corte declare inexecutable los apartes subrayados, *y que, por el contrario, señale que el ocultamiento de la verdad tiene como consecuencia la pérdida del beneficio de la pena alternativa para el delito confesado y la imposibilidad de acceder a tal beneficio para el delito conocido posteriormente a la sentencia o el indulto*”. Corte Constitucional, sentencia n° C-370 del 18 de mayo de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y otros.

²⁰⁷ *Ibíd.*

²⁰⁸ *Ibíd.*

En consecuencia, la Corte declaró exequible el art. 17 de la Ley 975, en el entendido de que la versión libre debía ser completa y veraz, advirtiendo también que la confesión del postulado no debía versar únicamente sobre los hechos que conozcan de antemano los fiscales, sino que debe abarcar todos los delitos conocidos por el desmovilizado. Al mismo tiempo, y en consecuencia, la Corte declaró inexecutable parte del inciso primero y todo el inciso segundo del art. 25 y declaró exequible el inciso 5 del art. 29; esta última norma en el entendido de que en el período de libertad a prueba también se puede perder el beneficio de la pena alternativa, cuando el postulado haya ocultado en la versión libre su participación en algún delito relevante en el contexto de Justicia y Paz.²⁰⁹

Según este desarrollo, no queda duda de que la narración que los procesados hacen en la versión libre, debe incluir todos los delitos que hayan cometido y de los que hayan tenido conocimiento y que, adicionalmente, debe proporcionar toda la información que sea posible, para permitir al Estado investigar y establecer lo ocurrido en la totalidad de crímenes cometidos por los grupos armados que se desmovilicen bajo la Ley 975, so pena de perder los beneficios y tener que cumplir la pena ordinaria. Éste es un aspecto trascendental pues, como se verá, de la mano de la obligación del procesado de confesar *todos* los delitos, se encuentra también el deber de la Fiscalía de investigar y documentar, igualmente, *todo* lo confesado, aspecto que debe ser especialmente considerado en atención a los graves problemas de congestión, escasez de recursos y de lentitud en los procesos penales de Justicia y Paz.

²⁰⁹ El texto original del art. 25 de la Ley 975 establecía lo siguiente (la parte en cursivas fue declarada inexecutable en la sentencia n° C-370): “Artículo 25. Hechos conocidos con posterioridad a la sentencia o al indulto. Si a los miembros de grupos armados al margen de la ley que recibieron los beneficios de la Ley 782 de 2002, o que se beneficiaron con la pena alternativa de conformidad con la presente ley, con posterioridad se les llegare a imputar delitos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos y antes de su desmovilización, estas conductas serán investigadas y juzgadas por las autoridades competentes y las leyes vigentes al momento de la comisión de esas conductas, *sin perjuicio del otorgamiento de la pena alternativa, en el evento que colabore eficazmente en el esclarecimiento o acepte, oralmente o por escrito, de manera libre, voluntaria, expresa y espontánea., debidamente informado por su defensor, haber participado en su realización y siempre que la omisión no haya sido intencional. En este evento, el condenado podrá ser beneficiario de la pena alternativa. Se procederá a la acumulación jurídica de las penas alternativas sin exceder los máximos establecidos en la presente ley. Teniendo en cuenta la gravedad de los nuevos hechos juzgados, la autoridad judicial impondrá una ampliación del veinte por ciento de la pena alternativa impuesta y una ampliación similar del tiempo de libertad a prueba*”.

1.5. EL JUEZ CONSTITUCIONAL FRENTE AL TEMA DE LA CONFESIÓN

Al ahondar más en el tema de la confesión, la sentencia n° C-370 generó diversas consecuencias normativas. Después de este pronunciamiento se expidieron algunos decretos reglamentarios, con los cuales se pretendió dar sustento normativo a lo dicho por la Corte Constitucional. Así, por ejemplo, el 29 de septiembre de 2009, cerca de cuatro meses después de haber sido proferida la sentencia de constitucionalidad, el gobierno nacional expidió el Decreto n° 3391 de 2006, en donde se incorporó explícitamente, en el art. 9, el deber de realizar una confesión completa y veraz.²¹⁰ Por su importancia se transcribe a continuación el texto de dicha norma:

“Artículo 9. Confesión completa y veraz. Para efectos de lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 4760 de 2005, en la versión libre de que trata el artículo 17 de la Ley 975 de 2005, independiente de la surtida dentro del marco de la Ley 782 de 2002, el postulado hará la confesión completa y veraz de todos los hechos delictivos en los que participó o de los que tenga conocimiento cierto durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley e informará las causas y las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su participación en los mismos o de los hechos de que tenga constancia, a fin de asegurar el derecho a la verdad. Igualmente manifestará su fecha de ingreso al respectivo bloque o frente e indicará la totalidad de los bienes de origen ilícito, los cuales deberán ser entregados para reparar a las víctimas, sin perjuicio de las medidas cautelares y de las obligaciones con cargo a su patrimonio lícito que proceden en virtud de la declaratoria judicial de responsabilidad a que haya lugar.

El Fiscal competente de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, le informará previamente y en presencia del abogado defensor escogido por él, o en su defecto del que le haya asignado la Defensoría Pública para esta diligencia, todo aquello que considere pertinente para garantizar su consentimiento en la realización de la versión con un conocimiento informado y su derecho al debido proceso, de tal forma que la confesión sea consciente, libre y voluntaria”.

²¹⁰ En los considerandos del Decreto n° 3391 de 2006 se hace referencia expresa a la necesidad de armonizar la reglamentación de la Ley 975 de 2005, con lo dispuesto en la sentencia n° C-370 de 2006.

Adicionalmente, el art. 12 del Decreto n° 3391 de 2006, estableció que la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial competente revocará el beneficio de la pena alternativa en el siguiente evento:

“2. Cuando, antes de finalizar el período de libertad a prueba, se conozca sentencia judicial en la que se establezca la comisión por parte del beneficiario de un delito ocultado por él durante la versión libre, que le sea imputable como miembro del bloque o frente armado organizado al margen de la ley del cual hacía parte y relacionado directamente con el accionar del bloque o frente y su pertenencia al mismo, cuya realización haya tenido lugar antes de la desmovilización. El delito ocultado sobre el accionar del respectivo bloque o frente debe ser tal que tenga relevancia dentro del proceso de paz por su entidad y trascendencia para el esclarecimiento de la verdad”.²¹¹

Es importante mencionar que en estos procesos de ajuste de la Ley 975, se ha podido observar cierta preocupación por respetar los derechos y garantías de los desmovilizados, lo cual confirma que el proceso penal de Justicia y Paz no se sustenta en la renuncia a la presunción de inocencia, sino que en él se relativiza la garantía a la no autoincriminación, en la medida en que los desmovilizados asumen el compromiso de declarar contra sí mismos en la versión libre (confesión). Precisamente, con relación a la versión libre, esto se ha podido apreciar en dos aspectos fundamentales. Por un lado, la insistencia permanente, que tanto desde la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, como desde los decretos reglamentarios, se ha hecho sobre la necesidad de verificar que la confesión sea realmente consciente, libre y voluntaria.²¹² Y, por otro, la necesidad de contar con una sentencia condenatoria en firme, en donde conste la responsabilidad del desmovilizado en hechos que no haya confesado, para que sea posible revocar la pena alternativa en los términos

²¹¹ Según el art. 12 del Decreto n° 3391 de 2006, una vez cumplida totalmente la pena alternativa y transcurrido el período de libertad a prueba, se debe declarar extinguida la pena ordinaria inicialmente determinada en la sentencia, lo cual hará tránsito a cosa juzgada, sin que haya lugar al inicio de nuevos procesos judiciales originados en los hechos delictivos allí juzgados (siempre y cuando se hubieren cumplido las condiciones establecidas en la respectiva sentencia de acuerdo con la Ley 975 de 2005). La primera causal prevista en esta norma, y que da lugar a revocar la pena alternativa, es si se comprueba que, durante el periodo de libertad a prueba, el desmovilizado cometió algún delito doloso o incumplió alguna de las condiciones que le fueron impuestas en la sentencia.

²¹² Esta exigencia se aprecia en la sentencia n° C-370 de 2006, en el artículo 9 del Decreto n° 3391 de 2006 e, incluso, en varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, como, por ejemplo, en el auto proferido el 11 de marzo de 2009, radicado n° 31162, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

del art. 12 del Decreto n° 3391.²¹³ Respecto del art. 9 mencionado, éste hizo referencia a diversos aspectos sobre los que inevitablemente se debe pronunciar el procesado en la versión libre: las causas y las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su participación en los delitos confesados o de los hechos que haya conocido, su fecha de ingreso al respectivo bloque o frente y la totalidad de los bienes de origen ilícito que posea.

Adicionalmente, desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se han establecido también criterios y aspectos en los que los desmovilizados deben aportar para la reconstrucción de la verdad. Así pues, en la versión que rinda el procesado, además de lo dispuesto en el art. 9 del Decreto n° 3391 de 2006, deberá informar sobre sus víctimas,²¹⁴ las razones de la victimización y los patrones que siguió el grupo al cual pertenecía en los crímenes cometidos, con el fin de establecer la sistematicidad de los mismos.²¹⁵

1.6. LA VERDAD Y LOS CONTEXTOS EN LOS CUALES ACTUARON LOS GRUPOS ARMADOS ILEGALES

En este mismo sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que, con la información recibida en las versiones libres, se deben establecer contextos amplios, que permitan la formación de una verdad histórica, en la cual sea posible apreciar la magnitud de la violencia paramilitar. En este sentido, en auto del 31 de julio de 2009, la Sala enunció

²¹³ “El delito ocultado debe ser real, no fruto de la imaginación o la sospecha, lo cual exige que exista una sentencia judicial que otorgue certeza durante el periodo de libertad a prueba sobre la comisión del delito ocultado. La existencia de una sentencia judicial es importante, porque implicará para el condenado cumplir una pena ordinaria de larga duración, dada la magnitud de los delitos cometidos, lo cual presupone que exista certeza sobre su participación en tales delitos. Además, el delito ocultado sobre el accionar del bloque o frente debe tener relevancia dentro del proceso de paz por su entidad y trascendencia para el esclarecimiento de la verdad, como pilar de la reconciliación, aspecto que debe ser valorado por el juez de tal forma que la revocación del beneficio, posible durante el periodo de libertad a prueba, sea necesaria a la luz de los propósitos que justifican la Ley 975/05”. Corte Constitucional, sentencia n° C-370 del 18 de mayo de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y otros.

²¹⁴ La Corte Constitucional, en la sentencia n° C-370 de 2006, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del art. 10 de la Ley 975 de 2005, aclaró que, como requisito de elegibilidad para la desmovilización colectiva, las personas que aspiren a ser beneficiadas por la pena alternativa, deben informar también la suerte de las personas víctimas de desaparición forzada, información que debe ser integralmente aportada durante la versión libre.

²¹⁵ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 12 de mayo de 2009, radicado n° 31150, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. En la audiencia de control de legalidad de la aceptación de cargos contra un desmovilizado del Bloque Calima de las autodefensas, la sistematicidad y los patrones de los delitos cometidos por el grupo paramilitar, ocuparon un lugar fundamental en las preguntas que le fueron formuladas al fiscal por el representante del Ministerio Público y la Magistrada que presidía la diligencia.

una serie de aspectos sobre los que debe versar la verdad construida desde lo judicial, teniendo como base la confesión del procesado. Así:

“En el marco de la regulación normativa de la Ley 975 de 2005, las actividades delictivas objeto de atribución responden a fenómenos propios de la criminalidad organizada, cuya ejecución y consumación se dinamiza en el contexto de la concertación interna de cada bloque o frente. Bajo este presupuesto, la construcción de la verdad histórica debe tener como punto de partida el esclarecimiento de los *motivos por los cuales se conformó la organización ilegal, las cadenas de mando, el modelo delictivo del grupo, la estructura de poder, las órdenes impartidas, los planes criminales trazados, las acciones delictivas que sus integrantes hicieron efectivas para el logro sistemático de sus objetivos, las razones de la victimización y la constatación de los daños individual y colectivamente causados*, con miras a establecer tanto la responsabilidad del grupo armado ilegal como la del desmovilizado” (cursivas por fuera del texto original).²¹⁶

Para la Sala Penal es claro, entonces, que la confesión en Justicia y Paz versa sobre fenómenos de macrocriminalidad, en donde cada uno de los delitos cometidos envuelve circunstancias que lo relacionan con los demás, así como elementos que permiten dilucidar organizaciones, estructuras y planes, más allá de la mera responsabilidad individual de quien está confesando; todo lo cual evidencia violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos. De ahí que “el funcionario judicial debe no sólo analizar el caso concreto sino contextualizarlo dentro del conflicto, identificando los patrones de violencia y los demás actores seguramente de rango superior que también son responsables”.²¹⁷

Se insiste, nuevamente, en que la base para la investigación de todos estos aspectos la constituye la versión libre y confesión del desmovilizado; de ahí la importancia de esta diligencia en Justicia y Paz pues, debido al tipo de delitos y la forma en que se cometieron, resultaría muy poco probable lograr una declaración oficial de verdad con esta magnitud sin la colaboración de quienes participaron en su consumación. Se trata, en últimas, durante la versión libre, de una construcción colectiva de la verdad, en la que participan los sujetos postulados a través de lo que espontáneamente narran, así

²¹⁶ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 31 de julio de 2009, radicado n° 31539, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

²¹⁷ *Ibidem*.

como también los fiscales, agentes del Ministerio Público y víctimas por medio de sus preguntas.²¹⁸

1.7. TRÁMITE DE LA VERSIÓN LIBRE EN JUSTICIA Y PAZ

El proceso previsto en la Ley 975 de 2005 se encuentra dividido en dos etapas: una primera etapa administrativa, a cargo del gobierno nacional, y otra judicial, que inicia con las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación y culmina en los tribunales de Justicia y Paz. Ahora bien, la versión libre tiene lugar una vez la Fiscalía ha recibido las listas de postulados que el gobierno nacional ha elaborado durante la etapa administrativa.

Como se ha dicho, la verdad que se pretende construir por medio del proceso penal, no depende exclusivamente de lo confesado por los desmovilizados. De hecho, la Fiscalía debe adelantar una serie de actividades de investigación, antes, durante y después de la versión, con la finalidad de adquirir los elementos de juicio necesarios que le permitan realizar un interrogatorio adecuado al procesado, así como para verificar la veracidad de lo confesado (sin perder de vista la advertencia que se ha hecho líneas arriba sobre la necesidad de confiar en la versión del postulado) y complementarlo.²¹⁹ La diligencia de versión libre en la Ley 975 se enmarca en una etapa preliminar, similar a la investigación previa contemplada en el proceso penal previsto en el Código de Procedimiento Penal de 2000 (Ley 600). Hay que advertir que la Ley 975 de 2005 no hace referencia alguna, de manera expresa, a la investigación previa; sin embargo, de lo dicho por la Corte Suprema de Justicia y de lo establecido en algunos decretos reglamentarios, sí es dable realizar esta afirmación. Con mayor razón si tenemos en cuenta que en Justicia y Paz el inicio de la investigación se formaliza con la formulación de imputación.

En este sentido, el deber de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía en relación con el esclarecimiento de la verdad, en los términos previstos en el art. 15 de la Ley 975, se debe comenzar a cumplir con anterioridad a la versión libre, tan pronto son recibidas las listas de postulados y es asignado el caso a un fiscal delegado. En consecuencia, “antes de practicarse

²¹⁸ En varias ocasiones se ha observado, tal como ocurrió en una versión libre conjunta rendida en Santa Marta a finales de 2009, que debido a las preguntas concretas formuladas por los fiscales, los postulados terminan por reconocer su responsabilidad en hechos que no fueron inicialmente confesados por iniciativa propia.

²¹⁹ “La verdad en el proceso de justicia transicional no solo se construye a partir de lo confesado por el postulado en la diligencia de versión libre, sino también de las actividades investigativas adelantadas por la Fiscalía General de la Nación, y el aporte de las víctimas”. CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 21 de septiembre de 2009, radicado n° 32022, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

la versión libre, el fiscal dispondrá lo necesario para que se asegure el esclarecimiento de la verdad sobre los hechos objeto de investigación y se garantice la defensa de los procesados”.²²⁰ De esta forma, el ente investigador deberá indagar sobre,

“(…) las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron las conductas punibles; las condiciones de vida, sociales, familiares e individuales del imputado o acusado 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, tales como lesiones físicas o psicológicas, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de derechos fundamentales. Y, con la colaboración de los desmovilizados, la Policía Judicial investigará el paradero de personas secuestradas o desaparecidas, e informará oportunamente a los familiares sobre los resultados obtenidos”.²²¹

Los aspectos a indagar con anterioridad a la recepción de la versión libre por parte de la Fiscalía también se establecieron en el Decreto n° 4760 del 30 de diciembre de 2005; igualmente, se precisó allí que estas averiguaciones se deben realizar durante un plazo razonable, el cual no puede superar el término de seis meses. Nótese que este plazo, en el que se debe incluso realizar la versión libre, es tomado del art. 325 de la Ley 600 de 2000, que regula el término en que debe tener lugar la investigación previa. En ese sentido, el inciso primero del art. 4 del Decreto n° 4760 de 2005 dispone lo siguiente:

“Artículo 4. Actuaciones previas a la recepción de versión libre. Recibida la lista de postulados enviada por el Gobierno Nacional, el fiscal delegado competente asignado, previamente a la recepción de la versión libre, realizará las actividades tendientes a la averiguación de la verdad material, la determinación de los autores intelectuales, materiales y partícipes, el esclarecimiento de las conductas punibles cometidas, la identificación de bienes, fuentes de financiación y armamento de los respectivos grupos armados organizados al margen de la ley, así como los cruces de información y demás diligencias tendientes al cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 15 y 16 de la Ley 975 de 2005 durante el plazo razonable que se requiera para el efecto, que no podrá exceder del término de seis (6) meses previsto en el artículo 325 de la Ley 600 de 2000”.

²²⁰ *Ibíd.*

²²¹ Art. 15, Ley 975 de 2005.

Para adelantar esta investigación, la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación debe elaborar un plan metodológico sobre las posibles hipótesis delictivas para cada uno de los casos. Al realizar el plan correspondiente, se debe tener como punto de partida “(i) que el postulado es un confeso transgresor del delito de concierto para delinquir agravado y (ii) que su militancia se desarrolló en un tiempo y en unos lugares específicos. El estudio correlativo radicaré en los daños causados individual y colectivamente por el desmovilizado”.²²²

En este punto, es importante llamar la atención sobre el deber que tiene la Fiscalía de verificar la información proporcionada por el procesado, aspecto hacia el cual debe estar orientada la investigación y que debe reflejarse en el plan metodológico que se propone. Así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

“Es connatural al procedimiento de desmovilización que tanto la versión libre, como las demás actividades investigativas que se hayan adelantado para lograr el esclarecimiento de la verdad sobre los hechos objeto de investigación, se sometan a un proceso de verificación, por parte de la Unidad Nacional de Fiscales de Justicia y Paz, para que a través de un programa metodológico se compruebe la veracidad de la información suministrada”.²²³

Es por esto que, incluso, al mismo tiempo que se lleva a cabo la versión libre, la Fiscalía puede y debe adelantar labores de investigación que le permitan contextualizar y documentar el caso y los delitos que lo componen. Esta es una posibilidad que se encuentra directamente relacionada con el derecho de las víctimas a obtener pronta justicia puesto que, en la medida en que el postulado confiese y proporcione información, por ejemplo, sobre el paradero de personas desaparecidas, cadáveres y fosas comunes, la Fiscalía podrá corroborar los datos entregados en la versión libre y dar razón a los familiares de las víctimas sobre el paradero o suerte de sus seres queridos, sin tener que esperar a que esta etapa procesal finalice.²²⁴

De hecho, este deber ha sido consagrado en las directrices que el Fiscal General de la Nación ha establecido para que los fiscales delegados de Justicia y Paz adelanten la versión libre. El artículo 1 de la Resolución

²²² CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 31 de julio de 2009, radicado n° 31539, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

²²³ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 2 de octubre de 2007, radicado n° 27484, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

²²⁴ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 31 de julio de 2009, radicado n° 31539, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

n° 3998 del 6 de diciembre de 2006, menciona de la siguiente manera la actividad investigativa que los fiscales deben realizar en esta etapa procesal y el plan metodológico mediante el cual se debe organizar dicha investigación:

“Artículo primero: Una vez el fiscal asignado al caso reciba la ratificación del postulado, dará inicio a la elaboración del plan metodológico con la finalidad de, entre otras actividades, indagar por las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las conductas punibles que se le puedan atribuir (...) Asimismo, averiguará por el paradero de las personas secuestradas o desaparecidas y evaluará el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad previstos en los artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005, según el caso”.²²⁵

Los fiscales de Justicia y Paz deben ser especialmente activos en la diligencia de versión libre. De igual forma, el interrogatorio que realicen al procesado debe estar orientado al esclarecimiento de la verdad, en los términos del art. 15 de la Ley 975 y del Decreto n° 4760 de 2005. Es más, las preguntas formuladas por el funcionario y la forma como las oriente, deben ser reflejo y responder a la indagación en la que se enmarca la versión libre, así como del plan metodológico que la sustenta:

“El rol de la Fiscalía en el contexto de la versión libre no es pasivo. Tiene el deber institucional de interrogar al desmovilizado para lograr el esclarecimiento de la verdad, que constituye un presupuesto de la investigación y de la labor de verificación que debe agotar con miras a consolidar una formulación de cargos. Sin embargo, antes de iniciar el cuestionario deberá inquirirlo sobre si es su voluntad expresa de acogerse al procedimiento y beneficios de la Ley, como requisito para adelantar las demás etapas del proceso judicial”.²²⁶

²²⁵ Este deber de los fiscales de Justicia y Paz no se agota con la versión libre. El art. 2 de la Resolución n° 0-0387 de 2007, proferida el 12 de febrero de 2007 por el Fiscal General de la Nación, hace alusión al procedimiento posterior a la versión libre y reitera el deber de verificación: “Artículo segundo. Procedimiento posterior a la recepción de la versión libre y confesión. Una vez el fiscal asignado al caso culmine la diligencia de versión libre y confesión rendida por el postulado, continúan las labores de verificación e investigación de que tratan los artículos 15 y 16 de la Ley 975 de 2005 y agotará, en lo posible, el programa metodológico tendiente a la averiguación de la verdad material; la determinación de las víctimas, autores y partícipes; el esclarecimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las conductas punibles cometidas que serán objeto de imputación y, entre otras actividades, evaluará el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad previstos en los artículos 10 y 11 de la ley 975 de 2005, según sea el caso”.

²²⁶ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 31 de julio de 2009, radicado n° 31539, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

Al respecto, en el ejercicio de observación realizado por el Área de Justicia se ha podido apreciar un número muy considerable de fiscales especialmente activos, que demuestran una preparación y documentación adecuada al momento de interrogar a los desmovilizados en las versiones que ellos rinden; también, empero, se ha podido establecer la presentación de aspectos relevantes, respecto de los cuales algunos fiscales no han indagado como se esperaba. Así, por ejemplo, en versión libre realizada en Medellín en noviembre de 2007, el fiscal indagó sobre la identidad de víctimas concretas, también sobre causas de las masacres confesadas por el versionado y sobre funcionarios públicos involucrados con las actividades del grupo paramilitar; sin embargo, cuando el procesado mencionó a un miembro del DAS que le colaboraba suministrándole información sobre presuntos informantes de la guerrilla que después eran asesinados, el fiscal no solicitó mayor información al respecto. Algo parecido sucedió en otra diligencia en esa misma ciudad, en la que un postulado hizo referencia a personas que no pertenecían a su bloque, pero que el día de la desmovilización se presentaron como si fueran paramilitares, para “rellenar” el espacio de quienes no se habían querido desmovilizar, sin que el fiscal profundizara en este punto.

No obstante y como se ha recalcado, se destaca la pertinencia y consistencia de la labor de investigación que han adelantado numerosos fiscales de Justicia y Paz y que se ha hecho evidente en diversas audiencias. Para citar un caso y ahondar en ellos, se destaca una versión adelantada en septiembre de 2009 en Medellín. En esta oportunidad, la fiscal fue muy acuciosa al momento de intentar establecer las circunstancias de modo, tiempo y lugar de cada una de las conductas referidas por el postulado durante la diligencia (responsabilidades, estructura jerárquica y de base de la organización, zonas de influencia, móviles, armamento utilizado, autores, etc.); sin embargo, la fiscal fue más allá, e indagó por aquellas conductas de las cuales el despacho ya tenía conocimiento, aunque no fueron confesadas espontáneamente por el postulado, lo que no hubiera podido suceder sin la debida preparación previa de la funcionaria encargada. Lo propio ocurrió en una versión libre rendida en enero de 2009 por un jefe paramilitar extraditado a Estados Unidos y privado de la libertad en Miami; en esta ocasión, la fiscal constantemente confrontó las afirmaciones del postulado y fue incisiva en las preguntas que formulaba, logrando así que en varias ocasiones el postulado realizara correcciones a su relato.

En este mismo sentido, desde el primer informe del Observatorio, fue posible establecer que en la práctica judicial de las versiones libres, se presentaban dos ámbitos de actuación, claramente diferenciables, por parte de los fiscales:

“El primer nivel, corresponde a aquellos fiscales muy activos, que inquietan al versionado, le piden aclaraciones múltiples sobre lo narrado, le exigen detalles, le piden claridad y que no haya ambigüedad. Éstos son los fiscales que controlan realmente la versión libre, que la dirigen, que se apropian de la misma. Un segundo ámbito, situado en el extremo, es aquel que expresa una gran inactividad del fiscal, que expresa una pasividad tal que haría parecer que el versionado es el que domina o dirige la versión”.²²⁷

1.7.1. RECEPCIÓN DE LA VERSIÓN LIBRE EN VARIAS SESIONES

La versión libre puede desarrollarse en varias sesiones; de hecho, sería prácticamente imposible hacerlo en una sola y nada obliga a que toda la diligencia se deba surtir en un solo momento. Incluso, a nivel normativo se previó la posibilidad reseñada; así, el inciso 5° del art. 5 del Decreto n° 4760 de 2005 dispuso que “la diligencia de versión libre podrá desarrollarse en varias audiencias, y a petición del desmovilizado habrá lugar a la ampliación de la versión rendida”. De igual forma, el parágrafo de esta misma norma previó que en aquellos casos en que el postulado, sin estar privado de la libertad, confesare algún delito de competencia de los jueces penales del circuito especializados, se suspendería la diligencia y sería puesto a disposición del magistrado de control de garantías, para que dentro de las 36 horas siguientes adelantare una audiencia preliminar en donde definiere su situación.²²⁸

De hecho, se han dado una serie de circunstancias que propician este fenómeno y que, en pro de la celeridad del proceso y del respeto oportuno de los derechos de las víctimas, han sido autorizadas desde la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Por ejemplo, se han presentado casos en los que un desmovilizado, frente al cual ya se

²²⁷ Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, *Informe de primera fase, Parte I – Área de Justicia*, CITpax, Madrid-Bogotá, diciembre de 2008, en: http://www.toledopax.org/descargarfichero.php?fichero=CITpax_Informe_de_Primer_Fase_Observatorio_DDR_y_LJP.pdf, p. 35.

²²⁸ El parágrafo completo del art. 5 del Decreto n° 4760 de 2005 establece que: “Cuando el desmovilizado que no registre orden o medida restrictiva de la libertad, durante la versión libre confiese delito de competencia de los Jueces penales del circuito especializado, de inmediato será puesto a disposición del Magistrado de Control de Garantías en el establecimiento de reclusión determinado por el Gobierno Nacional. A partir de este momento queda suspendida la versión libre, y el magistrado, a solicitud del fiscal delegado, dispondrá de un máximo de 36 horas para fijar y realizar la audiencia de formulación de imputación, en la cual igualmente se resolverá sobre la medida de aseguramiento y medidas cautelares solicitadas. Cumplida la audiencia de formulación de imputación se reanudará la diligencia de versión libre y una vez agotada esta, la Fiscalía podrá solicitar otra audiencia preliminar para ampliar la formulación de imputación si surgieren nuevos cargos”.

está adelantando la formulación de imputación, recuerda nuevos hechos o víctimas que inicialmente no confesó pero que luego, a pesar de haberse surtido ya la versión libre, desea narrarlos. Nada impide que en casos como éste se amplíe la versión y que, por tanto, se solicite otra audiencia para realizar las nuevas imputaciones. Así,

“(...) la ampliación de la versión del desmovilizado puede llevarse a cabo ante el fiscal ‘*en varias audiencias*’ y si de lo allí revelado, de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida es posible alcanzar la inferencia razonable de autoría o participación del desmovilizado frente a **otros delitos**, ello dará lugar a una nueva solicitud del Fiscal para que el Magistrado de Control de Garantías programe otra audiencia preliminar, donde se formule imputación por los hechos que recién se develan, sin que pueda inferirse irremediable violación a las garantías fundamentales”.²²⁹

Tanto el desarrollo de versiones libres en varias sesiones, como la ampliación de la misma en momentos en que ya se ha iniciado el proceso de formulación de imputación, son aspectos que se encuentran íntimamente ligados a la discusión sobre imputaciones parciales, de la cual se dará cuenta más adelante. Por el momento, se trae a colación la siguiente reflexión de la Corte Suprema de Justicia, en donde se evidencia la importancia de buscar estrategias que dinamicen los procesos penales de Justicia y Paz, que permitan avanzar en la construcción de la verdad de la mano de la obtención de justicia:

“Bajo ese contexto el ordenamiento podría dar lugar a interpretar la imputación como única; sin embargo, en casos como el que se examina donde (i) previamente la fiscalía ha adelantado actuaciones tendientes a averiguar la verdad material y esclarecer las conductas punibles cometidas, conforme al mandato del artículo 4º del Decreto 4760 de 2005, (ii) el desmovilizado ha rendido versión, (iii) de donde le resultó posible hacer la inferencia razonable de autoría o participación, a juicio de la Sala procede formular imputación por esas conductas sin que tal proceder entrañe violación a las garantías fundamentales de los intervinientes o desconocimiento al debido proceso, porque la imputación parcial no lesiona los derechos de las víctimas:

²²⁹ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 23 de julio de 2008, radicado n° 30120, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

En efecto, para las víctimas de los hechos ya reconocidas continuar el trámite de la actuación sin tropiezos les resulta a todas luces favorable, en la medida que habrá un rápido pronunciamiento sobre verdad y justicia, logrando por esa vía una efectiva reparación sin dilaciones”.²³⁰

Así pues, las versiones libres en varias sesiones no se deben traducir en una demora en la formulación de imputación, pues a medida que se va confesando y se cuenta con los elementos materiales probatorios y elementos de juicio necesarios, la Fiscalía puede avanzar en la formulación de imputación de las conductas punibles correspondientes.

Existe otro fenómeno que en la práctica ha conducido a que las versiones libres se realicen en varias sesiones y, además, en jornadas que no son continuas. En distintas ocasiones los mismos desmovilizados han manifestado la necesidad de sostener reuniones con otros miembros del grupo al cual pertenecieron, con el fin de aclarar aspectos sobre los hechos que están confesando y complementar la información. Así sucedió, por ejemplo, en los casos de alias “HH”, alias “El Loro”, alias “5.5” y alias “Don Mario”. En el último caso citado, esta situación fue interesante puesto que, desde el comienzo de la diligencia, “Don Mario” afirmó que su responsabilidad en el grupo había sido únicamente administrativa, de manera que para poder proporcionar información más exacta sobre acciones de carácter militar, necesitaba la colaboración de los comandantes de frente. Por esta razón, en un comienzo la versión tuvo que ser aplazada mientras el versionado se reunía con estas personas; sin embargo, una vez dio inicio, en el transcurso de la diligencia se hizo evidente la importancia de contar con la presencia de otros desmovilizados, ante lo cual la fiscal tomó la decisión de citarlos para una jornada posterior. Así, una versión libre que había comenzado como una diligencia individual terminó siendo colectiva.

Es importante resaltar la pertinencia de este tipo de dinámicas, que enriquecen el proceso penal y contribuyen en gran medida a la construcción de la verdad. Un desmovilizado que reúne información, se muestra atento a los requerimientos de la Fiscalía y busca alternativas para cumplir con su compromiso, debe encontrar los espacios adecuados para hacerlo. Precisamente, en versión libre rendida en Barranquilla a comienzos de 2009, el versionado manifestó al fiscal que necesitaba reunirse con otros desmovilizados, pero que no lo habían dejado y por eso no había logrado “reconstruir muchas cosas”.

²³⁰ *Ibídem.*

1.7.2. ESTRATEGIA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN PARA LA RECEPCIÓN DE VERSIONES LIBRES

Al ser reglamentada la Ley 975 de 2005, se permitió realizar las versiones libres en varias sesiones. Pues bien, dentro de la estrategia definida por la Fiscalía General de la Nación, se optó por una metodología que implica tomar la declaración del procesado en varios momentos. Ello ha sido igualmente avalado desde la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

“De hecho y por razones eminentemente prácticas las versiones que rinden los desmovilizados no se agotan en una sola sesión, de ahí que la fiscalía con buen sentido de la realidad y siguiendo los postulados de la ley, haya sugerido las sesiones múltiples como metodología para la recepción de la versión libre en asuntos de Justicia y Paz”.²³¹

Así, con la Resolución n° 3998 del 6 de diciembre de 2006, proferida por el Fiscal General de la Nación, se instó a los fiscales de Justicia y Paz para que, de acuerdo con “la complejidad de los casos, las características de los hechos atribuidos al desmovilizado y al grupo armado al margen de la ley, la obligación legal y constitucional de propiciar que la verdad sea completa y veraz, y la necesidad de garantizar la participación de las víctimas”, la versión libre se realice en varias sesiones, siguiendo la metodología que se describe en el art. 4 de la citada resolución.²³² La norma que se comenta establece la secuencia que se expone a continuación.

1.7.2.1. PRIMERA SESIÓN

En primer lugar, y respecto de las sesiones, el fiscal debe dar inicio a la diligencia anunciando la fecha y la hora de la misma, así como su finalidad. Se debe precisar también el nombre del desmovilizado, la ratificación que haya hecho de la voluntad de someterse a la Ley de Justicia y Paz, el lugar en donde se está realizando la actuación, los medios técnicos con que se cuenta para el registro de la diligencia y los mecanismos que se utilizaron para citar a las víctimas y demás intervinientes. En este sentido, es importante llamar la atención sobre la importancia de que los fiscales realicen todos los esfuerzos posibles para convocar adecuadamente a las víctimas. (Así, por ejemplo, en una diligencia de versión libre conjunta de miembros del Bloque Norte de las AUC, realizada en enero de 2010, el fiscal

²³¹ *Ibidem*. Este criterio ha sido igualmente reiterado por la Sala en el auto del 31 de julio de 2009, radicado n° 31539, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

²³² Art. 4, Resolución n° 3998 de 2006, FGN.

envió más de ochocientos oficios y comenzó la convocatoria un mes antes de realizar la diligencia, logrando la asistencia masiva de las víctimas). Después de las advertencias sobre el comportamiento que los asistentes deben mantener en la diligencia, el fiscal debe informar al postulado que será asistido por su representante legal o por un abogado designado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública. Con posterioridad, el fiscal le pedirá a los asistentes que se identifiquen siguiendo el siguiente orden: postulado, defensor y representante del Ministerio Público.

Antes de comenzar el interrogatorio, el fiscal deberá dar lectura al art. 33 de la Constitución Política y preguntar al desmovilizado si ha comparecido de manera libre, consciente y voluntaria, así como si fue informado por su defensor sobre la naturaleza de la diligencia y sus consecuencias. De igual forma, el fiscal deberá preguntarle al desmovilizado si renuncia a su derecho de no autoincriminación, a su derecho a no denunciar a sus familiares y al derecho que le asiste a todo ciudadano de tener un juicio oral y público. Cumplido esto, preguntará al procesado sobre los aspectos enunciados en el art. 338 de la Ley 600 de 2000.²³³

Después, el fiscal le hará saber al procesado que, de acuerdo con el art. 17 de la Ley 975 y el art. 5 del Decreto n° 4760 de 2005, así como con la sentencia n° C-370 de 2006 de la Corte Constitucional, la versión libre es la única oportunidad para realizar una confesión completa y veraz. Así mismo, se le deberá explicar que, para acceder al beneficio de la pena alternativa, debe cumplir su compromiso de contribuir a la paz nacional mediante la colaboración con la justicia y el respeto de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, así como con los requisitos de elegibilidad dispuestos en los artículos 10 y 11 de la Ley 975, por lo que, de incumplir alguna de estas condiciones, tendrá que cumplir con la pena ordinaria según los delitos cometidos.

En este orden de ideas, luego se interrogará al postulado sobre su vinculación al grupo armado organizado al margen de la ley, el tiempo durante el cual perteneció a él, los aspectos generales relacionados con

²³³ “Artículo 338. Formalidades de la Indagatoria. El funcionario judicial iniciará la diligencia interrogando al procesado por su nombre y apellidos, apodos si los tuviere, documentos de identificación y su origen, los nombres de sus padres, edad, lugar de nacimiento, estado civil, nombre de su cónyuge o compañero permanente y de sus hijos suministrando la edad de los mismos y su ocupación; domicilio o residencia; establecimientos donde ha estudiado y duración de los respectivos recursos; lugares o establecimientos donde ha trabajado con indicación de las épocas respectivas y el sueldo o salario que devenga actualmente y las obligaciones patrimoniales que tiene; los bienes muebles o inmuebles que posea; sus antecedentes penales y contravencionales, con indicación del despacho que conoció del proceso”. Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000.

las actividades de la organización y el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad dispuestos en los artículos 10 y 11, según la desmovilización haya sido individual o colectiva. Posteriormente, el fiscal del caso debe solicitar al postulado que relacione los hechos que va a confesar y le advertirá que la sesión se suspenderá, para así poder citar debidamente a las víctimas que se hubiere podido identificar.

1.7.2.2. SEGUNDA SESIÓN

Una vez cumplidos los requisitos iniciales dispuestos para la primera sesión, el fiscal delegado deberá solicitar al procesado que relacione todos los hechos frente a los cuales aspire a la pena alternativa, así como que suministre, respecto de cada uno, al menos la siguiente información: fecha, lugar, móvil, otros autores o partícipes, víctimas y demás circunstancias que permitan el esclarecimiento de la verdad. Por tanto, el fiscal tendrá que estar atento para formular las preguntas que sean pertinentes. Una vez el postulado adelante la narración de cada hecho, el fiscal hará ingresar a la sala al representante de la/s víctima/s o, en su defecto, a ésta/s, para que, por conducto del fiscal, solicite/n aclaraciones o verificaciones, presente/n pruebas o deje/n expuestas las constancias que considere necesarias, con relación a los hechos que le produjeron daño. Lo propio podrá ser realizado por el representante del Ministerio Público.

Como se explicará más adelante, la Fiscalía General de la Nación ha optado por acondicionar salas de víctimas, donde se puede observar la declaración del versionado transmitida en directo, para que así las víctimas puedan manifestar por conducto del fiscal sus comentarios e inquietudes. Ésta es una práctica conveniente, ya que evita confrontaciones innecesarias entre víctimas y victimarios, lo que puede generar situaciones de revictimización. Sin embargo, en ocasiones sí se ha presentado cierta interacción entre el procesado y las víctimas: en un caso en Medellín, a principios de 2009, en donde se presentaron problemas en la transmisión de la versión durante dos horas, la Fiscalía permitió el ingreso a la sala del versionado a dos representantes de víctimas y a una de ellas, para que formularan sus preguntas. También ocurrió en la versión libre de un jefe paramilitar que había sido extraditado a Estados Unidos, en la que las víctimas, desde Colombia, por medios virtuales, interactuaron directamente con el versionado. (Se insiste, nuevamente, en que ésta es una práctica poco conveniente que poco a poco ha venido siendo dejada de lado).

Posteriormente, el fiscal también deberá interrogar al desmovilizado sobre los hechos judicializados o documentados que no haya confesado de manera espontánea. En este punto, tanto las víctimas como el agente del Ministerio Público podrán intervenir nuevamente y de la misma manera.

Finalmente, el fiscal dejará constancia de los medios técnicos utilizados para el registro de la diligencia y del número de sesiones que fueron necesarias, así como de las fechas y horas de inicio y terminación.

Se debe agregar que se han tomado diversas medidas que buscan ofrecer pautas a los fiscales para generalizar prácticas en medio de los debates y dificultades que se generan en las distintas actuaciones. Así, con posterioridad a la expedición de la Resolución n° 3998, se profirió, también por el Fiscal General de la Nación, la Resolución n° 0-2296 del 3 de julio de 2007. En este sentido, en el art. 3 de dicha resolución se aclaró que siempre, al comenzar la segunda sesión de la versión libre o reiniciar cualquier sesión que haya sido suspendida, “el Fiscal del caso deberá recordar al versionado sus derechos y garantías como también sus obligaciones y compromisos para tener acceso a los beneficios de la ley 975, con el propósito de salvaguardar el procedimiento que exige una confesión libre, espontánea, debidamente informada, completa y veraz”. Éste es un aspecto fundamental si se tiene en cuenta que, en ocasiones, algunos desmovilizados no parecen ser muy espontáneos en su confesión, lo que ha llevado a que el o la fiscal, al no hacer las advertencias a las que alude esta norma al comenzar sesiones que han sido suspendidas, se vea obligado a cuestionar al versionado sobre su verdadera intención de acogerse a la Ley de Justicia y Paz.²³⁴

Igualmente, en los artículos 4 y 5 de esta misma resolución, se ofrecieron pautas adicionales a los fiscales sobre el interrogatorio que deben practicar en la versión libre. El Fiscal General de la Nación instó, mediante el art. 4, a los fiscales delegados, para que presten especial atención a “los delitos por graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario que actualmente son de conocimiento del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos y de la OIT”.²³⁵ De la

²³⁴ En la misma diligencia en la que se presentaron problemas con la trasmisión y el fiscal permitió el ingreso de una víctima y dos representantes a la sala en la que se encontraba el procesado, fue necesario requerirle al desmovilizado, en medio de su relato, que comunicara al despacho si se encontraba de manera voluntaria rindiendo dicha declaración y si era consciente de los deberes que para él se derivaban de la Ley 975. Esto sucedió, debido a que el desmovilizado no respondía adecuadamente a las preguntas que le eran formuladas y a que no se había constatado, en esa diligencia, la voluntad expresa de acogerse a Justicia y Paz.

²³⁵ Esta norma ha tenido un impacto importante. Así, se ha visto cómo los fiscales dirigen preguntas concretas para obtener información sobre hechos de esta naturaleza. Para citar un caso, en una versión realizada en agosto de 2008 en Medellín, en la que el desmovilizado identificó a partir de un álbum fotográfico a los demás integrantes del bloque, el fiscal interrogó sobre cada una de las personas reconocidas, si habían participado en la comisión de delitos de homicidio, desplazamiento forzado y desaparición forzada. Al respecto, es posible inferir que esta pregunta se da en desarrollo del mandato del art. 4 de la Resolución n° 0-2296 de 2007, en virtud del cual, “en el interrogatorio que desarrollará

misma manera, a través del art. 5, el Fiscal General de la Nación indicó la forma de actuar, en casos en que el postulado, en su confesión, mencione hechos imputables a terceros no sometidos a la Ley de Justicia y Paz.²³⁶

Se ha podido observar que, en algunas oportunidades, esta última norma no ha sido de fácil aplicación: ante el volumen de información que en ocasiones se logra obtener en la versión libre, con relación al número de víctimas, de hechos, nombres de colaboradores, cómplices, etc., no siempre se sigue el procedimiento aquí indicado. Por ejemplo, en versión libre llevada a cabo a finales de 2007 en Barranquilla, luego de que el versionado revelara los nombres de varios funcionarios públicos que colaboraron con las autodefensas, así como la forma en que lo hacían, el fiscal tomó el juramento correspondiente por estas declaraciones. No obstante, llama la atención que ésta fuera la única vez que lo hizo, aún cuando en sus declaraciones el versionado señaló a varias personas que no estaban sometidas al proceso de Justicia y Paz (por ejemplo, el versionado indicó que había desmovilizados del Bloque Catatumbo que se encontraban en Venezuela cometiendo secuestros, extorsiones y homicidios, pero el fiscal no indagó más al respecto).

Así, como se ve, no siempre que los versionados mencionan a terceros no sometidos a la Ley 975 de 2005, se lleva a cabo lo dispuesto en el artículo quinto de la Resolución n° 0-2296. En ocasiones se cumple la disposición, en otras no; de hecho, depende de varios aspectos: el nivel de profundidad de la confesión, la referencia o aceptación expresa de la “participación” de terceros, el postulado de que se trate (militante de base, cuadro militar o político, etc.) y, en ocasiones, de los temas y asuntos específicos a desarrollar en la versión. Por ejemplo, en versión libre rendida en Medellín en enero

el Fiscal Delegado en la diligencia de versión libre, de conformidad con los lineamientos trazados por la Corte Constitucional en su Sentencia n° C-370 de 2006, también deberá tener en cuenta los delitos por graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario que actualmente son de conocimiento del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos y de la OIT”.

²³⁶ “Artículo quinto. Hechos imputables a terceros, no sometidos al proceso de Justicia y Paz. En el evento que el postulado en su versión libre y confesión haga sindicaciones a personas respecto de quienes no resulte aplicable el procedimiento previsto en la ley 975 de 2005, porque no son personas desmovilizadas y postuladas por el Gobierno Nacional, el Fiscal del caso deberá agotar en la misma sesión el interrogatorio que resulte necesario para establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales cada hecho se cometió y el grado de participación del tercero no sometido al procedimiento de Justicia y Paz, luego de lo cual preguntará al versionado si se ratifica o no bajo la gravedad del juramento para lo cual dará cumplimiento a lo previsto en el artículo 269 de la ley 600 de 2000; si la respuesta fuere asertiva, le tomara el juramento de rigor. Igual procedimiento se observara en relación con hechos alusivos a financiación de la actividad ilegal, narcotráfico, hurto de hidrocarburos, corrupción electoral, adquisición y tráfico de armas y afectación del erario público en algunas de sus formas”. Resolución n° 0-2296 del 3 de julio de 2007.

de 2009, por un jefe paramilitar de los Bloques Bananero y Calima de las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (A.C.C.U.), en la cual hizo referencia a personas que siendo particulares promovieron las autodefensas, pero que no se desmovilizaron, recordó la fiscal que siempre que el postulado hace mención de terceros en sus versiones, se debe tomar juramento como lo indica la ley, ya que de no ser ciertas las afirmaciones del procesado, incurriría en el delito de falso testimonio. Con base en esta consideración, la fiscal tomó juramento y, después de que el postulado reafirmó sus declaraciones, ordenó compulsar las copias a las autoridades competentes. (En diversas audiencias realizadas en Cali y Santa Marta, también se ha podido observar el cumplimiento de esta norma).

A diferencia de lo sucedido en el caso anterior, en versión libre llevada a cabo en varias sesiones entre febrero y marzo de 2010 en Bogotá, en donde el versionado mencionó distintas personas que tuvieron contacto con el grupo armado ilegal (tanto miembros de la fuerza pública como autoridades administrativas, alcaldes y gobernadores), la funcionaria que dirigía la diligencia no procedió como indica la Resolución n° 0-2296: a realizar la ratificación bajo la gravedad de juramento en ninguna de las cuatro sesiones en las que se hicieron estos señalamientos. Esta situación resulta aún más preocupante, si se tiene en cuenta que a las versiones libres asisten medios de comunicación, que pueden hacer eco de lo dicho por el postulado, pese a la reserva a la que está sometida esta diligencia. Incluso, en este mismo caso, el versionado se refirió a un militar retirado que ocupó importantes cargos en el Ejército Nacional y que presuntamente había recibido dinero por parte de las autodefensas, lo cual fue difundido por varios medios de comunicación ese mismo día.

Otro punto interesante en esta misma Resolución, es el llamado que se hace en el art. 7 a los fiscales delegados, para que en la diligencia de versión libre faciliten y promuevan la intervención oportuna de los representantes del Ministerio Público.²³⁷ Así, en varias de las diligencias de versión libre a las que ha asistido el Área de Justicia, se ha podido establecer que el papel de los agentes del Ministerio Público resulta de especial importancia, no solamente porque realizan preguntas que han ayudado a esclarecer algunos hechos (por ejemplo, en versión libre llevada a cabo en Medellín en septiembre de 2009, el representante del Ministerio

²³⁷ “Artículo séptimo. Participación activa del representante del Ministerio Público. De conformidad con las facultades constitucionales y legales del Ministerio Público, a las cuales hace referencia el art. 35 de la ley 975 de 2005, les solicito facilitar y promover la intervención oportuna de los Procuradores Delegados, especialmente al concluir el interrogatorio correspondiente a cada hecho confesado por el versionado como también cuando hace señalamiento de terceros. De esta forma también se salvaguarda la legalidad de lo actuado”. Resolución n° 0-2296 del 3 de julio de 2007.

Público planteó preguntas sobre las circunstancias específicas de modo, tiempo y lugar de algunos de los hechos que relató el procesado, así como sobre la responsabilidad y participación de terceros, particularmente en lo atinente a la mención de oficiales y suboficiales del Ejército y la Policía Nacional), sino también porque en ocasiones han llamado la atención sobre el estricto cumplimiento de los deberes que le asisten al desmovilizado, así como sobre la necesidad de respetar sus garantías. No obstante, también se ha observado, en algunas ocasiones, una actitud pasiva por parte de algunos procuradores, quienes incluso se ausentan durante lapsos de la versión libre. En este sentido, el llamado que se hace desde la Resolución comentada se muestra oportuno y necesario.

Adicionalmente, en la Resolución n° 0-2296 de 2007, se aprecian algunas dificultades logísticas que ha tenido la Fiscalía General de la Nación en el desarrollo de la versión libre. La magnitud, cantidad y complejidad de los casos, así como el deber de investigación y verificación que debe cumplir la Unidad de Justicia y Paz al tiempo que adelanta los interrogatorios, son aspectos que dificultan el avance en los procesos de Justicia y Paz y el cumplimiento de las promesas sobre verdad, justicia y reparación que se hicieron con la Ley 975 de 2005. Los artículos 8 y 9 de esta Resolución son precisamente reflejo de ello. Así, en el art. 8 se toman medidas para racionalizar la presencia innecesaria de funcionarios en las versiones libres, mientras que en el art. 9 se dan instrucciones logísticas para el buen desarrollo de las diligencias (horas de inicio, recomendaciones para facilitar la presencia del versionado, etc.).²³⁸

²³⁸ “Artículo octavo. Personal de apoyo. La programación simultánea de diligencias de versión libre y confesión en las diferentes sedes de la Unidad hará cada vez más difícil que se pueda contar con la colaboración de servidores de otros despachos. Por esta razón resulta imperioso que los fiscales de la Unidad hagan la mejor distribución posible del personal a su cargo, para suplir las diferentes áreas de atención que demanda una versión sin descuidar las labores de investigación y verificación de los demás casos. El análisis de las versiones hasta ahora realizadas señala como innecesaria la presencia de más de un funcionario de apoyo en sala de versión y, en relación con este, es conveniente atribuirle un papel proactivo para que se convierta en ayuda eficiente y oportuna para el Fiscal que conduce la diligencia. Se procurará entonces establecer comunicación en red entre el fiscal que dirige la versión y el analista o investigador que lo apoya en la citada diligencia. Esto le permitirá una colaboración eficaz y en tiempo real para suministrarle información relevante, sugerir preguntas pertinentes y conducentes o alertarlo de alguna situación en particular. En consecuencia, a partir de la fecha de esta resolución, el Fiscal del caso tendrá en sala de versión un servidor de apoyo, salvo que requiera hacer presentaciones audiovisuales evento en el cual podrá tener un colaborador adicional”. Resolución n° 0-2296 del 3 de julio de 2007. Por su parte, el artículo noveno, dispone: “Otras disposiciones. Cada sesión o jornada de versión libre deberá realizarse por lo menos en tres días consecutivos, a partir de las 9 de la mañana y hasta las 5 de la tarde para facilitar el traslado de las personas privadas de la libertad. La primera sesión, cuyo objetivo se reseñó en el inciso segundo del artículo primero de esta resolución, salvo especiales circunstancias que lo imposibiliten, deberá desarrollarse en una misma jornada y en días consecutivos. La naturaleza de los grupos

Se debe aclarar que las versiones libres de Justicia y Paz presentan, además, las mismas dificultades que cualquier actuación judicial, como es el retraso en el comienzo de las diligencias; ello, a pesar de que los retrasos no son siempre atribuibles a los funcionarios judiciales. Por ejemplo, la versión libre de un desmovilizado del Bloque Bananero que estaba programada para iniciar el 28 de septiembre de 2009, a las 8:30 de la mañana, terminó comenzando en horas de la tarde debido a la ausencia del abogado defensor, a pesar de que todos los demás intervinientes, incluyendo a las víctimas, estaban presentes desde la mañana.

1.7.3. VERSIONES LIBRES COLECTIVAS

Respecto de las estrategias adoptadas por la Fiscalía General de la Nación para la recepción de las versiones de los postulados, merece una especial mención la realización de versiones colectivas o conjuntas. La complejidad de los procesos y la magnitud de la verdad que se pretende construir con el proceso penal en Justicia y Paz, así como la cantidad de procesados y de hechos por confesar, han llevado a que el ente instructor tome medidas de este tipo para agilizar los trámites y cumplir en mayor grado las exigencias de la Ley 975.

No obstante, en las versiones libres conjuntas que se han observado, no se ha podido establecer una metodología común. Así, a diferencia de lo sucedido en las versiones individuales, en estos casos no se tiene un orden previamente establecido como directriz general de la Fiscalía. Por el contrario, la cantidad y variedad de la información, confieren a cada diligencia su propia dinámica. En todo caso se debe advertir que estos ejercicios parecen ser positivos. A continuación presentamos tres ejemplos que permiten ilustrar este aspecto.

En primer lugar, en versión libre conjunta realizada en Medellín en octubre de 2009, se tomó la declaración de tres desmovilizados del Bloque Bananero de las AUC. El objeto perseguido con la realización de la actuación de manera conjunta, era tener la posibilidad de contrastar

armados organizados al margen de la ley que se ha detectado y que llevan a concluir que entre diferentes bloques y frentes existió interacción, obliga a que los fiscales asignados a cada uno de ellos realicen reuniones periódicas con el fin de cruzar Información relevante, para lo cual están disponibles diversos mecanismos que pueden utilizar cuando por razones de trabajo o de presupuesto no puedan hacerlas personalmente, eventos en los cuales resultan ideales los mecanismos que la telemática ofrece. Toda iniciativa relacionada con modificaciones a la metodología diseñada para la diligencia de versión libre será inmediatamente atendida por el Jefe de la Unidad. En consecuencia, antes de implementar la variación, deberá hacerse conocer para evaluación y discusión previa con el propósito de unificar criterios al interior de la misma". Resolución n° 0-2296 del 3 de julio de 2007.

y ampliar las declaraciones ofrecidas por los postulados, aspecto que se logró de manera satisfactoria en las confesiones recibidas, dado que los tres habían pertenecido al mismo grupo y dos de ellos habían operado en la misma área. Estos últimos, en algunos casos, ampliaron y aclararon sus declaraciones gracias a la presencia y colaboración del otro postulado; así mismo, recordaron algunos hechos no narrados en otras sesiones y especificaron así circunstancias de modo, tiempo y lugar de varios delitos.²³⁹

Al comenzar la diligencia, la fiscal delegada hizo la presentación de cada uno de los postulados, indicando sus respectivos alias, años de militancia en las AUC y sus zonas de influencia, al tiempo que procedió a explicar y justificar la necesidad e importancia de realizar versiones libres de manera conjunta, en el sentido de poder cotejar, complementar y precisar detalles de los hechos y conductas delictivas objeto de confesión e investigación dentro del proceso de Justicia y Paz. Es de resaltar la insistencia por parte de la fiscal delegada a cada uno de los postulados, en el sentido de recalcarles la importancia de conocer y relatar todas las circunstancias fácticas y móviles que rodearon cada una de las conductas delictivas confesadas.

Así mismo, se destaca el uso de recursos tecnológicos con el objeto de enseñarles fotografías de víctimas de la zona a cada uno de los postulados, con el fin de identificarlas y proceder al esclarecimiento de las circunstancias fácticas que rodearon cada uno de los hechos.

La fiscal del caso comenzó interrogando a uno por uno de los versionados. Al interrogar a los dos desmovilizados que operaron en la misma zona, varias de las respuestas las dieron en conjunto y cada uno de ellos amplió así la información proporcionada por el otro. De hecho, cada uno de los versionados, al narrar los hechos en los que participó, hizo alusión, cuando era el caso, a la forma como los otros dos se vieron implicados.

En Santa Marta se realizó otra versión libre conjunta en enero de 2010. En este caso se trataba de desmovilizados del Bloque Norte de las AUC. Para comenzar la diligencia, el fiscal informó sobre el frente y bloque al cual pertenecían los postulados y mencionó los municipios en los cuales llevaron a cabo sus actividades delictivas. Posteriormente, realizó una breve reseña histórica de cada uno de ellos, señalando aspectos como la fecha en que se vincularon a la organización irregular.

²³⁹ Los tres desmovilizados en este caso contaban con el mismo abogado defensor, lo que facilitó la presencia de todos ellos mientras los demás realizaban su declaración.

La primera parte de la versión se destinó a absolver preguntas de la sala de víctimas. También es importante señalar que la Fiscalía documentó una serie de hechos que no habían sido denunciados ni confesados, de manera que para establecer la verdad los dio a conocer después de que se atendieron las inquietudes de las víctimas; así, se podría verificar si los postulados eran responsables y se podría verificar si informaban las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se llevaron a cabo. En este punto, el fiscal aprovechó para recordar que la Ley de Justicia y Paz exige la confesión de toda la verdad, por lo que le recordó a los postulados las consecuencias jurídicas de no cumplir con dicha obligación.

Se debe señalar que en el curso de la diligencia, y sobre cada pregunta formulada por las víctimas, el fiscal mostraba el mismo interés por aclarar los hechos; además, para cada caso se observó la misma metodología: en primer lugar, el fiscal preguntaba de manera abierta a los tres postulados presentes si tenían conocimiento del hecho y, de ser así, atendía la declaración de quien manifestara conocer las circunstancias en que éste tuvo lugar y, de inmediato, procedía a confirmar con los demás postulados tales circunstancias. De igual manera, en los interrogatorios formulados, siempre intentó, a través de sus preguntas, aclarar las cadenas de mando y la participación en cada una de las acciones de líderes de cualquier tipo, de miembros de la sociedad civil o de la fuerza pública, políticos o empresarios.

En Bogotá, debido a la insistencia del versionado, una versión libre individual llevada a cabo en los primeros meses de 2010, terminó siendo conjunta. En este caso no se realizaron interrogatorios individuales en presencia de los demás procesados presentes, pero tampoco se formularon siempre preguntas generales. Por el contrario, las preguntas de la Fiscalía se dirigieron principalmente al jefe paramilitar que se encontraba declarando desde el principio y con relación a cada tema sobre el cual se estaba indagando. Si el procesado no recordaba bien, consultaba con los demás, caso en el cual sí había lugar a algunas preguntas dirigidas a todos. La diligencia se dividió por temas generales: colaboración de miembros de la fuerza pública, “falsos positivos” y colaboración de políticos de la región. Al referirse a cada uno de estos temas, el versionado enumeraba los hechos a confesar y, cuando no podía ofrecer mayor detalle, cedía la palabra a alguno de los desmovilizados que lo acompañaron para que complementara su relato.

Es importante mencionar que la participación de las víctimas en esta ocasión fue más o menos marginal, puesto que desde el principio no hubo una asistencia masiva y, cuando alguna estuvo presente, la fiscal del caso hizo un “paréntesis” en la declaración para dar paso a la pregunta de la

víctima; una vez resuelto su interrogante, se volvía al tema sobre el cual se estaba hablando. Por ejemplo, en medio de la explicación sobre la forma como las autodefensas habían apoyado a ciertos candidatos a las alcaldías de varios municipios, la fiscal interrumpió para transmitir una pregunta formulada desde la sala de víctimas, sobre el paradero de una mujer desaparecida hace cerca de diez años.

Esta forma de adelantar las versiones libres es cada vez más común; de hecho, se han llegado a realizar diligencias de versión libre con más de diez desmovilizados, lo cual ha resultado ser un ejercicio bastante interesante y con varias ventajas. En general, esta metodología ha permitido que los procesos avancen de manera significativa, toda vez que, en este tipo de diligencias, es posible abordar con mayor profundidad y concentración asuntos como el origen de los grupos, su georeferenciación y financiación. La dinámica que se logra en las versiones libres conjuntas permite construir en ocasiones un relato más cercano a la realidad, así como brindar a las víctimas mayores posibilidades de obtener una respuesta para sus inquietudes. De igual forma, en la medida en que se den respuestas concretas a las preguntas de las víctimas, sin dilaciones, éstas tendrán más confianza en el proceso.

Además, las versiones libres conjuntas o colectivas, no solamente han permitido constatar hechos desconocidos, ya que también han sido utilizadas para verificar y ampliar la información sobre hechos o situaciones puntuales, confesadas de manera individual por los desmovilizados. Así sucedió, por ejemplo, en dos diligencias que se llevaron a cabo en el 2010, las cuales serán reseñadas a continuación.

En primer lugar, en julio de 2010 se llevó a cabo una diligencia de versión libre conjunta en Medellín, con siete postulados del Bloque Bananero de las AUC (en este caso se trataba de desmovilizados de base que no tuvieron mando alguno). La finalidad de esta diligencia fue esclarecer los hechos ocurridos entre los años 1998 y 1999 en los barrios Obrero y Policarpa del municipio de Apartadó (Antioquia). La Fiscalía tenía un registro aproximado de 12 desplazamientos forzados, 3 desapariciones forzadas, 5 secuestros, 1 acceso carnal violento y 110 homicidios. Varios de estos hechos ya habían sido confesados de manera individual por cada uno de los postulados en diligencias anteriores.

Por otra parte, en agosto de 2010 se llevó a cabo diligencia de versión libre conjunta en Medellín, con once postulados del Frente Norte Medio Salaquí o Frente Chocó del Bloque Élder Cárdenas. En esta sesión se indagó sobre hechos constitutivos de desplazamiento forzado, ocurridos en la zona del Bajo Atrato entre diciembre de 1996 y febrero de 1997.

En esta época se dio la toma a Riosucio (Chocó) y la operación Génesis, esta última en conocimiento de la Corte IDH y por la que se investiga, a la fecha de cierre de este documento (enero de 2011), al general en retiro Rito Alejo del Río.

Teniendo en cuenta que el fenómeno paramilitar en Colombia ha sido de proporciones descomunales, así como la complejidad de la organización de estos grupos y sus radios de acción, la Fiscalía General de la Nación se ha visto obligada a adoptar metodologías para poder contar con un panorama más o menos claro sobre la magnitud de este fenómeno. Así, los fiscales deben tener la información adecuada para poder interrogar en las versiones libres y contextualizar los hechos confesados. La división entre bloques y frentes, así como las relaciones entre estas facciones, la movilidad que tuvieron los jefes y miembros en general e incluso las pugnas entre ellos mismos, son aspectos que no se pueden perder de vista para poder dirigir las diligencias y valorar el mérito probatorio de las mismas. Las versiones libres conjuntas implican un avance en esta dirección, ayudan a la construcción de “verdades” menos fraccionadas y, en muchos casos, permiten dar a las víctimas una mejor respuesta.

Es por esto que la Fiscalía debe seguir con sumo cuidado el desarrollo de este tipo de diligencias y reflexionar sobre la mejor manera de llevarlas a cabo, para impartir directrices a los fiscales que les permitan aprovechar de una mejor manera este recurso. En este contexto, el Área considera que la Fiscalía, y en general quienes participan en el proceso de Justicia y Paz, deberían examinar la conveniencia de adelantar otras etapas del proceso también de manera conjunta, con el fin de impulsar los trámites y dinamizar el proceso penal. Es decir, si en una versión libre conjunta se ha dado una confesión colectiva sobre varios hechos, ¿por qué no se realiza también la formulación de imputación de manera conjunta?, ¿este tipo de estrategias no permitirían organizar mejor la información sobre cada bloque, los frentes que lo integraban y las líneas de mando optimizando esfuerzos y recursos?

1.7.4. PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA VERSIÓN LIBRE

La participación de las víctimas en los procesos de Justicia y Paz es fundamental. De hecho, la articulación de procesos de desmovilización con estrategias orientadas a la construcción de verdad, se explica, al menos en principio, a partir de la relevancia que el papel de las víctimas ha mostrado tener en procesos políticos, mediante los cuales se intenta superar periodos de conmoción social y de conflicto. La triada verdad, justicia y reparación es, en este sentido, fruto del discurso sobre las víctimas. Se debe resaltar, también, que en Justicia y Paz la importancia de

la presencia de las víctimas ha radicado en que han sido una importante fuente de información dentro del proceso penal. Incluso, tanto la Fiscalía como los desmovilizados han hecho ejercicios de retroalimentación, en los que el cruce de información con lo proporcionado por las víctimas ha contribuido enormemente a establecer la magnitud y las características de los hechos confesados.²⁴⁰

Por esto, desde que tuvo comienzo la aplicación de la Ley 975 de 2005, se debatió en la comunidad jurídica nacional el grado y la forma de participación de las víctimas en las distintas etapas de los procesos penales de Justicia y Paz. Así, para citar un caso, con relación a la versión libre dos aspectos centrales han sido objeto de debate, a saber: (i) la posibilidad de que las víctimas interroguen directamente a los desmovilizados durante la versión libre; y (ii) los requisitos y condiciones para asistir a estas diligencias.

1.7.4.1. PROHIBICIÓN DE QUE LA VÍCTIMA INTERROGUE DIRECTAMENTE AL VERSIONADO

En auto del 24 de octubre de 2007, la Corte Suprema de Justicia dio cuenta de la discusión enunciada. En este trámite, algunos de los representantes de las víctimas solicitaron al magistrado de control de garantías, en audiencia preliminar de formulación de imputación, que declarara la nulidad de lo actuado en la versión libre. Así, establece el auto:

“En el desarrollo de la audiencia concretaron su disenso en que la fiscalía les ha impedido a las víctimas el ingreso a la sala donde se realiza la diligencia para interrogar y contrainterrogar al desmovilizado, en aplicación de la resolución n° 3998 de 2006 y del Decreto 315 de 2007. Adicionalmente, se les ha negado la expedición de copias de las diligencias, la transmisión de las audiencias y el ingreso de ayudas técnicas, como computadores y grabadoras”.²⁴¹

Al respecto, el magistrado decidió “(i) Declarar que la versión libre es una diligencia pública. (ii) Ordenar que una vez las víctimas acrediten esa

²⁴⁰ Por ejemplo, en algunas versiones, así como ocurrió en Barranquilla a finales de 2007, el mismo versionado solicitó información a las víctimas, para poder esclarecer la identidad de personas asesinadas y que se tenían como N.N. En otro caso, en septiembre de 2009 en Medellín, la fiscal delegada indagó por la muerte de 14 personas asesinadas en 1996 y señaló que el desmovilizado no se había referido a la totalidad de las víctimas de esos hechos, instándolo para que “hiciera memoria”, toda vez que los homicidios referidos no coincidían con lo denunciado por las víctimas.

²⁴¹ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 2 de octubre de 2007, radicado n° 27484, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

condición, sus representantes pueden asistir a la sala de la versión para que se atienda a las sugerencias de aquellas frente al interrogatorio del postulado. (iii) Como consecuencia de lo anterior, no decretar la nulidad solicitada y ordenar que el proceso siga su curso”.²⁴² Esta decisión fue recurrida en apelación por los representantes de las víctimas, lo cual dio lugar al auto que se ha referido.

En esta oportunidad, la Sala de Casación Penal precisó que, no obstante las víctimas tienen derechos cuyo respeto es ineludible, la garantía de los mismos se va consolidando a medida que el proceso avanza, puesto que el grado de participación en las diligencias, tanto de las víctimas como de sus representantes, varía en cada etapa conforme a la estructura del proceso, sin que esto implique su vulneración. Así las cosas, la Corte es enfática en afirmar que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 5 de la Ley 975, la calidad de víctima depende “indiscutiblemente, de que la persona haya sufrido daños directos, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales y que tales daños sean la ‘consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados al margen de la ley’”.²⁴³

Esta condición, reitera igualmente la Sala, deberá demostrarse aunque sea sumariamente. Así, “según los lineamientos del Decreto reglamentario de la LJP, cuando, decantada la investigación y formulada la imputación, el fiscal haya especificado los comportamientos y, como consecuencia de ellas, las víctimas a quienes deben serles restablecidos sus derechos”.²⁴⁴

De esta manera, se debe tener en cuenta que la versión libre se surte en momentos en que la Fiscalía se encuentra apenas adelantando actividades de investigación, que no permiten asegurar quién o quiénes ostentan la calidad de víctimas y quiénes no. De esta forma, aunque desde el principio del proceso se reconoce a las víctimas una serie de derechos, entre ellos, a “ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas, a recibir desde el primer contacto con las autoridades información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del delito, a ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal”, etc., no se debe perder de vista que su ejercicio no puede desconocer la dinámica del proceso e interferir así con la labor de la fiscalía con relación a la construcción de la verdad.²⁴⁵

²⁴² *Ibídem.*

²⁴³ *Ibídem.*

²⁴⁴ *Ibídem.*

²⁴⁵ *Ibídem.*

Es por esto que las víctimas pueden estar presentes en la versión libre y manifestar sus inquietudes por medio de sus representantes; inquietudes que, además, deberán ser canalizadas por el fiscal del caso. Pero la versión libre, debe decirse, y así lo precisa la Corte Suprema de Justicia, no puede convertirse en un “careo”, ni en un interrogatorio al estilo de lo que puede suceder en una audiencia de juicio oral en el contexto de un proceso penal ordinario, en donde se trata de controvertir una prueba.²⁴⁶

Ahora bien, respecto de la metodología, en virtud de la cual el fiscal transmite al versionado las inquietudes y comentarios de las víctimas, ésta ha presentado inconvenientes. En este sentido, se ha observado que las víctimas, por su condición sociocultural, no siempre redactan en forma adecuada las preguntas o éstas no son lo suficientemente legibles y claras, de manera que, cuando el fiscal procede a leer las preguntas para formularlas al versionado, en muchas ocasiones no entiende la letra, no logra descifrar el sentido de la pregunta o el contexto de la misma, optando el operador judicial, en últimas, por no formularla y pasar a la siguiente, lo cual deja a las víctimas sin conocimiento sobre el paradero de sus familiares. De la misma manera ha ocurrido que, cuando el versionado evade una pregunta que proviene de las víctimas, no siempre el fiscal se muestra igual de insistente para instar al procesado a que responda de forma adecuada, que cuando se trata de las preguntas que él mismo realiza.²⁴⁷

Es importante mencionar el art. 6 de la Resolución n° 0-2296 de 2007, proferida por la Fiscalía General de la Nación. En esta norma se establece la obligación para los fiscales de velar por el respeto a las víctimas durante las versiones libres:

“La circunstancia de que la víctima esté en lugar diferente a la sala de versión, no releva al fiscal del caso de su obligación de velar por que el postulado se refiera a ella con respeto a la dignidad humana y de solicitar la corrección inmediata de expresiones injuriosas, calumniosas o que signifiquen menoscabo a su integridad moral”.

²⁴⁶ En este punto la Sala de Casación Penal presentó una consideración algo confusa sobre el valor probatorio de lo dicho por el desmovilizado en la versión libre: “Solamente constituye medio de prueba, una vez es rendida por el indiciado con todas las formalidades de ley. Esto es, en su formación la versión no estructura una prueba. Exclusivamente pasa a tener ese carácter cuando finaliza, y como las partes solamente pueden controvertir pruebas, surge incontrastable que tratándose de la versión la controversia pueden proponerla luego de rendida, no antes”. *Ibidem*.

²⁴⁷ Este tipo de situaciones se pudieron observar en versiones libre realizadas en Medellín entre 2007 y 2008.

En este sentido, resulta ilustrativo el comportamiento del fiscal que presidió una de las versiones en donde se constataron dificultades con la transmisión a la sala de víctimas, llevada a cabo en Santa Marta en febrero de 2010: el funcionario se acercó al lugar donde se encontraban, se disculpó por los percances técnicos, les informó sobre el derecho que tienen a formular preguntas y les explicó la zona y las fechas exactas en que el postulado delinquirió con el bloque al cual pertenecía. Esta contextualización parece ser muy útil para promover el goce efectivo de los derechos de las personas afectadas por el accionar paramilitar y que concurren a los procesos de Justicia y Paz.

Así mismo, por ejemplo, en una de las versiones observadas en Barranquilla, en noviembre de 2007, la persona que se encontraba rindiendo la versión libre contestó en los siguientes términos a una de las preguntas hechas por la madre de una víctima de homicidio: “se trató de un guerrillero, un subversivo, un narcotraficante”. La fiscal que presidía la diligencia intervino para llamar la atención del versionado y solicitarle que no se refiriera a ninguna persona con prejuicios ni despectivamente. Sostuvo la funcionaria que “éste es un proceso de construcción y reconciliación, de búsqueda de la verdad, pero la verdad no es ni lo que usted dice ni lo que los intervinientes dicen, la verdad es lo que se investigará y documentará”. Así las cosas, es importante resaltar el esfuerzo generalizado que hacen los fiscales de Justicia y Paz para procurar un trato respetuoso y digno por parte de los versionados hacia las víctimas.

La versión libre es, en suma, una de las actividades de investigación que adelanta la Fiscalía; en esta medida, “las víctimas empiezan a interactuar con la fiscalía desde el momento en que se les va suministrando la información que de manera progresiva vaya recopilando el ente instructor”. En consecuencia, esta etapa procesal, en palabras de la Corte, “no se caracteriza por la confrontación dialéctica entre el desmovilizado y las víctimas”, lo cual “es propio de la imputación y del juicio”.²⁴⁸ Se debe advertir que con esto se pretende, no solamente generar el espacio para que sea la Fiscalía General de la Nación quien establezca la veracidad de lo confesado, aunque, claro está, teniendo en cuenta las inquietudes y los aportes de las mismas víctimas, sino también se busca evitar procesos de revictimización.

No se puede dejar de advertir, además, que a pesar de los esfuerzos hechos por la Fiscalía General de la Nación para evitar o atender este tipo de

²⁴⁸ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 2 de octubre de 2007, radicado n° 27484, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

situaciones, en etapas posteriores del proceso penal no se observa lo mismo. Así, por ejemplo, en audiencia para la legalización de la aceptación de cargos realizada en Bogotá a principios de 2010, se presentó la siguiente situación: ante la asistencia de tres víctimas de desplazamiento a la sala de audiencias, la magistrada de la Sala de Conocimiento que presidía la diligencia les hizo pasar al estrado y presentarse públicamente, usando incluso el mismo micrófono del lugar en donde estaba sentado el desmovilizado; es decir, su victimario. Posteriormente volvió a pedirles que se acercasen al estrado y les interrogó, lo cual generó una situación de confrontación, casi un “careo”, entre víctima y victimario.

La Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre este punto. Así, en sentencia n° T-049 de 2008, donde se reitera la imposibilidad de que las víctimas interroguen directamente a los desmovilizados durante la versión libre, la Corte Constitucional, de manera similar a como lo hizo la Corte Suprema, consideró que las víctimas no pueden interrogar a los procesados en atención a la estructura y sentido del proceso penal de Justicia y Paz, por lo cual no resultaba contraria a la Constitución Política esta limitación:

“El hecho de que las víctimas, sólo puedan interrogar, solicitar aclaraciones y verificaciones, mediante el Fiscal investigador y no por sí mismas, no viola sus derechos fundamentales, si se tiene en cuenta la forma como puede actuar la víctima en el proceso penal con tendencia acusatoria, el rol que le asignó a la Fiscalía General de la Nación el Acto Legislativo número 3 de 2002 y las características del nuevo proceso penal.

En efecto, como lo ha advertido esta Corporación en diferentes oportunidades, la etapa de la investigación no se caracteriza por la confrontación de partes, sino porque su objetivo es averiguar y verificar la veracidad de lo ocurrido”.²⁴⁹

1.7.4.2. REQUISITOS Y CONDICIONES PARA LA ASISTENCIA DE LAS VÍCTIMAS A LA VERSIÓN LIBRE

Otro aspecto importante, relacionado con el rol de las víctimas durante la diligencia de versión libre, es su carácter reservado y la posibilidad de ser puesta en conocimiento de la comunidad en general, por medio de transmisiones a través de los medios de comunicación. En la sentencia n°

²⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia n° T-049 del 24 de enero de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

T-049 del 24 de enero de 2008, se repite nuevamente el debate sobre la posibilidad de que las víctimas interroguen directamente a los versionados y se profundiza en la discusión sobre la transmisión de las versiones. En esta ocasión, los accionantes incluyeron dentro de sus pretensiones, que se declarara la inaplicación de los artículos 4 a 9 de la Resolución n° 0387 de 2007, expedida por el Fiscal General de la Nación, de los artículos 4 (inciso b), 5 y 6 de la Resolución n° 3998 de 2006 de la Fiscalía General de la Nación y de los artículos 3 y 4 del Decreto n° 315 de 2007.

Los accionantes también solicitaron:

“1. La transmisión en directo por radio, Internet y televisión, y sin ninguna clase de edición, de las audiencias de versión libre que se realicen después de la notificación del fallo. Respecto de aquellas que ya se hayan realizado, se deberán transmitir en diferido por los mismos medios, también sin ningún tipo de edición. 2. Permitir la participación de las víctimas de los grupos paramilitares en las audiencias de versión libre, sin ningún tipo de condiciones, como el registro previo en una base de datos o la acreditación del daño causado. 3. Establecer durante la versión libre una fase durante la cual las víctimas o sus representantes puedan interrogar y contrainterrogar directamente al desmovilizado. 4. No limitar el derecho a la representación de las víctimas a dos abogados”.²⁵⁰

Para abordar el estudio, la Corte Constitucional propuso tres cuestiones centrales. En primer lugar, aclaró la Corte que la publicidad en los procesos penales, por regla general, admite excepciones; en segundo lugar, que la etapa de investigación en los procesos penales es reservada para la comunidad en general, pero no para las víctimas, “quienes pueden conocer las diligencias dirigidas a indagar sobre la verdad de lo sucedido para hacer eficaz la justicia del Estado”; y, en tercer lugar, que las restricciones a las víctimas en los procesos penales de Justicia y Paz pueden no ajustarse a la Constitución, si no superan el criterio de proporcionalidad respecto de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.²⁵¹

²⁵⁰ *Ibídem.*

²⁵¹ Con relación al caso concreto, ante la denegación de expedición de copias a los accionantes dentro de un proceso penal de Justicia y Paz, la Corte sostuvo: “Contrario a lo afirmado por los demandantes, a juicio de esta Sala, los fiscales delegados negaron la solicitud de copias de las versiones libres no porque las víctimas no puedan acceder a ellas, sino porque éstas resultan reservadas para quienes no ostenten ese carácter. Nótese, que la lectura de los artículos 4° a 9° de la Resolución 0387 de 2007 del Fiscal General de la Nación, que realizan los fiscales a que se ha hecho referencia, se ajusta perfectamente a la ley y la Constitución, porque reconoce que, en principio, la versión libre es una diligencia reservada para el público en general, pero no para las víctimas, quienes pueden acceder a

Las normas objeto de discusión regulan la participación de las víctimas en las versiones libres de Justicia y Paz. Así, el art. 4 de la Resolución n° 0387 de 2007 de la Fiscalía General de la Nación, establece la transmisión en directo de las versiones libres a una sala en donde estarán ubicadas las víctimas que deseen asistir a la diligencia, quienes estarán obligadas a respetar la reserva del caso. El art. 5 prohíbe el acceso a la salas de víctimas a personas “distintas a aquellas que por mandato legal tienen derecho a participar o intervenir en la citada diligencia”.

El art. 6 establece la posibilidad de transmitir en diferido las versiones libres a través de radio, televisión o Internet. El art. 7 permite realizar ciertas restricciones a la transmisión que se hace de la versión libre en directo a las víctimas, cuando de lo dicho por el versionado se puedan generar perjuicios para las propias víctimas o para terceros, así como cuando el contenido de lo narrado pueda afectar las investigaciones penales o la defensa y soberanía nacionales. El art. 8 le impone a la oficina de divulgación y prensa de la Fiscalía General de la Nación, el deber de “disponer los mecanismos necesarios para que la transmisión” de las versiones esté precedida de información y aclaraciones, con el fin de hacer pedagogía a la comunidad en general. Finalmente, el art. 9 establece que la Comisión Nacional de Televisión destinará los espacios necesarios a la Fiscalía para la transmisión en diferido de las diligencias de versión libre.

Con esta regulación queda claro entonces, que la versión libre en Justicia y Paz no es una actuación pública y que está sometida a reserva. Sin embargo, el carácter reservado no tiene el mismo alcance que en actuaciones procesales ordinarias. En atención a la construcción colectiva de la verdad y a que existen víctimas que no se pueden desplazar hasta el lugar de la versión, es permitida la transmisión siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en la Resolución n° 0387 de 2007.

Para la Corte Constitucional, estas normas no vulneran derechos constitucionales de las víctimas por las siguientes razones:

- “i) La reglamentación objeto de estudio garantiza el derecho de las víctimas a conocer la versión libre de los desmovilizados, tal y como la jurisprudencia constitucional y la ley lo señalan (...) ii) La limitación a la publicidad de la diligencia de versión libre en

una copia de la misma. Para ello, las víctimas deben hacer el mínimo esfuerzo para comprobar su calidad, que no es otra cosa que la demostración de la legitimación para acceder a ella. En vista de que, en los dos casos traídos a consideración de la Sala por el apoderado de los accionantes, no se demostró la condición de víctima ante el Fiscal competente, era lógico deducir que la diligencia de versión libre estaba amparada por la reserva de la investigación y que, por lo tanto, no procedía la entrega de la copia”. *Ibidem*.

los medios de comunicación simplemente desarrolla el principio legal de reserva de esas diligencias (...) iii) No existe obligación legal ni constitucional que imponga el deber de ubicar a las víctimas y a los desmovilizados en un mismo recinto (...) iv) El control ciudadano respecto de la eficacia de la justicia y el deber del Estado de sancionar los delitos de lesa humanidad no puede efectuarse en la versión libre del desmovilizado (...) v) El principio de publicidad está limitado en el proceso penal y sólo es exigible en su integridad cuando se trata de informar los resultados finales del proceso”.²⁵²

Sin embargo, no se pueden negar los problemas prácticos que ha tenido la transmisión en directo de las versiones libres a las salas de víctimas. Y es que el uso de los equipos no siempre ha sido el adecuado: en versión libre rendida en Medellín en junio de 2008, el técnico encargado de proyectar la señal de imagen a la sala de víctimas, se concentraba, en más de una ocasión, en enfocar distintos elementos de la sala en la que se estaba llevando a cabo la versión, en vez de enfocar a quienes en ella intervenían, lo que dificultaba seguir el hilo conductor de la diligencia. Así mismo, en versión libre adelantada también en Medellín, a comienzos de 2009, la transmisión a la sala de víctimas fue posible únicamente después de haber pasado dos horas y cuarenta y cinco minutos de haberse iniciado.

El Área constata, no obstante, la ingente cantidad de recursos que son necesarios para la puesta en marcha de estos equipos y el esfuerzo para su adecuación. Para ilustrar lo dicho, se menciona lo sucedido en diligencia de versión libre rendida de manera conjunta por tres desmovilizados del Bloque Norte de las AUC a principios de 2010 en Santa Marta. En este caso, la transmisión para las víctimas se realizó en directo hasta el municipio de mayor influencia de los versionados (Pivijay, Magdalena), donde cerca de cien personas acudieron a la sala de víctimas acondicionada en dicho lugar; además, el fiscal tuvo que ordenar que se improvisara un espacio suficiente para las víctimas que se presentaron en el lugar de la versión, razón por la cual se adecuó la sala de espera del edificio de la Unidad de Justicia y Paz del Magdalena.

En esta diligencia también se presentaron problemas con la transmisión para las víctimas, sin embargo no se dio inicio a la versión hasta que esta dificultad no fue solucionada y el fiscal tomó la decisión, por respeto a las víctimas como él mismo lo manifestó, de comenzar la actuación con las preguntas que ellas habían formulado. Otro dato de esta diligencia es ilustrativo: durante algunos de los relatos que realizaron los versionados,

²⁵² *Ibídem.*

se presentaron fuertes reacciones por parte de las víctimas, algunas celebrando las declaraciones de los procesados y otras abucheándolos. Experiencias como esta ayudan a entender la importancia de contar con una logística adecuada, para que las víctimas puedan conocer lo confesado por los desmovilizados, sin que esto obstaculice la actuación de los funcionarios judiciales. Medidas como la creación de las salas de víctimas adquieren sentido en contextos de este tipo.

Por otro lado, en la Resolución n° 3998 de 2006 se establece que “de conformidad con los instrumentos internacionales el acceso a la víctima a la sala de versión libre deberá estar precedido de la demostración sumaria del daño concreto y específico que pretenda conocer y sea reparado, como también de la renuncia expresa a la garantía de preservar su identidad” (art. 5); además, que “si en relación con un solo hecho existiere pluralidad de víctimas el fiscal del caso les solicitará, previamente y con suficiente antelación a la diligencia de versión libre, designar hasta dos (2) abogados que las representen” (art. 6).

De la misma manera, en el Decreto n° 315 de 2007 se establece, en los artículos 3 y 4, que las víctimas deberán acreditar su condición para poder intervenir en los procesos que se adelanten de acuerdo con la Ley 975 de 2005; de igual forma, se enuncian una serie de documentos mediante los cuales se puede realizar esta acreditación.²⁵³

Nuevamente, con relación a estas disposiciones, la Corte Constitucional consideró que las normas para acceder a la información recaudada en las diligencias de versión libre rendidas por los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, no afectan los derechos fundamentales de los accionantes y se ajustan a la Constitución. Para la Corte, estas medidas atienden a un fin constitucionalmente válido, razón por la cual resultan razonables, al tiempo que se muestran como necesarias, idóneas y proporcionales en sentido estricto, por lo que, en términos generales, también cumplen con el principio de proporcionalidad.²⁵⁴

²⁵³ Como documentos para realizar la acreditación, el art. 4 del Decreto n° 315 de 2007 establece, entre otros: (i) certificación expedida por autoridad judicial, administrativa, de policía o por el Ministerio Público que dé cuenta de los hechos que le causaron el daño; (ii) copia de la providencia judicial por medio de la cual se ordenó la apertura de la investigación, impuso medida de aseguramiento, o se profirió resolución de acusación o sentencia condenatoria, o del registro de audiencia de imputación, formulación de cargos, o individualización de pena y sentencia, según el caso, relacionada con los hechos por los cuales se sufrió el daño; y (iii) certificación sobre la vecindad o la residencia respecto del lugar y el tiempo en que presuntamente ocurrieron los hechos que produjeron el daño, la cual deberá ser expedida por la autoridad competente del orden municipal.

²⁵⁴ “La acreditación de la condición de víctima mediante la demostración sumaria del daño causado es una medida necesaria y adecuada para lograr la eficacia de la investigación

2. AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN

La figura de la formulación de imputación se introduce en el ordenamiento jurídico colombiano, como consecuencia de la reforma al proceso penal ordinario adoptada mediante el Acto Legislativo n° 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004. En ésta, se estableció un modelo de tendencia acusatoria, el cual consiste, principalmente, en la consagración del principio acusatorio o separación entre las funciones de investigación y acusación respecto de las funciones de juzgamiento.

Al establecer la Constitución de 1991, en su art. 29, que se garantiza el derecho de defensa durante la investigación y el juzgamiento, se hizo necesaria una etapa procesal que no es común en los modelos acusatorios tradicionales, denominada formulación de imputación. De acuerdo con el art. 286 de la Ley 906 de 2004, éste es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías. Así, según establece el art. 287 del Código de Procedimiento Penal, esto ocurre cuando, de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se puede inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. En este sentido, la formulación de imputación es un acto de comunicación con importantes consecuencias procesales, puesto que, entre otras, con el mismo se “activa” el derecho de defensa y se interrumpe la prescripción, por lo que, incluso, ha sido discutido si éste es el momento en el que inicia formalmente el proceso penal. En todo caso, la cuestión fundamental es que se trata de una audiencia esencial dentro del proceso, en la cual se hace una precisa descripción de los hechos, los que se enmarcan en un tipo penal específico con el fin de direccionar, no sólo la investigación, sino en general todo el debate procesal.

2.1. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN EN EL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ

En el marco del proceso penal de Justicia y Paz, la audiencia de formulación de imputación es la primera de las denominadas audiencias preliminares –art. 13 de la Ley 975 de 2005–, que se surten ante los magistrados de

y la protección de los derechos a la intimidad y buen nombre de las víctimas, porque sin limitación ‘todos los interesados’ podrían asistir a diligencias teóricamente reservadas y se desprotegerían los derechos que se quieren proteger (...). La Sala considera que la medida objeto de estudio es proporcional en sentido estricto porque no sacrifica valores, principios y derechos de mayor peso o especial protección constitucional”. Corte Constitucional, sentencia n° T-049 del 24 de enero de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

control de garantías. A su vez, se entiende que éste es el acto mediante el cual se informa al postulado sobre la existencia de una investigación en su contra, por delitos en los cuales pudo tener alguna participación.²⁵⁵ El art. 18 de la Ley 975 de 2005 indica que:

“Cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física, información legalmente obtenida, o de la versión libre pueda inferirse razonablemente que el desmovilizado es autor o partícipe de uno o varios delitos que se investigan, el fiscal delegado para el caso solicitará al magistrado que ejerza la función de control de garantías la programación de una audiencia preliminar para formulación de imputación. En esta audiencia, el fiscal hará la imputación fáctica de los cargos investigados y solicitará al magistrado disponer la detención preventiva del imputado en el centro de reclusión que corresponda”.²⁵⁶

En la práctica cotidiana de Justicia y Paz, algunos magistrados de control de garantías, haciendo uso del principio de complementariedad establecido en el art. 62 de la Ley 975 de 2005, han hecho remisión a las normas del Código de Procedimiento Penal (Ley 906), para realizar exigencias procesales y probatorias no previstas en la Ley 975 de 2005.²⁵⁷ De esta manera, con fundamento en los artículos 286 a 288 del Código de Procedimiento Penal, algunos magistrados consideraban que la Fiscalía debía demostrar, al momento de formular la imputación, con suficientes elementos de prueba, que el imputado era autor o partícipe de las conductas delictivas que se investigaban. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, consideró que estas exigencias resultaban desproporcionadas frente a la propia normatividad que regula el trámite del proceso penal especial de Justicia y Paz, pues con dicha obligación se estaría desconociendo la complejidad de la reconstrucción de los hechos que son esclarecidos en Justicia y Paz, los cuales obligan a los operadores jurídicos a “adelantar exámenes de contexto y a la flexibilización de los umbrales probatorios, no sólo respecto de la comprobación del relato del

²⁵⁵ La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha aclarado que, si bien está ante un acto de comunicación, esto no significa que “se trate de una información abreviada de hechos que impidan su cabal entendimiento en términos de probabilidad de responsabilidad penal. Los hechos de los que se da traslado al imputado deben abordar las características delictivas que se le atribuyen provisionalmente y que se están investigando. Su finalidad es la formalización de la iniciación de la investigación penal”. CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 8 de junio de 2007, radicado n° 27484, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

²⁵⁶ Art. 18, Ley 975 de 2005.

²⁵⁷ Como se ha reseñado, el art. 62 de la Ley 975 de 2005 estipula que, para todo lo no dispuesto en dicha ley, “se aplicará la Ley 782 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal”.

postulado, sino, sobre todo, del daño causado, el que deberá acreditarse con medios propios de la justicia transicional”.²⁵⁸

De otra parte, en esta diligencia se puede tramitar, también, la adopción de medidas cautelares sobre los bienes que hayan sido entregados para efectos de la reparación de las víctimas, al tiempo que se interrumpe la prescripción de la acción penal (tal como ocurre en el proceso ordinario, según el art. 292 de la Ley 906 de 2004).²⁵⁹ A su vez, en la misma se permite la participación de las víctimas, siendo necesario que, de acuerdo con el art. 5 del Decreto n° 315 de 2007, manifiesten previamente, en forma expresa ante el fiscal delegado que corresponda, la renuncia a la garantía de preservar su identidad.

De igual forma, la audiencia de formulación de imputación también se puede solicitar, “cuando el desmovilizado que no registre orden o medida restrictiva de la libertad, durante la versión libre confiese delito de competencia de los jueces penales del circuito especializado”.²⁶⁰ Así, en estos casos el fiscal deberá solicitar la audiencia para formular la imputación del delito o de los delitos confesados por el postulado y solicitar la medida de aseguramiento correspondiente, así no haya finalizado la etapa de versión libre. En este orden de ideas, el magistrado de control de garantías acepta la imputación, decreta la medida de aseguramiento y ordena que se continúe la diligencia de versión libre del postulado para que, una vez agotada ésta, se imputen los nuevos cargos que surjan en dicha diligencia.²⁶¹

2.2. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN

Durante la audiencia de formulación de imputación, el fiscal debe realizar la individualización del postulado, adelantar una reseña general del bloque o frente con el cual se desmovilizó, un esquema general del accionar delincuencia del mismo, así como de su financiamiento, las escuelas de entrenamiento y la forma en que obtenían el armamento usado en desarrollo de su actividad. Igualmente, el fiscal debe delimitar las funciones que cumplía el postulado en la organización ilegal y realizar

²⁵⁸ CSI, Sala de Casación Penal, auto del 12 de mayo de 2009, radicado n° 31150, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

²⁵⁹ El art. 18 de la Ley 975 de 2005 fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia n° C-370 de 2006, salvo la expresión “de procedencia ilícita que hayan sido entregados”, que se refería a los bienes para reparar a las víctimas.

²⁶⁰ Parágrafo, art. 5, Decreto n° 4760 de 2005.

²⁶¹ Parágrafo, art. 5, Decreto n° 4760 de 2005.

un recuento de las diligencias de versión libre llevadas a cabo, así como hacer referencia al cumplimiento de los requisitos de elegibilidad por parte del postulado.²⁶² Acto seguido, el fiscal del caso deberá iniciar la imputación de cada uno de los delitos confesados por el postulado durante la diligencia de versión libre.

En este punto es necesario aclarar que, aun cuando la norma hace énfasis en que la imputación requerida es, sobre todo, de tipo fáctico, tal como ocurre en el procedimiento penal ordinario, se entendió que, en aras de respetar verdaderamente el derecho de defensa del postulado, la imputación, además de ser fáctica, debe tener una fundamentación jurídica, por lo que se exige enmarcar las conductas en tipos penales específicos.²⁶³

Por tanto, el magistrado de control de garantías debe dar traslado a las partes y demás intervinientes, para que hagan las manifestaciones que estimen pertinentes respecto de la intervención y de las peticiones de la Fiscalía. Posteriormente, el magistrado decidirá si las imputaciones formuladas al postulado fueron realizadas en forma legal, para así dar paso al inicio de la etapa de verificación establecida en la Ley 975 de 2005. Finalmente, el magistrado también deberá decidir si son procedentes las peticiones realizadas por el fiscal, relacionadas con la imposición de medida de aseguramiento y medidas cautelares.

Ahora bien, en la observación adelantada por el Área, se ha verificado, en términos generales, que se han utilizado dos formas de proceder en la presentación de las conductas a imputar y su posterior aprobación por parte de los magistrados. Así, por ejemplo, en dos audiencias de formulación de imputación realizadas ante un magistrado de control de garantías en Medellín, se observó que, sólo hasta el final de la presentación por parte de la fiscal delegada, el magistrado otorgó el uso de la palabra a las partes e intervinientes para que se pronunciaran respecto de las imputaciones realizadas, para luego proceder a declarar la legalidad de la actuación.

²⁶² Artículos 10 y 11, Ley 975 de 2005.

²⁶³ En este sentido ver: CSJ, Sala de Casación Penal, sentencia del 20 de octubre de 2005, radicado n° 24026, M.P. Mauro Solarte Portilla. De igual forma, sobre la discusión que tuvo lugar en los primeros meses del año 2005, cuando comenzaba a operar el sistema penal acusatorio en nuestro país, ver: Alejandro Aponte Cardona, *Captura y medidas de aseguramiento: el régimen de libertad en la nueva estructura procesal penal de Colombia*, Bogotá, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2006. La versión en línea del mismo se encuentra disponible en: <http://www.ejrlb.net/medios/foros/006.pdf>. En este trabajo se acentúa el carácter eminentemente jurídico de la noción misma de imputación. Se debe recordar siempre, por ejemplo, la noción alemana de Zurechnung, precisamente desarrollada con toda sistematicidad por Hans Kelsen y que supone el ascenso en el “Deber Ser” de hechos o sucesos que ocurren en el mundo del “Ser”. Es decir, es el propio ejercicio de imputar el que da cabida en el mundo del derecho, a los diversos hechos que han tenido lugar en la realidad social.

Por su parte, en audiencia de formulación de imputación presidida en septiembre de 2009 por otro magistrado de control de garantías en Barranquilla, la metodología empleada consistió en otorgar el uso de la palabra a las partes e intervinientes después de realizada la imputación de cada uno de los delitos, para que se pronunciaran sobre las conductas objeto de imputación. En otras palabras, a medida que la fiscal presentaba la imputación de una conducta, el magistrado otorgaba la palabra a las partes e intervinientes para que manifestaran lo que consideraran pertinente respecto de cada una de ellas, con el fin de declarar la legalidad formal de las imputaciones realizadas una por una.

Se podrían señalar aspectos más positivos de una metodología que de la otra; sin embargo, lo que se desea resaltar aquí de la existencia de diversas técnicas para desarrollar la audiencia de formulación de imputación, es que las estrategias de dirección de la misma, implementadas por los magistrados de control de garantías, son desarrolladas, en la mayoría de los casos, bajo la incertidumbre de si se debe o no abrir un espacio para que los intervinientes discutan la formulación de imputación presentada por el ente acusador, sin que por esto se vulnere el derecho de las víctimas a participar de manera activa en el proceso, inclusive a través de sus defensores o sin obstaculizar la construcción colectiva de la verdad sobre los hechos objeto de imputación.

No obstante, se debe tener en cuenta que, en la práctica, esta situación ha permitido una interesante dinámica entre los distintos actores e intervinientes, puesto que, aun cuando no es posible para éstos controvertir directamente la imputación realizada por el fiscal, al ser ésta un acto de comunicación, sí han participado y hecho aportes interesantes sobre la calificación jurídica de los hechos imputados. Este ha sido un ejercicio de colaboración al fiscal para que las imputaciones sean realizadas de una mejor manera.

Así, entonces, es precisamente la participación de los intervinientes en las audiencias, lo que permite verificar las dificultades que presentan los complejos delitos que son imputados en el proceso de Justicia y Paz, considerando que en las distintas diligencias de formulación de imputación a las que ha asistido el Área, se han presenciado interesantes discusiones, de tipo académico, en las que, de manera técnica y teórica, las partes y demás intervinientes proponen la forma más idónea de adecuación típica de las conductas que se dan a conocer en esta etapa procesal.

De otro lado, en cuanto al rol de los magistrados de control de garantías, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisión del 12 de mayo de 2009, aclaró el alcance y la importancia de sus funciones.

La Sala señaló que dichos funcionarios deben, en el juicio de legalidad formal de la imputación, constatar que el postulado hizo parte de un grupo armado organizado al margen de la ley, que se desmovilizó con el fin de contribuir decisivamente a la reconciliación nacional, que el Gobierno Nacional certificó su postulación y que los hechos imputados, en su integridad, se cometieron durante y con ocasión de la pertenencia al grupo. Así, se agrega, que “estos aspectos preliminares son de obligatoria verificación por parte del magistrado con función de garantías, porque solamente satisfechas esas premisas, puede afirmarse que el postulante accederá a los beneficios previstos en la ley”.²⁶⁴

Igualmente, sobre el juicio de legalidad de la imputación, la Sala de Casación Penal recordó que el examen del magistrado de control de garantías está referido a los “motivos fundados”, que permiten la inferencia razonable de la probable autoría o participación del procesado en los hechos imputados, dejando claro que tal examen no supone un pronunciamiento de responsabilidad, pero sí un juicio lógico de probabilidad que adelante el fiscal ante el magistrado, con el fin de que se imparta legalidad a la imputación.²⁶⁵

2.3. FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN Y ACEPTACIÓN DE CARGOS EN JUSTICIA Y PAZ: DOS MOMENTOS PROCESALES DIFERENTES

La Sala de Casación Penal ha sido enfática al reiterar, en su jurisprudencia, la importancia de cada una de las etapas procesales y la imposibilidad de fusionarlas, señalando así que cada una responde a un objetivo concreto en el proceso penal especial de Justicia y Paz.

En este sentido, por ejemplo, en decisión del 8 de junio de 2007, en el marco del caso de alias “El Loro”, la Sala de Casación Penal se pronunció sobre la afectación al debido proceso cuando, en audiencia de formulación de imputación, el magistrado realiza actuaciones propias de la audiencia de formulación de cargos. En esta audiencia el magistrado le preguntó al imputado si aceptaba o no los cargos; en razón a que el postulado únicamente aceptó algunos de ellos, el magistrado negó la medida de aseguramiento y decidió decretar la ruptura de la unidad procesal. Para la Corte, en este caso,

²⁶⁴ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 12 de mayo de 2009, radicado n° 31150, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

²⁶⁵ *Ibíd.*

“(…) el yerro reside en que el funcionario de primer grado fusionó, mezcló indebidamente en un solo acto procesal la formulación de imputación y la formulación de cargos, y por esa vía desnaturalizó la finalidad de las distintas e independientes audiencias preliminares reguladas expresamente en la ley 975 de 2005”.²⁶⁶

La Corte indicó que, si bien en el proceso ordinario la aceptación de cargos puede ocurrir desde la formulación de imputación, lo que de hecho se incentiva otorgando una rebaja punitiva mayor que la obtenida si la aceptación se hace en un momento posterior, en Justicia y Paz no se sigue la misma lógica. Es decir, en esta audiencia no está previsto confrontar al desmovilizado sobre la aceptación de los cargos, porque esto sólo es posible como consecuencia del principio de esclarecimiento de la verdad, permitiendo un espacio de participación a las víctimas y de investigación del propio ente acusador. Por esta razón la Sala afirmó que:

“Sólo cuando se despliegan las labores de verificación de los hechos admitidos y de investigación de todos aquellos hechos de los que se tenga conocimiento (los denunciados por las víctimas, los conocidos por la Fiscalía, etc.), de conformidad con el periodo de sesenta días (60) que prevé el inciso 3° del artículo 18 citado, hay lugar a solicitar la audiencia de formulación de cargos. Se trata de un requisito de procedibilidad que se corresponde con el principio procesal especial del esclarecimiento de la verdad, que consagra el artículo 15 de la Ley de Justicia y Paz (...).

En esta oportunidad procesal, no antes, se formulan los cargos, que comprenden una precisa y detallada imputación fáctica y adicionalmente una valoración jurídica frente a la cual el desmovilizado de manera espontánea, libre, voluntaria, y asistido por su defensor, decide qué cargos o delitos acepta”.²⁶⁷

Este criterio restringe los debates que pueden tener lugar en la audiencia de formulación de imputación, puesto que no es procedente en esta etapa ningún tipo de controversia sobre la responsabilidad penal del postulado. En ésta simplemente se comunica al procesado los hechos por los cuales se acusará en una futura oportunidad y, de acuerdo con esto, se vincula formalmente al proceso y se abre la posibilidad de decretar medidas de aseguramiento.

²⁶⁶ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 8 de junio de 2007, radicado n° 27484, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

²⁶⁷ *Ibidem*.

2.4. DIFICULTADES SUSCITADAS EN EL DESARROLLO PRÁCTICO DE LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN: ¿CONSTRUCCIÓN “COLECTIVA” DE LA IMPUTACIÓN?

Muchas de las dificultades que se han presentado en el desarrollo de la audiencia de formulación de imputación son comunes a todas las etapas del proceso penal de Justicia y Paz, puesto que, desde las mismas versiones libres e inclusive hasta las actuaciones procesales presididas por la Sala de Conocimiento en la etapa de juzgamiento, los problemas logísticos que se han presentado en buena parte son los mismos, derivados de la propia complejidad del proceso. Así, los retrasos en las remisiones de los postulados por parte del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), los *impases* derivados de las transmisiones a lugares distintos a la ciudad en la que se desarrollan las diligencias, los obstáculos generados por la falta de coordinación de los defensores públicos, entre otras situaciones, son constantes en estas audiencias.

Desde el punto de vista jurídico, también se han identificado varias dificultades. Sin embargo, la discusión más reiterada que se ha podido identificar (sin perjuicio de los debates a los que ha dado lugar las imputaciones parciales), está relacionada con el límite de la intervención de los magistrados, frente a la imputación presentada por los fiscales. Por ejemplo, en una audiencia de formulación de imputación realizada en agosto de 2009 en Medellín, en la cual se presentó la solicitud, por parte de una abogada defensora de víctimas, de incluir en la imputación unos hechos que no estaban previstos inicialmente, el magistrado se abstuvo de ordenar a la fiscalía que los imputara, no obstante estos hechos ya habían sido confesados. La representante de víctimas (abogada de la Defensoría del Pueblo) interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la aprobación de la imputación que había realizado el magistrado de control de garantías, debido a que la fiscal delegada no había incluido el delito de homicidio en concurso material heterogéneo y sucesivo con tentativa de homicidio, con ocasión de los hechos conocidos como la masacre de “El Aracatazo”, ocurrida en Chigorodó (Antioquia).

La abogada sustentó el recurso aduciendo que, en este caso específico y para los efectos de Justicia y Paz, ella representaba a siete víctimas; además, basó su petición en los derechos de éstas a la verdad y a la reparación, por lo que instó a la fiscal y al magistrado para que se formulara imputación por estos hechos. Según la abogada, en la versión libre el postulado ya había confesado su participación en esa masacre y, por la misma, existía sentencia condenatoria por veinte años, proferida en diciembre de 2008 en la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, el magistrado declaró improcedentes

los recursos y afirmó que su único papel en dicha actuación, así como su posterior decisión, se reducían a declarar la legalidad de la diligencia en relación con los cargos imputados por la Fiscalía, sin que pudiera entrar a modificarla ni a rechazarla. Por esta razón sugirió ampliar la versión libre, para luego sí proceder a imputar los nuevos hechos.

A partir de este caso, es importante ahondar más en la naturaleza de la audiencia de formulación de imputación, así como en las facultades de las que se encuentra revestido el magistrado que ejerce la función de control de garantías. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha indicado, en varias ocasiones, que estos magistrados deben ejercer una función activa que facilite el esfuerzo conjunto por reconstruir la verdad de los hechos. Por consiguiente, resulta válido formular los siguientes interrogantes: ¿qué debía hacer el juzgador frente a una situación como la reseñada?, ¿exhortar al fiscal a incluir los hechos confesados pero omitidos en la imputación?, ¿debían éstos ser incluidos, considerando que la formulación de imputación no es una instancia para conocer toda la verdad ocurrida, sino un acto de notificación de unos hechos que se imputan, sobre los cuales se formularán posteriormente cargos y que terminarán siendo fundamento de una condena? En conclusión: ¿qué nivel de verdad es posible alcanzar en esta diligencia?

Se ha discutido, entonces, si la formulación de imputación es sólo un acto de comunicación o si puede ser un espacio en el que se permita el debate de los intervinientes. Atendiendo a los objetivos del proceso penal de Justicia y Paz y a la confesión como punto de partida de este trámite, no se encuentra ningún inconveniente para que los intervinientes efectivamente participen y debatan, con el fin de fortalecer la labor adelantada por la Fiscalía General de la Nación. Ya se ha mencionado cómo, en varias de las audiencias observadas, la imputación es fruto del debate y de la retroalimentación de quienes intervienen en la diligencia, entre ellos el magistrado de control de garantías. El Área ha observado, incluso, que en algunas audiencias tienen lugar recesos para discutir y propiciar un mayor análisis sobre fórmulas correctas de imputación de las conductas. Temas arduos, como por ejemplo si una conducta constituye un homicidio en persona protegida o si constituye homicidio agravado, se han discutido en conjunto y se les ha buscado solución consensuada.²⁶⁸

²⁶⁸ Ver: Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, *Segundo informe, Parte I - Fórmulas de imputación de conductas delictivas que constituyen crímenes internacionales en el ámbito de Justicia y Paz*, CITpax, Madrid-Bogotá, noviembre de 2009, p. 71, en: http://www.toledopax.org/descargarfichero.php?fichero=CITpax_Segundo_Informe_Observatorio_DDR_Justicia_y_Paz_Colombia_noviembre_2009.pdf.

Ahora bien, tomando en cuenta las situaciones descritas en las audiencias observadas, resulta necesario atender los siguientes interrogantes: ¿qué hacer cuando, de los hechos descritos en la formulación de imputación, se vislumbra la participación del postulado en otras conductas que constituyen delitos pero sobre las cuales no se ha adelantado ninguna investigación?, ¿es posible formular imputación sobre ese nuevo hecho, tomando en cuenta aportes de sujetos intervinientes?, ¿se podría acudir a la figura de la imputación parcial (o provisional), con el fin de llevar a cabo una correcta investigación que permita determinar la responsabilidad del postulado y, con ello, garantizar el derecho a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas?

Estas discusiones demuestran que el legislador no previó todas las situaciones que se derivan de la aplicación de estas normas y que evidencian la complejidad de este proceso penal. Los operadores judiciales han buscado dar respuesta a los innumerables interrogantes y desafíos que se presentan en el manejo de la audiencia de formulación de imputación y, por esta razón, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema ha intentado determinar algunos requisitos que se deben observar en esta audiencia: una correcta y precisa descripción fáctica de los hechos que motivan la formulación de imputación y una adecuación típica que esté conforme a los hechos descritos, tomando en cuenta que, con el fin de aclarar todos los interrogantes, se cuenta con la etapa de verificación que sucede a la formulación de imputación.

2.5. RETOS DESDE LA PRÁCTICA A LA ESTRUCTURA PROCESAL: IMPUTACIONES PARCIALES

Con el fin de imprimir celeridad al proceso penal de Justicia y Paz, en beneficio tanto de las víctimas como de los postulados, y atendiendo al volumen masivo de crímenes cometidos con ocasión del conflicto armado colombiano y la violencia política y social que determina y cualifica el proceso, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha acudido a la figura de las “imputaciones parciales”. La posibilidad de solicitar audiencia de formulación de imputación cuando a lo largo de la versión libre se han confesado hechos sobre los cuales se cuenta con el suficiente material probatorio, ha contribuido notablemente al desarrollo de los procesos penales de Justicia y Paz que, de otra manera, de no poderse avanzar con la imputación hasta tanto no se diera la confesión completa por parte de los desmovilizados, estarían paralizados. Esta situación se pone de manifiesto en procesos penales que han necesitado años para poder agotar la versión libre.

La imputación parcial es una de las figuras que obedecen a la complejidad de los casos que se tramitan en Justicia y Paz, que demuestran cómo la capacidad del legislador de prever la dinámica de un proceso penal especial de estas características es limitada; así mismo, la discusión sobre las imputaciones parciales permite ilustrar cómo la estructura del proceso penal especial de Justicia y Paz ha sido definida desde la práctica misma. Como se ha dicho, las dificultades que han tenido que afrontar los distintos operadores judiciales en el desarrollo de las versiones libres es lo que ha llevado a buscar alternativas como las imputaciones parciales. La versión libre se adelanta en varias sesiones y no siempre de manera continua, de tal forma que cuando los fiscales ya han documentado casos que han sido confesados, para avanzar con el proceso se ha permitido imputarlos mientras la versión libre continúa sobre otros hechos.

La práctica judicial mostró cierta resistencia en algunos magistrados para aceptar esta figura y, además, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido ambigua. Por esta razón, el Área de Justicia del Observatorio, en su función no sólo de observación, sino de acompañamiento del proceso y promoción de discusiones y reflexiones con los operadores judiciales, ha sido especialmente activa en la defensa de esta metodología que propicia el avance de los procesos.

Se debe destacar que no se trata tanto de imputaciones o formulaciones de cargos realmente parciales, como si lo que allí se discute estuviera incompleto, sino de la provisionalidad en los cargos formulados, en espera de que sean debidamente ilustrados otros casos o hechos confesados o ventilados en las versiones libres. No es parcial, en la medida en que son casos debidamente terminados y documentados aquellos que llevan a la imputación o formulación provisional. Así operan, además, tribunales que trabajan temas de macrocriminalidad. En investigaciones adelantadas en países europeos contra individuos inmersos en actividades terroristas, por ejemplo, se han imputado hechos y formulado cargos a sujetos acusados, en principio, por un número considerable de acciones terroristas, por aquellos casos debidamente documentados e ilustrados, sin esperar, de manera inconsistente, a formular imputación o a acusar sólo cuando todos los hechos ventilados sean documentados hasta el último detalle. Se avanza con la evidencia obtenida, mientras se continúa en todo caso investigando el resto de los hechos.

Respecto de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal sobre las imputaciones parciales, como se señaló anteriormente, ésta no ha sido siempre uniforme y ello demuestra las tensiones surgidas en desarrollo de un proceso que se ha ido configurando en la práctica. La Sala Penal, en muy pocos meses, cambió en diversas ocasiones de posición, originando

desconcierto entre los operadores hasta el punto de que, incluso, como el Área constató en Medellín y Barranquilla especialmente, diversos fiscales no adelantaron audiencias ya previstas, pues no sabían exactamente qué hacer y cómo imputar cargos. A continuación se hará referencia a cada una de las etapas de la jurisprudencia de la Sala Penal sobre el asunto que se comenta.

2.5.1. PRIMERA ETAPA: PROCEDENCIA DE LAS IMPUTACIONES PARCIALES

Una primera etapa podría ubicarse a partir de la decisión proferida el 28 de mayo de 2008, mediante la cual la Sala de Casación Penal permitió una imputación parcial, en un caso en el que la Fiscalía no imputó el delito de concierto para delinquir.²⁶⁹

La discusión sobre la procedencia o no de las imputaciones parciales surgió a partir del debate sobre el delito de concierto para delinquir y el paramilitarismo. Así, en el auto del 28 de mayo de 2008, la Sala de Casación Penal afirmó que la Fiscalía debía imputar el tipo penal de concierto para delinquir agravado a los postulados ya que, al aplicarse la Ley 975 de 2005 a grupos armados organizados al margen de la ley, el debate judicial está referido a “fenómenos propios de la criminalidad organizada” y no a aspectos meramente individuales.²⁷⁰ En este sentido, de acuerdo con la Sala, “al omitirse la imputación del delito de concierto para delinquir agravado, la Fiscalía equivocadamente se sustrajo de emprender una instrucción propia y compleja contra la delincuencia organizada que se evidencia desde la propia versión libre del postulado”.²⁷¹

Para la Sala de Casación Penal, la atribución de responsabilidad penal por el delito de concierto para delinquir es esencial cuando se trata de sujetos que pertenecieron a grupos paramilitares. De hecho, afirmó la Sala, ésta es una condición para poder acceder al proceso penal de Justicia y Paz. Sin embargo, en este caso, a pesar de que la Fiscalía no había imputado este delito, la Sala decidió permitir que el proceso avanzara, para que las víctimas pudieran acceder al incidente de reparación integral más rápidamente. Efectivamente, con esta decisión la Corte Suprema quiso que las víctimas pudieran solicitar la apertura del incidente de reparación integral con mayor prontitud, sin necesidad de esperar a que se imputaran todos los hechos que el postulado cometió durante y con ocasión de su

²⁶⁹ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 28 de mayo de 2008, radicado n° 29560, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

²⁷⁰ *Ibídem.*

²⁷¹ *Ibídem.*

pertenencia al grupo armado ilegal. No obstante, en todo caso, llamó la atención a la Fiscalía para que,

“(…)por cuerda paralela y subsiguiente, se formulara la imputación que tanto la defensa como el Ministerio Público echan de menos, relativa al concierto para delinquir agravado, y las otras que surjan de las indagaciones sobre los daños colectivamente causados por la organización –durante y con ocasión de la militancia del señor WILSON SALAZAR CARRASCAL– conforme a las fronteras espaciales y temporales específicas de aquella”.²⁷²

Incluso, en este proceso se habían formulado cargos también de forma parcial, lo que llevó a que la Sala afirmara que, en la sentencia emitida a causa de esta formulación parcial de cargos, fuera suspendida la aplicación de la pena alternativa, la cual quedaría supeditada a que prosperara la actuación paralela que se debía surtir por las imputaciones omitidas.²⁷³ Es importante resaltar, tal como ocurrió en este caso, que la formulación parcial de imputación puede llevar a una formulación parcial de cargos, de donde es posible entrever, a partir de esta decisión, que inclusive la sentencia también puede ser parcial. De hecho, en una decisión posterior, la Sala de Casación Penal llegó a plantear la posibilidad de proferir sentencias parciales, como consecuencia de la imputación ocurrida de esta forma.²⁷⁴

Con posterioridad al auto del 28 de mayo del 2008, la Sala de Casación Penal profirió tres pronunciamientos en los que se comenzó a consolidar un criterio más o menos unívoco sobre las imputaciones parciales.

Así, en primer lugar, en auto del 23 de julio de 2008, la Corte Suprema de Justicia aclaró que la versión libre de los postulados puede ser llevada a cabo ante el fiscal en varias sesiones, de manera que, cuando ya se ha formulado imputación, nada impide que se rinda nuevamente versión libre en donde se confiesen hechos nuevos y, si de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, tiene

²⁷² *Ibíd.*

²⁷³ *Ibíd.*

²⁷⁴ “Así vista tal secuencia, parece obvio que una imputación parcial pueda concluir también en una sentencia parcial y en la imposición de una pena, que desde luego no cobijaría todos los hechos, pues algunos de ellos investigados y aceptados en la actuación originada en la ruptura de la unidad también comportarían la imposición de otra pena. La solución para efectos de una única sanción la regla el artículo 20 de la Ley 975, bien para acumular esos procesos independientes (de darse tal posibilidad) o –en extremo– para acumular las penas impuestas por separado, acudiéndose a los criterios que sobre la materia regula el Código Penal”. CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 23 de julio de 2008, radicado n° 30120, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

lugar la inferencia razonable de autoría o participación del desmovilizado frente a estos delitos, es posible realizar una nueva solicitud de audiencia, en la que se formule imputación por los hechos que recién se develan, sin que esto implique violación a las garantías fundamentales.²⁷⁵

En este mismo auto, la Sala de Casación Penal manifestó que para hacer posibles las imputaciones parciales, cuando se va a formular imputación por primera vez contra un postulado y aún quedan hechos que se están investigando, se debía decretar la ruptura de la unidad procesal, para que pudieran existir varios procesos contra el mismo postulado, cada uno de ellos adelantado a su propio ritmo, dependiendo del momento en que se diere la confesión y la formulación de imputación. Para la Sala, con la ruptura de la unidad procesal, “no se dejarán de investigar las conductas no confesadas, que de otra manera podrían caer en el silencio y el olvido precisamente por el volumen y complejidad de casos por investigar y verificar”.²⁷⁶

Así mismo, señaló que los “efectos prácticos de la ruptura de la unidad procesal también son positivos, porque se avanza más rápidamente en el trámite y solución de fondo del asunto”. Finalmente, afirmó la Sala que el principio de unidad procesal dispone que las conductas punibles conexas se investiguen y juzguen conjuntamente, pero su ruptura no genera nulidad siempre que no resulten garantías fundamentales afectadas.²⁷⁷

En auto del 9 de febrero de 2009, la Sala de Casación Penal resolvió el recurso de apelación presentado contra de la decisión de un magistrado de control de garantías de Medellín, en la que negó la formulación parcial de imputación contra un desmovilizado del Bloque Calima de las AUC, por los delitos de concierto para delinquir, porte ilegal de armas y homicidio. Según el magistrado, las imputaciones parciales no se pueden convertir en una fórmula para “dispensar la incapacidad o la negligencia de la Fiscalía frente a un proceso de desmovilización que lleva ya varios años sin producir los resultados esperados”.²⁷⁸ La Sala de Casación Penal revocó el auto apelado y aprobó la formulación parcial de imputación. Así, de acuerdo con la Sala:

“Desde una perspectiva ontológica, la imputación parcial es una parte posible de un todo procesal concebido con la potencia de

²⁷⁵ *Ibidem.*

²⁷⁶ *Ibidem.*

²⁷⁷ *Ibidem.*

²⁷⁸ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 9 de febrero de 2009, radicado n° 30955, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

generar condiciones para la satisfacción de los derechos de las víctimas al interior de un proceso de desmovilización y reincorporación a la vida civil, que se concreta en el acto de la comunicación controlada de cuáles son los delitos que surgidos de la versión libre, la Fiscalía está en mayor posibilidad de verificar para la posterior formulación de cargos; todo dentro de la doble tensión permanente, de una parte, entre los derechos de las víctimas con el debido proceso de los desmovilizados, y en otra dimensión, la generada entre el culto irrestricto al tenor literal de la ley y el papel creador y modulador del derecho que el Estado social le atribuye al juez”.²⁷⁹

Posteriormente, el 16 de abril de 2009, al resolver un recurso de apelación interpuesto por la fiscal 48 de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía con sede en Medellín, por la apoderada de víctimas y por el defensor del postulado, contra la decisión adoptada por un magistrado de control de garantías, por medio de la cual declaró ilegal una imputación parcial adelantada contra un postulado del Bloque Élder Cárdenas, la Sala de Casación Penal precisó que la procedencia de las imputaciones parciales era un aspecto que la jurisprudencia tenía ya suficientemente decantado, el cual no sería modificado mientras no cambiaran las condiciones en que se consideró legal su realización.²⁸⁰ En respuesta a la representante de una de las víctimas, la Corte sostuvo:

“Hay que decir que precisamente en protección de los perjudicados con la acción paramilitar es que las imputaciones parciales se erigen como un instrumento que permite el adelantamiento del proceso, eventualmente con la práctica de medidas cautelares sobre los bienes del desmovilizado y particularmente la imposición de una pena”.²⁸¹

Sin embargo, en esta oportunidad la Sala de Casación Penal advirtió que los precedentes sobre este tema no constituían una autorización general y abierta para la celebración de un gran número de imputaciones parciales, en tanto que,

“(…) su bondad está orientada a hacer operativo el proceso, de tal forma que se puedan garantizar unos mínimos con la primera imputación, y la otra u otras sólo podrán obedecer a la necesidad

²⁷⁹ *Ibidem.*

²⁸⁰ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 16 de abril de 2009, radicado n° 31115, M.P. José Leonidas Bustos Ramírez.

²⁸¹ *Ibidem.*

que tiene la Fiscalía de organizar el proceso, o bien por grupos de víctimas, o por regiones del país donde se cometieron los delitos a imputar, en fin, para clasificar el universo delictual por el que tiene que responder el desmovilizado, sin que tal criterio sirva para amparar imputaciones cuya parcialidad no responda a una lógica específica. Tampoco puede permanecer el proceso a la espera de imputaciones parciales por un período muy extenso, en tanto que con ella se activa el término que tiene la Fiscalía para la formulación de cargos, lo cual supone la inminencia de la primera sentencia condenatoria, término que considera la Corte prudente como límite temporal para afirmarlas”.²⁸²

La Sala pretendió con ello matizar las consecuencias de imputaciones provisionales, de tal forma que éstas no se convirtieran en la regla. No obstante, si bien así lo interpretaban los fiscales, un magistrado de Medellín, por ejemplo, empezó a negar la posibilidad de realizar imputaciones parciales. Aludía a que con estas imputaciones la verdad se parcializa, se fragmenta; sin embargo, la verdad no es un ente metafísico: la verdad se construye con base en lo que se logra probar, se cierran los casos ilustrados y se avanza. Hay que tener siempre en cuenta los límites fácticos y normativos de búsqueda de la verdad y no empecinarse con supuestos que, contra la especificidad del proceso de Justicia y Paz, terminen por entrabarlos definitivamente.

De otra parte, la Sala de Casación Penal llamó la atención en este auto a los magistrados que se negaban a reconocer la viabilidad de las imputaciones parciales. De igual forma, la Corte Suprema de Justicia instó al magistrado de control de garantías, para que se sometiera a la jurisprudencia de la Sala, no sólo por su función constitucional de unificación del derecho nacional, sino por el carácter obligatorio que la propia Corte Constitucional le ha dado a esta fuente del derecho, a través de la sentencia n° C-836 de 2001, por lo que le reiteró que en lo sucesivo debía ajustar sus decisiones a los criterios establecidos por la Corte Suprema de Justicia.²⁸³

²⁸² *Ibíd.*

²⁸³ *Ibíd.* De la misma manera, en auto del 11 de mayo de 2009, la Sala de Casación Penal insistió en la obligatoriedad de su jurisprudencia, para que los magistrados de control de garantías acataran su criterio sobre las imputaciones parciales. CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 11 de mayo de 2009, radicado n° 31290, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. En este auto, la Sala enunció la finalidad de las imputaciones parciales de la siguiente manera: “imprimir al proceso agilidad y la seguridad progresiva en torno a la judicialización de lo que el desmovilizado confiese inicialmente en la primera parte de su versión libre, con miras a que la privación de su libertad tenga como soporte una medida de aseguramiento legalmente impuesta, con fundamento en hechos precisos (...). De lo anterior surge incontestable que la figura de la imputación parcial se ajusta a los parámetros legales y se justifica, en esencia, porque (i) imprime agilidad al proceso, (ii) otorga seguridad progresi-

2.5.2. SEGUNDA ETAPA: LAS IMPUTACIONES PARCIALES COMO MEDIDA EXTRAORDINARIA

Una segunda etapa puede situarse con la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala de Casación Penal el 31 de julio de 2009, en el proceso adelantado contra alias “El Loro”. Al resolver el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público y los representantes de las víctimas, contra la sentencia proferida en marzo de 2009 por la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, la Corte Suprema de Justicia afirmó que, si bien las imputaciones parciales no afectaban, en principio, la estructura del proceso penal de Justicia y Paz, éstas debían ser extraordinarias. La Sala llegó a manifestar, incluso, que las imputaciones parciales no eran aconsejables y que, a pesar de la agilidad que le pueden dar a los procesos penales, no podían convertirse en una práctica generalizada.²⁸⁴ En términos de la Sala de Casación Penal:

“(…) las imputaciones parciales no pueden convertirse en una herramienta usual por parte de la Fiscalía, sino extraordinaria. Proceder de manera diversa refleja negligencia de dicho ente en el cumplimiento de sus funciones de investigación, comprobación y verificación y podría, eventualmente, entorpecer la garantía de verdad, justicia y reparación de las víctimas”.²⁸⁵

Además, en este auto la Sala de Casación Penal sostuvo que, cuando se dieran imputaciones parciales, era necesario que los cargos se unificaran, “antes de proferirse fallo de primera instancia y, específicamente, en el momento de la formulación de cargos, para que este acto se realice como una unidad”.²⁸⁶ Al explicar este criterio, la Sala se refirió nuevamente a la importancia de imputar el delito de concierto para delinquir y lo catalogó como un requisito sustancial del proceso penal de Justicia y Paz:

“El legislador, en la LJP (artículo 24), previó que la sentencia condenatoria, además de contener la pena principal y las accesorias, debe incluir *la pena alternativa*, los compromisos de

va en torno a la judicialización de lo que el desmovilizado confiese en la primera parte de su versión, con miras a que la privación de su libertad tenga como soporte una medida de aseguramiento legalmente impuesta, con fundamento en hechos precisos, y (iii) garantiza a las víctimas sus derechos a la verdad, justicia y reparación”.

²⁸⁴ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 31 de julio de 2009, radicado n° 31539, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

²⁸⁵ *Ibidem*.

²⁸⁶ *Ibidem*.

comportamiento del desmovilizado, las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas y la extinción del dominio de los bienes que serán destinados a la reparación, beneficios supeditados a su desmovilización y, por ende, a la sanción por su pertenencia al grupo, de donde surge que esa conducta punible -concierto para delinquir- es un elemento sustancial del proceso de Justicia Paz y, por ende, requisito *sine qua non* para la imposición de la pena alternativa”.²⁸⁷

Acto seguido, la Corte afirmó que, si bien el *a-quo* atendió a los términos generales del auto del 28 de mayo de 2008 y, como consecuencia de la formulación parcial de cargos, profirió sentencia y supeditó la aplicación de la pena alternativa a que prosperara la actuación paralela que se había ordenado para las imputaciones omitidas, en las que se encontraba el concierto para delinquir, al no haber ningún pronunciamiento sobre este delito, no era posible aplicar la pena alternativa y resultaba “utópico” proferir una sentencia que no evidenciara el nexo de causalidad entre los hechos imputados y su ejecución y consumación al interior de la organización armada ilegal.²⁸⁸

Por esta razón, para la Sala de Casación Penal en este caso se daba una falencia grave que afectaba la estructura del proceso. En consecuencia, declaró la nulidad de lo actuado, incluyendo la formulación de cargos, para que se repitiera esta actuación con una acusación unificada que incluyera el delito de concierto para delinquir. La Corte fundamentó su decisión en que, si al postulado no se le habían formulado cargos, ni había sido juzgado, por el delito de concierto para delinquir, era inviable reconocerle requisitos de elegibilidad para acceder a la pena alternativa, que esencialmente se otorga por su condición de integrante desmovilizado de un grupo armado ilegal.²⁸⁹

Dos meses después, la Corte Suprema de Justicia adoptó otra decisión, en el caso de Gian Carlo Gutiérrez, alias “Maicol”, desmovilizado del Bloque Calima, en donde reiteró el criterio establecido en la sentencia del 31 de julio de 2009. La Corte Suprema dijo en ese momento, que las imputaciones parciales no podían permanecer indefinidamente en el tiempo, ni facultaban llegar a la sentencia con el trámite escindido.²⁹⁰ Así,

²⁸⁷ *Ibidem.*

²⁸⁸ *Ibidem.*

²⁸⁹ *Ibidem.*

²⁹⁰ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 21 de septiembre de 2009, radicado n° 32022, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

“(…) dada la innegable unidad temática y finalística que ata la formulación de cargos con la legalización de la misma, la Fiscalía debe tener presente que el escrito de acusación opera integralmente y ha de contener, por ello, todas las conductas que se atribuyen al procesado, sea porque él así las aceptó o en razón de lo que la investigación reflejó. Entonces, debe decirse expresamente, el límite máximo para que las imputaciones parciales corran independientes lo es la audiencia de formulación de cargos, dado que el escrito de acusación ha de consignar todas y cada una de las conductas a aceptar por el postulado”.²⁹¹

Es preciso mencionar que, a raíz de este cambio en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, que vuelve a exigir formulación completa –sin que el tiempo que media entre la imputación y la formulación sea desde luego suficiente–, tal como se advirtió, en algunos lugares se dejaron de realizar audiencias preliminares de formulación de imputación y de cargos por cerca de dos meses. Los fiscales delegados de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía pidieron la cancelación de las audiencias programadas y no solicitaron la programación de nuevas diligencias.

2.5.3. TERCERA ETAPA: POSIBILIDAD DE REALIZAR IMPUTACIONES PARCIALES Y FORMULACIONES DE CARGOS PARCIALES

La tercera etapa se da a partir de un auto proferido el 14 de diciembre de 2009. En éste, la Sala de Casación Penal cambió nuevamente de criterio, avaló otra vez las imputaciones parciales y las formulaciones parciales de cargos y llegó, incluso, a hablar, una vez más, de la posibilidad de dictar sentencias igualmente parciales.²⁹² Ahora bien, mediante el auto referido, la Sala de Casación Penal resolvió un recurso de apelación interpuesto contra la decisión adoptada el 28 de agosto del mismo año, por un magistrado de control de garantías del Tribunal Superior de Medellín, a través de la cual se declaraba improcedente una solicitud de formulación parcial de cargos. Durante la audiencia, el magistrado con función de control de garantías manifestó que, de conformidad con lo expuesto por la Sala de Casación Penal en la sentencia del 31 de julio de 2009, debía rechazar la formulación parcial de cargos, dado que la Fiscalía tenía el deber de investigar adecuadamente los delitos cometidos por los postulados y, por esto, la acusación tenía que ser completa. Según el magistrado:

²⁹¹ *Ibíd.*

²⁹² CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 14 de diciembre de 2009, radicado n° 32575, M.P. María del Rosario González de Lemos.

“La Corte reconoció el error de haber aceptado las imputaciones parciales, y procedió a afirmar que si la Sala Penal reconoce que no proceden las imputaciones parciales, salvo casos extraordinarios, ‘no basta que la Fiscalía diga que no pudo investigar, toda vez que se trata de una justicia transicional nutrida de los principios del derecho penal internacional, donde es necesario hacer selectividad, (...) motivo por el cual es necesario olvidarse de unos hechos, pues no se puede investigar todo, sin que ello implique realizar imputaciones parciales sobre lo realmente investigado y acreditado, sino retirar aquello que no consiguió demostrarse”.²⁹³

Al analizar este caso, la Sala de Casación Penal reinterpretó lo señalado en la sentencia del 31 de julio de 2009 y en el auto del 21 de septiembre del mismo año y, en un esfuerzo por no caer en contradicciones, delimitó el alcance del criterio establecido en esos pronunciamientos. Para esto, reiteró una vez más que el delito de concierto para delinquir es un componente obligado en la formulación de imputación, en la formulación de cargos y en el fallo. Además, insistió en que lo ideal era conseguir una imputación completa por todos los delitos asumidos por el postulado en su versión libre, siempre y cuando fuere posible realizar su documentación y acreditación suficientes, en la medida que ello permite a los funcionarios judiciales una visión general de sus conductas, así como las del grupo armado ilegal al cual pertenecía; esto, claro está, siempre que se incluya el delito base de concierto para delinquir.²⁹⁴

Así pues, la Sala de Casación Penal aclaró que el llamado de atención para unificar las imputaciones parciales en la formulación de cargos, se refería a aquellos casos en los cuales se había dejado el delito de concierto para delinquir por fuera de la imputación, pero que, una vez imputado este tipo penal, no podían descartarse las actuaciones parciales. Así,

“(…) tanto en la decisión adoptada contra el postulado Wilson Salazar Carrascal, como en la dictada posteriormente en el caso de Gian Carlo Gutiérrez Suárez, se dijo que las imputaciones

²⁹³ *Ibidem*, acápite *Providencia impugnada*. En dicha sección, al hacerse referencia a los argumentos esbozados por el magistrado de control de garantías, se destacó lo siguiente: “si se espera que los 3000 casos de HH se documenten, eso jamás va a ser posible, se debe seleccionar, pues la pena va a ser la misma de ocho años, si se queda algo por fuera y el señor miente, se va a la jurisdicción ordinaria y pierde sus beneficios, es claro que como vamos no van a pagar nada y los postulados acabarán recobrando su libertad por pena cumplida. Adujo que si la finalidad de este procedimiento es imponer una pena, procesar no puede ser meter papel en un gancho, el esfuerzo de la Fiscalía no ha servido, si no han podido documentar un caso lo deben archivar y seguir con los demás”.

²⁹⁴ *Ibidem*.

parciales deben unificarse ‘específicamente en el momento de la formulación de cargos, para que este acto se realice como una unidad’, no obstante, tal conjunción tiene sentido en la medida que esté atada al *delito condición* para acceder a los beneficios de la Ley 975 de 2005, esto es, al concierto para delinquir, pues tratándose de otras conductas conexas a la pertenencia a un grupo armado ilegal, siempre que ya se haya imputado el referido delito base, no pueden descartarse las audiencias parciales de cargos, junto a su correlativa expresión, las sentencias parciales, todo ello en procura (...) de avanzar en un procedimiento de suyo complicado y dificultoso, en el cual los pasos que se den hacia adelante y en el propósito de su progresividad, se erigen (...) en acercamiento a los fines medulares de la referida legislación especial”.²⁹⁵

La Sala de Casación Penal afirmó que en circunstancias ideales sería imprescindible que a cada postulado le fuera imputada, se le formularan cargos y se le condenara por la totalidad de comportamientos delictivos; no obstante, por razones prácticas, ello no es posible en todos los casos, pues la complejidad de estos dificulta la reconstrucción de la verdad procesal.²⁹⁶

Al respecto se debe recalcar, tal como se ha dicho, que el Área de Justicia, desde el primer informe del Observatorio, luego de verificar la dificultad que existe en la construcción de verdad en procesos penales que versan sobre hechos que involucran gran cantidad de víctimas y de victimarios, apostó e insistió ante los operadores judiciales, en la necesidad de impulsar estrategias procesales que dieran curso a procesos trabados y sin salida.

Así, por ejemplo, en una reunión organizada por el Centro Internacional de Toledo para la Paz en Madrid, en noviembre de 2009, con magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con los cuales se discutió ampliamente los resultados de la observación sistemática, se consideró la figura de las imputaciones parciales como una salida posible, advirtiéndose siempre, desde luego, los límites de estas figuras y la necesidad de contextualizarla en el marco de la Ley de Justicia y Paz. (También en el marco de esta reunión se discutieron otros aspectos fundamentales del proceso: el punto de vista debía ser siempre la complejidad, la especificidad del proceso y la necesidad de desarrollar auténticas herramientas de reducción de complejidad. Sea ésta, además, la oportunidad para enfatizar la disponibilidad y compromiso de los magistrados con los temas propuestos y con el proceso).

²⁹⁵ *Ibidem.*

²⁹⁶ *Ibidem.*

Esta reunión tuvo lugar después, como se ha dicho, de una serie de pronunciamientos judiciales ambiguos sobre este tema y que llevaron a que varios procesos se vieran interrumpidos por los fiscales a su cargo, mientras la Sala de Casación Penal aclaraba el criterio a seguir frente a este tipo de actuaciones.

La posición que asumió la Sala de Casación Penal en el auto del 14 de diciembre de 2009, fue reiterada en el mes de marzo de 2010, al indicar que:

“La Corporación ha precisado que en tanto exista imputación por el delito de concierto para delinquir –delito base que permite al postulado acceder a los beneficios de la Ley 975 de 2005– no se descarta la realización de imputaciones y formulación de cargos por aquellos comportamientos realizados en desarrollo de la asociación ilícita. Así lo expresó la Sala en su más reciente decisión del 14 de diciembre de 2009 (radicado 32575), tras hacer referencia y dar alcance a los precedentes jurisprudenciales ya citados”.²⁹⁷

Con relación a la exigencia del delito de concierto para delinquir como conducta base y esencial para acceder a los beneficios y trámites de la Ley 975 de 2005, señalada de manera reiterada por la Sala de Casación Penal, es preciso referir que, en audiencia de formulación de cargos celebrada en diciembre de 2009 en Medellín, el fiscal delegado de la Unidad de Justicia y Paz omitió formular cargos respecto de dicha conducta; ello, a pesar de los reiterativos pronunciamientos de la Sala Penal, sosteniendo que es ésta la conducta estructural –*sine qua non*– para este procedimiento. Así, al momento de iniciar la respectiva formulación de cargos, el ente acusador omitió el delito de concierto para delinquir, justificando dicha omisión en la existencia sobre la persona del postulado de una sentencia condenatoria por el mismo punible –pero sólo por conductas cometidas entre marzo y septiembre de 1996–, situación ésta que, tras la debida advertencia del abogado defensor y la posterior petición del ente acusador, hizo necesaria la suspensión de la diligencia por no encontrarse el cargo respectivo por el tiempo de militancia del postulado en la organización armada. Son éstas, situaciones que no deben volver a presentarse.

De otro lado, la Corte ha sido enfática en sostener que el éxito del proceso de Justicia y Paz se da en la medida en que se avance en la verificación

²⁹⁷ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 11 de marzo de 2010, radicado n° 32852 M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

parcial o total de actos que, reconocidos o asumidos como propios por sus autores o partícipes, permitan develar ante las víctimas, la sociedad civil y la comunidad internacional, aspectos fácticos que efectivamente ocurrieron y que, como tales, son condignos de las sanciones regladas en la Ley de Justicia y Paz. Por tanto, la Sala consideró que en estos casos, siguiendo lo que ya antes de la decisión del postulado Wilson Salazar Carrascal se había señalado,

“(…) las imputaciones parciales son de recibo, en la medida que constituyen un avance en esa reconstrucción conjunta de un cruento cuadro histórico de la realidad colombiana, desde luego, se reitera, sin olvidar que el acceso a este procedimiento especial supone como condición necesaria la imputación por el delito de concierto para delinquir como punible base y condición, supuesto del tratamiento benéfico del cual se harán acreedores quienes se sometan a la Ley 975 de 2005”.²⁹⁸

Finalmente, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que este criterio atendía a la necesidad de avanzar en cada uno de los procesos, pues de exigirse la acreditación total de todos los comportamientos, se harían casi que nugatorios los fines esenciales de la Ley de Justicia y Paz, por lo que aclaró, citando el auto de dicha corporación del 14 de diciembre de 2009, que,

“(…) permitir la formulación de acusación parcial no excluye la ulterior inclusión de nuevos comportamientos, en la medida que nada imposibilita la acumulación jurídica de penas regladas por el referido instrumento legislativo especial para quienes actuaron con ocasión de su pertenencia a un grupo armado al margen de la ley, siempre que, como ya se advirtió, se incluya como delito base, condición para acceder a este instituto legislativo especial, el delito de concierto para delinquir”.²⁹⁹

En medio de estas discusiones y cambios de criterio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, las imputaciones parciales han dado lugar, además, a una serie de debates que no se pueden pasar por alto. Por ejemplo, se ha discutido sobre la competencia de los magistrados en función de control de garantías, cuando un postulado ha cometido delitos en varios departamentos del país, de competencia de distintos magistrados: ¿puede un magistrado de control de garantías asumir el conocimiento de hechos

²⁹⁸ *Ibídem.*

²⁹⁹ *Ibídem.*

acaecidos por fuera de su ámbito territorial bajo el argumento emitido por el fiscal, según el cual posteriormente imputará hechos que sí están en el marco de su competencia?

Lo anterior se observó durante una audiencia pública de imputación parcial realizada en febrero de 2009 en Barranquilla. En este caso, si bien el postulado se desmovilizó con el Bloque Catatumbo de las AUC, los delitos que le fueron imputados ocurrieron en el departamento de Córdoba. Por tal motivo, en principio, éstos debían ser imputados ante un magistrado de control de garantías de Medellín.³⁰⁰ En esta diligencia, el fiscal del caso argumentó que el postulado sólo había cometido en Córdoba los delitos que se iban a imputar en esa oportunidad, pero que los demás, los cuales se imputarían posteriormente, habían sido cometidos en los distritos judiciales de Pamplona y Cúcuta, y que estos últimos sí hacían parte de la competencia territorial de los magistrados de control de garantías de Barranquilla. Por tal motivo, le correspondería al magistrado de control de garantías de Barranquilla el conocimiento de la imputación, dado que la mayoría de los hechos a imputar sucedieron en lugares de su competencia.

Valga aclarar que sobre este punto no existe una norma expresa, debido a que el acuerdo que distribuye la competencia de los magistrados de control de garantías por distritos judiciales, parte del supuesto de que los fiscales llevarán a cabo una sola imputación, por lo que no prevé disposiciones específicas para eventos de imputaciones parciales.

La situación descrita y reseñada demuestra, como se ha dicho, los avatares de la jurisprudencia que reflejan la complejidad del proceso. No obstante, se debe advertir siempre que se trata de un proceso especial *sui generis*, que no tiene por qué siempre, tal como se fuerza a hacerlo, parecerse y coincidir con un proceso penal normal u ordinario. Se trata de un tema de fondo: se dictan normas que tienen su origen en la guerra —en el marco de la ambivalencia del caso colombiano que vive entre la guerra y la paz, en el cual aún la paz como condición de validez de las normas jurídicas no tiene lugar, no se ha logrado—; y, luego, se fuerza a las normas, originadas en la guerra, a que se parezcan o coincidan con normas dictadas en función de la paz. Se mezclan los conceptos, se equivocan los escenarios y terminan las normas regulando supuestos irreales. Además, la dinámica transicional debe servir, en lugar de entorpecer más el proceso y por su propia dinámica excepcional, como escenario propicio para permitir avanzar en logros por todos anhelados.

³⁰⁰ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Acuerdo n° PSAA08-4641 del 12 de marzo de 2008.

2.6. IMPUTACIONES COLECTIVAS Y SU INCIDENCIA EN LAS DEMÁS ETAPAS DEL PROCESO

Respecto del tema general de la imputación, otro hecho debe destacarse: las versiones libres conjuntas y demás actuaciones colectivas. Con el fin de ilustrar esta práctica en el momento procesal de la formulación de imputación, se hará referencia a una audiencia celebrada en noviembre de 2009, en Santa Marta, en relación con un grupo de desmovilizados del Bloque Norte de las AUC.

La audiencia fue solicitada por el fiscal, después de que 4 postulados, miembros de una misma familia y pertenecientes al mismo grupo armado irregular, rindieran versión libre. En conversación sostenida con el monitor del Área de Justicia, algunos sujetos intervinientes manifestaron su inconformidad con la aplicación de un esquema rígido en el reparto realizado por el Tribunal de Barranquilla, pues sólo tres de los cuatro postulados que participaron en la diligencia de versión libre serían llevados a la audiencia de formulación de imputación, debido a que el expediente de uno de ellos correspondió, por reparto, a otro magistrado que se negó a facilitar el trámite de la diligencia conjunta. El fiscal también manifestó que, mientras se lograba claridad con respecto a las disposiciones de la Corte Suprema de Justicia enfocadas a negar la posibilidad de realizar imputaciones parciales, se había acordado con el magistrado de control de garantías realizar una sola audiencia preliminar que se suspendería de manera periódica, hasta lograr la imputación de todos los delitos atribuibles a estos postulados.

Al iniciar su intervención, el fiscal expuso la metodología que seguiría en el curso de la formulación de imputación, en concordancia con lo dispuesto en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, por lo que, en primer lugar, haría referencia al recuento histórico de la génesis y georeferenciación de las organizaciones a las que pertenecieron los postulados, para después referirse, de manera concreta, a los hechos objeto de imputación. Por tanto, el fiscal, atendiendo a las exigencias establecidas en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, se extendió por cerca de dos días en una presentación sumamente detallada. En cuanto a esta situación, el representante del ente acusador manifestó al monitor del Área de Justicia su preocupación, por cuanto el mismo tiempo y esfuerzo debía emplearlo en la formulación de imputación del postulado que había quedado fuera de esta diligencia.

En este sentido, se evidencia la necesidad de respetar los principios de economía procesal y celeridad, de tal forma que este tipo de diligencias puedan ocurrir de la manera más ágil posible, considerando que

pequeñas decisiones de gestión, como en el caso antes expuesto, pueden significar grandes avances en el propósito de responder prontamente los interrogantes de las víctimas. Por esto, resulta adecuada la formulación de imputaciones colectivas en la medida en que sigan cumpliendo su objetivo de eficiencia, siempre y cuando no se vuelvan un instrumento más de dilación o afectación a los derechos de postulados y de víctimas.

Por otro lado, debe destacarse que la forma en que se lleva a cabo la formulación de imputación, puede llegar a determinar el curso de las etapas procesales posteriores, pues de adelantar las demás audiencias que conforman el acto complejo de la acusación de manera conjunta (formulación de cargos y legalización de los mismos), poniendo en práctica las mismas estrategias de dinamización del proceso, se obtendrán resultados a menor plazo, con menos desgaste institucional, propiciando una verdadera construcción colectiva de la verdad.

3. AUDIENCIA DE SOLICITUD Y DECISIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

La audiencia de solicitud y decisión de medida de aseguramiento está prevista en el numeral 3 del art. 13 de la Ley 975 de 2005, en principio, como una audiencia preliminar independiente.³⁰¹

Sin embargo, la solicitud de medida de aseguramiento puede darse en la misma audiencia de formulación de imputación o en audiencia aparte. En todo caso, se debe aclarar que la medida de aseguramiento de detención preventiva no puede ser decretada por los magistrados de control de garantías sin que se realice la imputación de los hechos materia de investigación.

Adicionalmente, es importante advertir que la medida de aseguramiento tiene una naturaleza excepcional; por tal motivo, se debe fundar en criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.³⁰² Los magistrados, con el fin de resolver si imponen o no una medida de aseguramiento, deberán tener en cuenta las normas previstas sobre este mismo tema en el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), en los artículos 306 a 320, toda vez que la Ley de Justicia y Paz no contiene criterios especiales para decretarla.

³⁰¹ El art. 13 de la Ley 975 de 2005, dispone lo siguiente: “Celeridad. Los asuntos que se debatan en audiencia serán resueltos dentro de la misma. Las decisiones se entenderán notificadas en estrados. Las audiencias preliminares se realizarán ante el Magistrado de Control de Garantías que designe el Tribunal respectivo. En audiencia preliminar se tramitarán los siguientes asuntos: (...) 3. La solicitud y la decisión de imponer medida de aseguramiento”.

³⁰² Art. 295, Ley 906 de 2004.

En consecuencia, la medida de aseguramiento de detención preventiva es procedente en los casos descritos en el art. 313 del Código de Procedimiento Penal, a saber:

“1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados; 2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años; 3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes; 4. Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso del año anterior, contado a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente”.³⁰³

Así lo ha sostenido, por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. En auto del 9 de febrero de 2009, la Sala declaró la nulidad de la actuación, en un proceso en el que se decretó la medida de aseguramiento de detención preventiva contra un postulado, en el marco de la Ley de Justicia y Paz. En la providencia en alusión, la Sala precisó que los magistrados deben constatar si de los elementos materiales de prueba ofrecidos por los fiscales, realmente se infiere razonablemente la probable autoría o participación del imputado, con relación a cada uno de los delitos que se supone sustentan la imposición de la medida, para pasar posteriormente a examinar si se cumplen con los requisitos de procedencia y de necesidad que se establecen en el Código de Procedimiento Penal.³⁰⁴

En este pronunciamiento la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia reiteró el carácter excepcional de la medida de aseguramiento, dado que,

“(…) la actual normatividad en cuanto a los requisitos para imponer la detención preventiva como medida restrictiva del derecho a la libertad, se ciñe a las directrices sentadas por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-774 del 25 de julio 2001, en cuanto a que para su imposición no basta con la concurrencia de los requisitos formales y sustanciales establecidos en la ley,

³⁰³ Art. 313, Ley 906 de 2004.

³⁰⁴ En este caso la Corte Suprema de Justicia consideró que en la audiencia pública el magistrado no verificó realmente el fundamento probatorio de la petición de medida de aseguramiento hecha por el fiscal. CSI, Sala de Casación Penal, auto del 9 de febrero de 2009, radicado n° 30942, M.P. María del Rosario González de Lemos.

sino que también debe emanar su necesidad en orden a evitar que el imputado obstruya el ejercicio de la justicia, constituya peligro para la sociedad o la víctima o para conjurar el riesgo de que no comparezca al proceso o no cumpla la sentencia, como así lo recoge el artículo 308 de la Ley 906 de 2004”.³⁰⁵

Con relación a las medidas de aseguramiento, han surgido en la práctica de Justicia y Paz varios interrogantes. Por ejemplo: ¿ante un postulado que ha confesado gran cantidad de delitos que hacen procedente la detención preventiva, el fiscal, al sustentar la solicitud de la medida, debe referirse a todos ellos o solamente a algunos o al más representativo?, o ¿en Justicia y Paz debe haber siempre detención preventiva, teniendo en cuenta el tipo de delitos que se confiesan (delitos graves y masivos) y que, al menos todos los postulados, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, deben responder por el delito de concierto para delinquir agravado?, ¿cómo debe incidir el hecho de que el postulado ha dejado las armas y se encuentra en un proceso de reincorporación a la vida civil, al momento de establecer la necesidad de la medida? Se trata, a nuestro juicio, de un ejemplo más de cómo el proceso especial se convierte en ordinario: ¿tiene sentido la exigencia de cumplir todos los requisitos de argumentación exigidos en la justicia ordinaria al fiscal, para la solicitud de medida, en un proceso que parte de la base del sometimiento de la persona a la administración de justicia? Las figuras dogmático-procesales no deben abordarse en abstracto, sino en el contexto en el cual éstas operan. Pero ello sólo se comprende si dichas figuras son concebidas como verdaderas categorías y no como meros conceptos o palabras.

Con base en la observación adelantada del proceso penal especial establecido por la Ley Justicia y Paz, debe decirse que la aplicación de esta medida también ha generado grandes debates ocasionados por la masividad de los delitos cometidos por los postulados. Se podría afirmar, sin lugar a equívocos, que una inmensa mayoría de los delitos perpetrados por estos miembros de organizaciones irregulares revisten la gravedad y demás características que exigen las normas citadas anteriormente, para que los magistrados en función de control de garantías ordenen la detención preventiva.

En consecuencia, los operadores jurídicos han concertado distintas formas de aplicación de la medida. Por ejemplo, tal como se observó en dos audiencias celebradas en Barranquilla en febrero y marzo de 2010, en las cuales la fiscal delegada solicitó medida de aseguramiento por los delitos más graves, o inclusive por los denominados “delitos base” que

³⁰⁵ *Ibíd.*

ocasionaron la ejecución de otras conductas típicas de menor gravedad. Sin embargo, en dichas audiencias se presentaron hechos en los cuales, producto de una misma orden, los postulados cometieron secuestros, torturas, homicidios en persona protegida y desapariciones forzadas, generando entre los intervinientes la incertidumbre sobre cómo proceder al momento de solicitar y de ordenar la detención preventiva.

Con el fin de resolver estas incertidumbres, resulta necesario recordar dos aspectos generales relacionados con la adopción de la medida de aseguramiento. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la aplicación de las disposiciones relacionadas con la detención preventiva están sujetas al criterio de necesidad y, en segundo lugar, no puede olvidarse que con la medida se persigue brindar garantías de seguridad al interior del proceso, encaminadas a permitir la realización del mismo. Por esto, no tendría sentido solicitar u ordenar un número de detenciones preventivas idéntico al número de delitos imputados, pues no obedece al criterio de necesidad y, al contrario, hace más complejas y extensas las diligencias, debido a que la solicitud de dicha medida debe estar debidamente sustentada y, por tanto, el ente acusador tardaría prácticamente el mismo tiempo que el empleado al formular la imputación de los delitos, generando así un injustificado desgaste institucional. Hay que ajustarse siempre a la especificidad del proceso, en lugar de entorpecerlo innecesariamente.

4. AUDIENCIA DE IMPOSICIÓN Y DECISIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES SOBRE BIENES

La audiencia de adopción de medidas cautelares sobre los bienes que el postulado ha ofrecido durante la diligencia de versión libre es una diligencia preliminar, en el marco de la etapa de investigación en el proceso especial de Justicia y Paz. En esta dirección, el art. 18 de la Ley 975 de 2005 indica que, en la audiencia pública de imputación, el fiscal debe solicitar la adopción de las medidas cautelares sobre los bienes ofrecidos por el postulado para la reparación. No obstante, la Corte Suprema de Justicia, ha manifestado que:

“(...) la afectación de bienes (del postulado) puede llevarse a cabo antes de la audiencia de imputación, desde luego bajo dos condiciones: que el desmovilizado esté rindiendo la versión libre en la cual haya confesado delitos que a futuro puedan ser cobijados por la pena alternativa y además, que tales bienes hayan sido ofrecidos voluntariamente por desmovilizado con miras a la reparación” (paréntesis fuera del texto original).³⁰⁶

³⁰⁶ CSJ, Sala Penal, auto del 3 de octubre de 2008, radicado n° 30442, M.P. Alfredo Gó-

Debido a la importancia del complejo tema que se estudia en este momento procesal, así como a los variados asuntos que se deben tener en cuenta al momento de analizar las formas en que la ley ha regulado el tratamiento que se debe dar a los bienes que serán usados para la reparación a las víctimas, el Área de Justicia abordará los aspectos jurídicos más relevantes de esta cuestión más adelante, concretamente en el tercer capítulo de este monográfico.

5. ETAPA DE VERIFICACIÓN DE LOS HECHOS IMPUTADOS

Una vez concluida la audiencia preliminar de formulación de imputación, de acuerdo con lo establecido en los artículos 18 de la Ley 975 de 2005 y 6 del Decreto n° 4760 de 2005, la Fiscalía dispone de un plazo de sesenta días para adelantar las labores de investigación y verificación de los hechos admitidos por el imputado y de aquellos respecto de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia. Agotado dicho lapso, o antes si fuere posible, el fiscal delegado solicitará al magistrado que ejerza la función de control de garantías, la programación de una audiencia de formulación de cargos. Posteriormente, el magistrado citará a las partes y demás intervinientes, dentro de los 10 días siguientes, para la realización de dicha diligencia, la cual, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6° del art. 13 de la Ley de Justicia y Paz, es de carácter preliminar.³⁰⁷

El período establecido para adelantar labores de investigación y verificación, puede ser prorrogado por el magistrado de control de garantías en los términos señalados en el art. 6 del Decreto n° 4760 de 2005, el cual establece que este término puede prorrogarse hasta por el tiempo previsto en el art. 158 de la Ley 906 de 2004, siempre que lo soliciten el fiscal o el imputado y se den las condiciones allí establecidas. El art. 158 señala que:

mez Quintero.

³⁰⁷ El art. 13 de la Ley 975 de 2005 dispone que en audiencia preliminar se tramitarán los siguientes asuntos: “1. La práctica de una prueba anticipada que por motivos fundados y de extrema necesidad se requiera para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio. 2. La adopción de medidas para la protección de víctimas y testigos. 3. La solicitud y la decisión de imponer medida de aseguramiento. 4. La solicitud y la decisión de imponer medidas cautelares sobre bienes. 5. La formulación de la imputación. 6. La formulación de cargos. 7. Las que resuelvan asuntos similares a los anteriores”. Acto seguido, señala que “las decisiones que resuelvan asuntos sustanciales y las sentencias deberán fundamentarse fáctica, probatoria y jurídicamente e indicar los motivos de estimación o de desestimación de las pretensiones de las partes (...)”. Así mismo, al consagrar que “los asuntos que se debatan en audiencia serán resueltos dentro de la misma”, indicando que las decisiones que se surtan dentro de ellas habrán de ser notificadas por estrados, dicho artículo desarrolla el principio procesal de la celeridad. Este precepto, como consecuencia lógica del principio de oralidad, connota, entre otros aspectos, que la dinámica específica de las actuaciones decisoria e impugnatoria tendrá lugar en el marco propio de las audiencias.

“Los términos previstos por la ley, o en su defecto fijados por el juez, no son prorrogables. Sin embargo, de manera excepcional y con la debida justificación, cuando el fiscal, el acusado o su defensor lo soliciten para lograr una mejor preparación del caso, el juez podrá acceder a la petición siempre que no exceda el doble del término prorrogado”.³⁰⁸

El propósito de esta etapa es el cierre de las actividades de investigación y verificación de los hechos confesados por el postulado en las diligencias de versión libre y de los delitos sobre los que la Fiscalía pueda tener conocimiento a partir de otro tipo de fuentes, siempre que hayan sido imputados. En este sentido, acorde con la naturaleza y propósitos de la Ley de Justicia y Paz, en esta etapa continúa la ejecución del programa metodológico elaborado por la Fiscalía y, de hecho, las actividades que hasta el momento se han llevado a cabo se complementan. Con estas actuaciones posteriores a la imputación se busca, en últimas, definir los presupuestos de la formulación de cargos.

El programa metodológico, dentro del sistema penal acusatorio, ha sido definido como una herramienta de trabajo que permite organizar y explicar la investigación, con el objeto de identificar y asegurar los medios cognoscitivos necesarios para demostrar, más allá de la duda razonable, la ocurrencia del delito y el autor o partícipe que lo hayan cometido.³⁰⁹ En esta medida, dicho programa debe entenderse como,

“(…) un instrumento para proyectar la actividad investigativa, utilizado por el equipo constituido por el fiscal y los servidores de policía judicial asignados al caso. Por esa razón se constituye en el sistema por el cual se evalúa la información inicial y se identifican, clasifican, priorizan, planean y ordenan los actos de indagación tendientes a determinar si existió la conducta de la cual se tuvo noticia, si la misma tiene las características de un delito y, de ser así, individualizar o identificar a sus autores y partícipes”.³¹⁰

³⁰⁸ Art. 159, Ley 906 de 2004.

³⁰⁹ Por su parte, el art. 17 de la Ley 975 de 2005 señala, específicamente sobre el programa metodológico, que “la versión rendida por el desmovilizado y las demás actuaciones adelantadas en el proceso de desmovilización, se pondrán en forma inmediata a disposición de la Unidad Nacional de Fiscalías de Justicia y Paz con el fin de que el fiscal delegado y la Policía Judicial asignados al caso elaboren y desarrollen el programa metodológico para iniciar la investigación, comprobar la veracidad de la información suministrada y esclarecer esos hechos y todos aquellos de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia”. Para ampliar la información sobre esta cuestión, ver: Kai Ambos, *Procedimiento de la Ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional*, GTZ, Bogotá, 2010, p. 83.

³¹⁰ Pedro Oriol Avella Franco, *Programa Metodológico en el Sistema Penal Acusatorio*, Bo-

Esta herramienta se encuentra integrada por un componente fáctico, un componente jurídico y un componente probatorio. Así, el componente fáctico ilustra las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjeron los hechos materia de investigación, así como los protagonistas de los mismos, la manera como ocurrieron, las acciones desplegadas o ejecutadas, los elementos utilizados y sus consecuencias. En segundo lugar, en el componente jurídico, el fiscal determina cómo ajustar los supuestos fácticos en la norma penal que resulte aplicable al caso y hará la subsunción jurídica de los hechos con las disposiciones legales sustantivas y de procedimiento. Mientras que, en el componente probatorio:

“Entre fiscal y policía judicial, deben determinar conjuntamente cuáles son los medios de prueba y elementos materiales probatorios que se requieren para sustentar la teoría fáctica y jurídica planteada, atendiendo los tópicos de cantidad y calidad, así como los medios o elementos de convicción pertinentes que permitan establecer la ocurrencia del hecho, la conducta punible que se plantea y la responsabilidad del imputado o acusado, comprobando ante el juez la consistencia de la teoría del caso formulada”.³¹¹

El legislador estableció el alcance del programa metodológico que debe impulsar la Fiscalía. En este sentido, el art. 207 de la Ley 906 de 2004 dispone que:

“Durante la sesión de trabajo, el fiscal, con el apoyo de los integrantes de la policía judicial, se trazarán un *programa metodológico* de la investigación, el cual deberá contener la determinación de los objetivos en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva; los criterios para evaluar la información; la delimitación funcional de las tareas que se deban adelantar en procura de los objetivos trazados; los procedimientos de control en el desarrollo de las labores y los recursos de mejoramiento de los resultados obtenidos. En desarrollo del *programa metodológico* de la investigación, el fiscal ordenará la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales y que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, a la individualización de los autores y partícipes del delito, a la

gotá, FGN, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses, 2007, en: http://www.fiscalia.gov.co/moduloseeiccf/M4_101139-PROGRAMA_METODOLOGICO%20DEFINITIVO.pdf, p. 17.

³¹¹ *Ibidem*, p. 37 y ss.

evaluación y cuantificación de los daños causados y a la asistencia y protección de las víctimas. Los actos de investigación de campo y de estudio y análisis de laboratorio serán ejercidos directamente por la policía judicial” (cursivas fuera del texto).³¹²

La labor que deben realizar los fiscales en el marco general de los procesos penales, respecto de la etapa de verificación y la forma en que se debe adelantar la investigación, también ha sido motivo de preocupación en el desarrollo del proceso de Justicia y Paz, pues la naturaleza de los delitos que en dicho proceso se investigan, exige mayores esfuerzos y capacidades por parte de los funcionarios de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, con el fin de poder adelantar actividades de investigación bastante complejas y en un gran número, por ejemplo, exhumaciones de fosas comunes e identificación de restos mortales mediante pruebas de ADN.

Por esta razón, el término de sesenta días para la solicitud de la audiencia de formulación de cargos, una vez realizada la respectiva formulación de imputación, fue objeto de acción pública de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional por ser considerado un tiempo muy precario. Así, se presentó demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 13, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Ley 975 de 2005, la cual fue resuelta por la Corte Constitucional, mediante sentencia n° C-370 de 2006. Los accionantes consideraban inapropiado el término legal contemplado en la Ley 975 entre estas dos actuaciones dado que, según lo manifestaron, en Justicia y Paz la Fiscalía tiene menor capacidad investigativa que la prevista en el procedimiento penal ordinario, en donde los términos establecidos son considerablemente más amplios y apropiados para las actuaciones que en el transcurso de los mismos se deben realizar.³¹³

Los accionantes manifestaron que el procedimiento establecido en estas normas no constituía un recurso judicial efectivo, por contemplar términos de investigación muy cortos.³¹⁴ Por consiguiente, cotejaron las

³¹² Art. 207, Ley 906 de 2004.

³¹³ Corte Constitucional, sentencia n° C-370 del 18 de mayo de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y otros.

³¹⁴ *Ibidem*. Al fundamentar su acción, los demandantes e intervinientes señalaron que “la Ley 975 establece un término de 36 horas desde la versión libre del imputado para que la Fiscalía formule la imputación de los hechos (artículo 17) y un término de 60 días para que se haga la audiencia de formulación de cargos (artículo 18). Tales términos son insuficientes para garantizar una adecuada y completa investigación de los hechos. A lo sumo, ese término puede constituirse en el mecanismo para verificar los hechos por los que el combatiente desmovilizado ya estaba procesado o condenado y los que, además, sean aceptados por éste en la nueva versión libre”.

normas pertinentes de la Ley 906 de 2004 que contemplan los términos de investigación, con las normas de la Ley 975 de 2005, para señalar que esta última contempla unos términos sustancialmente cortos que obstruyen el ejercicio adecuado del deber de investigación que compete al Estado, máxime teniendo en cuenta “la complejidad de los delitos que debe investigar la justicia en el marco de la ley demandada”.³¹⁵

La Corte, en su respuesta, indicó que el término establecido en la norma se orienta a un cometido muy específico, cual es el de la investigación y verificación de los hechos confesados por el imputado y todos aquellos de los cuales tenga conocimiento el fiscal dentro del ámbito de su competencia. Para la Corte:

“No resulta contrario a la Constitución el establecimiento de unos términos procesales acordes con la naturaleza y objetivos específicos del procedimiento de que se trate, con el fin de fijar con claridad las reglas y ritmos del proceso penal, lo cual es importante tanto para las víctimas como para los investigados”.³¹⁶

De esta manera, lo que debe analizarse, señala el juez constitucional, es “si el término de 60 días representa una afectación manifiestamente desproporcionada del derecho de las víctimas a la justicia y a la búsqueda de la verdad, en la medida en que, se alega, impide al fiscal construir adecuadamente un caso”.³¹⁷

La Corte Constitucional resaltó que los sesenta días empiezan a correr a partir de la audiencia de formulación de imputación y no desde el momento en que se recibió la versión libre. También señaló que la audiencia de formulación de imputación sólo se puede realizar cuando el fiscal lo solicite al magistrado de control de garantías, dado que ya se ha desarrollado cabalmente el programa metodológico. Es decir, presupone que el fiscal ha contado previamente “con la posibilidad de construir adecuadamente un caso”, por lo que “el plazo de 60 días es el término máximo, después de surtidas las etapas antes mencionadas, para que el fiscal solicite la programación de una audiencia de formulación de cargos”.³¹⁸ Concluye entonces la Corte:

³¹⁵ *Ibíd.*

³¹⁶ *Ibíd.*

³¹⁷ *Ibíd.*

³¹⁸ *Ibíd.*

“(…) el término de 60 días establecido con miras a establecer las bases para una formulación de cargos, constituye una medida legislativa que no entraña una afectación desproporcionada al derecho a la justicia y a la búsqueda de la verdad. Responde a un propósito de investigación que se inserta en un procedimiento que tiene sus propios objetivos y particularidades. Por ello no cabe adoptar como parámetro de comparación los términos del procedimiento ordinario”.³¹⁹

No obstante, más allá de las discusiones sobre si el período establecido para la investigación y verificación en el marco del proceso penal de Justicia y Paz se encuentra justificado, el ejercicio de observación realizado por el Área de Justicia ha permitido inferir que, en cuanto a los delitos sobre los que se deben realizar las investigaciones dentro del proceso, resulta evidente que éstos revisten numerosas dificultades al momento de establecer las circunstancias específicas de modo, tiempo y lugar de las conductas punibles; igualmente, en no pocos casos se ha evidenciado la imposibilidad de establecer las responsabilidades directas o las víctimas determinadas a partir de la sola confesión surtida en la diligencia de versión libre. En este sentido, se debe recordar que, como ya se mencionó, la implementación del programa metodológico establecido por la Fiscalía no inicia con la formulación de imputación, pues desde el inicio de las versiones libres el fiscal delegado debe realizar distintos actos encaminados a la recolección de pruebas y demás elementos que permiten inferir, al menos, la responsabilidad del postulado en los hechos objeto de investigación. Además, ello da la razón para seguir impulsando, cuando sea necesario, formulaciones provisionales de cargos.

6. AUDIENCIA PRELIMINAR DE FORMULACIÓN DE CARGOS

Una vez han concluido los actos de investigación posteriores a la audiencia de formulación de imputación, o finalizado el término estipulado para ello, el fiscal delegado de la Unidad de Justicia y Paz deberá presentar solicitud de programación de audiencia preliminar de formulación de cargos, ante el magistrado de control de garantías del correspondiente tribunal superior de distrito judicial. En dicha diligencia, el magistrado debe proceder a verificar el contenido mínimo del escrito de acusación. Así, a partir de lo referido por el postulado en las diligencias de versión libre realizadas previamente y en necesaria congruencia con las conductas imputadas en audiencia de formulación de imputación, la Fiscalía procede a acusar formalmente al imputado por los delitos a que haya lugar, después de una

³¹⁹ *Ibídem.*

labor de investigación y verificación de los hechos, tanto de los admitidos por el postulado como de aquellos respecto de los cuales el ente acusador tenga conocimiento.

En dicha audiencia, el imputado podrá aceptar o no las conductas delictivas objeto de la formulación de cargos, lo que en uno y otro evento tendrá consecuencias jurídicas distintas, en el entendido de que, si los acepta, continuará vinculado al proceso de Justicia y Paz, mientras que si no lo hace o se retracta de los admitidos en la diligencia de versión libre, el o los procesos pasarán a la justicia penal ordinaria.³²⁰ En este caso será competente el funcionario judicial que corresponda según la ley vigente al momento de la comisión del hecho.³²¹

En la audiencia de formulación de cargos, el fiscal presenta al postulado los cargos por las conductas punibles imputadas en audiencia preliminar de formulación de imputación.³²² En ese sentido, el art. 18 de la Ley 975 de 2005 señala que, en la etapa de verificación, el fiscal delegado “adelantará las labores de investigación y verificación de los hechos admitidos por el imputado, y todos aquellos de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia”, agregando el art. 19 que “en la audiencia de formulación de cargos el imputado podrá aceptar los presentados por la Fiscalía, como consecuencia de la versión libre o de las investigaciones en curso al momento de la desmovilización”.³²³

A pesar de lo anterior, y en lo concerniente a la discrecionalidad del ente acusador para incluir nuevas conductas punibles en la audiencia de formulación de cargos a partir de lo investigado en la etapa de verificación de los hechos imputados, no resulta del todo evidente la posibilidad de formular cargos no imputados previamente. De los artículos 18 y 19 de la Ley 975 de 2005 se podría llegar a aceptar esta posibilidad, lo cual, de ser entendido así, supondría una vulneración a la necesaria congruencia que debe existir entre los delitos imputados y aquellos respecto de los cuales se formulen cargos, al menos en términos fácticos, no así de la calificación jurídica o de la adecuación típica que realice el fiscal.

³²⁰ Procuraduría delegada para la prevención en materia de derechos humanos y asuntos étnicos, *Conceptos básicos acerca de la Ley 975 de 2005 (Justicia y Paz) y de los derechos de las víctimas*, Procuraduría General de la Nación, mayo de 2007, en: http://www.procuraduria.gov.co/descargas/victimas_2007/conceptosbasicos_ley975.pdf.

³²¹ Oficina del Alto Comisionado para la Paz, *Esquema Ley de Justicia y Paz*, en: http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Documentos/Esquema_Ley975_Justicia_Paz.pdf.

³²² Álvaro Vargas et al., *Op. Cit.*, p. 248.

³²³ Artículos 18 y 19, Ley 975 de 2005.

De esta manera, si en la etapa de verificación el fiscal delegado encuentra un hecho no imputado, y en virtud de la necesaria congruencia que debe existir entre la formulación de imputación y los hechos respecto de los cuales habrá de formular cargos, deberá solicitar ante el magistrado de control de garantías una nueva audiencia de imputación antes de llegar a la formulación de cargos, en donde se agreguen los hechos nuevos que fueron objeto de investigación y sobre los cuales se pretende establecer la responsabilidad del postulado.

La audiencia de formulación de cargos se realiza ante el magistrado de control de garantías y, en ella, el imputado puede aceptar o no, de forma total o parcial, los cargos presentados por la Fiscalía, teniendo en cuenta que, en todo caso, para que dicha aceptación sea válida, además de presuponer la presencia del correspondiente defensor de confianza o de oficio, debe ser libre, voluntaria y espontánea.³²⁴ En el evento de que el imputado acepte los cargos, el magistrado con funciones de control de garantías debe remitir inmediatamente la actuación a la secretaría de la sala penal del tribunal superior de distrito judicial a la cual le corresponda asumir el conocimiento, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas para tal efecto.³²⁵ (Como se señaló en su momento, actualmente la función de conocimiento le corresponde a la Sala de Conocimiento del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá).

Ahora bien, como la aceptación de los cargos puede ser parcial, en este supuesto se daría la ruptura de la unidad procesal; de esta forma, la aplicación de la Ley de Justicia y Paz se limitaría, obviamente, a los delitos aceptados, lo que significa que la investigación y el juzgamiento de los no aceptados habrán de regirse por la ley vigente al momento de la comisión de los mismos.³²⁶ En igual sentido, si el imputado no acepta los cargos o se retracta de los admitidos en la versión libre, la Fiscalía deberá remitir la actuación al funcionario competente, de acuerdo con la ley vigente al momento de la comisión de las conductas investigadas.³²⁷

³²⁴ Álvaro Vargas et al., Op. Cit., p. 248.

³²⁵ Art. 19, Ley 975 de 2005.

³²⁶ Art. 21, Ley 975 de 2005.

³²⁷ Parágrafo 1º, art. 19, Ley 975 de 2005. En igual sentido, debe tenerse en cuenta que, a la luz de lo dispuesto en el art. 22 de la Ley 975 de 2005, “si para el momento en que el desmovilizado se acoja a la presente ley, la Fiscalía adelanta investigaciones o formuló acusación en su contra, el imputado, o acusado, asistido por su defensor, podrá oralmente o por escrito aceptar los cargos consignados en la resolución que le impuso medida de aseguramiento, o en la formulación de imputación, o en la resolución o escrito de acusación, según el caso. Dicha aceptación deberá hacerla ante el magistrado que cumpla la función de control de garantías en las condiciones previstas en la presente ley”.

Finalmente, tal y como se expresa en un texto del profesor Kai Ambos sobre el tema, la audiencia preliminar de formulación de cargos es un acto procesal que tiene estrecha relación con el principio de esclarecimiento de la verdad, consagrado en el art. 15 de la Ley de Justicia y Paz, en la medida en que, mediante este acto procesal, en una formulación fáctica detallada y una correspondiente valoración jurídica, se exponen los presupuestos que permiten la consecución de la verdad, la justicia y la reparación, ajustándose dicha actuación a los mandatos del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), en materia de publicidad, intermediación y concentración.³²⁸

6.1. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA FORMULACIÓN DE CARGOS: LA ACUSACIÓN Y LA LABOR DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4º del art. 250 de la Constitución Política, le corresponde a la Fiscalía General de la Nación, “presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con intermediación de las pruebas”, el cual debe reunir un mínimo de requisitos formales, estipulados en el art. 337 de la Ley 906 de 2004.³²⁹ Por su parte, en Justicia y Paz el escrito de acusación debe cumplir con los requisitos previstos en esta norma y, además, atendiendo a los contenidos y fines específicos de la Ley 975 de 2005, el escrito debe contener algunos requisitos adicionales. Así, según la Corte Suprema de Justicia, en Justicia y Paz el escrito de acusación también debe incluir, como mínimo, los siguientes aspectos:³³⁰

³²⁸ Kai Ambos, *Procedimiento de la Ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional*, GTZ, Bogotá, 2010, p. 98.

³²⁹ Art. 250, Constitución Política de Colombia. Por su parte, el art. 337 de la Ley 906 de 2004 indica que el escrito de acusación presentado por la FGN deberá contener: “1. la individualización concreta de quiénes son acusados, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones; 2. una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible; 3. el nombre y lugar de citación del abogado de confianza o, en su defecto, del que le designe el Sistema Nacional de Defensoría Pública; 4. la relación de los bienes y recursos afectados con fines de comiso; 5. el descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener: a) los hechos que no requieren prueba; b) la transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo; c) el nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio; d) los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación; e) la indicación de los testigos o peritos de descargo indicando su nombre, dirección y datos personales; f) los demás elementos favorables al acusado en poder de la Fiscalía; g) las declaraciones o deposiciones. La Fiscalía solamente entregará copia del escrito de acusación con destino al acusado, al Ministerio Público y a las víctimas, con fines únicos de información”.

³³⁰ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 28 de mayo de 2008, radicado n° 29560, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

1. La identificación y descripción del grupo armado al margen de la ley, el grupo de autodefensa o de guerrilla, o de la parte significativa del bloque o frente u otra modalidad que revista la organización de que trata la Ley 782 de 2002 que decidió desmovilizarse —cuándo, dónde— y *contribuir decisivamente a la reconciliación nacional*,³³¹
2. La individualización del desmovilizado, incluyendo su nombre, los datos que sirven para identificarlo, su domicilio, la fecha en que ingresó al grupo armado al margen de la ley, las zonas, regiones o localidades donde ejerció la militancia, las funciones que desempeñó, quiénes fueron sus superiores y quiénes sus subalternos;
3. Una relación clara y sucinta de cada uno de los hechos jurídicamente relevantes que se imputen directamente al desmovilizado, con indicación de las razones de la comisión delictiva y explicación clara del por qué se reputan cometidos *durante y con ocasión* de la militancia del desmovilizado en el grupo armado al margen de la ley,³³²
4. Una relación clara y sucinta de los daños que la organización armada al margen de la ley colectivamente hubiere causado, circunscritos a los cometidos dentro del marco temporal y espacial —áreas, zonas, localidades o regiones—, en donde el desmovilizado desarrolló su militancia, con identificación puntual de cada una de las víctimas;³³³
5. La relación de los bienes y recursos afectados con fines de reparación y de los entregados por la organización en el acto de desmovilización;
6. La relación de los medios de convicción que permitan inferir razonadamente que cada uno de los hechos causados individual

³³¹ *Ibidem.* Art. 1, inciso 2º, y art. 2, inciso 1º, de la Ley 975 de 2005.

³³² *Ibidem.* Así, según el art. 2 de la Ley 975 de 2005: “La presente ley regula lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional”.

³³³ *Ibidem.* El art. 15 de la Ley 975 de 2005 ordena a la Fiscalía investigar los daños que individual o colectivamente hubiere causado la organización. De conformidad con el inciso 3º del art. 5, la condición de víctima se adquiere con independencia de que se procese o condene al autor de la conducta punible —autor material—, lo que se debe establecer ante la imposibilidad de identificar al autor material del comportamiento delictivo. De conformidad con el art. 42 de la Ley 975 de 2005, ante este último supuesto se entiende que el daño sufrido fue cometido por el grupo armado ilegal beneficiario de la ley.

y colectivamente, ocurrieron *durante y con ocasión* de la militancia del desmovilizado en cuestión, con indicación de los testimonios, peritaciones, inspecciones y demás medios de prueba que indiquen la materialidad de las infracciones imputadas;³³⁴

7. La identificación y lugar de citación del abogado de confianza o, en su defecto, del que le designe al postulado el Sistema Nacional de Defensoría Pública; y
8. En relación con los numerales 3º y 4º, se deberá especificar, con miras a la sentencia y la adecuación típica, si se trató de hechos sistemáticos o generalizados, o si se trató de hechos ocurridos en combate, diferenciando las condiciones de género, edad y cualificación del daño sufrido por cada una de las víctimas.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que, en el contexto de la Ley 975 de 2005, la acusación es un acto complejo que comprende el escrito de acusación más el acto oral de control de legalidad material y formal de la aceptación de cargos ante la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz. Es precisamente de ese acto complejo de donde se predica la congruencia con la sentencia.³³⁵

Para ilustrar lo expuesto, al resolver los recursos de apelación interpuestos por la representante del Ministerio Público y el defensor del postulado Wilson Salazar Carrascal, alias “El Loro”, contra la decisión adoptada por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, en la que declaró la legalidad de la aceptación de los cargos formulados al imputado en audiencia realizada en abril de 2009, la Sala de Casación Penal señaló,

“(...) la instancia de primer grado omitió hacer un control de legalidad material sobre la aceptación de los cargos, en tanto no se verificaron los requisitos de elegibilidad del desmovilizado, no se confirmó si los cargos formulados correspondían a hechos ocurridos con ocasión y durante la militancia de aquél, no se constató ni reconoció la representación legal de las víctimas y tampoco se indagó si eventualmente éstas requerían de medidas de protección”.³³⁶

³³⁴ *Ibíd.* Teniendo en cuenta los umbrales de demostración probatoria de los procesos de justicia transicional y que los hechos a comprobar acontecieron regularmente antes de la entrada en rigor de la Ley 906 de 2004, el valor de la prueba de referencia, compilada y aducida en procesos gobernados por la Ley 600 de 2000, deberá ser valorada y estimada.

³³⁵ *Ibíd.*

³³⁶ *Ibíd.*

Así, la Corte Suprema recalcó el hecho de que el acto procesal de mayor connotación en la Ley de Justicia y Paz es el “escrito de acusación más el control de legalidad material y formal sobre la aceptación de los cargos”, e insistió en que no es en la versión libre en donde se *decide* la verdad, dado que, según la Sala Penal, la historia que se revela, se sanciona y sobre la cual la sociedad debe hacer catarsis, es una historia que se declara judicialmente ante el juez colegiado. De esta forma, el acto de formulación de cargos,

“(…) se desarrolla en una audiencia pública en la que se verifica el contenido mínimo del escrito de acusación (...) y de cara al control material sobre el acto de aceptación se constata, no solamente la voluntad del postulado, sino también el por qué, el cómo, el cuándo, el para qué, de cada crimen. La verdad, en el marco de la ley, es un presupuesto que se construye, se relata, se decanta y se sanciona”.³³⁷

En igual sentido, en auto del 21 de septiembre de 2009, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia volvió a señalar que el escrito de acusación debe cumplir con las exigencias arriba mencionadas,³³⁸ toda vez que “junto con el acto procesal de control de legalidad material y formal de la aceptación de cargos por parte de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, conforman la acusación respecto de la cual se afirma congruencia con la sentencia”.³³⁹

La Sala de Casación Penal precisó también que es justamente de estos presupuestos materiales, de donde resulta posible colegir que el acto de acusación consagrado en la Ley 975 de 2005, además de trascendente y fundamental, se ha entendido en una doble dimensión procesal complementaria, lo que permite apreciar que la presentación formal del escrito de acusación y su verificación material operan como actos subsecuentes e interdependientes, aunque la primera tarea se cumpla ante el magistrado de control de garantías y la segunda en presencia de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz.³⁴⁰

³³⁷ *Ibidem*. Esta es una conclusión que se debe matizar, de acuerdo con lo expuesto sobre la versión libre, espacio procesal absolutamente central. Se trata, más bien, de una secuencia que debe ser consistente en función de la reconstrucción conjunta de la verdad de lo ocurrido.

³³⁸ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 28 de mayo de 2008, radicado n° 29560, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

³³⁹ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 21 de septiembre de 2009, radicado n° 32022, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

³⁴⁰ *Ibidem*. En este sentido, señala que “dada su innegable vinculación con la sistemática acusatoria, o cuando menos, la tramitación oral que del proceso consagra la Ley 906 de

En ese orden de ideas, la Corte recordó que la audiencia de formulación de cargos se realiza ante el magistrado de control de garantías, quien debe verificar dos aspectos: uno formal y otro material. En primer lugar, desde el punto de vista formal, el magistrado debe verificar si se cumplen o no los contenidos mínimos del escrito de acusación, de acuerdo con lo manifestado en el citado auto del 28 de mayo de 2008. En segundo lugar, desde el punto de vista material, el magistrado debe constatar que la Fiscalía haya efectivamente investigado las conductas confesadas en la versión libre por el postulado y los demás hechos que se hubiere podido verificar.³⁴¹

Así, y tras presentar los requisitos de la formulación de cargos, la Corte Suprema de Justicia precisó la labor de los magistrados de control de garantías en la audiencia de formulación de cargos:

“La verificación que corresponde realizar al magistrado de control de garantías opera meramente formal, pues a pesar de que en la Ley 906 de 2004 también se le faculta para verificar que la aceptación de cargos sea libre, voluntaria, completamente informada y asistida de su defensor, en la Ley 975 de 2005, conforme lo estipulado en el inciso 3 del artículo 19, esa tarea le ha sido deferida a la sala de decisión de Justicia y Paz. Así las cosas, el magistrado de control de garantías debe velar únicamente porque el escrito de acusación contenga esos mínimos atrás referenciados, a la par con la auscultación de que se ha hecho el correspondiente descubrimiento probatorio a las partes interesadas”.³⁴²

Los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre la formulación de cargos, han llevado a que en las diligencias judiciales los funcionarios centren su atención en el cumplimiento estricto de los requisitos señalados por la Sala de Casación Penal. En consecuencia, las audiencias se prolongan considerablemente y se repiten exposiciones e intervenciones que han tenido lugar en etapas anteriores, como por ejemplo en la formulación de imputación. Esto se observó en audiencia de formulación de cargos en Barranquilla en febrero de 2010, donde cada uno de los intervinientes trató de ajustar su participación a lo dispuesto por la Sala de Casación

2004, es por remisión directa de la Ley 975 de 2005 que debe acudirse a lo preceptuado allí, aunque se hace necesario destacar que las particularidades propias de la forma de justicia transicional que hoy se tabula, impongan variar tópicos trascendentes”.

³⁴¹ *Ibidem*.

³⁴² Es preciso indicar que “si el postulado acepta sólo parcialmente los cargos, el magistrado de control de garantías, acorde con lo estatuido en el artículo 21 de la Ley 975 de 2005, ordenará la ruptura de la unidad procesal, para que la justicia ordinaria asuma el conocimiento de los no aceptados”. *Ibidem*.

Penal en el auto del 21 de septiembre de 2009. En esta audiencia, la fiscalía emprendió grandes esfuerzos por cumplir los lineamientos trazados en las distintas providencias de la Corte Suprema de Justicia, por lo que, antes de formular cargos, presentó la génesis e historia del grupo armado irregular al que perteneció el postulado y la forma en que éste se vinculó a dicha organización. Se hizo entonces una exposición de la metodología a seguir, por capítulos, de la siguiente forma:

1. Génesis y georeferenciación;
2. Requisitos de elegibilidad;
3. Financiamiento, armas, escuelas, comunicaciones y daño colectivo;
4. Estructuras a las que perteneció el postulado;
5. Contextualización, (se refiere a las actividades sistemáticas y generalizadas contra la población y la forma en que el postulado ejerció dichas actividades ilícitas con ocasión de su pertenencia al grupo irregular); y
6. Formulación de cargos.

La presentación de estos temas fue idéntica a la observada en la audiencia de formulación de imputación, debido a que la jurisprudencia ha establecido, para todas las audiencias en el marco del proceso de Justicia y Paz, exigencias muy similares. Atendiendo a tales requerimientos, es pertinente preguntar: ¿qué actuación, adicional a la ya expuesta en el caso concreto, se podrá observar en la legalización de cargos a efectuarse ante la Sala de Conocimiento, de manera que se justifiquen estos dos momentos procesales?, ¿son consistentes todos estos requisitos con la investigación y juzgamiento de hechos propios de la macrocriminalidad?, ¿se hace necesario repetir e ilustrar el mapa extremadamente complejo y problemático de la actuación paramilitar en una zona o un territorio por pequeño que pueda ser?

Al respecto, es preciso indicar que los operadores judiciales y demás intervinientes coincidieron en afirmar que es necesario moderar este tipo de exigencias, puesto que la presentación de estos temas exige bastante tiempo, lo que dilata aún más el curso del proceso, si se debe repetir en diferentes audiencias el mismo esfuerzo.

Así, además de no resultar claro para los operadores jurídicos en qué consiste el control formal ejercido por los magistrados de control de garantías en la audiencia de formulación de cargos, al que se refiere la Sala

de Casación Penal, y las mencionadas exigencias a cumplir en una y otra actuación, el hecho de que en atención a ese control y a tales presupuestos hubieren transcurrido cerca de seis meses entre las audiencias de imputación y formulación de cargos para no más de ocho conductas punibles, y que en una y otra actuación hubiere lugar a la presentación de los mismos presupuestos por parte de la fiscalía, carece de justificación y sentido alguno.

6.2. JUEZ COMPETENTE PARA PRESIDIR LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE CARGOS

En marzo de 2009, una magistrada de control de garantías del Tribunal Superior de Barranquilla, en aplicación de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, no aceptó dar trámite a una audiencia de formulación de cargos contra un postulado, por considerar que algunos apartes de los artículos 13, 18, 19 y 22 de la Ley 975 de 2005, resultaban contrarios a la Constitución Política. Para la magistrada, las normas mencionadas eran contrarias a la Constitución, en tanto en ellos se establece que la audiencia de formulación de cargos, según su parecer, es equivalente a la acusación en el proceso ordinario, mientras debe realizarse ante un magistrado de control de garantías, cuando la Constitución Política establece, en su art. 250, numeral 4º, que se debe llevar a cabo ante un juez de conocimiento.³⁴³

En su decisión, la magistrada instó a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para que procediera a dirimir el conflicto de competencia que, según ella, surge ante el hecho de que una norma de menor jerarquía, como lo es la Ley 975, contraría las disposiciones constitucionales. Así las cosas, la magistrada planteó el interrogante sobre si es contrario a la Constitución Política que la formulación de cargos –o acusación–, en la Ley 975 de 2005, se realice ante un magistrado de control de garantías, a lo que no dudó en afirmar que, en efecto, con dicha asignación de facultades en cabeza del juez de control de garantías, se viola la competencia privativa que la Constitución Política asigna al juez de conocimiento para que ante este último se formule la acusación.³⁴⁴

La magistrada consideró que estos artículos de la Ley 975 obligan a que se realice una doble formulación de cargos: una inicial ante el magistrado de control de garantías y otra ante la Sala de Conocimiento, estableciendo

³⁴³ Verdad Abierta, *Magistrada de Justicia y Paz aplica excepción de inconstitucionalidad*, 16 de marzo de 2010, en <http://www.verdadabierta.com/justicia-y-paz/imputaciones/1026-magistrada-de-justicia-y-paz-aplica-excepcion-de-inconstitucionalidad> (última fecha de consulta: 30.11.2010).

³⁴⁴ *Ibíd.*

así, según lo manifestara, una audiencia adicional que termina dilatando el proceso y que atenta contra el debido proceso y el derecho a la igualdad. Acto seguido, la magistrada planteó el siguiente interrogante: ¿por qué y para qué fin práctico primero hay que formular los cargos ante el magistrado de control de garantías, si después de ello hay que formular los mismos ante la Sala de Conocimiento, que también tendrá que hacer un control de legalidad sobre su formulación y aceptación?³⁴⁵

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, al resolver la cuestión expuesta, fue enfática en señalar que, desde la óptica del proceso de Justicia y Paz, como una instancia para 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”, se trata de un proceso de características sustancialmente distintas al sistema acusatorio establecido a través del Acto Legislativo 03 de 2002, que reforma el artículo 250 de la Constitución Política. En consecuencia, no resulta posible que ambos sistemas sean equiparados. Así las cosas, la Corte Suprema indicó que el argumento medular esbozado en la decisión del 11 de marzo de 2009 por la magistrada de Justicia y Paz, para declararse sin competencia, carecía de todo sustento y sustrato jurídico.³⁴⁶

De otra parte, la Corte Suprema de Justicia señaló que:

“Si se tiene en cuenta que el legislador —en virtud del amplio poder de configuración que le asiste— es quien debe diseñar los procedimientos (y aquí lo está haciendo), ninguna duda surge al

³⁴⁵ *Ibidem*.

³⁴⁶ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 31 de marzo de 2009, radicado n° 31491, M.P. Alfredo Gómez Quintero. En auto posterior, con radicado n° 31492 del 2 de abril de 2009, la Corte señaló: “(...) tan sólo porque el artículo 62 de la Ley 975 de 2005 contempla una remisión al Código de Procedimiento Penal *‘para todo lo no dispuesto en la presente ley’*, no implica que comparte todos los presupuestos del proceso adversarial previsto en la Ley 906 de 2004 (...). Por otro lado, el modelo al cual adscribe la Ley 906 de 2004 tiene por eje el principio adversarial, conforme al cual el fiscal investiga, acusa y solicita condena, al cabo que la prueba se practica en presencia del juez de conocimiento, garantizándose, en todos los casos, su contradicción. A diferencia de este sistema de enjuiciamiento, en el implantado con la Ley 975 de 2005 la actuación no se sigue a instancias del fiscal, sino a partir de la manifestación del integrante del grupo armado ilegal al momento de desmovilizarse de acogerse a sus beneficios y con su postulación por parte del Gobierno Nacional (...). En el ámbito procesal (...), se advierten diferencias marcadas entre los dos sistemas. Así, por ejemplo, la Ley de Justicia y Paz, contrariamente al sistema concebido en la Ley 906 de 2004, no responde a la naturaleza de un proceso de partes, por ser consecuente con un modelo de justicia transicional, y por ello no se ciñe ciegamente a los lineamientos del modelo de enjuiciamiento criminal adoptado mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, no obstante que la Ley 975 de 2005 y el Decreto 4760 de 2005 consagran, como ya se dijo, normas de integración, pero ello circunscrito a suplir vacíos legales”.

estimar como válido, legal y con fundamento constitucional el señalamiento –con respecto de la formulación de cargos– de dos audiencias, con la intervención de distintas autoridades judiciales, vale recordar, una *preliminar* ante el magistrado de garantías en la cual se formulan los cargos, sirviendo este funcionario de garante a la manifestación de aceptación, y otra posterior, *pública*, a cargo de la Sala de Conocimiento en cuyo desarrollo examinará la libertad, voluntariedad y espontaneidad que debieron guiar la aceptación de los cargos, características que una vez verificadas darán paso a la audiencia de sentencia e individualización de pena”.³⁴⁷

Así, afirma la Corte que estas dos audiencias (formulación de cargos y verificación de la aceptación de los cargos), exigidas normativamente, encuentran justificación, no sólo en que son expresión autónoma del legislador, sino también “en el realce que éste quiere darle a lo que será el fundamento de la sentencia”.³⁴⁸ Así las cosas, para la Sala de Casación Penal, no se encontró ninguna contrariedad evidente o manifiesta con normas superiores, como para acoger el planteamiento hecho por la magistrada. Por tanto, la Sala explicó que la Ley de Justicia y Paz no regula un proceso de partes, como parecía entenderlo la magistrada de Justicia y Paz de Barranquilla, sino un proceso “especial, particular y transicional”, de manera que, si se repara en sus características, se advierte que no sigue los mismos derroteros del sistema implantado por el Acto Legislativo 03 de 2002, a pesar de que la Ley 975 de 2005 y el Decreto n° 4760 de 2005 hubieren consagrado normas de integración.³⁴⁹

³⁴⁷ *Ibidem*. En igual sentido, en el proceso citado anteriormente la Corte señaló: “(...) se tiene que la consagración de la doble audiencia con la intervención de distintas autoridades judiciales, obedece a la potestad constitucional de configuración del legislador para diseñar los procedimientos, sin que se advierta exceso o extralimitación alguna en su ejercicio, atendida, como ya se precisó con antelación, su diversa naturaleza. Corolario de lo expuesto en precedencia, no se advierte contrariedad de carácter ostensible y evidente entre las normas legales inaplicadas y las normas constitucionales referidas por la funcionaria para sustentar su tesis de sustraerse al conocimiento de la audiencia de formulación de cargos”. CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 2 de abril de 2009, radicado n° 31492, M.P. María del Rosario González de Lemos.

³⁴⁸ *Ibidem*.

³⁴⁹ De igual manera, la Corte ha afirmado que “(...) la Ley 906 de 2004 regula un procedimiento dispositivo regido por el principio adversarial donde el fiscal, titular de la acción penal, investiga, acusa y demanda una condena, la prueba se practica en presencia del juez de conocimiento y con desarrollo del contradictorio, al paso que en el proceso consagrado en la Ley 975 de 2005 la actuación tiene lugar a iniciativa del integrante del grupo armado ilegal desmovilizado y previa postulación del Gobierno Nacional, acudiendo a la audiencia de versión libre de manera voluntaria para confesar de manera completa y veraz todos los hechos delictivos en los que participó o de los que tenga conocimiento, ocurridos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley, activando en la Fiscalía el mecanismo de verificación de la certeza de lo confesado (...). En este procedimiento especial no hay intermediación de la prueba por parte del juez de conocimiento y

Finalmente, y tras declarar competente para conocer de la formulación y aceptación de cargos a la misma magistrada, la Sala de Casación Penal indicó que no se debe perder de vista que el uso de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el art. 4 de la Constitución Política, supone una carga argumentativa sólida, dado que con ella se pretende desconocer un mandato legal al cual está sometido el juez en consonancia con el art. 230 de la Constitución, razón por la cual se ha considerado que la utilización de la excepción sólo procede ante la presencia de unos presupuestos mínimos, al punto que,

“(…) el quebranto objetivo de la norma constitucional sea de tal forma flagrante o manifiesto que no permita la mínima interpretación en contrario y, por ende, no se requiera de sofisticados argumentos para sustentarla, pues si ello resultara necesario se estaría haciendo un juicio propio de la jurisdicción facultada para tal tarea, la cual no es otra que la jurisdicción constitucional como autoridad encargada de definir por vía general y con efectos *erga omnes* el ajuste de un precepto legal a la Constitución”.³⁵⁰

Pero el asunto es más complejo. Algunos magistrados se abstuvieron en su momento de realizar audiencias de formulación de cargos, argumentando que, por un lado, al ser parciales no eran de recibo, y que, por otro lado, la legalidad de la aceptación debía ser declarada por la Sala de Conocimiento. Esto evidencia la confusión que de por sí genera la estructura procesal establecida en la Ley 975 de 2005 y que, en ocasiones, se agrava con interpretaciones jurisprudenciales no siempre claras. Por ejemplo, en audiencia preliminar de formulación de cargos realizada en Medellín en febrero de 2010, el magistrado señaló que la legalidad de la audiencia de formulación de cargos la debía declarar la Sala de Conocimiento, por lo que se declaró incompetente para resolver el punto en cuestión,

menos controversia de la misma, o debate en torno a teorías antagónicas sobre los hechos develados porque invariablemente los intervinientes van por el mismo sendero en busca de los componentes de verdad, justicia y reparación, que junto a la contribución para la obtención de la paz nacional y la garantía de no repetición, constituyen el fundamento de concesión de la pena alternativa”. CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 31 de marzo de 2009, radicado n° 31491, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

³⁵⁰ En igual sentido, la Corte señaló: “A pesar de la extensión del escrito presentado por la magistrada de Control de Garantías no dimana tal demostración, toda vez que ninguno de los argumentos allí expuestos pone de relieve la contradicción ostensible de las normas que pretende inaplicar con el texto constitucional. En segundo lugar, porque para sustentar su disertación la Magistrada parte del error consistente en asimilar el proceso en transición de justicia y paz con el ordinario de la Ley 906 de 2004 (...)”. CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 2 de abril de 2009, radicado n° 31492, M.P. María Del Rosario González de Lemos.

ordenando la remisión inmediata del expediente a la Sala de Conocimiento del Tribunal Superior de Bogotá para que decidiera lo pertinente; decisión que, según manifestara, no admitía recursos por tratarse de un acto de simple trámite. Acto seguido, el magistrado ofreció el uso de la palabra al fiscal delegado de la Unidad de Justicia y Paz, quien declaró entender la posición expresada por el magistrado de control de garantías, aun cuando no la compartía, pues consideró que el magistrado sí era quien tenía la competencia para conocer de este asunto –formulación parcial de cargos–, y que la remisión debía efectuarse directamente a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para que fuera dicha corporación la que decidiera quién era el competente.

El fiscal delegado solicitó la remisión de lo actuado a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, petición que el magistrado encontró razonable, aun cuando, según expresó, no se trata de una colisión propia de competencias, pues no se presenta entre autoridades de un mismo nivel jurisdiccional, por lo que procedió a ordenar la remisión de lo actuado a la Sala Penal.

Es importante mencionar, también, la sentencia de tutela proferida por la Sala de Casación Penal el 11 de febrero de 2010. El 18 de enero de 2010, en desarrollo de audiencia celebrada ante el magistrado de control de garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín, la Fiscalía solicitó formulación parcial de cargos contra un postulado. Luego de escuchar los argumentos del ente acusador, el magistrado de control de garantías ante quien se adelantaría la actuación, se declaró incompetente para conocer de la legalidad de la formulación de cargos pues, según él, esa labor le correspondía a la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz. Indicó, además, que al tratarse de una decisión de trámite, en su contra no procedían los recursos ordinarios. En consecuencia, dos víctimas, a través de apoderado, pretendieron, entre otros asuntos, que el juez de tutela dejara sin efecto alguno esta decisión y ordenara al funcionario que realizara la audiencia preliminar de formulación de cargos. Al fundamentar sus pretensiones, la parte actora consideró que la decisión adoptada por el juzgador accionado,

“(…) se constituye en una vía de hecho pues a las claras es una revictimización de las personas a quienes representamos, quienes además de haber experimentado en carne propia los más graves atentados que puedan ocurrirse contra la vida y dignidad de la persona humana deban ahora soportar una dilación injustificada bajo el pretexto de una protección formal del ordenamiento jurídico, o en palabras del magistrado de control de garantías, la prevalencia del debido proceso que cobija los derechos del

postulado, como lo son la prohibición del *non bis in ídem*. Lo anterior es para los acá accionantes por lo menos exótico, pues el magistrado de control de garantías olvida el contexto en el cual actúa, esto es, al interior de una ley transicional, en la cual no es el debido proceso el que debe prevalecer sino los derechos de las víctimas”.³⁵¹

Los accionantes precisaron que conforme se ha decantado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el magistrado de control de garantías es el competente para llevar a cabo la audiencia de formulación parcial de cargos, por lo que sostuvieron que el funcionario judicial accionado desconoce los precedentes que han abordado el tema objeto de discusión. No obstante, y tras reiterar el carácter excepcional y subsidiario de la tutela y su no procedencia para la solución de asuntos como los planteados, la Corte reiteró su jurisprudencia en relación con los contenidos, alcances y competencias específicas para cada una de las etapas procesales en cuestión –formulación y legalización de cargos respectivamente–, esbozando lo expuesto en autos de mayo de 2008, de julio de 2009, de septiembre de 2009 y de diciembre de 2009, para negar, por improcedente, la acción constitucional que se comenta. Se podría decir que se trata, incluso, de un tema no resuelto, pero que, entretanto, suscita demoras que agobian el proceso.

7. VERIFICACIÓN DE LA LEGALIDAD DE LA ACEPTACIÓN DE LOS CARGOS

De acuerdo con el procedimiento penal consagrado en la Ley Justicia y Paz, y específicamente en su art. 19, una vez el postulado haya aceptado los cargos de manera total o parcial, la actuación se remite a la secretaría de la Sala de Conocimiento. En esta audiencia, no sólo se verifica si la aceptación fue libre, voluntaria y espontánea, sino también el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad del postulado para acceder a los trámites y beneficios propios de la Ley 975 de 2005.³⁵²

Esta etapa de verificación de la aceptación de los cargos, es la oportunidad procesal para la acumulación de procesos que cursan ante la justicia ordinaria por hechos aceptados en Justicia y Paz y para la apertura formal del incidente de reparación integral. Con este acto comienza la etapa de juzgamiento de los postulados. El control de legalidad material y formal

³⁵¹ CSJ, Sala de Casación Penal, sentencia de tutela n° 46444 del 11 de febrero de 2010, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

³⁵² CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 28 de mayo de 2008, radicado n° 29560, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

sobre la aceptación de cargos consolida el acto procesal de la acusación, con la que se definen los límites de determinación judicial de la verdad, la justicia y la reparación.

7.1. AUDIENCIA DE CONTROL DE LEGALIDAD DE LA ACEPTACIÓN DE CARGOS ANTE LA SALA DE CONOCIMIENTO DE JUSTICIA Y PAZ

La audiencia de control de legalidad de cargos se realiza ante los magistrados de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz y tiene como prerrequisito material la aceptación que en la audiencia de formulación de cargos hizo el postulado, de manera integral o parcial. Una vez se ha enviado el proceso a la secretaría de la Sala de Conocimiento, por parte del magistrado de control de garantías, la Sala debe convocar la audiencia de verificación de la aceptación de cargos, dentro de los diez días siguientes.³⁵³ En esta misma oportunidad procesal debe tener lugar la apertura formal del incidente de reparación integral.³⁵⁴

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que en esta diligencia no se debe verificar únicamente que la aceptación de cargos haya sido libre, voluntaria, espontánea y asistida por el defensor, sino que, además, los magistrados deben realizar un control material sobre los cargos. En este punto, lo primero que cabe anotar es que la audiencia comporta una diferencia trascendental con el tipo de actuación que realiza el juez de conocimiento, tratándose de la Ley 906 de 2004 y el acto de formulación de la acusación.³⁵⁵ La parte *material* del control de la aceptación de cargos resulta sumamente fundamental, pues con éste se verifica “el por qué, el cómo, el cuándo, el para qué, de cada crimen”.³⁵⁶

La evaluación de la calificación jurídica de los hechos trata de hacer efectivo el cumplimiento de las pretensiones de las víctimas a la justicia y a la verdad; se debe realizar conjuntamente con la valoración de los elementos de prueba que permitan inferir la responsabilidad penal. Este asunto no

³⁵³ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 21 de septiembre de 2009, radicado n° 32022, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

³⁵⁴ Artículos 19 y 23, Ley 975 de 2005.

³⁵⁵ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 21 de septiembre de 2009, radicado n° 32022, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. En dicha providencia, la Corte afirma que, sin que sea objeto de discusión, ya se tiene establecido que en el procedimiento de la Ley 906 “la intervención del juez de conocimiento en sede de la audiencia de formulación de acusación se representa eminentemente formal, vale decir, en verificación de aspectos ajenos a la materialidad misma de los cargos, sea en lo que atiene a la concordancia de lo fáctico y lo jurídico, o en torno de los elementos de juicio que soportan el llamamiento a juicio”.

³⁵⁶ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 28 de mayo de 2008, radicado n° 29560, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

se debe traducir en un juicio oral, a la manera del sistema procesal penal “acusatorio” ordinario, con el respectivo ejercicio de contradicción.³⁵⁷ Así, debe quedar claro, que en este tipo de actuaciones no tiene lugar un debate fáctico, probatorio o jurídico, en estricto sentido, pues, conforme se ha dicho y enfatizado, el esquema legal diseñado en la normatividad que se comenta presupone la aceptación de los cargos por el desmovilizado.³⁵⁸ Sin embargo, en varias de estas audiencias se han podido observar fuertes debates sobre la tipicidad de los cargos aceptados por los postulados, particularmente entre la Fiscalía y los representantes de las víctimas.

Al respecto, es preciso reseñar críticamente que en diversas ocasiones, en la audiencia de verificación de la legalidad de la aceptación de cargos, se ventilan temas que exceden los límites propios del proceso penal, lo cual, además, se manifiesta posteriormente en la sentencia. Así, por ejemplo, en audiencia de legalización de cargos contra el postulado Jean Carlo Gutiérrez, alias “El Tuerto”, adelantada ante la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá) el 4 de febrero de 2010, la magistrada encargada de la actuación instó reiteradamente al fiscal delegado de la Unidad de Justicia y Paz, a presentar de manera detallada aspectos que no eran de competencia del proceso de Justicia y Paz, al menos no en la fase de legalización de cargos, como es lo atinente a la especificación de la génesis, estructura, áreas y forma de operación de las bandas criminales emergentes que se han conformado en las zonas de influencia de la estructura armada a la que pertenecía el postulado. (Ello, sin desconocer que son aspectos propios del Sistema de Justicia y Paz; de hecho, son aspectos del proceso de desarme, desmovilización y reintegración (DDR); sin embargo, hay que revisar muy bien si son relevantes para el proceso como tal).

En ese sentido, el fiscal delegado de la Unidad de Justicia y Paz tuvo que realizar en esta audiencia una exposición que duró cerca de dos horas y media, suministrando información detallada sobre datos oficiales que poseen la Policía y el Ejército, a partir, básicamente, de informes de inteligencia. La magistrada explicó que esta solicitud se hacía a la Fiscalía, con el fin de poder evaluar las medidas de reparación que el Tribunal

³⁵⁷ Kai Ambos, *Procedimiento de la Ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional*, GTZ, Bogotá, 2010, p. 100.

³⁵⁸ Álvaro Vargas et al., Op. Cit., p. 249. En este sentido, cabe destacar que en audiencia de legalización de cargos surtida contra alias “El Loro”, el 4 de febrero de 2010 ante la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá), la magistrada encargada indicó que en la audiencia de legalización de los cargos se discute la adecuación típica de los hechos imputados, precisando que en el evento de que se trate de una adecuación respecto de un hecho nuevo, se requiere otra verificación y que sea imputado debidamente.

tomaría posteriormente en la sentencia, en donde se querían realizar precisiones sobre este fenómeno, con el fin de hacer un llamado de atención y ordenar medidas de no repetición.

Dicha presentación, como era de esperarse, suscitó varios interrogantes por parte de los intervinientes. Algunos representantes de víctimas le pidieron al fiscal que investigara el rearme, la forma de operar de estos nuevos grupos y la manera como han surgido; incluso, le reprocharon al fiscal no tener suficiente información al respecto, ante lo cual el funcionario respondió que este tema no era de su competencia, pero que, en todo caso, había tratado de cumplir el requerimiento hecho por la Sala. De hecho, llegó un momento de la diligencia, en el que la magistrada que se encontraba presidiéndola, llamó la atención a los representantes de víctimas, para que dejaran de hacer intervenciones inconducentes. Este tipo de situaciones dilatan las actuaciones, toda vez que, en el caso expuesto, lo correspondiente a la adecuación típica de los cargos formulados, razón principal de la audiencia, debió ser aplazada para otra sesión, sin siquiera existir mayor claridad respecto de cuál debía ser el orden de la diligencia. (Se aclara, desde luego, respecto de lo dicho, que en casos muy concretos nuevos crímenes que se cometen en ciertos territorios y en ciertas circunstancias sí dan claridad a hechos puntuales que se investigan. Además, por supuesto, dichos crímenes pueden ser relevantes al momento de dictar sentencia y establecer condiciones de cumplimiento de la misma).

7.2. NUEVOS RETOS PARA LA CONSTRUCCIÓN COLECTIVA DE LA VERDAD EN EL PROCESO ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ

Es importante no perder de vista que la filosofía del proceso de Justicia y Paz se aparta significativamente del principio adversarial que informa el sistema acusatorio, pues la acusación, o mejor, los cargos presentados por la Fiscalía, no sirven de soporte para el adelantamiento del juicio con las correspondientes audiencias que facultan la presentación de pruebas y alegatos contrarios. Si de entrada se tiene claro que el procedimiento penal de Justicia y Paz sólo opera respecto de los cargos aceptados por el postulado de manera libre, voluntaria, espontánea y con la asesoría del defensor, resulta evidente que la contradicción opera en un plano bastante secundario, aunque ello no comporta que los demás intervinientes se conviertan en convidados de piedra. La Sala de Casación Penal ha manifestado sobre este asunto que:

“Como precisamente se trata de perfilar la verdad y la justicia a manera de bienes valiosos obligados de ofrecer a las víctimas, es lo cierto que los hechos deben ser contruidos entre todos los intervinientes, incluidos los magistrados de justicia y paz, desde

luego, tomando como base lo confesado por el postulado y la consecuente investigación adelantada por la fiscalía”.³⁵⁹

La Corte Suprema de Justicia ha indicado que dicha construcción de la verdad se debe realizar en la audiencia de legalización de cargos, en tanto no se puede olvidar que, por ocasión de su naturaleza *sui generis*, en el trámite de Justicia y Paz no es posible adelantar una audiencia preparatoria, ni un juicio oral y público en el que se presenten las pruebas de las partes y se controvertan los argumentos contrarios. Entonces, según la Sala de Casación Penal, para que la construcción de la verdad no sea un acto unilateral o ajeno a lo realmente ocurrido, o que por virtud de una inadecuada delimitación jurídica se aparte de conceptos ineludibles de justicia, se hace necesario habilitar un espacio adecuado para la forzosa controversia y discusión, en el cual las víctimas puedan ser escuchadas y se les permita abonar desde su conocimiento esa verdad. Ese escenario, como lo ha dicho tanto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema como la Corte Constitucional, no puede ser otro diferente al de la audiencia de legalización de cargos ante los magistrados de conocimiento.³⁶⁰ Así, la Sala Penal ha señalado que la dinámica propia de la audiencia de legalización de cargos comprende los siguientes pasos:³⁶¹

1. Luego de las presentaciones de rigor, los magistrados de la Sala de Conocimiento constatarán y reconocerán la representación legal de las víctimas y las interrogarán acerca de la necesidad de medidas de protección;
2. Seguidamente, interrogarán al postulado acerca del conocimiento cabal de todos y cada uno de los cargos que fueron presentados por la Fiscalía en la audiencia de formulación de cargos –por ello no es necesario que se reiteren uno a uno, dado que ya se suponen conocidos con antelación–, verificando que su aceptación haya sido libre, voluntaria, espontánea y asistida por su defensor;

³⁵⁹ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 21 de septiembre de 2009, radicado n° 32022, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

³⁶⁰ *Ibidem*.

³⁶¹ *Ibidem*. Es preciso referir que estos temas son recordados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el auto del 11 de marzo de 2010, dentro del proceso con radicado n° 33301, en donde la Corte resolvió el recurso de apelación interpuesto por los representantes de la FGN y del Ministerio Público contra la decisión del 7 de diciembre de 2009 en el proceso radicado con el n° 110016000253200680281, mediante la cual la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, resolvió legalizar formal y materialmente los cargos formulados por la Fiscalía 8 de la UJP contra el postulado Jorge Iván Laverde Zapata, alias “El Iguano”, desmovilizado del Bloque Catatumbo de las AUC, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso tercero del art. 19 de la Ley 975 de 2005.

3. Se concederá la palabra a la representación de las víctimas y al Ministerio Público, para que hagan sus manifestaciones en torno de los cargos aceptados por el postulado, permitiéndoles no sólo argumentar, sino también presentar los elementos de juicio en que basan su pretensión;
4. De los argumentos y elementos de juicio presentados, se dará traslado a los otros intervinientes y después a la Fiscalía, para que ésta decida si efectivamente agrega hechos, elimina cargos, amplía las circunstancias o modifica la forma de imputación o denominación jurídica;
5. Tanto si la Fiscalía acepta lo propuesto por las víctimas, por el Ministerio Público o, incluso, por el postulado y su defensa, luego del correspondiente debate, como si se niega a ello, el asunto debe ser decidido allí mismo por los magistrados de conocimiento, en pronunciamiento de fondo que faculta la interposición de los recursos de reposición y apelación;
6. De no interponerse los recursos o una vez resueltos éstos, si existió algún tipo de modificación respecto de los cargos, esa modificación debe ser objeto de nueva aceptación por parte del postulado, en la cual es necesario verificar las notas de libertad, voluntad, espontaneidad y asistencia letrada;
7. Si el postulado no acepta uno o varios de los cargos modificados, la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz debe disponer la ruptura de la unidad del proceso para que la justicia ordinaria adelante la correspondiente investigación; y
8. Por último, la Sala debe decretar la legalidad de los cargos finalmente aceptados por el postulado, para lo cual se torna indispensable que declare judicialmente la militancia del procesado en la organización armada ilegal y, a renglón seguido, disponga que las actuaciones procesales ordinarias adelantadas contra el desmovilizado que se hallan suspendidas, se deben acumular definitivamente al proceso de Justicia y Paz tramitado dentro de los lineamientos de la Ley 975 de 2005.

7.3. VERIFICACIÓN DE LA ACEPTACIÓN DE LOS CARGOS COMO FRUTO DE IMPUTACIONES Y FORMULACIONES DE CARGOS PARCIALES

En las audiencias de verificación de la legalidad de la aceptación de cargos a las que se les ha hecho seguimiento, se ha discutido también sobre la viabilidad de procesos penales de Justicia y Paz que no cobijen

la totalidad de hechos cometidos por los postulados, fruto de actuaciones parciales. De hecho, las dos audiencias más importantes que han tenido lugar, se han dado como consecuencia de formulaciones de imputación y de formulaciones de cargos parciales.

Así, por ejemplo, en decisión del 7 de diciembre de 2009, la Sala de Conocimiento del Tribunal Superior de Bogotá declaró la legalidad formal y material de los cargos formulados por la Fiscalía 8 delegada de la Unidad de Justicia y Paz contra un postulado, y al examinar su competencia sobre el asunto, indicó:

“El artículo 19 de la Ley 975 señala que a partir del momento en que el postulado acepta los cargos formulados por la UJP de la Fiscalía, como consecuencia de la versión libre o de las investigaciones en curso al momento de la desmovilización, el magistrado que ejerce funciones de control de garantías pierde la competencia sobre el asunto y en consecuencia debe enviarlo a la Sala de Conocimiento encargada de tramitar la etapa de juicio, quien examinará si la aceptación de cargos ha sido libre, voluntaria, espontánea y asistida por su defensor. De hallarla conforme a derecho, esto es, si encuentra correspondencia de los hechos con la calificación jurídica, se cumplen los requisitos de elegibilidad, hay contribución a la verdad individual y colectiva y se contribuye efectivamente al logro de la paz, citará a audiencia de sentencia de individualización de pena. En síntesis, la Sala de Conocimiento, realiza un control formal y material de los cargos formulados por la Fiscalía al postulado”.³⁶²

La Sala continuó su argumentación, enfatizando los aspectos de carácter normativo y jurisprudencial que le permitían concluir que es competente para pronunciarse sobre la legalidad de la aceptación de cargos y, por tanto, continuar con la actuación. Así, la Sala optó por discrepar de lo expuesto por el representante del Ministerio Público, quien había solicitado la suspensión de la audiencia de legalización de cargos, e incluso se abstuvo de alegar de conclusión en la última sesión del 1 de septiembre de 2009,

³⁶² Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, auto del 7 de diciembre de 2009, radicado n° 110016000253200680281, M.P. Uldi Teresa Jiménez López. En igual sentido, en enero de 2010, la misma corporación indicó: “Rendida la versión libre por el postulado, la Fiscalía debe proceder a su verificación y consecuente formulación de imputación y cargos, que al ser aceptados, desplaza la competencia del magistrado de control de garantías, para dar inicio a la etapa de Juicio por parte de la Sala de Conocimiento, autoridad que examinará entre otros aspectos, si la aceptación de cargos ha sido voluntaria, espontánea y asistida por su defensor, tal como lo tiene previsto el artículo 19 de la Ley 975 de 2005”. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, auto del 25 de enero de 2010, radicado n° 110016000253200680077, M.P. Uldi Teresa Jiménez López.

argumentando la imposibilidad de proseguir con el trámite por exigencia de la Corte Suprema de Justicia en decisión del 31 de julio de 2009, en la cual la Sala indicó:

“Dos son las razones que se tienen en cuenta para el pronunciamiento y en consecuencia disponer la continuación de la ritualidad subsiguiente. En esta línea se precisa que en los términos de la decisión que cita el señor procurador, así como el seguimiento realizado a otras posturas de la corporación en materia de Justicia y Paz, ello es jurídicamente procedente, pese a que los hechos objeto del proceso constituyen una imputación parcial”.³⁶³

Al respecto, la Sala de Conocimiento enunció una serie de consideraciones en relación con la procedencia del control de legalidad de la actuación, no obstante tratarse de actuaciones parciales:

“El primero, relacionado con la interpretación que esta Sala de Justicia y Paz ha dado a las decisiones de la Sala Penal, en el sentido de entender que su oposición a la formulación de cargos parciales, opera exclusivamente en los eventos en que esa parcialidad impida garantizar la *‘operatividad del proceso’* y en cuanto que no responda *‘(...) a una lógica específica’* —lo que sí sucede en este caso— tal como sostuvo en decisión del 16 de abril de 2009”.³⁶⁴

El proceso adelantado por la Sala de Conocimiento con ocasión de la imputación parcial realizada por la Fiscalía 8 delegada de la Unidad de Justicia y Paz, fue el resultado de la investigación de 32 hechos con 170 homicidios, confesados por el postulado Jorge Iván Laverde Zapata, alias “El Iguano” y verificados por la Fiscalía. Estos hechos, no obstante, “(...) no son los únicos, toda vez que forman parte de una multiplicidad de casos, pues su condición de comandante le permitió participar dentro de una extensa y dinámica actividad armada al margen de la ley”, tanto así, que la Fiscalía, en desarrollo de la audiencia de control formal y material de cargos, expuso que se encuentran registrados 5.153 casos, correspondientes a 2.978 hechos delictivos con aproximadamente 8.969 víctimas reportadas.³⁶⁵

³⁶³ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, auto del 7 diciembre de 2009, radicado n° 110016000253200680281, M.P. Uldi Teresa Jiménez López.

³⁶⁴ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 16 de abril de 2009, radicado n° 3115, M.P. José Leonidas Bustos Ramírez. Esta providencia fue citada por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en el auto que se comenta.

³⁶⁵ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, auto del 7

En consecuencia, la Sala de Conocimiento indicó que la unidad de la imputación debe entenderse en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia:

“(…) la aludida unidad no existe sino como mirada de un conjunto que agrupa pluralidad de elementos, cada uno de los cuales puede ser analizado con independencia de los otros, sin que por eso pierda su afinidad con el conjunto al que pertenece”.³⁶⁶

En este caso, la Sala de Conocimiento sostuvo que se ha podido evidenciar que existen condiciones específicas que se ajustan a los parámetros señalados por la Sala de Casación Penal de la Corte en los autos n° 29560, 31539 y 32022, como la multiplicidad y complejidad de los actos criminales cometidos por el postulado, la dificultad para reconstruir los hechos por la forma en que se cometieron y la cantidad de víctimas registradas, por lo que consideró viable la continuación con el trámite previsto por la Ley 975 de 2005, no sólo en relación con las imputaciones parciales, sino con los controles formal y material de aquellas –también parciales–, en tanto el manejo de la totalidad de conductas delictivas en una sola imputación, en una sola formulación de cargos y en una sola diligencia de control formal y material de su aceptación, se tornaría casi imposible. En este sentido, la Sala de Conocimiento afirmó que:

“Sin dejar de lado que se necesitaría de un período muy prolongado para lograr dicho cometido, en detrimento de los derechos de las víctimas especialmente el de la verdad, que si bien tiene limitaciones en su consecución por parte de la judicatura, sí cobra una importancia superlativa porque es la aproximación a lo que sucedió (y aún sigue sucediendo) en nuestro país durante décadas y que ahora se conoce de boca de sus protagonistas; pero esa verdad debe ser pronta para que sea valiosa tanto para la sociedad como para cada una de las víctimas”.³⁶⁷

Por tanto, la Sala de Conocimiento concluyó que era depositaria de una información que no podía quedar inactiva hasta tanto la Fiscalía no concluyere con la imputación y formulación de los últimos cargos atribuibles al frente Fronteras del Bloque Catatumbo de las AUC (al cual perteneció el postulado), porque se afectaría el proceso mismo. Además,

de diciembre de 2009, radicado n° 110016000253200680281, M.P. Uldi Teresa Jiménez López.

³⁶⁶ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 9 de febrero de 2009, radicado n° 30955, M.P. José Leonidas Bustos Ramírez.

³⁶⁷ *Ibidem*.

afirmó que las fallas advertidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en los autos con radicados n° 31539 y 32022 de 2009, fueron superadas en el trámite de la actuación que se comenta, ya que el delito de concierto para delinquir, componente obligado en la imputación parcial y formulación de cargos parcial, se encontraba incluido dentro del escrito de acusación que antecedió a la audiencia de verificación que se expone.³⁶⁸ De igual manera, la Sala precisó que:

“Se han podido determinar circunstancias genéricas de las Autodefensas, del Bloque Catatumbo y Frente Fronteras, tales como su origen; estructuras; estatutos; finalidad; financiación; consecución de armas, aspectos de macrocriminalidad y relación con las autoridades civiles, políticas y militares, todos ellos comunes a cada uno de los hechos por los que se realizó imputación parcial al postulado (alias “El Iguano) y a los demás confesados y por confesar, por tanto, no se trata de una presentación fragmentaria del fenómeno del paramilitarismo, sino que el trabajo está completo y constituye generalidades que se compaginan y por tanto, no tendrán que ser discutidos nuevamente, por resultar comunes a todos los delitos” (paréntesis fuera del texto original).³⁶⁹

De otro lado, en decisión de enero de 2010, la Sala de Conocimiento del Tribunal Superior de Bogotá declaró la legalidad formal y material de los cargos formulados por la Fiscalía 11 de la Unidad de Justicia y Paz a Edwar Cobos Téllez y Uber Enrique Bánquez, desmovilizados del Bloque Montes de María de las AUC. La Sala sostuvo que, si se encuentra correspondencia entre los hechos y la calificación jurídica, se cumplen los requisitos de elegibilidad, y habría así una contribución a la posible construcción de verdad individual y colectiva. Dado este supuesto, se procederá entonces a citar para el desarrollo de la audiencia de sentencia e individualización de la pena, significando ello que el trámite gestado dentro de la referida diligencia, constituye un control formal y material de los cargos formulados por la Fiscalía y aceptados por el postulado.³⁷⁰

Para la Sala de Conocimiento, el contenido normativo de la Ley 975 de 2005, así como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, autorizan a que se pronuncie sobre la aceptación de cargos, en aquellos casos en los que hayan sido formulados de manera parcial, en especial cuando se trata de procesos especialmente complejos, como el que en esta oportunidad

³⁶⁸ *Ibíd.*

³⁶⁹ *Ibíd.*

³⁷⁰ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, auto del 25 de enero de 2010, radicado n° 110016000253200680077, M.P. Uldi Teresa Jiménez López.

ocupaba su atención. Esto quiere decir que se puede continuar con la actuación hasta llegar, incluso, a sentencias parciales,³⁷¹ contrario a lo expuesto por varios de los abogados representantes de víctimas.³⁷²

En esta providencia, al referirse a las imputaciones parciales, y en clara concordancia con lo expresado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Sala de Conocimiento indicó:

“Es claro que las imputaciones parciales proceden cuando se acreditan dos elementos: i) la formulación del cargo de concierto para delinquir, delito base que permite al postulado acceder al trámite previsto por la Ley 975 de 2005 y ii) la complejidad, cantidad y gravedad de las conductas delictivas cometidas por los postulados (...). En el caso objeto de estudio, las fallas advertidas por la corporación dentro de las decisiones del 31 de julio³⁷³ y 21 de septiembre³⁷⁴ de 2009, fueron superadas en el trámite de la presente actuación, toda vez que el delito de concierto para delinquir, componente obligado en la imputación parcial y formulación de cargos,³⁷⁵ en el caso de Edwar Cobos Téllez, se encuentra incluido dentro del escrito de acusación objeto de legalización y en relación con Uber Enrique Bánquez Martínez, se tiene que ya obra sentencia condenatoria por este delito, proferida por el Juzgado 2 Penal del Circuito Especializado de Bogotá, el 18 de octubre de 2007”.³⁷⁶

Acto seguido, y tras hacer expresa referencia a las conductas delictivas imputadas a cada uno de los postulados, la Sala de Conocimiento precisó que,

“(...) en estas condiciones y con el ánimo de favorecer los intereses de las víctimas, así como imprimir al proceso agilidad y la seguridad progresiva de lo que el desmovilizado va confesando,

³⁷¹ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 14 de diciembre de 2009, radicado n° 32575, M.P. María del Rosario González de Lemos. Esta providencia fue citada por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en el auto que se comenta.

³⁷² Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, auto del 25 de enero de 2010, radicado n° 110016000253200680077, M.P. Uldi Teresa Jiménez López.

³⁷³ CSJ, Sala de Casación Penal, sentencia del 31 de julio de 2009, radicado n° 31539, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

³⁷⁴ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 21 de septiembre de 2009, radicado n° 32022, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

³⁷⁵ CSJ, Sala de Casación Penal, sentencia del 31 de julio de 2009, radicado n° 31539, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

³⁷⁶ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, auto del 25 de enero de 2010, radicado n° 110016000253200680077, M.P. Uldi Teresa Jiménez López.

en tanto que la Fiscalía los va verificando, es que resultan viables en el caso concreto las imputaciones parciales y en consecuencia los controles formal y material –también parciales–, no fragmentarios, como medida excepcional, atendiendo a la calidad de comandantes que los desmovilizados ostentaban dentro del grupo armado organizado al margen de la ley, así como la cantidad de hechos confesados, elementos que tornan complejo y difícil su manejo como una unidad, entendida esta como la imputación y consecuente formulación de cargos en un solo acto”.³⁷⁷

7.4. POSIBILIDAD DE MODIFICAR LOS CARGOS DURANTE LA AUDIENCIA DE VERIFICACIÓN DE LA LEGALIDAD DE LA ACEPTACIÓN

Un aspecto fundamental, respecto de una posible construcción judicial de la verdad en Justicia y Paz es la discusión acerca de si la Sala de Conocimiento, en sede de audiencia de legalización de los cargos, puede o no modificar la formulación que hizo la Fiscalía ante el magistrado de control de garantías. La Corte Suprema de Justicia, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y el representante del Ministerio Público contra la decisión del 7 de diciembre de 2009, mediante la cual la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá resolvió legalizar formal y materialmente los cargos formulados contra el postulado Jorge Iván Laverde Zapata, alias “El Iguano”, se planteó este interrogante.³⁷⁸

En decisión del 11 de marzo de 2010, la Corte Suprema de Justicia indicó que una primera pauta de respuesta la brinda el esquema procesal de las investigaciones en Justicia y Paz, referido en el ya mencionado auto de julio de 2009, en el que la Sala precisó que,

“(…) el fiscal solicitará al magistrado de control de garantías la programación de una audiencia de formulación de cargos, en la que, a través de una valoración jurídica que satisfaga el presupuesto de tipicidad estricta de las conductas punibles, concrete la imputación fáctica y precise las categorías de atribución subjetivas cometidas por el desmovilizado, en su condición de militante de una organización ilegal, para que de manera espontánea, libre,

³⁷⁷ *Ibidem.*

³⁷⁸ “Dicho de otra manera, el objetivo de la audiencia de formulación de cargos ante la Sala de conocimiento del Tribunal de Justicia y Paz es el de examinar que la aceptación de cargos formulados por la Fiscalía fue libre, voluntaria, espontánea y si contó con asistencia letrada (defensa técnica) **¿o tiene otros propósitos definidos en la ley o en la jurisprudencia?**” CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 11 de marzo de 2010, radicado n° 33301, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

voluntaria, y asistido por su defensor, manifieste qué cargos o delitos acepta (...). Si los acepta, se remitirá la actuación a la secretaría del Tribunal Superior del Distrito Judicial de conocimiento, en donde se convocará a audiencia pública para examinar si la aceptación fue libre, voluntaria, espontánea y asistida por su defensor. En caso de encontrar reunidas esas condiciones, el magistrado de conocimiento citará para audiencia de sentencia e individualización de pena”.

Ese escrito de acusación, tal y como ya se señaló, debe cumplir las exigencias indicadas en el auto del 28 de mayo de 2008, puesto que, junto con el acto procesal de control de legalidad material y formal de la aceptación de cargos por parte de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, conforman la acusación, respecto de la cual se afirma la congruencia con la sentencia.

La Corte Suprema de Justicia indicó que, en atención del control de legalidad material, es necesario constatar los requisitos de elegibilidad del desmovilizado y la ocurrencia de los hechos delictivos durante y con ocasión de la militancia en el grupo armado ilegal, la verificación de la voluntad del postulado, el por qué, el cómo y el cuándo de cada crimen, así como la representación legal de las víctimas y la necesidad de prestarles medidas de protección, examen que daría pie para sostener que en la audiencia de legalización de cargos ante la Sala de Conocimiento del Tribunal de Justicia y Paz, no se permite modificar la formulación de cargos, y que su único objetivo es el de examinar que la aceptación del postulado fue libre, voluntaria, espontánea y que contó con asistencia del defensor.³⁷⁹

No obstante lo anterior, la Sala de Casación Penal afirmó que, atendiendo al más alto interés en términos de verdad, de justicia y de reparación, y en aras de que las decisiones judiciales sean congruentes con los estándares internacionales de administración de justicia, la jurisprudencia ha venido dando otros alcances a la audiencia de legalización de cargos en el trámite del proceso penal de Justicia y Paz.³⁸⁰ En este sentido, indicó que cabría recordar que, en relación con la audiencia de legalización de los cargos, la Corte Constitucional interpretó los alcances de la intervención de los magistrados de conocimiento, advirtiéndole que el control a realizar sobre los cargos formulados no sólo es formal, sino también material y, desde luego, no se limita a verificar que la aceptación de los mismos por parte del postulado es libre, voluntaria, espontánea y asistida por su defensor.

³⁷⁹ *Ibídem.*

³⁸⁰ *Ibídem.*

Por tanto, la Sala recordó los siguientes argumentos presentados por la Corte Constitucional, en sentencia n° C-370 de 2006:

“Respecto del artículo 19, inciso tercero, es preciso destacar que consagra una especie de control de legalidad sobre la diligencia de aceptación de cargos del desmovilizado que la ley radica en el juez de conocimiento, que para el efecto es la sala correspondiente del Tribunal Superior de Distrito Judicial. Establece la norma bajo examen que ‘de hallarse conforme a derecho’, la aceptación de cargos, procederá esta autoridad judicial a citar a audiencia para sentencia e individualización de pena. Para la Corte reviste particular importancia este control que se asigna al juez de conocimiento, el cual debe entenderse como control material de legalidad de la imputación penal que surge a partir de la aceptación de los cargos. Lo anterior implica que el juez de conocimiento debe controlar la legalidad de la aceptación de cargos en lo relativo a la calificación jurídica de los hechos, en el sentido que aquella debe efectivamente corresponder a los hechos que obran en el expediente. Esta interpretación es la única que se ajusta a la garantía de efectividad de los derechos de las víctimas a la justicia y a la verdad. No podría argumentarse que el objetivo de ese control es la verificación del cumplimiento de las garantías de libertad, espontaneidad, voluntariedad y defensa que indiscutiblemente debe rodear el acto de aceptación de cargos por parte del procesado. No es así por cuanto para ese específico objetivo el mismo juez de conocimiento ya ha efectuado una audiencia previa, tal como lo señala la propia disposición (inciso 3, artículo 19)”.³⁸¹

En contraposición al control simplemente formal que contempla la Ley 906 de 2004, para la audiencia de formulación de acusación que se surte ante los jueces penales con funciones de conocimiento, la Corte Suprema de Justicia precisó que debería entenderse que un control material permite penetrar a fondo en los hechos y su adecuación típica, así como auscultar la naturaleza y efectos de los medios de prueba recogidos.

Así, la Corte afirmó que, gracias a lo consignado en el escrito acusatorio, los intervinientes conocen previamente cuáles son los hechos que estima la Fiscalía probados y su denominación jurídica, lo que les permitirá acudir a la audiencia de legalización de cargos con argumentos y elementos de

³⁸¹ Corte Constitucional, sentencia n° C-370 del 18 de mayo de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y otros.

juicio que los habilita para controvertir esa manifestación. Allí, luego de contrastar todos los argumentos, los magistrados de conocimiento deben hacer un pronunciamiento que confirme la posición de la Fiscalía o la obligue a replantearla, pues, se repite, al fallo se debe llegar con absoluta claridad acerca de los hechos y sus efectos jurídicos.³⁸²

Sin embargo, aclaró la Sala que ello no significa que se pretenda cambiar el rol de la Fiscalía o se busque reemplazar su función, sino adecuar uno y otra a la forma de “justicia transicional”, que obliga construir una verdad no solamente formal y a partir de la intervención de todos los interesados, pues, resalta la Sala, aquí no se trata de que el Fiscal funja dueño de la acusación, en tanto, se reitera, el concepto de adversarialidad no opera de la misma manera que en el proceso penal ordinario.³⁸³

8. INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL

El incidente de reparación integral, regulado en el art. 23 de la Ley 975 de 2005, tiene como objetivo principal que las víctimas de los delitos cometidos por los postulados a los trámites y beneficios jurídicos de la Ley de Justicia y Paz, presenten ante la Sala de Conocimiento las diversas medidas que componen sus pretensiones, con el propósito de que el daño causado sea reparado.³⁸⁴

Por lo tanto, en la misma audiencia en la que la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz declara la legalidad de la aceptación de los cargos por parte del procesado, el magistrado ponente debe abrir inmediatamente el incidente de reparación integral, previa solicitud “de la víctima, o del fiscal del caso, o del Ministerio Público a instancia de ella”.³⁸⁵

De acuerdo con lo contemplado en el art. 23 de la Ley 975 de 2005, el incidente de reparación inicia con la intervención de las víctimas, sus representantes legales o sus abogados de oficio, quienes deben expresar, de manera concreta, la forma de reparación que pretenden, así como indicar las pruebas que pretenderán hacer valer para fundamentar sus pretensiones. Ahora bien, después de haber escuchado a las víctimas o a sus representantes legales, la Sala de Justicia y Paz debe examinar las pretensiones, las cuales pueden ser rechazadas, bien sea porque quien

³⁸² *Ibidem.*

³⁸³ *Ibidem.*

³⁸⁴ Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, *Tercer informe, Parte I - El proceso penal de Justicia y Paz desde la práctica cotidiana: síntesis y diagrama de flujo*, CITpax, Madrid-Bogotá, septiembre de 2010, p. 36.

³⁸⁵ Art. 23, Ley 975 de 2005.

ha solicitado la apertura del incidente de reparación no cumple las condiciones necesarias para ser considerado como víctima en el marco de la Ley 975 de 2005, o bien porque la pretensión es únicamente económica y el pago de los perjuicios está acreditado, decisión que podrá ser objeto de impugnación en los términos de la Ley 975 de 2005.

De ser procedente la pretensión, la Sala la pondrá en conocimiento del procesado y abrirá el espacio para que víctima y victimario concilien.³⁸⁶ No obstante, si no es posible llegar a ningún acuerdo, se decretará la práctica de las pruebas a que haya lugar y se procederá a fallar el incidente. En cualquier caso, la decisión que se tome se incorporará en la sentencia condenatoria.³⁸⁷

Se debe recordar que el incidente de reparación integral se tramita y resuelve entre la audiencia de verificación de legalidad de la aceptación de cargos y la audiencia pública de sentencia e individualización de la pena, entre otras razones, por la exigencia establecida en la Ley de Justicia y Paz de fijar en la respectiva sentencia, no sólo las penas principal, accesoria, alternativa y los compromisos de comportamiento, sino también las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas, así como la extinción de dominio de los bienes que se destinarán a la reparación.³⁸⁸

³⁸⁶ Es pertinente señalar que el párrafo primero del art. 23 de la Ley 975 de 2005 dispone que, exclusivamente para efectos de la conciliación prevista en esa disposición, “la víctima, el imputado o su defensor, el fiscal que haya conocido del caso o el ministerio público, podrán solicitar la citación del Director de la Red de Solidaridad Social en su condición de ordenador del gasto del Fondo para la Reparación de las Víctimas”.

³⁸⁷ Por su parte, el párrafo segundo del art. 23 de la Ley 975 de 2005, establece que la concesión de la pena alternativa no podrá ser negada “en el evento de que la víctima no ejerza su derecho en el incidente de reparación integral”.

³⁸⁸ Art. 24, Ley 975 de 2005. Por el contrario, el art. 103 de la Ley 906 de 2004 dispone que, en el procedimiento penal ordinario, el trámite del incidente de reparación integral es el siguiente: “Iniciada la audiencia el incidentante formulará oralmente su pretensión contra el declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer. El juez examinará la pretensión y deberá rechazarla si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y este fuere la única pretensión formulada. La decisión negativa al reconocimiento de la condición de víctima será objeto de recurso de impugnación en los términos de este código. Admitida la pretensión el juez la pondrá en conocimiento del declarado penalmente responsable y acto seguido ofrecerá la posibilidad de una conciliación que de prosperar dará término al incidente y lo allí acordado se incorporará a la sentencia. En caso contrario el juez fijará fecha para una nueva audiencia dentro de los ocho (8) días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y de no lograrse el declarado penalmente responsable deberá ofrecer sus propios medios de prueba”.

8.1. Criterios sobre el incidente de reparación establecidos por la Corte Suprema de Justicia

Ante la denegación por parte de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, en ejercicio de sus funciones de conocimiento, de la solicitud de abrir el incidente de reparación integral, por considerar que no se cumplían los requisitos legales, la Sala de Casación Penal ha sistematizado los siguientes criterios para establecer si es posible o no dar lugar al incidente y si se tiene o no derecho a la reparación:

“De las normas transcritas puede colegirse que si bien existe una protección especial al derecho de reparación de las víctimas de grupos armados ilegales, lo cierto es que dicha pretensión patrimonial está sujeta a determinados presupuestos definidos por el legislador, que pueden sintetizarse así: (i) Comprobar la real ocurrencia del daño real, concreto y específico invocado por la víctima o su apoderado. (ii) Demostrar la relación causal entre las conductas de los miembros del grupo armado ilegal, realizadas durante y con ocasión de su pertenencia al mismo (bloque o frente), y los perjuicios sufridos por quien aduce la condición de víctima. (iii) Acreditar que el referido grupo se sometió a la preceptiva de la Ley 975 de 2005, esto es, que tiene la condición de desmovilizado y, en razón de ello, a sus integrantes se les ha postulado por el Gobierno Nacional. (iv) Citar la declaración judicial de responsabilidad penal de los miembros del grupo armado al margen de la ley (sentencia condenatoria o audiencia en la que se declare la legalidad de la aceptación de cargos), sin que sea necesario que la víctima identifique a un individuo en especial.³⁸⁹ (v) Oportunidad procesal definida en el artículo 23 de la Ley 975 de 2005, esto es, que se proponga ‘*En la misma audiencia en la que la Sala del Tribunal Superior de Distrito judicial correspondiente declare la legalidad de la aceptación de cargos*’. (vi) Cuando no se haya logrado individualizar al sujeto activo que realizó la conducta generadora del perjuicio irrogado a la víctima, pero se haya demostrado el daño y su nexos causal con las actividades del grupo armado ilegal beneficiario de la Ley 975 de 2005, el pago de la indemnización se realizará con cargo al Fondo de Reparación”.³⁹⁰

³⁸⁹ También están llamados a indemnizar, en virtud del principio de solidaridad, quienes hubieren sido judicialmente declarados como miembros del bloque o frente al que se impute causalmente la conducta generadora del perjuicio, así ésta hubiere sido realizada por otros individuos pertenecientes a tal facción y no hubiere sido posible su individualización.

³⁹⁰ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 11 de diciembre de 2007, radicado n° 28769, M.P. María del Rosario González de Lemos. En igual sentido, pueden verse los autos con radicados n° 29240 del 21 de abril de 2008, 29642 del 23 de mayo de 2008 y 31320 del 12

A su vez, en estas decisiones se han fijado algunos criterios sobre el trámite del incidente de reparación integral. Así, se pueden señalar, al menos, tres aspectos. En primer lugar, la Sala de Casación Penal insiste en que el incidente de reparación es procedente únicamente cuando se haya constatado la desmovilización del sujeto responsable o del grupo armado ilegal, de manera que referencias genéricas de responsabilidad, por ejemplo, a grupos paramilitares sin especificar el bloque o frente, son insuficientes.³⁹¹ En segundo lugar, la Sala ha reiterado que, de acuerdo con el quinto inciso del art. 5 de la Ley 975 de 2005, también son considerados víctimas los familiares de miembros de la fuerza pública que hayan perdido la vida en actos del servicio;³⁹² frente a esto, la Sala ha manifestado que, el hecho de haber recibido la pensión de sobrevivientes, no excluye a dichas víctimas de la posibilidad de obtener una indemnización económica en el contexto de Justicia y Paz.³⁹³ En tercer lugar, la Corte ha indicado que cuando se realizan solicitudes extemporáneas para que sea abierto el incidente de reparación integral, por ejemplo con anterioridad a la legalización de la aceptación de los cargos, dicha solicitud debe ser rechazada de plano (*in limine*) sin necesidad de audiencia pública.³⁹⁴

de marzo de 2009, todos de la Corte Suprema de Justicia.

³⁹¹ La Sala Penal, en auto del 12 de marzo de 2009, precisó que “son precisamente las características que rodearon la ejecución del homicidio, las que permitieron colegir al funcionario de la Policía Nacional, que la muerte de Torres Alfonso fue causada por miembros de grupos paramilitares, habida cuenta que corresponde a su *modus operandi*, muy diferente al de las agrupaciones guerrilleras. Sin embargo, no se aventuró a dar como un hecho cierto esa circunstancia —que el delito, efectivamente, fue perpetrado por las autodefensas—, ya que para la época de los hechos operaban en la zona de ubicación del Municipio de Hato Corozal, concretamente en la región llanera, algunos grupos al margen de la ley, entre los cuales destacó varias fracciones de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia —FARC— y dos bloques diferentes de las autodefensas, uno de ellos comandado por Héctor Manuel Buitrago Parada —o Buitrago Rodríguez—, alias ‘Martín Llano’ y otro por Carlos Castaño, denominado ‘Los Urabeños’ y conocido también como ‘Bloque Centauros’”. CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 12 de marzo de 2009, radicado n° 31320, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

³⁹² Art. 5, Ley 975 de 2005.

³⁹³ Así, la Sala Penal ha manifestado que: “Desde ninguna órbita, tales conceptos, correspondan o constituyen la reparación entendida como un proceso que busca dignificar a las víctimas con medidas que alivien su sufrimiento, compensen las pérdidas sociales, morales, materiales y restituyan sus derechos ciudadanos que de manera posterior y especial motiva la filosofía que contiene la justicia transicional (Ley 975 de 2005), y que en forma equivocada interpreta el Procurador Delegado en sus alegaciones... Así, es viable la reclamación, en desarrollo de la cual, las víctimas deberán acreditar los daños y perjuicios causados, respecto de los cuales se evaluará si ya se encuentran dentro de un riesgo que ha sido cubierto o no, por tanto, Eloísa Ruiz Álvarez y sus dos menores hijos, en calidad de víctimas, pueden solicitar la indemnización que complementa la prevista en el régimen de seguridad social, en aquellos siniestros que no se encuentren amparados por éste”. CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 21 de abril de 2008, radicado n° 29240, M.P. Javier Zapata Ortiz.

³⁹⁴ Según la Sala de Casación Penal, “cuando existe un postulado que ha aceptado la res-

8.2. OBSERVACIÓN DE LOS INCIDENTES DE REPARACIÓN INTEGRAL: INQUIETUDES Y DIFICULTADES PRÁCTICAS

Aunque en este documento se adelantará una reseña detallada de los criterios empleados por la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz para determinar el alcance y la naturaleza de la reparación en su primera sentencia, resulta necesario en este acápite hacer referencia, de manera concreta, a algunos de los interrogantes que han surgido a partir de los incidentes de reparación adelantados hasta el momento en el proceso de Justicia y Paz, a saber: (i) el incidente de reparación integral llevado a cabo el 26 de enero de 2009 en Bogotá, en el proceso seguido contra Wilson Salazar Carrascal, alias “El Loro” (actuación que, junto a todas las demás surtidas dentro de dicho proceso, fue declarada nula por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento del 31 de julio de 2009); (ii) el incidente de reparación integral realizado en el marco del proceso adelantado contra los postulados Edwar Cobos Téllez y Uber Enrique Bánquez Martínez, llevado a cabo entre abril y mayo de 2010; y (iii) el incidente de reparación integral realizado en el proceso que se adelanta contra Jorge Iván Laverde Zapata, alias “El Iguano”, el cual comenzó el 7 de julio de 2010 y culminó en el mes de septiembre del mismo año.

8.2.1. INCIDENTE DE REPARACIÓN EN EL CASO DE WILSON SALAZAR CARRASCAL, ALIAS “EL LORO”

Con relación a lo actuado en esta diligencia, resulta interesante mencionar la controversia presentada entre la defensa del procesado, por un lado, y los representantes de las víctimas y del Ministerio Público, por otro. Así, los representantes de las víctimas alegaron permanentemente que el procesado no había cumplido los requisitos de elegibilidad, pues, en su parecer, la confesión que él había hecho no había sido completa, ya que la imputación realizada había sido parcial. Adicionalmente, el delegado del Ministerio Público cuestionó el alcance que podría tener realmente la reparación en este caso, dado que los bienes del procesado se limitaban a una casa habitada por su esposa e hijos.

Esta situación puso de presente varias dificultades que surgen en los casos concretos con relación a la reparación de las víctimas: ¿cuál debe

ponsabilidad de un crimen ejecutado como parte de la estrategia del grupo armado ilegal, bajo ninguna circunstancia se pueda dar inicio al incidente de reparación integral en forma previa a la audiencia de legalización de la aceptación de cargos, y si las víctimas reclaman la apertura del incidente éste debe ser rechazado *in limine*, sin necesidad de celebrar una audiencia para declarar su improcedencia”. CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 23 de mayo de 2008, radicado n° 29642, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

ser el alcance de dicha obligación?, ¿cuál debe ser la consecuencia cuando los daños a reparar exceden por mucho la capacidad económica del postulado?, ¿el sistema de Justicia y Paz está en capacidad de promover una verdadera reparación integral a la totalidad de víctimas que se presenten a los procesos penales? En aquella ocasión, dichos interrogantes evidenciaban los límites y alcances del proceso penal de Justicia y Paz frente a la recomposición de tejido social y la construcción de la paz. Sobre esta cuestión, es importante mencionar que, en la sentencia dictada contra Edwar Cobos Téllez y Uber Enrique Bánquez Martínez, la Sala de Conocimiento advirtió las dificultades expuestas, analizando con detalle la falta de bienes y recursos para financiar la reparación. Incluso, como se verá, estos interrogantes han dado lugar a que se planteen varias alternativas, entre ellas, la responsabilidad solidaria entre los miembros de los grupos armados ilegales, la responsabilidad subsidiaria del Estado y la responsabilidad de personas naturales o jurídicas, que sin bien no hicieron parte de estas organizaciones, sí se beneficiaron de ellas o las apoyaron.

8.2.2. INCIDENTE DE REPARACIÓN EN EL CASO DE ALIAS “DIEGO VECINO” Y DE ALIAS “JUANCHO DIQUE”

Las sesiones que tuvieron lugar en desarrollo de este incidente, dieron lugar a varios interrogantes, muchos de ellos relacionados con la carga que soporta el sistema judicial en Justicia y Paz, no sólo en la investigación y juzgamiento de los hechos, sino también en función de la reparación.³⁹⁵

En primer lugar, de la observación realizada por el Área de Justicia en dicho incidente, frente a aspectos netamente procedimentales, se pudo establecer que dicha actuación se adelantó con una dinámica distinta a la dispuesta en el art. 23 de la Ley 975 de 2005. Así, el orden procesal y metodológico que se observó en estas diligencias, fue distinto al contemplado en la Ley de Justicia y Paz para su realización. (Lo cual no significa que ello sea erróneo: aquí se constata apenas un hecho objetivo).

³⁹⁵ “En cuanto a este último aspecto, quizá haya sido un error mismo en la concepción de la Ley de Justicia y Paz priorizar, en el contexto de la reparación, el trabajo del derecho penal. En cualquier caso, y frente a la realidad del incidente, más allá de toda regulación normativa, es que en desarrollo del mismo, prácticamente el juez penal se convierte en un sustituto *ad hoc* de todas las entidades estatales que no han hecho presencia en los más diversos territorios. Es decir, el incidente de reparación, con el loable propósito de visibilizar a las víctimas, de darles voz, de dignificarlas, como ha sido la tarea extraordinaria de fiscales y jueces de Justicia y Paz, se convirtió en la práctica en un espacio de discusión de políticas públicas, en un espacio de construcción de Estado ausente, de la mano de los jueces que se ven sobrepasados y rebasados por tareas que no les corresponden”. Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, *Tercer informe, Parte I - El proceso penal de Justicia y Paz desde la práctica cotidiana: síntesis y diagrama de flujo*, CITpax, Madrid-Bogotá, septiembre de 2010, p. 37.

Una vez instalada la diligencia, la actuación comenzó con la intervención de la fiscal delegada, quien procedió a realizar la presentación de los daños causados a las víctimas, tanto en lo individual como en lo colectivo. En este momento intervino un perito con el objeto de acreditar el impacto del daño colectivamente causado a las víctimas, tanto por los postulados como por las estructuras armadas que comandaron. Posterior a ello, y a través de sus representantes judiciales, las víctimas procedieron a la presentación del daño individual así como de sus pretensiones. Luego, los postulados procedieron a exponer su propuesta de reparación. Finalmente, se abrió el espacio para la respectiva conciliación, en la cual no se llegó a ningún acuerdo. A continuación se hará un recuento detallado de las actuaciones mencionadas.

Como se ha dicho, la diligencia comenzó con la intervención de la fiscal delegada, quien se encargó concretamente de la presentación de los daños causados a los habitantes de Mampuján, tanto en lo individual como en lo colectivo. Dicha situación llamó la atención por varias razones.

En primer lugar, se pudo observar que, sin ser una orden expresa de la Ley de Justicia y Paz, la Fiscalía hizo una presentación de los alcances del daño colectivo ocasionado a la comunidad de Mampuján, lo cual, si bien ha sido referido por la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de exigir a los fiscales delegados de la Unidad de Justicia y Paz hacer una presentación de los daños causados por los miembros de las organizaciones armadas irregulares, no ha sido establecido procesalmente en el incidente de reparación, ni en la Ley, ni en la interpretación que de ésta han hecho los tribunales correspondientes. No obstante, se pudo observar que la fiscal delegada asumió la presentación de tales daños. Así, ésta inició su actuación señalando la metodología del proceso de investigación adelantado por el ente acusador. A su vez, se refirió a la investigación adelantada por un perito, el cual realizó un estudio sociológico del impacto que la incursión paramilitar generó dentro de los habitantes de los Montes de María, no sólo desde su condición de seres humanos individuales, sino desde el desarrollo de sus vidas en comunidad. Finalizada la presentación de lo correspondiente al daño colectivo, la Fiscalía realizó una presentación del daño individual ocasionado a las víctimas, refiriéndose de manera concreta al daño inmaterial de orden individual.

Acto seguido, se realizó la presentación de las pretensiones de reparación por parte de las víctimas. En este punto es relevante señalar que las mismas se solicitaron con cargo a los postulados Edwar Cobos Téllez y Uber Enrique Bánquez Martínez, solidariamente al Bloque Héroe de los Montes de María, subsidiariamente al Fondo de Reparación de las Víctimas y residualmente al Estado. Lo anterior, con fundamento en el art. 15 del

Decreto n° 3391 de 2006, que consagra la obligación de la reparación a las víctimas dentro del proceso de Justicia y Paz y establece, de manera subsidiaria, la responsabilidad solidaria entre los miembros de un mismo frente o bloque. Al respecto, dicho artículo exige que, para que haya lugar a la solidaridad, “será necesario que se establezca el daño real, concreto y específico; la relación de causalidad con la actividad del grupo armado y se haya definido judicialmente la pertenencia de los desmovilizados al bloque o frente correspondiente, aunque no medie la determinación de responsabilidad penal individual”.³⁹⁶

Una vez presentadas las pretensiones por parte de las víctimas, los postulados procedieron a exponer su propuesta de reparación material y simbólica; luego, se abrió un espacio para la conciliación. Sin embargo, no hubo acuerdo conciliatorio alguno, ya que los abogados de las víctimas indicaron que la propuesta presentada por los postulados no satisfacía las necesidades de sus representados.

A continuación, y en vista de la ausencia de un acuerdo conciliatorio, la Sala procedió a atender las demás formalidades de la diligencia, por lo que ordenó decretar las pruebas solicitadas por todos los intervinientes. De esta manera, atendieron las formalidades procesales necesarias para decretar pruebas y, finalmente, se abrió el espacio para la presentación de los respectivos alegatos de conclusión.

En un ejercicio responsable, que debe analizarse con detalle debido a que no es clara la normatividad vigente con respecto a la solicitud de pruebas, la Sala procedió a practicar algunos interrogatorios, sobre todo a servidores públicos del área de influencia de las estructuras armadas desmovilizadas en que militaron los postulados. Estos interrogatorios parecieron, particularmente, una rendición de cuentas por parte de estos funcionarios, debido a que su intervención se centró en describir la ausencia del Estado y de políticas públicas y de inversión en dicho lugar, más que a los hechos específicos de victimización.

De otro lado, se destaca que la actuación de la Sala de Conocimiento fue bastante diligente. Desde el inicio se estableció una metodología que tuvo que variar debido a los obstáculos técnicos y, a lo largo de la diligencia, la magistrada que dirigía la audiencia estuvo atenta a las solicitudes elevadas por las víctimas con respecto a su participación. Así, la Sala garantizó la participación de las víctimas, recordando todo el tiempo que eran precisamente ellas las protagonistas de la audiencia, por lo que realizó

³⁹⁶Art. 15, Decreto n° 3391 de 2006.

las gestiones necesarias para que las personas que se encontraban fuera de la sala de audiencias de Bogotá gozaran de las mismas posibilidades de participación.

Adicionalmente, algunas de las pretensiones y medidas de reparación (solicitadas o dadas a conocer en la diligencia a partir de la intervención de distintos funcionarios) resultan interesantes de analizar, tal como se hará en su momento al estudiar la sentencia, ya que parece poco conveniente confundir las medidas de reparación que se deben ofrecer a las víctimas de un conflicto, las cuales han sufrido violaciones masivas de derechos, con las acciones y políticas públicas que deben adelantar los Estados en la persecución de sus fines esenciales. Dicho de otro modo, no es una medida de reparación para las víctimas de un conflicto, el compromiso estatal de llevar hasta sus comunidades la prestación de servicios públicos. Esta tarea es un deber del Estado que debe ser garantizado independientemente de que los habitantes de estas regiones se hayan visto afectados por el conflicto y tengan la calidad de víctimas por las violaciones a los derechos humanos cometidas por grupos irregulares.

Así las cosas, la reparación, en casos concretos y donde se establecen responsabilidades individuales, no se puede confundir con políticas públicas propias de construcción de un Estado ausente, a las que todos los habitantes de Colombia tienen derecho. Las víctimas son, antes que tales y sobre todo, *sujetos de derechos* y, por ende, sujetos de las políticas públicas; como víctimas, entran a otro terreno: el de la reparación. Parte de la confusión que hoy se produce entre políticas asistencialistas y políticas de reparación, pasa por la confusión enunciada entre sujetos de derechos y víctimas. (Lo que no quiere decir que no se deba aprovechar el contexto de la reparación, para recalcar la injusticia de toda índole, promovida por un Estado ausente).

Igualmente, es importante mencionar que, en desarrollo de los incidentes de reparación integral, se ha dado cierto diálogo entre las víctimas y los postulados, en donde éstas formulan preguntas de varios tipos directamente al procesado. En este espacio las víctimas han preguntado a los postulados sobre los hechos concretos de violencia que tuvieron que padecer, por ejemplo las razones por las cuales se dio muerte a sus seres queridos; también las víctimas han cuestionado el hecho mismo de la violencia, preguntándole a los postulados sobre sus sentimientos, sus objetivos, sus concepciones de la vida, etc. Incluso, hay quienes han manifestado su intención de perdonar, como otros que simplemente han querido manifestar su dolor. Al respecto, este incidente de reparación integral fue particularmente significativo. Por ejemplo, una de las víctimas que intervino desde la población de San Cayetano, a propósito de una

afirmación hecha por Uber Enrique Bánquez Martínez, según la cual las víctimas ya no tenían que sentir miedo de él, pero sí de otras personas, preguntó a los postulados a quiénes se referían con esto, también les preguntó qué sintieron cuando cometieron “esas monstruosidades” y si había más responsables.

Ante estos interrogantes, Uber Enrique Bánquez respondió que se refería a las “bandas emergentes” y explicó que los desmovilizados que le han ayudado recogiendo información para aportar al proceso de Justicia y Paz, han tenido problemas de seguridad, incluso afirmó que a uno de ellos “lo mataron porque decían que era sapo mío”. Con relación a las masacres y homicidios cometidos, afirmó que él sabía que todas esas víctimas eran inocentes y que, por esto mismo, le “echa la culpa” a la Fuerza Pública, porque ellos eran quienes tildaban a la población civil de guerrilleros. Por otro lado, sobre lo que sintió al cometer todos estos delitos, Bánquez contestó:

“En esa época, en la que era analfabeta, con un arma o con poder, nunca pensaba a donde podía llegar ese daño. Hoy en día, que me he capacitado, sí me siento arrepentido, hoy si veo el daño que causamos y me siento arrepentido de todos esos hechos”.

Otra intervención que debe ser mencionada, debido a que ilustra las dinámicas tan variadas que pueden tomar estas audiencias, fue la de una víctima de la población de Mampuján, que se encontraba presente en la sala de audiencias y que, en representación de su comunidad, tomó la palabra. Después de insistir nuevamente sobre la presencia de un encapuchado durante el desplazamiento forzado al que se vio sometido el corregimiento de Mampuján, frente al cual no se pudo establecer su identidad, esta víctima pronunció un discurso muy emotivo sobre el perdón. Afirmó que ellos, como campesinos, no entendían el lenguaje de la guerra, que esa era una “enfermedad que les tocó vivir”, llevada por las Autodefensas y el Ejército. A su vez, reiteró que ellos solamente eran campesinos, no guerrilleros, que únicamente sabían trabajar la tierra y que su anhelo es poder vivir en paz.

La víctima le dijo a los postulados que él y su pueblo los perdonaban, porque ellos no querían más guerra. También afirmó que no guardaban resentimiento alguno, porque sabían que ahora todos querían, en últimas, lo mismo: rehacer sus vidas y seguir adelante. La víctima sostuvo entonces que su lenguaje era el de la paz, no el de la guerra, que al ser campesinos, ellos sabían hablar de paz y que, por eso, a pesar de que la guerra les trajo muerte, ahora querían dar a sus victimarios “un mensaje de amor y de vida”. Seguidamente, la víctima indicó que había llevado a los postulados,

en nombre de su comunidad, un regalo, como gesto de perdón (solicitó permiso a la magistrada para levantarse del estrado y acercarse a los dos procesados). La víctima presentó dos biblias y se dirigió a los procesados, ellos se levantaron, la víctima les entregó los libros y se abrazaron fuertemente. Ante la conmoción que este gesto produjo entre los presentes, la magistrada suspendió la diligencia. Este hecho refleja cómo, tras años de muertes y de haberse sentido abandonados, las víctimas se enfrentan al proceso con la dignidad de los únicos que tienen derecho a perdonar.

8.2.3. INCIDENTE DE REPARACIÓN EN EL CASO DEL ALIAS “EL IGUANO”

En este incidente, en las sesiones llevadas a cabo los días 14, 15 y 16 de septiembre de 2010, se presentó una fuerte discusión entre varios de los intervinientes en la diligencia y la magistrada que se encontraba presidiéndola. A partir de este debate, como se verá, es posible percibir, una vez más, cómo en Justicia y Paz existe una gran incertidumbre sobre la forma como se deben adelantar las actuaciones judiciales y cómo, precisamente por esta razón, el proceso termina por tomar forma en la práctica diaria, con base en el aporte de los distintos sujetos que en él concurren. En desarrollo de esta discusión se debatieron varios temas, por lo que a continuación se hará énfasis en tres de estas cuestiones.

En primer lugar, se trata de la propuesta de reparación presentada por el desmovilizado, en la que se pueden observar los límites de la conciliación en este tipo de procesos, en los que se intenta reparar hechos cometidos en contextos de criminalidad masiva. Después de escuchar las pretensiones de los representantes de víctimas, la magistrada concedió la palabra al postulado para que hiciera su ofrecimiento. Así, Jorge Iván Laverde Zapata afirmó que todas esas pretensiones habían sido puestas en conocimiento de Salvatore Mancuso (comandante general del grupo armado ilegal) y que los únicos bienes con los que se cuenta para financiar la reparación son los que ya han sido entregados. En palabras del postulado Laverde Zapata: “esto es lo que hay, es eso lo que tenemos”. Sin embargo, el postulado ofreció otro tipo de medidas de reparación, distintas a las indemnizaciones que solicitaron los representantes de víctimas y del pago de servicios de salud y educación que también fueron solicitados. El postulado propuso lo siguiente: institucionalizar el día de las víctimas, crear una página Web para canalizar y responder sus preguntas y construir dos murales en la ciudad de Cúcuta. Adicionalmente, el postulado dijo que se encontraba estudiando música y que, por eso, había pensado grabar un CD con canciones que llamen a la paz y a la reconciliación, para destinar los recursos obtenidos por la venta de ese CD al Fondo de Reparación. También propuso la creación de talleres en las veredas y pueblos en donde

se han conformado bandas emergentes, para evitar el reclutamiento de jóvenes.

Ante esta intervención, la magistrada le preguntó al desmovilizado si había pensado en entregar bienes o dinero a las víctimas. El postulado afirmó que no tenía dinero en efectivo ni bienes y que desconocía los bienes que pudiera tener Salvatore Mancuso, distintos a los que ya había entregado. Finalmente, la magistrada preguntó si le había ofrecido, de forma privada, algún tipo de reparación a los representantes de las víctimas, ante lo cual el postulado contestó que no. Esto evidenció la imposibilidad de acuerdo, al menos frente a las pretensiones iniciales, ya que su monto y alcance excedían por mucho lo que se ofrecía por parte de cada uno de los desmovilizados. También evidenció el hecho de que uno de los temas más críticos en Justicia y Paz, es el tema de los bienes.

En segundo lugar, en este incidente se discutió sobre la participación del representante legal de Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional (Acción Social) en la audiencia. Como se explicará más adelante, el Fondo para la Reparación de las Víctimas es administrado por Acción Social; por esta razón, su director fue citado en su calidad de ordenador del gasto. Sin embargo, cuando la magistrada le solicitó que pasara al estrado, se presentó una funcionaria de Acción Social con un poder de representación legal. La magistrada examinó el poder y dijo que, como en él no se otorgaba facultad para conciliar, esta funcionaria no podía intervenir en la diligencia. La funcionaria insistió en que esto no era un obstáculo para que ella rindiera la declaración en nombre de Acción Social, ya que esta institución no es parte en el proceso penal de Justicia y Paz y, por tanto, no podía conciliar nada. Según la funcionaria, Acción Social no podía entrar a conciliar, debido a que la obligación del Fondo de Reparación es subsidiaria, ya que los primeros obligados a reparar son los postulados.

Ante esta situación, el representante del Ministerio Público intervino para argüir que la presencia del representante de Acción Social en el incidente de reparación es importante para facilitar la conciliación, no para que concilie directamente. El procurador aclaró que la razón de haber solicitado que se citara al representante de Acción Social, era tener una base cierta sobre los recursos disponibles y así poder negociar. En otras palabras, afirmó el procurador, Acción Social fue citada para que explicara qué hay en el Fondo de Reparación, no para que Acción Social o el Estado asuman algún tipo de responsabilidad. El representante del Ministerio Público afirmó, entonces, que la funcionaria de Acción Social y otros intervinientes, habían tergiversado su papel en la diligencia.

El procurador aprovechó esta oportunidad para solicitar a la magistrada, que citara a los representantes legales de las entidades que podrían resultar obligadas en la sentencia a implementar medidas orientadas a la reparación. En este sentido, para este procurador se debía formar un *litis consorcio necesario*, entre los postulados y las entidades que deben asumir la financiación de las medidas de reparación solicitadas por las víctimas (por ejemplo, construcción de alcantarillado, subsidios de vivienda, de estudios, etc.). Luego de la intervención del representante del Ministerio Público, el fiscal también solicitó la palabra. El fiscal del caso aclaró que el director de Acción Social debía asistir al incidente de reparación, simplemente para exponer con qué recursos se cuenta y sobre eso poder conciliar, no para que Acción Social conciliare con las víctimas o con el postulado; insistió, además, en que no es posible asistir a la diligencia sin tener claro el objetivo de la citación.

En medio de esta confusión, en la que al parecer ni la funcionaria de Acción Social ni la magistrada tenían claro el sentido de la citación que se había hecho, ni el papel de Acción Social y del Fondo de Reparación en el marco del incidente, los representantes de las víctimas también intervinieron. Uno de ellos sostuvo que, en todo caso, “qué se iba a conciliar si el postulado ya había dicho que no tenía dinero ni bienes”; otro preguntó por qué no se había citado, por ejemplo, al Ministerio de Educación Nacional, al Ministerio de Medio Ambiente, al Ejército Nacional o a la Policía Nacional, todas estas entidades de las que dependen medidas para una “verdadera reparación integral”. Después de escuchar estos planteamientos, la magistrada suspendió la diligencia hasta las 9:00 a.m. del día siguiente.

En tercer lugar, ya en la mañana siguiente, después de que la magistrada tomó varias decisiones sobre la discusión que se había dado el día anterior, tuvo lugar un debate sobre el hecho mismo de la conciliación. Al comenzar la sesión, la magistrada comunicó a los asistentes dos cosas, a saber: que la citación al director de Acción Social había sido cancelada y que no era necesario citar a los representantes legales de las entidades que habían sido mencionadas por el procurador y por algunos representantes de víctimas. En consecuencia, la magistrada dispuso continuar con el trámite del incidente de reparación. Esto generó varias preguntas. La Fiscalía, por ejemplo, inquirió si entonces se debía entender que no hubo conciliación; por su parte, el representante del Ministerio Público pidió que se dejara constancia de que no hubo ánimo conciliatorio y si ésta era una decisión contra la que procedieran recursos. A su vez, un representante de víctimas intervino para insistir en que se diera en realidad la oportunidad de conciliar, mientras que otro solicitó la palabra para preguntar al postulado de qué manera pensaba reparar el daño moral causado a las víctimas que asistieron al proceso.

La magistrada no respondió a estos interrogantes ni cedió la palabra al postulado para que contestara la pregunta que le había sido formulada. Esto generó inconformidad en el representante del Ministerio Público, quien llamó la atención sobre la voluntad de conciliar de las víctimas. Ante esta situación, la magistrada sostuvo que es a la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR) y a la Procuraduría, a quienes les corresponde indagar si la comunidad afectada por el grupo armado ilegal acepta o no las propuestas de reparación hechas por el postulado. A su vez, la magistrada instó a los representantes de estas dos instituciones que se encontraban en la sala, a averiguar si las víctimas estaban dispuestas a aceptar o no lo propuesto por el postulado, y que cuando hicieran un estudio al respecto lo presentaran ante la Sala de Conocimiento. La magistrada insistió entonces, en que la Sala de Conocimiento no se pronunciaría en ese momento sobre la conciliación y que no le correspondía a los representantes de víctimas ni a la Procuraduría aceptar o no lo ofrecido por el postulado.

Todos estos debates y confusiones llevan a preguntarse si es realmente posible la conciliación en el incidente de reparación integral, si este acercamiento entre víctimas y postulados desborda la dinámica judicial y si, desde el principio del incidente, existen obstáculos insalvables que en términos de reparación le restan a esta etapa procesal la posibilidad de generar algún efecto concreto y loable. Se trata de temas arduos que, en una etapa procesal final, ilustran todas las dificultades que atraviesa el proceso; pero el incidente revela, también, el enorme esfuerzo del sistema judicial para darle contenido a dicho proceso y a las exigencias de las víctimas.

9. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDA POR LA SALA DE CONOCIMIENTO DE JUSTICIA Y PAZ DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ EL 29 DE JUNIO DE 2010: “SENTENCIA DE MAMPUJÁN”

El 29 de junio de 2010, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, en ejercicio de sus funciones como Sala de Conocimiento dentro del proceso de Justicia y Paz, profirió sentencia condenatoria contra Edwar Cobos Téllez, alias “Diego Vecino”, y Uber Enrique Bánquez Martínez, alias “Juancho Dique”, desmovilizados del Bloque Montes de María y del Frente Canal del Dique de las AUC, postulados a los trámites y beneficios jurídicos de la Ley 975 de 2005, entre otros delitos, por la masacre de once campesinos y el desplazamiento de 300 familias los días 10 y 11 de marzo de 2000 en Mampuján, corregimiento de María La Baja en el departamento de Bolívar.

A pesar de que ya en marzo de 2009, el mismo tribunal había condenado a Wilson Salazar Carrascal, alias “El Loro”, desmovilizado del Frente Héctor Julio Peinado Becerra del Bloque Norte de las AUC, la decisión del 29 de junio se convierte en la primera sentencia condenatoria dentro del proceso de Justicia y Paz, toda vez que el fallo proferido contra Salazar Carrascal fue anulado en segunda instancia por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. La razón fue que en la respectiva formulación de cargos no se incluyó el delito de *concierto para delinquir*; conducta punible que, según lo ha indicado la Corte, resulta esencial dentro de Justicia y Paz, en la medida en que permite demostrar el papel que cumplió el desmovilizado al interior del grupo armado organizado al margen de la ley, y permite concebir su responsabilidad penal en razón de su pertenencia al mismo, al mismo tiempo que abre la posibilidad de que sea tramitada bajo la Ley 975 de 2005.³⁹⁷

Mediante esta sentencia, se condenó a Edwar Cobos Téllez a la pena principal de cuatrocientos sesenta y ocho (468) meses de prisión y multa de mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, luego de haber sido hallado coautor responsable de cometer los delitos de homicidio agravado, concierto para delinquir agravado, deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil, secuestro simple, hurto calificado y agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, cometidos en concurso homogéneo y heterogéneo.

Por su parte, Uber Enrique Bánquez Martínez fue condenado a la pena principal de cuatrocientos sesenta y dos (462) meses de prisión y multa de mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, luego de haber sido hallado coautor responsable de cometer los delitos de homicidio agravado, deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil, secuestro simple, hurto calificado y agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, cometidos en concurso material heterogéneo sucesivo.

Ambos postulados fueron condenados, además, a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de veinte (20) años, y les fue suspendida la ejecución de la pena de prisión por una pena alternativa equivalente a ocho (8) años prisión.

³⁹⁷ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 31 de julio de 2009, radicado n° 31539, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

Esta sentencia ha suscitado varias reflexiones e interrogantes con relación a la forma en que se entienden y espera satisfacer los derechos y garantías de las víctimas y de las comunidades afectadas por el conflicto armado interno desde el proceso de Justicia y Paz. Por esta razón, se analizará a continuación la manera como se definen y se desarrollan en este pronunciamiento, aspectos tales como la construcción de la verdad, la justicia y la reparación por parte de la Sala de Conocimiento.³⁹⁸ (Se aclara que un análisis más detallado del significado de la sentencia, de los alcances de la reparación, de los diversos problemas que genera la audiencia y de los requisitos de cumplimiento de la misma, se adelantará en el Cuarto Informe del Observatorio, tras la adopción de providencias y la resolución de las innumerables apelaciones que han sido interpuestas contra esta sentencia).

9.1. CONTEXTO PROCESAL

Los postulados Bánquez Martínez y Cobos Téllez se desmovilizaron el 14 de julio de 2005 en su condición de comandantes del Bloque Montes de María y del Frente Canal del Dique, respectivamente.

Bánquez Martínez rindió versión libre ante la fiscal once de la Unidad de Justicia y Paz durante quince sesiones entre diciembre de 2007 y diciembre de 2008, y se le formuló imputación parcial el 25 de noviembre de este último año, momento en el cual se fundamentó la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva. Posterior a ello, y en audiencia realizada en abril de 2009, la Fiscalía realizó la respectiva formulación de cargos, los cuales fueron legalizados formal y materialmente por la Sala de Conocimiento, entre julio y octubre de 2009.

Cobos Téllez, por su parte, rindió versión libre entre junio y septiembre de 2008 ante la misma fiscal delegada, y se le formuló imputación parcial en noviembre de este último año. En audiencia celebrada en junio de 2009, la Fiscalía procedió a realizar la respectiva formulación de cargos, los cuales le fueron legalizados formal y materialmente entre agosto y octubre del mismo año ante la Sala de Conocimiento.

En atención a que los cargos formulados a ambos postulados involucraban hechos y conductas delictivas que les resultaban comunes, por su

³⁹⁸ Es preciso referir que dicha decisión fue apelada ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por cada una de las partes e intervinientes, por lo que, a la fecha de elaboración del presente documento, el fallo no se encuentra en firme. Por esta razón, el análisis que se propone se limita a las medidas adoptadas por la Sala de Conocimiento como juez de primera instancia.

calidad de comandantes, y en virtud del principio de economía procesal y de la facilidad esbozada por la Sala para la contextualización y mejor comprensión del fenómeno paramilitar en la zona de influencia en que operaron los postulados, la Sala de Conocimiento dispuso adelantar conjuntamente la actuación procesal a partir del incidente de reparación integral, el cual se adelantó en doce sesiones.

9.2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE MAMPUJÁN: APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

9.2.1. CONSTRUCCIÓN DE LA VERDAD EN LA SENTENCIA DE MAMPUJÁN

A continuación se analizará el contenido y el alcance del esfuerzo de construcción de verdad, adelantado en desarrollo de esta decisión adoptada por la Sala de Conocimiento. Para esto, se parte de la siguiente consideración de que el derecho a saber la verdad “trasciende la elemental información de los hechos y abarca el conocimiento de los autores, causas, modos y motivos por los que ocurrieron aquellos”.³⁹⁹

Este acápite se estructura en dos partes. La primera, denominada “La verdad de lo sucedido”, analiza la forma en que se presenta la situación fáctica en el fallo con respecto a los hechos objeto de la decisión, haciendo alusión, además, a lo considerado por la Sala respecto de la calidad de las víctimas y el señalamiento del que fueron objeto por parte de los postulados, en cuanto a su pertenencia o auxilio a la subversión como motivo de su victimización. Y la segunda, “La verdad en relación con la participación de terceros”, analiza si la decisión hizo referencia a cuestiones específicas como la participación u omisión de servidores públicos u otros actores estatales y gremiales en la ocurrencia de los hechos.

9.2.1.1. LA VERDAD DE LO SUCEDIDO

Al exponer la situación fáctica, la Sala de Conocimiento precisó que la imputación y formulación de cargos parciales se refieren, específicamente, a dos situaciones diferenciables en tiempo y lugar, que fueron determinados dentro del control formal y material realizado por la misma Sala. El juez de conocimiento adelantó la presentación fáctica de ambos hechos, en los siguientes términos:

³⁹⁹ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 23 de agosto de 2007, radicado n° 28040, M.P. María del Rosario González de Lemos.

“3. El 10 de marzo del año 2000, un grupo de aproximadamente 150 hombres pertenecientes al bloque Montes de María, portando armas y prendas de uso privativo de las fuerzas militares ingresaron de manera violenta a la población de Mampuján, zona de Maríalabaja, anunciando a sus habitantes que debían salir de allí antes de la madrugada del día siguiente, so pena de que les ocurriera lo mismo que a la comunidad de El Salado (refiriéndose a la masacre de ese lugar que había ocurrido poco tiempo atrás). Los paramilitares continuaron su recorrido hacia Yucalito, sitio donde supuestamente existía un campamento de la guerrilla, pero como desconocían el camino, procedieron a retener por la fuerza a 7 habitantes de la zona para que les sirvan como guía, personas que al cabo de unas horas fueron dejados en libertad. Una vez en el sitio y ante la inexistencia del mencionado campamento, alias ‘Cadena’ ordenó la ejecución de 11 pobladores, señalados de ser subversivos, orden que fue cumplida entre otros por Uber Enrique Bánquez Martínez.

4. En el transcurso de los mencionados hechos, se apropian de bienes de los habitantes de la zona y de víveres de la tienda que se encontraba ubicada en el corregimiento de Mampuján. Estas conductas fueron legalizadas a los desmovilizados postulados Bánquez Martínez y Cobos Téllez.

5. El 19 de abril de 2003 Uber Enrique Bánquez Martínez, para esa época comandante del Frente Canal del Dique del Bloque Montes de María, se encontraba en Guamo (Bolívar), cuando alias ‘Cadena’ le comunicó la orden dada por Vicente Castaño de participar en el secuestro de un empresario en isla Múcura.

6. Para el efecto, Bánquez ordenó alistar 30 hombres que debían llevar camuflado y fusilería Galil M16, los reunió en el cerro Las Brisas en el campamento de alias ‘El Oso’, quien recibió el personal que iba en dos camionetas, lugar donde también llegó el guía alias ‘Popeye’ enviado por Vicente Castaño. De allí fueron transportados hasta la orilla del mar en Chichimá, lugar de donde salieron hacia la isla en chalupas.

7. Al llegar a la isla se identificaron como miembros de la infantería de marina, desarmaron a los escoltas, entraron a buscar al empresario y como no lo encontraron, secuestraron a Luis Fernando Melo Morales, para la época menor de edad, Francisco González, Manuel Villanueva, José Hernández, Carlos Ardila, Jorge Rey, Santiago N. Benuet Moral y Carlos Leyton. Igualmente

procedieron a apropiarse de dinero en efectivo, las armas pertenecientes a los escoltas y otros bienes de los habitantes de esta Isla. Por este hecho se legalizó cargos solamente con relación a Bánquez Martínez”.⁴⁰⁰

Acto seguido, y tras identificar plenamente a los postulados, se hizo mención a las formas procesales en que se estableció “la verdad” de los hechos ocurridos, de lo que se colige que ésta se estructuró, sobre todo, a partir de la confesión surtida por los postulados y de las posteriores labores de investigación y verificación adelantadas por la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación.

Lo anterior, con fundamento en lo señalado en el acápite correspondiente a la actuación procesal, en donde se describe todo el proceso surtido con los postulados desde la realización de la diligencia de versión libre hasta la audiencia de incidente de reparación integral, destacándose que cada uno de los hechos objeto de la decisión fue confesado en la correspondiente etapa judicial. Aquí es importante hacer mención al hecho de que la Sala no hizo alusión a labor alguna de verificación de la información suministrada por la Unidad de Justicia y Paz, salvo lo realizado en la audiencia del incidente de reparación integral.⁴⁰¹

A pesar de esto último, la situación fáctica que contextualiza cada uno de los hechos en la sentencia no aborda los móviles ni demás circunstancias específicas de los mismos, ni propone mayores elementos de análisis y responsabilidad, más allá de las condiciones generales de modo, tiempo y lugar de la masacre, el posterior desplazamiento y las demás conductas punibles cometidas por los postulados en la incursión armada, sin analizar ni cuestionar las razones que llevaron a la comisión de los hechos y sin incluir una versión general construida a partir de los testimonios suministrados por las víctimas al momento de reconstruir “la verdad” de los hechos acaecidos.

No obstante, al exponer argumentos relacionados con la materialidad de las conductas punibles, esto es, la precisión jurídico penal y el contexto general de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de cada una de las conductas punibles objeto de conocimiento, la Sala hizo mención, de manera aislada, a algunos de los testimonios presentados por las víctimas y a algunos otros elementos materiales probatorios, lo que no significa *per*

⁴⁰⁰ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia de primera instancia, radicado n° 110016000253200680077, 29 de junio de 2010, M.P. Uldi Teresa Gutiérrez López, párr. 2-7.

⁴⁰¹ *Ibidem*, acápite IV, “Actuación procesal”.

se mayor profundidad en el análisis frente a lo presentado por la Fiscalía.⁴⁰² Ello, al menos en el sentido de que en cada caso no se analizó con mucho detalle la responsabilidad penal específica, en materia, por ejemplo, de autoría y participación en la comisión de las conductas, ni se indagó por los móviles específicos más allá de las razones esgrimidas por los postulados; es decir, la lucha antisubversiva.

Salvo en los casos de los delitos de concierto para delinquir y desplazamiento forzado, en donde se mencionaron, en el primero de ellos, los móviles y la participación por acción u omisión de terceras personas, y en el segundo, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, al igual que los alias de algunos combatientes que participaron en los hechos, en las demás conductas no se indicó, siquiera, el autor material de las mismas, y en ninguna de ellas se sugieren móviles más allá de la supuesta pertenencia o colaboración por parte de las víctimas y las comunidades a los grupos subversivos que hacían presencia en dicho territorio.

En cada caso, la Sala aludió a una serie de elementos materiales probatorios con el objeto de sustentar los cargos formulados y corroborar la comisión de las conductas punibles cometidas por los postulados. Aun cuando la alusión se hizo a manera de enunciación, dichos elementos son, entre otros: las diligencias de versión libre y las actuaciones subsiguientes, las jornadas de acreditación de víctimas realizadas por la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía, las entrevistas realizadas con la finalidad de registrar el hecho, las certificaciones expedidas por los personeros municipales que demuestran la condición de desplazado, la determinación del programa metodológico, el registro fotográfico de los afectados junto a las propiedades abandonadas, las declaraciones surtidas por algunos de los representantes de víctimas que participaron en desarrollo del incidente de reparación integral, las actas de levantamiento de cada uno de los cadáveres y las actas de protocolo de necropsia o el informe médico sobre los mismos.

Después de lo anterior, la Sala aludió a la recepción de versiones dadas por las víctimas directas de las conductas punibles. No obstante, en ningún momento se intentó la reconstrucción o explicación de los hechos a partir de tales elementos probatorios, como manera de contrastar la verdad relatada por los postulados, sino que se realizó una simple lista enunciativa de lo que se tuvo en cuenta para la valoración probatoria de cada una de las conductas.

⁴⁰² *Ibidem*, acápite V.2, “De la materialidad de las conductas punibles”.

Es importante indicar que, salvo en el caso del delito de concierto para delinquir, aunque se haya realizado de manera general aludiendo a los fines y propósitos generales de las organizaciones paramilitares y de autodefensa, en ninguno de los casos se precisó el móvil de las conductas ni se sugirió, como ya se indicara, el autor o autores materiales específicos.

Así, sobre este asunto, y al momento de pronunciarse sobre la responsabilidad penal de los postulados, la Sala afirmó lo siguiente:⁴⁰³

“140. La confesión de estos desmovilizados postulados contiene en detalle su vinculación a la organización criminal armada de las autodefensas, los delitos que se cometieron para ganar el territorio ocupado por la guerrilla, la afectación de los derechos de la población civil a quienes consideraban auxiliadores o simpatizantes de quienes estaban combatiendo, la forma como se financiaron y demás aspectos que permitieron crecer la organización de autodefensas (...).

142. Además se cuenta con la versión de algunas víctimas, que declararon en la audiencia de legalización de cargos y otras en el incidente de reparación integral. No puede desconocer la Sala que algunos detalles concretos de algunos hechos, especialmente relacionados con los homicidios no fueron de satisfacción para los familiares, pero diez años después de ocurridos, la judicatura difícilmente, por no decir que es imposible, los puede aclarar o puede imputar como engaño de los postulados, esta discrepancia”.⁴⁰⁴

9.2.1.2. LA VERDAD EN RELACIÓN CON LA PARTICIPACIÓN DE TERCEROS

Uno de los componentes de la verdad en este proceso de justicia transicional tiene que ver con el conocimiento de las causas y responsabilidades directas, por acción, omisión y/o participación de terceras personas dentro del accionar de las estructuras armadas. Ahora bien, esta circunstancia adquiere mayor relevancia en aquellos eventos en que estas personas ejercen funciones públicas o hacen parte de sectores gremiales, sociales y económicos importantes dentro de las sociedades afectadas con la violencia y el conflicto armado. Ello no significa, claro está, que dicha participación deba ser ignorada en los demás casos.

⁴⁰³ *Ibidem*, acápite V.3, “De las responsabilidades de los postulados”.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, acápite V.3.

Sobre esta cuestión, la única mención que se hace en esta sentencia es al momento de presentar los cargos formulados por el delito de concierto para delinquir, en donde se indican, entre otros, los siguientes aspectos:

- “Este Bloque se desprende del Bloque Norte que formaba parte de las ACCU y en consenso con varios políticos y empresarios locales quienes se reunieron en la finca Las Canarias, lugar donde se tomó la determinación de conformar un grupo de autodefensas que entraría a hacer presencia, financiado con las cuotas que aportaban los dueños de las fincas y ganaderos, apoyados en una facción que operaba en San Onofre y Tolú Viejo, comandada por Rodrigo Mercado Pelufo, Alias ‘Cadena’ y a la cual pertenecía entre otros alias ‘Juancho Dique’, quienes iniciaron labores con la finalidad de combatir los grupos subversivos que operaban en la región (...)”.⁴⁰⁵
- “Colaboración de autoridades: Facilitó la labor de las autodefensas la colaboración recibida de autoridades civiles, militares, políticas y judiciales y por esta razón el Ente Acusador ha compulsado 6.012 copias, de las que 311 corresponde a políticos, 240 a miembros de la fuerza pública, 106 a servidores públicos y 5.355 a otros casos. Políticos, funcionarios del ejecutivo, miembros de organismos de inteligencia del Estado, fiscales, agentes del cuerpo técnico de investigaciones, militares, policías entre otros se pusieron al servicio de las autodefensas a cambio de colaboración para satisfacer intereses personales. Esta afirmación no es gratuita de la Sala; la sociedad ha venido conociendo de esa confabulación entre autoridades y autodefensas, al punto que ya se han condenado 7 personas por parapolítica; aproximadamente 59 diligencias en investigación preliminar y un dato aproximado de 15 investigaciones en instrucción en la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal”.⁴⁰⁶
- “A manera de ejemplo, la fiscalía presenta los nombres de ex congresistas, gobernadores y ex gobernadores a quienes se les vinculó con este grupo de autodefensas. También aparecen nombres del nivel regional, como alcaldes, aspirantes a alcaldías, diputados y en general que desempeñaban cargos públicos, así como del sector privado. Aparecen igualmente un secretario de educación departamental; dos directores del Hospital de San Onofre; el secretario de educación municipal de San Antonio de

⁴⁰⁵ *Ibíd*em, nota al pie número 31, párr. 82.

⁴⁰⁶ *Ibíd*em, nota al pie número 36.

Palmito; un director de una Lotería regional y el asesor jurídico de la Gobernación de Sucre; y dos representantes de organizaciones económicas”.⁴⁰⁷

Estas son las únicas referencias a la participación de terceras personas dentro de la organización desmovilizada. No obstante, dicha mención se realiza a manera de pie de página y sin especificar en cada caso la calidad de la participación, salvo la mención que se hace, de manera general, a la compulsa de copias a la jurisdicción ordinaria para la apertura de los correspondientes procesos de investigación. Es decir, en el caso de cada una de las conductas punibles, la Sala de Conocimiento omite hacer mención a la posible participación de actores y sectores políticos, militares, sociales y económicos en cada uno de los ilícitos, más allá de los integrantes directos de la organización, esto es, los excombatientes, no obstante referirse a ellos de manera general y sin precisar siquiera los autores materiales. Esto, como una posible forma de conocer los móviles de los hechos, más allá de la siempre referida lucha antisubversiva.

9.2.2. CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO A LA JUSTICIA EN LA SENTENCIA DE MAMPUJÁN

Para analizar la forma como el derecho a la justicia se materializa en esta sentencia, es necesario centrar la atención en los numerales V.2, V.3, VI y VII, en los cuales se desarrollan, respectivamente, los siguientes temas: materialidad de las conductas punibles (V.2), responsabilidad de los postulados (V.3.), dosificación punitiva (VI) y pena alternativa (VII). En estos apartes, la Sala de Conocimiento analiza los delitos por los cuales finalmente van a ser condenados, en esta ocasión, los postulados y a qué título. Además, muestran el procedimiento de dosificación punitiva para imponer la pena ordinaria y la determinación de la pena alternativa.

9.2.2.1. RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS POSTULADOS

Con relación a los delitos que se les imputa a los postulados y su responsabilidad en los mismos, la Sala desarrolla una metodología bastante esquemática y puntual, sin entrar en disertaciones sobre aspectos dogmáticos penales. De hecho, como se ha dicho, el análisis en términos jurídicos es puntual; en la sentencia se enuncian los delitos y, con algunas consideraciones generales sobre cada uno de ellos, se precisa la imputación. Para esto, la Sala trae a colación los cargos que fueron legalizados en cada una de las audiencias y comienza a explicar los hechos que dan lugar a

⁴⁰⁷ *Ibidem.*

cada delito imputado; luego aclara cuál es la norma aplicable y termina estableciendo el material probatorio relevante para cada uno. (De allí, además, la importancia que tienen las audiencias previas a la sentencia, en las cuales se aprovechan discusiones de fondo sobre los delitos cometidos, especialmente, sobre aquellos que constituyen crímenes internacionales).

En audiencia de legalización de cargos realizada entre los días 18 de agosto y 7 de octubre de 2009, la Sala de Conocimiento declaró la legalidad de los siguientes cargos formulados contra Edwar Cobos Téllez, alias “Diego Vecino”: homicidio agravado, concierto para delinquir agravado, deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil, secuestro simple, hurto calificado y agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, cometidos en concurso homogéneo y heterogéneo.

Por otra parte, en audiencia de legalización de cargos realizada desde el 6 de julio hasta el 7 de octubre de 2009, la Sala de Conocimiento declaró la legalidad de los siguientes cargos contra Uber Enrique Bánquez Martínez, alias “Juancho Dique”: homicidio agravado, deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil, secuestro simple, hurto calificado y agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, cometidos en concurso homogéneo y heterogéneo.

Estos cargos fueron formulados con base en dos casos: por un lado, el desplazamiento forzado de la población de Mampuján (corregimiento de María la Baja, departamento de Bolívar) y hechos relacionados (homicidios, hurtos, etc.), ocurridos entre el 10 y el 13 de marzo del año 2000 y, por otro lado, el secuestro de un grupo de personas ocurrido en la isla Múcura (ubicada en el Golfo de Morrosquillo en el Caribe colombiano, departamento de Sucre), el 19 de abril del año 2003. Con ocasión del desplazamiento forzado de la población Mampuján, fueron condenados como autores tanto Edwar Cobos Téllez como Uber Enrique Bánquez Martínez; en cambio, por el secuestro en la isla Múcura, únicamente fue condenado como autor Bánquez Martínez.

Es importante mencionar que en la sentencia la Sala aclara que los procesos seguidos contra estos dos desmovilizados se venían adelantando por separado, pero que una vez llegaron a su conocimiento se decidió realizarlos de manera conjunta. Por esta razón, con posterioridad a las audiencias de legalización de cargos de cada uno de los postulados, se realizó un único incidente de reparación integral dando lugar a una sola sentencia condenatoria. Así:

“Recibidas las diligencias en la Secretaría de la Sala, fueron asignadas por reparto a este despacho y en consecuencia se dispuso adelantar conjuntamente la actuación al trámite contra UBER ENRIQUE BÁNQUEZ MARTINEZ, por involucrar hechos que resultan comunes a los dos desmovilizados, por economía procesal y por facilidad en la contextualización y mejor comprensión del fenómeno paramilitar en esa zona del País, atendiendo a la calidad de los postulados”.⁴⁰⁸

A continuación se enuncian los aspectos mencionados por la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, a propósito de cada uno de los delitos por los cuales fueron condenados alias “Diego Vecino” y alias “Juancho Dique”:

- Concierto para delinquir: la Sala precisó que únicamente se condenaría por concierto para delinquir a Edwar Cobos Téllez, debido a que la justicia penal ordinaria ya había condenado por este delito a Uber Enrique Bánquez, a propósito de su pertenencia al grupo paramilitar.⁴⁰⁹ Con relación a Edwar Cobos, se aplicó, en consecuencia, el art. 340 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) y los agravantes previstos en los incisos 2º y 3º de dicha norma.⁴¹⁰

En esta parte de la sentencia, la Sala de Conocimiento reseñó cómo fue la vinculación de Edwar Cobos Téllez con las autodefensas. Así, explicó que el desmovilizado ingresó a esta organización ilegal en 1998 debido a su amistad con Salvatore Mancuso y Carlos Castaño, razón por la cual en 1999 recibió la comandancia del Bloque Montes de María. En este punto, la Sala citó a pie de página de una manera bastante extensa, la decisión de legalización

⁴⁰⁸ *Ibidem*.

⁴⁰⁹ La Sala de Conocimiento de Justicia y Paz afirmó en esta sentencia que, “el auto que declaró la legalidad formal y material de cargos formulados a los postulados, dejó claro que esta conducta no le fue imputada a UBER ENRIQUE BÁNQUEZ MARTINEZ, por cuanto existe sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada, proferida en su contra el 18 de octubre de 2007 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Descongestión de Bogotá, decisión dentro de la cual se impuso una pena de cuarenta años de prisión”. *Ibidem*.

⁴¹⁰ De acuerdo con la Sala de Conocimiento: “Se agrava la conducta desde el punto de vista punitivo, tal como lo tienen previsto el inciso 2º y 3º de la mencionada norma, cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, siendo más severa la punición para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto o la asociación para delinquir”. *Ibidem*.

de cargos del 25 de enero de 2010, en donde se explicó el origen y la estructura del Bloque Montes de María y del Frente Canal del Dique, con base en el informe presentado por el Área de Memoria Histórica de la CNRR. En la nota al pie de página número 31 de la sentencia se expone, por ejemplo, lo siguiente:

“92. Internacionalización de las autodefensas: Como la comandancia general del bloque “Montes de María” le fue entregada por Salvatore Mancuso a Cobos Téllez, es claro que este señor desempeñó un rol protagónico como político de la organización ilegal y además fue el encargado del manejo de los dineros provenientes del narcotráfico. Como comandante político, realizó gestiones tendientes a dar a conocer a nivel internacional el movimiento paramilitar, so pretexto de ser un ganadero afectado por las acciones de la guerrilla, secuestrado en dos oportunidades. Siguiendo las estrategias acordadas con Carlos Castaño y el modelo de la subversión para hacer diplomacia, contactaron a un lobista reconocido en Miami –Armando Gutiérrez- con el objetivo de lograr un acercamiento con el Departamento de Estado de los Estados Unidos para mostrar los fines de esta organización, sin resultados positivos, entre otras razones porque en el 2001, fueron declarados como organización terrorista”.⁴¹¹

La Sala se refirió, además, a la fuente de prueba que tuvo en cuenta para condenar a Edwar Cobos Téllez por concierto para delinquir: la copia de los Estatutos de Constitución del grupo armado organizado al margen de la ley, la cual da cuenta de la existencia de una organización criminal jerarquizada, con mando responsable, con unos principios fundamentales, objetivos políticos y la misión a desarrollar. A partir de lo expuesto, la Sala concluyó:

“70. Queda claro que los elementos estructurales del tipo se acreditan y de paso, las circunstancias de agravación punitiva, toda vez que al amparo de las mencionadas directrices, el postulado EDWAR COBOS TELLEZ en su condición de comandante, participó en la planeación, direccionamiento y ejecución de varios delitos, entre ellos masacres, desplazamientos forzados y

⁴¹¹ *Ibíd.* En casi cinco páginas, la nota al pie número 31 de la sentencia, proporciona varios detalles sobre la conformación de los grupos paramilitares en Colombia, explica cómo se fue expandiendo este fenómeno y contextualiza las acciones militares del Bloque Montes de María y del Frente Canal del Dique. Así mismo, contextualiza el papel cumplido en esta organización por parte de los procesados.

secuestros, como los que son objeto de conocimiento dentro del presente proceso”.⁴¹²

- Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil: este delito fue imputado con ocasión de los hechos ocurridos en Mampuján en el año 2000. Por tanto, el primer problema abordado por la Sala sobre esta cuestión radicó en determinar la ley aplicable, al tener en cuenta que para ese momento, 10 de marzo de 2000, la ley penal vigente era el Código Penal de 1980 (Decreto Ley 100), en donde no se encontraba tipificada esta conducta. Sin embargo, la Sala afirmó que, al ser el desplazamiento forzado un delito de ejecución permanente, el mismo no se dejó de consumir sino hasta la fecha de la desmovilización; es decir, julio de 2005, razón por la cual fue posible aplicar el art. 159 de la Ley 599 de 2000, la cual entró en vigencia el 24 de julio de 2001, fecha en la que, como se afirmó en la sentencia, aún se seguía consumando el delito.⁴¹³

Posteriormente la Sala narró, de forma general, los hechos que dieron lugar al desplazamiento forzado y enunció los elementos probatorios que fundamentaron la condena por este delito.⁴¹⁴ Entre los elementos materiales de prueba mencionados en la sentencia, es importante resaltar las jornadas de acreditación de víctimas realizadas por la Fiscalía General de la Nación en los municipios de María la Baja y San Cayetano, los días 14 y 15 de agosto de 2008. Luego, en la sentencia se afirmó que estos hechos fueron realizados con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y que, en este sentido, constituyen una infracción al derecho internacional humanitario en los términos previstos en el Código Penal colombiano. (Para un análisis detallado de la forma en que se discute en el proceso de Justicia y Paz la imputación y correcta fundamentación de la misma, de los diversos delitos, nos

⁴¹² Ibídem.

⁴¹³ El Código Penal de 2000 entró a regir un año después de su promulgación, según lo previsto en su art. 476.

⁴¹⁴ Al describir los hechos que dieron lugar al desplazamiento forzado, la Sala de Conocimiento afirmó: “Por orden de alias ‘Cadena’, convocaron por la fuerza y mediante amenazas con armas de fuego de uso privativo de las fuerzas militares, tales como: fusiles Galil, AK157, AK47, M60, R15, Fal, a la población civil de Mampujan, incluidos niños, ancianos, mujeres, y les ordenaron desplazarse de manera inmediata, a más tardar a la madrugada siguiente, porque de lo contrario les pasaría lo mismo que a los pobladores de El Salado; en el proceso se notician desplazamientos de población civil de San Cayetano y Mampujan a partir del 11 de marzo de 2000”. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia de primera instancia, radicado n° 110016000253200680077, 29 de junio de 2010, M.P. Uldi Teresa Gutiérrez López.

remitimos al Segundo Informe del Área, dedicado exclusivamente a este tema).⁴¹⁵

- Homicidio agravado: la condena por el delito de homicidio agravado obedeció al asesinato de 11 personas del municipio de San Cayetano. Una vez los paramilitares llegaron a Mampuján y, a través de amenazas, produjeron el desplazamiento de toda la población, siguieron su camino hacia un lugar llamado Yucalito, “sitio donde supuestamente existía un campamento de la guerrilla”;⁴¹⁶ sin embargo, ante la inexistencia del campamento, alias “Cadena” ordenó dar muerte a 11 pobladores señalados de ser subversivos, orden que fue cumplida por Uber enrique Bánquez Martínez, entre otros.⁴¹⁷

Para estos hechos, la Sala aplicó los artículos 103 y 104 del Código Penal, Ley 599 de 2000. Según la Sala, dichas conductas debían ser tipificadas conforme a estos artículos, pese a que los homicidios fueron consumados con anterioridad a que entrara en vigencia el Código Penal señalado, debido a que estas normas resultaban más favorables que las contenidas en el Decreto Ley 100 de 1980, modificado por la Ley 40 de 1993. Como fundamento probatorio, en la sentencia se mencionaron las actas de levantamiento de los cadáveres y los protocolos de necropsia, en donde se constató que estas once personas habían sido degolladas.⁴¹⁸

- Secuestro simple: para este delito la Sala dividió sus consideraciones en dos partes. Así, primero hizo referencia al secuestro de 7 personas en Mampuján, para luego hacer alusión al secuestro que tuvo lugar en la isla Múcura. Sobre el secuestro de Mampuján, la Sala indicó que la norma aplicable, teniendo en cuenta la fecha en

⁴¹⁵ Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, *Segundo informe, Parte I - Fórmulas de imputación de conductas delictivas que constituyen crímenes internacionales en el ámbito de Justicia y Paz*, CITpax, Madrid-Bogotá, noviembre de 2009, p.71.

⁴¹⁶ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia de primera instancia, radicado n° 110016000253200680077, 29 de junio de 2010, M.P. Uldi Teresa Gutiérrez López.

⁴¹⁷ *Ibidem*.

⁴¹⁸ En la sentencia se mencionan las conclusiones de las actas de levantamiento y de los protocolos de necropsia de cada una de las víctimas: “82. JOAQUÍN FERNANDO POSSO ORTEGA. descripción de las heridas encontradas en el cuerpo del occiso: ‘Una herida alrededor del cuello ocasionada con arma blanca (cortopunzante), produciéndose cercenamiento, presenta signos de desprendimiento de la piel en todo el cuerpo, herida en la región torácica producida con arma blanca, signos de quemaduras en el tórax y cabeza’. Protocolo de necropsia 00010 practicada por el Hospital Local de San Juan el 11 de marzo de 2003, en la que se concluye: ‘Cadáver masculino, de identidad conocida que muere por shock hipovolémico por sección de grandes vasos del cuello’. *Ibidem*.”

la que ocurrieron los hechos, era el art. 269 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por la Ley 40 de 1993. Con posterioridad, la Sala mencionó las víctimas de este secuestro y las circunstancias en las que se produjo:

“El 10 de marzo de 2000, miembros del bloque Montes de María, mediante el uso de la violencia y el empleo de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas militares, retuvieron contra su voluntad a Armando Rafael Maza Mendoza, Manuel Esteban Vega Fernández, Francisco José Nisperuza Feria, José Luis Contreras Serrano, Germán Maza Julio, Grismaldo López Fernández y Arístides Maza Cañate, habitantes del corregimiento de Mampuján, con la finalidad de que les indicaran el camino hacia Yucalito, lugar hacia el cual se dirigían, siendo dejados en libertad hasta la madrugada del 11 de marzo de 2000”.⁴¹⁹

La condena por este secuestro estuvo soportada en las declaraciones de las mismas víctimas directas.⁴²⁰ Por su parte, para el secuestro en la isla Múcura, la Sala aplicó el artículo 168 de la Ley 599 de 2000, procediendo luego a relatar los hechos y enunciar nuevamente las pruebas, especialmente la denuncia presentada en su momento por una de las víctimas ante la Policía Nacional –Dirección Antisecuestro y Extorsión de Cartagena– y las declaraciones recibidas en el proceso penal de Justicia y Paz:

“105. El 19 de abril de 2003, Uber Bánquez Martínez, en cumplimiento de una orden directa de alias ‘Cadena’, obedeciendo a Carlos Castaño , organizó un grupo de hombres fuertemente armados y les mandó trasladarse hasta Isla Múcura con la finalidad de secuestrar a un empresario, que no fue encontrado cuando llegaron a ese lugar; circunstancia que motivó el secuestro de quienes allí se hallaban: el para entonces menor Luís Fernando Melo Morales y los señores Francisco González, José Manuel Villanueva, José Hernández, Carlos Ardila, Jorge Rey, Santiago

⁴¹⁹ *Ibidem*.

⁴²⁰ Por ejemplo: “101. Grismaldo López Hernández, registró lo sucedido al momento de la correspondiente evaluación psicológica, diciendo que se encontraba en su casa en Mampuján y de repente vio al pueblo tomado por un grupo numeroso de hombres armados y vestidos de camuflados que entraron haciendo disparos y empezaron a sacar a los habitantes. Luego de que ingresaron a su casa, en presencia de su mujer y su hijo, lo sacaron a patadas y lo llevaron hasta la plaza; luego lo apartaron de los demás y le dijeron que lo llevaban para arriba por la vía que conduce al Yucalito, pela el Ojo y Las Brisas”. *Ibidem*.

N, Benuet Morales y Carlos Leyton, que estuvieron en poder de las autodefensas durante varios días”.⁴²¹

- Hurto calificado y agravado: de nuevo, la Sala dividió su análisis entre lo ocurrido en Mampuján y en la isla Múcura. Para el caso de Mampuján, la Sala acudió al art. 350 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por la Ley 23 de 1991, sobre hurto calificado, y al art. 351 de dicho Código Penal, relativo a las circunstancias de agravación punitiva del hurto.⁴²² De igual forma, la Sala se remitió al escrito de acusación presentado por la Fiscalía, en donde se dio cuenta de la apropiación de bienes por parte del grupo paramilitar que incursionó en Mampuján: “En ese momento, procedieron a apoderarse de los bienes de la tienda del pueblo, como también de objetos de algunos pobladores”.⁴²³ Para esto se tuvieron en cuenta, además, las declaraciones y testimonios de quienes se vieron perjudicados por estos hechos.

Para los hurtos cometidos en la isla Múcura, la Sala aplicó los artículos 240 y 241 del Código Penal del 2000; en el primero de ellos, se encuentra tipificado el hurto calificado y, en el segundo, los agravantes del hurto. Para este caso, las circunstancias de agravación punitiva que se tuvieron en cuenta por la Sala fueron las mismas que se aplicaron para los hurtos de Mampuján. A su vez, desde el punto de vista probatorio, la Sala se remitió a los mismos elementos de prueba que fueron tenidos en cuenta para el delito de secuestro.

- Utilización ilegal de uniformes e insignias: la Sala vuelve nuevamente a aplicar normas distintas para el delito según fuese cometido en Mampuján o en la isla Múcura. En el primer caso, se aplicó el art. 19 del Decreto n° 2266 de 1991, sobre utilización ilegal de uniformes e insignias. En el segundo caso, fue aplicado el art. 346 de la Ley 599 de 2000, en donde se encuentra actualmente tipificado ese mismo delito.

⁴²¹ *Ibidem*.

⁴²² El artículo 351 del Código Penal de 1980 aumentaba la pena de una sexta parte a la mitad, “si el hecho se comete: ‘8. Sobre cera de predio rural, sementera, productos separados del suelo, maquina o instrumento de trabajo dejado en el campo, o sobre cabeza de ganado mayor o menor; (...) 10. Con destreza, o arrebatando cosas u objetos que las personas lleven consigo; por dos o más personas que ese hubieren reunido o acordado para cometer el hurto”. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia de primera instancia, radicado n° 110016000253200680077, 29 de junio de 2010, M.P. Uldi Teresa Gutiérrez López.

⁴²³ *Ibidem*.

Sobre el material probatorio, la Sala afirmó que este hecho era de público conocimiento, por lo que bastaba con observar los registros de la desmovilización del grupo, en donde sus integrantes se encontraban vistiendo prendas de uso militar. Además, la Sala se remitió al dicho de los postulados, quienes afirmaron que:

“(…) los integrantes del frente ‘Canal del Dique’ debían permanecer con uniformes que comúnmente son los que utilizan las fuerzas armadas regulares del Estado colombiano. En la incursión a San Cayetano y Mampuján lo hicieron vestidos con prendas idénticas a las que usa el ejército Nacional y en Isla Múcura con los uniformes de la Marina”.⁴²⁴

- Porte ilegal de armas: desde el punto de vista de la norma aplicable, con este delito sucedió lo mismo que con los de utilización ilegal de uniformes e insignias, hurto y secuestro. Para el caso de Mampuján, la Sala aplicó el art. 202 del Código Penal de 1980, mientras que, para el caso de la isla Múcura, el art. 366 del Código Penal del año 2000. Para sustentar la condena por este delito, la Sala se remitió a las distintas declaraciones que los mismos procesados dieron a lo largo del proceso penal de Justicia y Paz y a los testimonios de las víctimas.

Después del análisis puntual de cada uno de los delitos imputados, la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz hizo alusión a la responsabilidad penal de los postulados. En esta parte, la Sala comenzó con una reseña sobre el derecho a la verdad, para lo cual se remitió a los principios de Joinet,⁴²⁵ a la sentencia de la Corte Constitucional n° C-370 de 2006 y a las normas de la Ley 975 de 2005.⁴²⁶ Posteriormente, afirmó que se había podido establecer, con grado de certeza, la pertenencia de los procesados a los grupos armados organizados al margen de la ley, “el primero al mando del Bloque Montes de María y el segundo, del frente Canal del Dique de las autodefensas unidas de Colombia”, que les permitió en varios casos

⁴²⁴ *Ibíd.*

⁴²⁵ “Los principios 1° a 4° del conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad de Louis Joinet (1997), establecen el ‘derecho inalienable a la verdad’, el ‘deber de recordar’ y ‘el derecho de las víctimas a saber’”. *Ibíd.*

⁴²⁶ La Sala retoma además, las consideraciones de la Corte Constitucional sobre el derecho a la verdad como un derecho individual y colectivo. Corte Constitucional, sentencia n° C-370 del 18 de mayo de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y otros.

“impartir órdenes, en otros cometer de manera directa los hechos y en otros, actuar de manera conjunta para su consumación”.⁴²⁷

La Sala hizo referencia a las conclusiones presentadas por la Fiscalía General de la Nación en las audiencias de control de legalidad de cargos, en las que se afirmó que Edwar Cobos Téllez y Uber Enrique Bánquez Martínez tenían la calidad de autores del delito de concierto para delinquir y de coautores en los delitos de desplazamiento forzado, homicidio agravado en concurso homogéneo, secuestro simple en concurso homogéneo, hurto calificado y agravado en concurso homogéneo, porte ilegal de armas de uso privativo y uso de uniformes e insignias, consumados en San Cayetano y Mampuján, “aclarando que en el caso de alias ‘JUANCHO DIQUE’ también tiene la categoría de autor material frente a los asesinatos de 4 pobladores”.⁴²⁸

Adicionalmente, Uber Enrique Bánquez Martínez tendría la calidad de autor de los delitos de secuestro en concurso material heterogéneo sucesivo, con hurto calificado y agravado, uso de uniformes e insignias de uso privativo de las fuerzas armadas y porte ilegal de armas de uso privativo de la fuerza pública, en razón a los hechos ocurridos en la isla Múcura.

Es importante anotar que en la sentencia no se encuentra análisis alguno sobre fórmulas de imputación en materia de autoría y participación. En consecuencia, no se explica por qué se acude a la figura de la coautoría en todos los casos, como tampoco se dan detalles ni se plantean argumentos que permitan explicar por qué, por ejemplo, Edwar Cobos Téllez, a pesar de no haber estado en el momento de la consumación de los hechos de Mampuján, debe responder a título de coautor. De igual forma, no se explica si su responsabilidad se deriva del poder de mando que ostentó o si en el caso concreto emitió órdenes o qué aporte específico hizo para la consumación de estos hechos. No se hace explícito el concepto de coautoría a partir del cual se realizan las imputaciones, si se tiene como base un concepto subjetivo u objetivo de autor, qué elementos se tuvieron en cuenta, por qué la responsabilidad no se da a título de autoría mediata, etc. Éste es un tema en el que definitivamente no se profundiza en la sentencia y queda la sensación de que en Justicia y Paz la responsabilidad a título de autoría se da por hecho, tan solo por la pertenencia al grupo armado ilegal y la posición o estatus que cada desmovilizado tuvo en la jerarquía de la

⁴²⁷ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia de primera instancia, radicado n° 110016000253200680077, 29 de junio de 2010, M.P. Uldi Teresa Gutiérrez López.

⁴²⁸ *Ibíd.*

organización, al margen de las contribuciones concretas y personales que se pudieron o no dar. Incluso, al parecer, tal como se dijo previamente, estas discusiones han tenido mayor cabida en etapas procesales anteriores, como en las audiencias de formulación y aceptación de cargos adelantadas ante los magistrados en función de control de garantías y en las audiencias de control de legalidad ante la misma Sala de Conocimiento. En todo caso, si los desmovilizados, desde la versión libre, deben confesar todos los delitos en los que participaron o que conocieron con ocasión de su militancia en los grupos paramilitares, al final del proceso, después de la confesión y el reconocimiento de responsabilidad por los mismos postulados, las discusiones dogmáticas de este tipo parecen pasar a un segundo plano. El énfasis se da con mayor fuerza en el ámbito de la reparación, de los alcances de las medidas y en la noción de equidad para fallar.

Finalmente, en este punto la Sala realiza dos consideraciones bien importantes. La primera, relacionada con el valor probatorio que le reconoce en la sentencia a la confesión y la segunda, referente a la connotación de estos delitos en tanto crímenes internacionales.

Sobre el valor probatorio de la confesión, la Sala de Conocimiento partió del “principio de veracidad en la confesión de todas las conductas que hoy son objeto de pronunciamiento”, por lo que advirtió que, de constatarse que los postulados no cumplieron con el deber de decir la verdad, la consecuencia sería la pérdida de los beneficios concedidos. También advirtió la Sala que existía discrepancia entre lo relatado por los postulados y algunas de las víctimas que intervinieron en la legalización de la aceptación de cargos y en el incidente de reparación integral, especialmente sobre los homicidios.⁴²⁹ Sin embargo, según la Sala, estos desacuerdos no eran relevantes y no permitían afirmar que los postulados hubieren pretendido engañar a las víctimas. Para la Sala, era imposible obtener un relato preciso en todos los detalles, menos aún cuando habían pasado diez años desde que ocurrieron estos hechos.

Para terminar el análisis de la responsabilidad penal de los dos postulados, la Sala afirmó que serían condenados por infracciones al derecho internacional humanitario, “porque como actores del conflicto armado atentaron contra la población civil al desplazarla de su territorio, al atacar contra la vida de no combatientes y al saquear sus propiedades luego de la incursión”.⁴³⁰ Sin embargo, se aclaró que la adecuación típica de las conductas se realizó conforme a delitos comunes, para salvaguardar el principio de legalidad, atendiendo a la fecha en la que fueron consumados.

⁴²⁹ *Ibidem.*

⁴³⁰ *Ibidem.*

La Sala, con buen criterio, enfatizó lo cometido, en el acápite de motivación de la sentencia. Es decir, se respetó la legalidad, pero se argumentó en función de la comisión de crímenes internacionales. Así:

“En síntesis, se condenará a estos desmovilizados postulados por graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario (...). Pero además como autores de crímenes de Lesa Humanidad, porque no se trató de conductas punibles aisladas; La generalidad, sistematicidad, comisión de actos inhumanos y los destinatarios de estos ataques –la población civil– permiten concluir que la pertenencia al grupo de autodefensas (concierto para delinquir), el desplazamiento forzado de los pobladores de San Cayetano y Mampuján y las ejecuciones extrajudiciales deben ser calificados como crímenes de Lesa humanidad”.⁴³¹

9.2.2.2. DOSIFICACIÓN PUNITIVA Y SANCIÓN IMPUESTA

Para establecer la sanción penal correspondiente a los delitos cometidos por Edwar Cobos Téllez y a Uber Enrique Bánquez Martínez, la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz se ocupó, primero, de la dosificación punitiva para imponer la pena ordinaria, para luego hacer referencia a la sustitución de ésta por la pena alternativa, en los términos previstos en la Ley 975 de 2005.

9.2.2.2.1. DOSIFICACIÓN DE LA PENA ORDINARIA

Para imponer la pena ordinaria a los dos postulados, la Sala de Conocimiento se remitió a las normas sobre dosificación punitiva previstas en el Código Penal, Ley 599 de 2000. Así, de acuerdo con lo establecido en los artículos 54 a 62 del Código Penal y teniendo en cuenta que en estos casos se trata de concursos materiales homogéneos o, en su mayoría, heterogéneos y sucesivos de conductas delictivas, la Sala comparó el ámbito punitivo de cada uno de los delitos imputados (determinado por la pena mínima y la pena máxima previstas para cada uno de ellos), para establecer cuál tenía la pena más grave, de acuerdo con la norma aplicable en cada caso según los principios de legalidad y favorabilidad.⁴³²

⁴³¹ *Ibidem.*

⁴³² Según el art. 31 del Código Penal, Ley 599 de 2000, quien incurre en un concurso de conductas punibles, “quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas”.

En este orden de ideas, la Sala concluyó que el delito con pena más grave era el homicidio agravado, contemplado en el art. 104 de la Ley 599 de 2000, en donde se prevé una pena privativa de la libertad de 25 a 40 años. Así, la pena fue calculada de acuerdo con el sistema definido en el Código Penal, en el cual el ámbito de movilidad punitiva, en este caso de 25 a 40 años, se divide en cuatro cuartos,⁴³³ para establecer posteriormente el cuarto dentro del cual se debe tasar la pena, conforme a las circunstancias de menor y mayor punibilidad previstas en los artículos 55 y 58 del Código Penal.⁴³⁴

Ahora bien, la Sala realizó el procedimiento indicado, convirtiendo los años de prisión previstos para el homicidio agravado a meses:

1° cuarto	2° cuarto	3° cuarto	4° cuarto
300	345	390	435
			480

(25 años de prisión = 300 meses, 40 años de prisión = 480 meses)

Por otra parte, como la Fiscalía no imputó ninguna causal de mayor punibilidad de las previstas en el art. 58 de la Ley 599 de 2000, la Sala se ubicó en el cuarto mínimo, es decir, en un ámbito de movilidad punitiva entre 300 y 345 meses. De esta manera, teniendo en cuenta los criterios establecidos en el Código Penal para concretar la pena dentro del cuarto de movilidad seleccionado, la Sala estableció la pena a imponer en el máximo del cuarto mínimo, es decir, 345 meses de prisión.⁴³⁵

⁴³³ De acuerdo con el primer inciso del art. 61 del Código Penal de 2000, una vez definido el ámbito de movilidad punitiva, “el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo”.

⁴³⁴ Según el segundo inciso del art. 61 del Código Penal, el “sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva”.

⁴³⁵ El tercer inciso del art. 61 del Código Penal establece los criterios que debe tener en cuenta el juez para determinar la pena, una vez establecido el cuarto de movilidad punitiva correspondiente: “Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto”.

Como se trataba de concursos de hechos punibles, la Sala debía aumentar la pena “hasta en otro tanto”, de acuerdo con el art. 31 de la Ley 599 de 2000. Así, para Edwar Cobos Téllez, la pena se aumentó en 123 meses, es decir, que quedó en 468 meses de prisión, mientras que para Uber Enrique Bánquez Martínez, la pena se aumentó en 117 meses, quedando en 462 meses de prisión. La Sala explicó de la siguiente manera esta diferencia de dos meses entre la pena ordinaria impuesta a los dos desmovilizados:

“(…) toda vez que a éste (Uber Enrique Bánquez Martínez) no se le imputó el delito de concierto para delinquir, pero las conductas imputadas por los delitos de secuestro simple y hurto calificado y agravado cometido en la Isla Múcura, imputados al tenor de la ley 599 de 2000, contienen penas más severas” (paréntesis por fuera del texto original).⁴³⁶

Adicionalmente, la Sala impuso también, como pena principal a cada uno de los condenados, una multa de 1500 salarios mínimos legales mensuales vigentes y, como pena accesoria, la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de veinte años.

9.2.2.2.2. SUSTITUCIÓN DE LA PENA ORDINARIA POR LA PENA ALTERNATIVA

Establecida la pena ordinaria, la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz suspendió su ejecución y, en su lugar, impuso una pena alternativa, de acuerdo con lo establecido en el art. 29 de la Ley de Justicia y Paz.⁴³⁷ En este caso, la Sala impuso, como pena alternativa a los dos postulados, la máxima prevista en la Ley 975 de 2005; es decir, una pena privativa de la libertad de ocho (8) años.

Es importante mencionar que la Sala no entró a analizar en la sentencia el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad previstos en los artículos 10 y 11 de la Ley de Justicia y Paz. Al respecto, únicamente se afirmó que:

⁴³⁶ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia de primera instancia, radicado n° 110016000253200680077, 29 de junio de 2010, M.P. Uldi Teresa Gutiérrez López.

⁴³⁷ Como se señaló anteriormente, el art. 3 de la Ley 975 de 2005 define la alternatividad penal de la siguiente manera: “Alternatividad es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización. La concesión del beneficio se otorga según las condiciones establecidas en la presente ley”.

“Las exigencias relativas a la elegibilidad, contribución con la verdad y la reparación de las víctimas, ya fueron objeto de análisis y pronunciamiento por esta Sala de decisión al momento de realizar el control de legalidad formal y material de los cargos imputados”.⁴³⁸

Finalmente, la Sala impuso a los dos desmovilizados la obligación de suscribir un acta de compromiso, en la que debían comprometer a resocializarse mediante el trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanecieron privados de la libertad, así como a promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual pertenecieron, en los términos señalados por el art. 8 del Decreto n° 4760 de 2005, inciso segundo.

9.2.3. EL DERECHO A LA REPARACIÓN EN LA SENTENCIA DE MAMPUJÁN

9.2.3.1. MEDIDAS ORDENADAS PARA LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Al señalar las medidas de reparación para las víctimas, la Sala de Conocimiento precisó que, siguiendo la tradición del derecho internacional al momento de definir los programas de reparación para delitos internacionales de carácter masivo y sistemático, este concepto tiene una connotación tanto individual como colectiva. En ese sentido, indicó que la Ley 975 establece un sistema mixto, en el que, por una parte, se habla del derecho de las víctimas a la reparación integral, y que comprende, tal y como se consagra entre los artículos 44 a 48, medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición de los hechos de violencia y victimización.⁴³⁹ Adicionalmente, la Sala de Conocimiento afirmó que el art. 49 contempla la reparación colectiva de la siguiente manera:

“El Gobierno, siguiendo las recomendaciones la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparaciones, deberá implementar un programa institucional de reparación colectiva que comprenda acciones directamente orientadas a recuperar la institucionalidad propia del Estado Social de Derecho particularmente en las zonas más afectadas por la violencia; a recuperar y promover los

⁴³⁸ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia de primera instancia, radicado n° 110016000253200680077, 29 de junio de 2010, M.P. Uldi Teresa Gutiérrez López.

⁴³⁹ *Ibidem*.

derechos de los ciudadanos afectados por hechos de violencia, y a reconocer y dignificar a las víctimas de la violencia”.⁴⁴⁰

Después de lo anterior, la Sala presentó cada una de las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción, así como las garantías de no repetición, e hizo lo propio con la reparación colectiva.

9.2.3.1.1. MEDIDAS DE RESTITUCIÓN

Como medidas de restitución, la Sala ordenó proceder a la formalización de los títulos sobre los predios que ostentaban los habitantes de las comunidades de San Cayetano y Mampuján, cuando fueron expulsados de su territorio.⁴⁴¹

Así mismo, le ordenó a la CNRR la presentación de propuestas a las autoridades competentes, con el objeto de condonar las deudas que por concepto de impuestos y servicios pudieran tener los predios de las víctimas, así como al Ministerio del Medio Ambiente, a través de su Viceministerio de Vivienda y en coordinación con la CNRR, la concesión de subsidios para hogares de desplazados.⁴⁴²

9.2.3.1.2. MEDIDAS DE INDEMNIZACIÓN

Respecto de las indemnizaciones, la Sala partió de la imposibilidad de evaluar el daño material e inmaterial de acuerdo con las reglas ordinarias, debido,

“(i) a la cantidad de víctimas, (ii) al carácter masivo de violaciones de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, y (iii) al hecho de que en casos como el de los desplazados forzosamente tuvieron que huir de repente sin poder llevarse con ellos documentación alguna relativa a la titularidad de los bienes que tuvieron que dejar atrás u otros que acreditaran su pertenencia de muebles”.⁴⁴³

Por esta razón, la Sala sostuvo que existía la necesidad de establecer un sistema de reparación basado en la equidad, siguiendo en este sentido la

⁴⁴⁰ *Ibíd.*

⁴⁴¹ *Ibíd.*, párr. 337 y 338. Dicha medida, en razón a que no se tenía conocimiento alguno, respecto de la ocupación de tierras luego del desplazamiento forzado a que fueron sometidas las víctimas, ni existía pronunciamiento sobre restitución de inmuebles.

⁴⁴² *Ibíd.*, párr. 339 y 341.

⁴⁴³ *Ibíd.*

práctica de la Corte IDH, particularmente la metodología utilizada por la Corte en los casos de Pueblo Bello e Ituango, en donde, de hecho, había resultado condenado recientemente el Estado colombiano. Se estableció, entonces, una tabla de indemnización individual por delito y de carácter fijo, así:

- Para víctimas de homicidio: “se concederá a cada víctima indirecta que tenga la condición de cónyuge, padre, madre o hijo una cuantía de 40 millones de pesos, mientras que a aquellos que tengan la condición de hermanos una cuantía de 4 millones de pesos, con un límite máximo por núcleo familiar de 240 millones de pesos”.⁴⁴⁴
- Para víctimas de desplazamiento forzado la Sala acogió los criterios utilizados por el Consejo de Estado colombiano, “de manera, que cada persona desplazada de un mismo núcleo familiar recibirá una cuantía de 17 millones de pesos, con un máximo por núcleo familiar de 120 millones de pesos”.⁴⁴⁵
- Para víctimas de secuestro, la Sala estableció, equitativamente, “una media entre lo que se concede en vía Administrativa y la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el delito de homicidio, en los casos referidos con antelación. En consecuencia, el valor correspondiente para la víctima directa es de 30 millones de pesos, sin que el valor de lo concedido exceda por grupo familiar de 180 millones, aclarando que para los hermanos igualmente se reconocerán 4 millones”.⁴⁴⁶

Con estas cuantías, se concluyó entonces que una persona víctima de varios de estos delitos sería indemnizada por aquél que se considerare más grave; es decir, el homicidio.

9.2.3.1.3. MEDIDAS DE REHABILITACIÓN

Como medida de rehabilitación, la Sala indicó que el Ministerio de Protección Social, en coordinación con la CNRR, debía presentar un programa de recuperación para las víctimas del conflicto armado.⁴⁴⁷

⁴⁴⁴ *Ibidem.*

⁴⁴⁵ *Ibidem.*

⁴⁴⁶ *Ibidem.*

⁴⁴⁷ *Ibidem*, párr. 356.

9.2.3.1.4. MEDIDAS DE SATISFACCIÓN

Como medidas de satisfacción, y por considerar que eran especialmente significativas para los habitantes de Mampuján el cementerio y la Iglesia, la Sala ordenó al municipio de María la Baja y a la Gobernación de Bolívar su reconstrucción, previa coordinación con la CNRR. Así mismo, ordenó la realización de una ceremonia conmemorativa de las víctimas de los hechos ocurridos con la presencia del gobierno nacional, departamental y municipal, en donde se haría un acto de reconocimiento público de los abusos cometidos por las autodefensas en las poblaciones victimizadas,⁴⁴⁸ así como la realización de un documental para ser transmitido por uno de los canales de mayor cobertura del país, con entrevistas a víctimas y victimarios, que incluyere un acto público de arrepentimiento por parte de los postulados condenados, el cual debe transmitirse en una franja horaria de máxima audiencia.⁴⁴⁹

En igual sentido, y como medida de satisfacción, se ordenó la construcción de un monumento conmemorativo de los hechos de victimización en las comunidades afectadas, el cual fue ofrecido por los postulados, ordenarle al Ministerio de Cultura comenzar a trabajar en la construcción del proyecto del Museo de Víctimas, el hecho de que los centros educativos que se construyeren como medida de reparación colectiva lleven un nombre conmemorativo de estos hechos, así como también que el Batallón de Malagana pida perdón público por su eventual participación en los sucesos de marzo de 2000 en San Cayetano y Mampuján. No obstante, la Sala indicó que no podía, de manera anticipada, atribuir responsabilidad a miembros de este Batallón, sin que las autoridades correspondientes adelantaran la investigación correspondiente y establecieren responsabilidades (si las hubo).⁴⁵⁰

9.2.3.1.5. GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

Mediante esta decisión, la Sala extendió una invitación a la Misión de Apoyo al Proceso de Paz de la Organización de Estados Americanos, para que efectúe un monitoreo de la situación de seguridad en las áreas en las que se cometieron los delitos y a donde han de regresar las víctimas. Así mismo, se ordenó a los organismos competentes la adopción de las medidas de seguridad pertinentes para garantizar la no repetición de los hechos de violencia y victimización que ocurrieron en esta región.⁴⁵¹

⁴⁴⁸ *Ibidem*, párr. 358.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, párr. 359.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, párr. 361-363.

⁴⁵¹ *Ibidem*, párr. 364-372.

9.2.3.1.6. MEDIDAS DE REPARACIÓN COLECTIVA

Por último, como medidas de reparación colectiva, la Sala ordenó la construcción y adecuación de una serie de obras e instalaciones físicas, así como la implementación y desarrollo de proyectos agrícolas, de educación y de salud.

Se destacan, entre otras medidas, la construcción y adecuación de centros educativos y de salud, la construcción y adecuación de vías de acceso y de redes de servicios públicos domiciliarios, tales como alumbrado público, telefonía, acueducto y alcantarillado; el diseño e implementación de proyectos productivos y de formación básica, técnica y tecnológica.⁴⁵²

9.2.3.2. A PROPÓSITO DE LA ÁLGIDA DISCUSIÓN SOBRE BIENES

En la decisión del 29 de junio de 2010, la Sala de Conocimiento realizó un análisis pormenorizado de la situación actual de la entrega de bienes por parte de los postulados a Justicia y Paz e ilustró con bastante detalle las verdaderas posibilidades de reparación que actualmente ofrece el Fondo para la Reparación de las Víctimas. Así, la Sala demostró la absoluta insuficiencia de los recursos disponibles en este momento para reparar adecuadamente a las víctimas, dejando en evidencia la gravedad del problema. Claro está, la Sala no se limitó a evidenciar esta situación, sino que, a su vez, tomó algunas medidas que abren un interesante debate, no solamente sobre el alcance de sus propias facultades, sino también sobre, por ejemplo, la responsabilidad en la reparación de quienes se vieron beneficiados por hechos constitutivos de paramilitarismo.

A partir del promedio de las pretensiones de reparación que fueron presentadas por las víctimas en este proceso, tanto del daño individual como del colectivo, la Sala calculó cuánto podría llegar a costar la reparación total en Justicia y Paz, teniendo en cuenta el total de víctimas que a ese momento se habían registrado ante la Fiscalía General de la Nación. Para esto, la Sala aplicó varios criterios. Es decir, calculó cuál podría ser el monto total de la reparación, si ésta se liquida según las pretensiones de las propias víctimas, según los criterios de reparación que ha utilizado el Consejo de Estado en casos de violación de derechos humanos, según los criterios del Decreto n° 1290 de 2008 (reparación administrativa) y según los criterios utilizados por la Corte IDH. En todos estos casos, el resultado es realmente alarmante. En este orden de ideas, la Sala llegó a las siguientes conclusiones:⁴⁵³

⁴⁵² *Ibidem*, párr. 375-402.

⁴⁵³ *Ibidem*.

- Según los criterios recogidos en las peticiones de los representantes legales de las víctimas, el monto total de las medidas de reparación individual en este proceso llegaría a los 132 mil millones de pesos;
- Según los criterios recogidos en el Decreto n° 1290 relativo a reparaciones por vía administrativa, el monto total de las medidas de reparación individual en este proceso sería de 15 mil millones de pesos;
- De aplicar los criterios recogidos en la jurisprudencia del Consejo de Estado, el valor de las medidas de reparación individual por hechos de homicidio y desplazamiento forzado en este proceso, se encontraría entre los 113 mil y los 115 mil millones de pesos; y
- Con los criterios de la Corte IDH, el resultado varía dependiendo de cuáles criterios se utilicen, ya que la misma Corte no ha aplicado un criterio unívoco para determinar el monto de la reparación en distintos casos. De esta forma, si se aplican los criterios de la jurisprudencia de la Corte IDH en este proceso, el valor de la reparación individual por hechos de homicidio podría estar entre los 2 y 9 mil millones de pesos, siguiendo el caso Ituango, 2.640.000.000 siguiendo el caso Pueblo Bello, 7.526.315.786 siguiendo el caso 19 Comerciantes y 9.286.312.816 siguiendo el caso Mapiripán.

Con estos criterios, aplicados al conjunto de hechos de homicidio (156.870 hechos), desplazamiento forzado (63.526 hechos) y secuestro (2.740 hechos), registrados por la Fiscalía General de la Nación a 1 de mayo de 2010, se llegaría al siguiente resultado:

“241. 81 billones de pesos, equivalentes al 54.6 % del Presupuesto Nacional de Colombia para el año 2010 (en adelante “Presupuesto Nacional”), si se contabiliza una víctima indirecta por hecho de homicidio; o

242. 610 billones de pesos, equivalentes al 418% del Presupuesto Nacional, en caso de que se acrediten, tal y como ha ocurrido en el presente proceso, una media de 8 víctimas indirectas por hecho de homicidio (...).

Según el Decreto 1290 de Reparación en Vía Administrativa, *4.1 billones de pesos* puesto que la reparación máxima en caso de homicidio es de 40 salarios mínimos por núcleo familiar; esta cantidad equivale al 2.81 % del Presupuesto Nacional para el 2010.

(...) Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, entre *101.2 billones* (101.210.617.402.020) y *132.5 billones de pesos*, lo que equivale a un porcentaje de entre el 72.5% y el 93.5% del Presupuesto Nacional – esta cantidad incluiría únicamente las indemnizaciones por hechos de homicidio y desplazamiento forzado.

(...) Según los criterios de la Comisión Inter-Americana, entre *37 y 132 billones de pesos* (37.178.190.000.000 pesos equivalente al 25% del Presupuesto Nacional siguiendo el caso Ituango (2006), 37.648.800.000.000 pesos equivalente al 25,35 % del Presupuesto Nacional siguiendo el caso Pueblo Bello (2006), 107.332.105.263.157 pesos equivalente al 72.15% del Presupuesto Nacional siguiendo el caso 19 Comerciantes (2002), y 132.431.262.858.720 pesos equivalente al 89,3% del Presupuesto Nacional siguiendo Mapiripán (2005)) –esta cantidad incluiría únicamente las indemnizaciones por hechos de homicidio”.⁴⁵⁴

Por otra parte, durante el trámite del incidente de reparación integral, la CNRR estimó “en aproximadamente *20 mil millones de pesos* (19.940.800.000 pesos)” el valor de las medidas de reparación del daño colectivo recomendadas en el presente proceso.⁴⁵⁵

Según la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, de acuerdo con la información facilitada por Acción Social, han sido recibidos por el Fondo para Reparaciones de las Víctimas “un total aproximado de *36 mil millones de peso* (36.520.709.875)”.⁴⁵⁶ Esto es tan sólo, por ejemplo, el 27% de lo solicitado por las víctimas como reparación individual en el presente proceso o el 36.7% del valor de las reparaciones colectivas solicitadas en este caso por la CNRR para Mampuján y San Cayetano.⁴⁵⁷ En consecuencia, la Sala afirmó preocupada:

“La situación aparece como de particular gravedad si se tiene en cuenta que los hechos objeto del presente proceso constituyen, como ya se mencionó en un aparte anterior, únicamente un 0.39% del conjunto de hechos registrados hasta el 1º de mayo de 2010 por la Fiscalía en aplicación de la Ley de Justicia y Paz”.⁴⁵⁸

⁴⁵⁴ *Ibidem.*

⁴⁵⁵ *Ibidem.*

⁴⁵⁶ *Ibidem.*

⁴⁵⁷ *Ibidem.*

⁴⁵⁸ *Ibidem.*

Ante este panorama, la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz ordenó a la Fiscalía General de la Nación crear una unidad especializada en el análisis de operaciones financieras.⁴⁵⁹ En igual sentido, dispuso que todos los bienes que han sido transferidos a la Unidad de Extinción de Dominio de la Fiscalía, sean devueltos nuevamente a la Unidad de Justicia y Paz y puestos a disposición de Acción Social.⁴⁶⁰ La Sala afirmó, además, ser el órgano competente para decidir sobre todos los problemas jurídicos que puedan surgir sobre bienes llamados a financiar la reparación de las víctimas, incluso sobre la extinción de dominio, y precisó que la Fiscalía no tiene competencia para realizar restituciones directas de bienes, ya que esto le corresponde, precisamente, a la Sala de Conocimiento; en consecuencia, le ordenó a la Fiscalía suspender esta práctica. Pero la

⁴⁵⁹ La Sala de Conocimiento afirmó que no ha sido suficiente el esfuerzo desplegado por la FGN para perseguir los bienes de los grupos paramilitares. En este sentido sostuvo que: “resulta a todas luces insuficiente el esfuerzo desplegado hasta el momento por la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía, y se torna absolutamente necesario para el cumplimiento del objetivo y fin de la Ley 975 que se cree una unidad con personal especializado en el análisis de operaciones financieras nacionales e internacionales, estudio de títulos y lavado de dinero que, además de culminar el proceso de verificación de los bienes ofrecidos por los postulados en sus versiones libres, se (i) dedique de manera rigurosa a la identificación de los bienes de las personas y grupos armados a que se refiere la Ley 975 y a su aseguramiento ante los Magistrados de Control de Garantías; (ii) proceda a la identificación de las hectáreas de tierras despojadas a las víctimas, no solo de desplazamiento forzado, sino de todas aquellas que se vieron en la necesidad de negociarlas por precios irrisorios, a causa del conflicto armado y (iii) presente un informe bimensual ante esta Sala de los avances logrados en esta materia”. *Ibíd.*

⁴⁶⁰ De acuerdo con lo explicado en esta sentencia, un número importante de los bienes ofrecidos por los principales líderes de los grupos armados a que se refiere la Ley 975 de 2005 han sido transferidos por la Unidad de Justicia y Paz (UJP) a la Unidad de Extinción de Dominio. Según la FGN, estos procesos de extinción de dominio se encuentran todavía en su fase inicial, sin que se hayan adoptado medidas cautelares. La Sala sostuvo entonces que: “Esto significa que mediante su transferencia a la Unidad de Extinción de Dominio de la Fiscalía General de la Nación, no sólo se impide que los bienes ofrecidos por las personas y grupos armados a que se refiere la Ley de Justicia y Paz, entren al Fondo de Reparación de Víctimas, sino que además, al aplicar la Ley 793, se evita que los mismos puedan ser destinados para la reparación integral a las víctimas en vía judicial”. *Ibíd.* Por esta razón, la Sala señaló: “En complemento a lo anterior, el artículo 24 de la Ley de Justicia y Paz relativo al contenido de la sentencia, la misma incluirá, entre otras cosas, **‘la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación’**. De donde se deduce que la Sala de Conocimiento tiene la competencia para declarar la extinción del dominio de todos aquellos bienes entregados por las personas y grupos armados a que se refiere la Ley 975, lo que supone a su vez la competencia para decidir sobre cualquier problema jurídico que se pueda presentar por la titularidad de su propiedad o los posibles derechos reales que puedan ser alegados por terceros de buena fe. Por lo tanto, en el plazo más breve posible, y sin exceder de sesenta días posteriores a la ejecutoria de esta decisión, todos los bienes ofrecidos por personas y grupos armados a que se refiere la Ley 975 y que han sido transferidos a la Unidad de Extinción de Dominio de la Fiscalía General de la Nación deben ser devueltos a la Unidad de Justicia y Paz para que solicite, dentro del plazo de los sesenta días mencionados, las medidas cautelares necesarias para garantizar que los mismos se encuentren disponibles para ser destinados a la reparación integral de las víctimas en vía judicial”. *Ibíd.*

Sala llegó aún más lejos, pues aludió a la necesidad de decretar medidas cautelares sobre bienes que pertenezcan a personas que, si bien pudieron no hacer parte de los grupos paramilitares y no tuvieron que desmovilizarse, sí se vieron beneficiados por ellos. En este sentido, se refirió expresamente a las personas procesadas por “parapolítica” y llamó la atención sobre la importancia de perseguir sus bienes también con fines de reparación:

“Todos los bienes de aquellas personas condenadas por concierto para delinquir bien por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, bien por otra autoridad de la justicia ordinaria, quedan afectos por la presente sentencia al pago de las reparaciones dictadas por este tribunal en aplicación de la Ley 975. Por esta razón, la Sala considera que la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía debe comenzar, luego de la ejecutoria de esta decisión, en coordinación con las unidades de la Fiscalía que hayan seguido los respectivos procesos, a la identificación de los bienes lícitos e ilícitos y la solicitud inmediata de medidas cautelares ante los Magistrados de Garantías de la Ley 975 para que esos puedan ser recibidos por el Fondo de Reparaciones para las Víctimas”.⁴⁶¹

La Sala mencionó también los bienes que pertenecieron en el pasado a jefes paramilitares fallecidos y que ahora se encuentran en poder de sus herederos:

“Por último, y teniendo en cuenta que, algunos de los más importantes líderes de los grupos armados paramilitares a que se refiere la Ley 975, como es el caso de los hermanos Carlos y Vicente Castaño, entre otros, fallecieron antes de que pudieran proceder a su desmovilización (...) siempre que hayan sido condenados por concierto para delinquir agravado y que, dada su posición de liderazgo, y su responsabilidad patrimonial solidaria por todos los hechos punibles cometidos por los integrantes de sus respectivos grupos armados durante y con ocasión de su pertenencia a los mismos, la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía, en coordinación con las unidades competentes de esa Entidad, deberán proceder a ejercitar la correspondiente acción de responsabilidad civil frente a sus herederos respecto de los bienes lícitos, a fin de poder afectar eventualmente los bienes que estos pudieron haber recibido de aquellos al pago de las reparaciones dictadas en aplicación de la Ley 975”.⁴⁶²

⁴⁶¹ *Ibídem.*

⁴⁶² *Ibídem.*

Así mismo, los magistrados llamaron la atención sobre el compromiso que el Estado debe asumir con la reparación, aludiendo a la necesidad de contar con recursos públicos con el fin de poder financiar el Fondo de Reparación para las Víctimas. Para esto, se remitió a la sentencia n° C-370 de 2006 de la Corte Constitucional y a la noción de responsabilidad subsidiaria del Estado. Incluso, la Sala sugirió la creación de un impuesto mediante el cual se grave el patrimonio de todas aquellas personas jurídicas que, de acuerdo con la información proporcionada por los mismos desmovilizados, se hayan visto beneficiadas por los grupos paramilitares o los hayan apoyado de alguna manera. Se dice entonces:

“Del mismo modo que con anterioridad realizó la Comisión para la Verdad y Reconciliación en Sudáfrica, propone que un elemento fundamental de la partida presupuestaria de los programas de reparaciones de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos sea el establecimiento de un ‘impuesto especial’ que grave a las personas jurídicas y grupos económicos que hayan podido resultar beneficiados del actuar ilícito de grupos armados como aquellos a que se refiere la Ley 975”.⁴⁶³

Finalmente, en este caso la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz se abstuvo de ordenar medidas de restitución, debido a que en los casos de desplazamiento forzado por los que fueron condenados los procesados no se dio la ocupación de las tierras abandonadas. Sin embargo, sí ordenó la formalización de los títulos de propiedad sobre los predios de los municipios de San Cayetano y Mampuján y ordenó al Ministerio del Medio Ambiente, a través de su Vice-Ministerio de Vivienda y en coordinación con la CNRR, que se dé prioridad para la concesión de subsidios para hogares desplazados, en un plazo no mayor a 18 meses, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia.⁴⁶⁴

9.2.3.3. LA EQUIDAD COMO CRITERIO PARA ESTABLECER LA REPARACIÓN MONETARIA DEL DAÑO INDIVIDUAL

Se trata de uno de los aspectos más interesantes de la providencia y el cual ha suscitado gran discusión: la alusión al *principio de equidad* como criterio determinante de la indemnización económica por concepto de reparación a que tienen derecho las víctimas y, más aún, el hecho de que se adujera la imposibilidad probatoria para la determinación de los daños materiales e inmateriales causados a las víctimas, presentando como única opción su valoración con base en este principio.

⁴⁶³ *Ibíd.*

⁴⁶⁴ *Ibíd.*

Lo anterior implica, en consecuencia, analizar el contenido y alcance de la *equidad* dentro del ordenamiento jurídico y, de manera general, dentro del estudio del derecho y de la teoría de la interpretación jurídica. Para ello, se estructura el análisis en dos partes. La primera plantea algunas reflexiones generales sobre la *equidad*, tanto en términos conceptuales como en lo concerniente a su ubicación dentro del ordenamiento jurídico colombiano; y la segunda, analiza la referencia que a la misma se realiza en esta sentencia.

9.2.3.3.1. SOBRE EL CONCEPTO DE EQUIDAD

El concepto de equidad se puede entender desde dos perspectivas. De un lado, se identifica con la *epiqueia aristotélica*, según la cual la equidad es considerada un instrumento de corrección de la ley, cuando esta falle por su excesiva generalidad, adaptando el mandato normativo a las circunstancias concretas del caso específico; del otro, se encuentra el concepto de la *equitas romano-cristiana*, o instrumento de humanización de la norma en función de los méritos del caso concreto. Ambas nociones suponen el entendimiento del concepto en el sentido de “la justicia del caso concreto”.⁴⁶⁵

Mientras en el derecho romano la equidad era el instrumento con el cual el pretor corregía las limitaciones del derecho civil o *ius civile*, en el derecho moderno se le puede entender como el medio para aplicar el derecho con justicia en ausencia de una norma legal.⁴⁶⁶ Así, la equidad tiene en cuenta las circunstancias particulares de cada caso y ésta era la labor del derecho pretoriano. De allí que Aristóteles, en su obra *Ética a Nicómaco*, dijera:

“Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo, siendo justo, no es lo justo legal, sino una dichosa rectificación de la Justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es que la Ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales y así en todas las cuestiones respecto de las cuales es absolutamente inevitable decidir de una manera

⁴⁶⁵ Enciclopedia Jurídica, *La equidad*, en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/equidad/equidad.htm>.

⁴⁶⁶ Blasco Ibáñez Jimeno, *La equidad: criterio auxiliar de interpretación judicial*, Revista de Derecho, Universidad del Norte, 1992, p. 62, en: <http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/1/7%20la%20equidad%20criterio%20auxiliar%20de%20interpretacion%20judicial.pdf>.

puramente general, sin que sea posible hacerla bien, la ley se limita a los casos más ordinarios, sin que disimule los vacíos que deja. La Ley no es por esto menos buena; la falta no está en ella; tampoco está en el legislador que dicta la ley; está por entero en la naturaleza misma de las cosas; porque ésta es precisamente la condición de todas las cosas prácticas. Por consiguiente, cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos generales, es imprescindible corregirle y suplir su silencio, y hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estuviese presente; es decir, haciendo la ley como él lo habrá hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata”.⁴⁶⁷

En la anterior descripción se entrevé que, “la equidad atempera la Ley, que el pretor considera las circunstancias particulares de cada caso frente al rigorismo de la ley, porque de lo contrario se tendrían iguales soluciones a los conflictos jurídicos, pero injustas”.⁴⁶⁸ En efecto, y siguiendo la tradición aristotélica, “la equidad viene a ser una especie de justicia: la justicia del caso concreto, esto es, un grado más dentro del proceso de realización del derecho, que trata de adecuar a las circunstancias del caso particular la imperfecta justicia legal encarnada por el legislador al formular las normas jurídicas abstractas y generales”.⁴⁶⁹ Se trata, incluso, de antecedentes hoy innegables en teoría de la argumentación. El juez concreta, en cada caso, lo que es el derecho: es uno de los postulados fundamentales de Robert Alexy en su texto básico, sobre el concepto y la validez del derecho. Desde allí, al mismo tiempo que se reconoce que el derecho es sobre todo un sistema de argumentación, es casi un pleonismo, cuando se hace referencia a quién hace el derecho, concluir con el *derecho de los jueces*.

La equidad, o la justicia del caso concreto, tiene que ver con la labor de la interpretación judicial de la ley, ya que:

“Según la clásica expresión del Estagirita: ‘(...) cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos generales, es imprescindible corregirle y suplir su silencio, y hablar en su lugar como él mismo lo haría si estuviese presente; es decir, haciendo la

⁴⁶⁷ Citado por Blasco Ibáñez Jimeno, *Ibidem*, p. 65.

⁴⁶⁸ *Ibidem*.

⁴⁶⁹ Fausto Rodríguez García, *La equidad y su tratamiento en el derecho mexicano*, p. 23, en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/693/3.pdf>.

ley como él mismo la habría hecho si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata”.⁴⁷⁰

Así, si un juez acude a la equidad como cimiento de su fallo, “no habrá hecho nada diferente de proyectar al caso *sub judice* su pensamiento de lo que es la justicia, edificando a partir de ella un principio que materialmente no hace parte del sistema pero que encuentra en él su fundamento formal”. No obstante, “no será (...) su determinación arbitraria la que informe el fallo, sino las ideas, genéricamente mentadas por el ordenamiento como derecho natural o equidad”; ambos sirven al propósito de que el fallo resulte siempre razonable y proporcionado.⁴⁷¹

Pero la noción misma de equidad, como criterio de interpretación judicial, ha estado sujeta a varias discusiones. Entre ellas se ha cuestionado, por ejemplo, si al estar definida en el art. 230 de la Constitución Política de Colombia como un criterio auxiliar, su papel se limita a los casos en los que el texto legal es oscuro (Ley 153 de 1887, art. 5) o si efectivamente es un criterio general de interpretación; incluso, su utilidad como elemento integrador del ordenamiento jurídico, desde la perspectiva constitucional, ha sido puesta de presente. En este sentido se ha afirmado, por ejemplo, que la equidad es:

“Un instrumento para la aplicación e interpretación de las fuentes formales; utilizable respecto de estas fuentes para fijar su alcance y contenido; para hacer inteligibles sus pasajes oscuros; para armonizar sus incongruencias y contradicciones. Es un instrumento que actúa sobre las fuentes formales, constituyendo éstas, y no la equidad, la base fundamental de la decisión judicial. Es, entonces, un criterio auxiliar de la actividad judicial, según terminología inaugurada en la nueva Constitución, y no una fuente formal del derecho”.⁴⁷²

La equidad surge, entonces, como un concepto propio de la explicación tradicional del sistema de fuentes del derecho, en donde se distingue entre fuente formal del derecho y criterio auxiliar de la actividad judicial,

⁴⁷⁰ *Ibídem.*

⁴⁷¹ Corte Constitucional, sentencia n° C-083 del 1 de marzo de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz, numeral 6.2.6. En igual sentido, puede verse: William Jiménez Gil, *La jerarquía normativa y el sistema de fuentes en el derecho colombiano*, p. 38, en: <http://www.docentes.unal.edu.co/wjimenezg/docs>.

⁴⁷² Marco Fonseca Ramos, *Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva Constitución*, Revista de Derecho, Universidad del Norte, 1992, p. 39, en: <http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/1/4%20Las%20fuentes%20formales%20del%20derecho%20colombiano.pdf>.

indicando que los criterios auxiliares de la actividad judicial no son fuentes formales del derecho colombiano, ni pueden ser erigidos como fuentes por la ley, so pena de violar la Constitución.⁴⁷³ En ese sentido:

“Recuérdese que la fuente formal del derecho es la forma de producción de la norma jurídica y la forma en que dicha norma se manifiesta, constituyendo el fundamento de las providencias judiciales. En tanto que los criterios auxiliares de la actividad judicial son instrumentos para la correcta aplicación, interpretación, armonización e integración del ordenamiento jurídico mediante el uso y comprensión adecuados de las fuentes. Lo fundamental es la fuente formal del derecho respecto de la sentencia; ella constituye la premisa mayor del silogismo jurídico. En tanto que el criterio auxiliar de la actividad judicial es un instrumento que no obra sobre la fuente formal; que en caso de insuficiencia, oscuridad, o anacronismo la ajusta, la redefine, le atribuye su alcance y contenido, pero no puede sustituirla, ni suprimirla, ni reemplazarla. Ni le sirve al juez como base de su decisión sino como elemento para comprender el derecho objetivo, y a partir de tal comprensión decir o declarar el derecho subjetivo. Si criterio, en general, se define como ‘principio o norma de discernimiento o decisión’, criterios auxiliares de la actividad judicial son el conjunto de principios o normas consagrados en el mismo ordenamiento, destinados a ser utilizados por el intérprete para discernir y decidir sobre el contenido, alcance y aplicación de las fuentes formales del derecho”.⁴⁷⁴

No es éste, desde luego, el lugar para ahondar más en el tema de la equidad desde un punto de vista más general, apenas se hizo referencia a cuestiones esenciales sobre algunos orígenes de la discusión; en seguida, se hará relación al tratamiento que se le da a la equidad en la sentencia.

9.2.3.3.2. LA JUSTICIA EN EQUIDAD EN LA SENTENCIA MAMPUJÁN

Al establecer los criterios de indemnización económica por concepto de reparación individual, la Sala indicó que, ante la imposibilidad de evaluar de acuerdo con las reglas probatorias ordinarias el daño material e inmaterial causado, “debido (i) a la cantidad de víctimas, (ii) al carácter masivo de violaciones de derechos humanos y DIH, y (iii) al hecho de que en casos como el de los desplazados forzosamente tuvieron que huir de repente sin

⁴⁷³ *Ibíd.*, p. 40.

⁴⁷⁴ *Ibíd.*, p. 41-42.

poder llevarse con ellos documentación alguna relativa a la titularidad de los bienes que tuvieron que dejar atrás u otros que acreditaran su pertenencia de muebles”,⁴⁷⁵ surgía la necesidad de establecer un sistema de reparaciones basado en el concepto de equidad, siguiendo la práctica de la Corte IDH en algunos de los casos recientes en que se ha condenado al Estado colombiano.⁴⁷⁶

El punto de partida es muy interesante, y coincide con las observaciones que ha hecho el Área de Justicia luego de tres años de observación ininterrumpida del desarrollo práctico de la Ley, y que ha dado pie justamente para la discusión que planteó en su momento alrededor de las imputaciones parciales y de la necesidad de impulsar mecanismos para reducir complejidad, en el marco de un proceso que examina violaciones masivas de derechos humanos y en el que se han ido presentando profundos dilemas de carácter dogmático. Otra cosa es, desde luego, el desarrollo que tiene lugar en la providencia, y la fundamentación que de la equidad se hace en ella.

La Sala precisó que, en aplicación del principio de equidad, y dadas las especiales circunstancias en que se desarrolla el proceso de Justicia y Paz, implementaría unas tablas de indemnización individual por delito y parentesco de carácter fijo, que traten conjuntamente los daños materiales e inmateriales. Dicho valor, arguye la Sala, se corresponde con el aproximado medio por daños materiales e inmateriales concedidos por la Corte IDH en los casos de las masacres de Pueblo Bello e Ituango, sobre la base de núcleos familiares de entre 6,5 y 7 personas.

Respecto de la fundamentación del criterio de la equidad, podría decirse que, si bien no se niega la posibilidad de que en ciertas ocasiones se falle en equidad por la imposibilidad de valorar probatoriamente los perjuicios, y de que dicha posibilidad se encuentre contemplada, por ejemplo, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al estudiarse la providencia resulta problemática la generalización de los criterios tenidos en cuenta por la Corte IDH, toda vez que, además de tratarse en este caso de la tasación de los perjuicios causados por concepto de derechos humanos vulnerados, y de la determinación de la responsabilidad del Estado en cada uno de los eventos, en el caso de la sentencia en cuestión, lo que se está valorando son perjuicios ocasionados por hechos y conductas punibles

⁴⁷⁵ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia de primera instancia, radicado n° 110016000253200680077, 29 de junio de 2010, M.P. Uldi Teresa Gutiérrez López.

⁴⁷⁶ Específicamente por las masacres de Pueblo Bello e Ituango.

dentro de un proceso penal especial, lo que hace que la remisión, si se habla de estándares por ejemplo, tenga que matizarse convenientemente.

Por otra parte, en cuanto al establecimiento de los criterios de reparación económica e indemnizatoria con fundamento en la equidad, se debe llamar la atención sobre este hecho, en el sentido de que no resulta del todo cierto que en todos los casos de victimización a que se refiere de manera general la Sala, no haya existido posibilidad de establecer las condiciones de tiempo, modo y lugar de la conductas punibles victimizantes, o haya lugar a la no evaluación de los daños materiales e inmateriales causados de acuerdo con las reglas probatorias ordinarias, puesto que sí hay víctimas en el caso de la masacre de Mampuján con daños probados respecto de los cuales tendría que fallarse, no en equidad, sino en atención a lo ordenado por la ley en cada caso específico. Es decir, la Sala no debe generalizar la aplicación del principio de equidad con el objeto de tratar en condiciones de igualdad, situaciones y personas que puedan estar en circunstancias distintas, lo que resulta contrario al mismo principio por ella invocado.

9.2.3.4. LAS REPARACIONES INDIVIDUALES POR DELITOS DE HOMICIDIO DE ACUERDO CON LA CORTE IDH

Como se señaló anteriormente, luego de establecer la responsabilidad de los postulados en los hechos ocurridos en San Cayetano y Mampuján los días 10 y 11 de marzo de 2000 y en Isla Múcura el 19 de abril de 2003, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procedió a realizar consideraciones concretas sobre el conjunto total de hechos y víctimas registrados por la Fiscalía, en aplicación de la Ley 975 de 2005. Lo anterior para señalar, en consecuencia, que:

“(…) a la hora de determinar las medidas de reparación individual y colectiva que corresponden a las víctimas de los postulados BÁNQUEZ Y COBOS, es preciso antes tener en cuenta cuál sería el valor de las mismas tanto en el presente asunto, como en el conjunto de procesos derivados de la aplicación de la Ley 975 de 2005, de cara a la totalidad de los hechos registrados a 1º de mayo del presente año, por la Fiscalía”⁴⁷⁷.

A la hora de definir las reparaciones individuales, la Sala tomó en consideración los siguientes criterios: (i) el número de hechos registrados, (ii) la cantidad de víctimas acreditadas, (iii) el valor estimado de las

⁴⁷⁷ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Sentencia de primera instancia, radicado n° 110016000253200680077, 29 de junio de 2010, M.P. Uldi Teresa Gutiérrez López.

reparaciones totales y (iv) la deficiencia de recursos disponibles para la reparación. No obstante, tras estudiar estos cuatro componentes, la Sala expresó su preocupación para establecer de manera adecuada, las medidas de reparación individual que debía adoptar, sin desconocer la palpable necesidad de reparar integralmente a las víctimas, pero sin olvidar el valor de precedente contenido en la providencia en alusión.

A continuación se adelantará un estudio sobre el examen llevado a cabo por la Sala, específicamente, respecto de la adopción de la jurisprudencia de la Corte IDH, como criterio orientador para determinar las reparaciones individuales de las víctimas, por su valor como precedente dentro de todo el proceso de Justicia y Paz. En este sentido, la Sala de Conocimiento señaló al inicio de sus consideraciones sobre la jurisprudencia de la Corte IDH, que:

“La Corte Inter-Americana de Derechos Humanos ha condenado al Estado Colombiano en varios casos relativos a homicidios y/o desapariciones forzadas cometidos por grupos paramilitares, conocidos como los casos de ‘los 19 Comerciantes’, ‘la Masacre de Mapiripán’, ‘la Masacre de Pueblo Bello’ y ‘la Masacre de Ituango’. Los criterios aplicados de reparación individual (material e inmaterial) aplicados por esa Corte han variado a lo largo del tiempo”.⁴⁷⁸

Como se puede observar, las apreciaciones de la Sala sobre las decisiones en materia de reparación realizadas por la Corte IDH dependieron del caso analizado. Por ello, es importante dar cuenta de casos puntuales en los cuales se abordó el principio de equidad.

9.2.3.4.1. CASO “19 COMERCIANTES V. COLOMBIA”

El primero de los casos de la Corte IDH, analizados por la Sala de Justicia y Paz en materia de reparaciones individuales, es el caso “19 Comerciantes v. Colombia”, en el cual la Corte condenó al Estado colombiano por la violación de varios artículos de la Convención Americana, en relación con la desaparición y ejecución de 19 personas, perpetrada por un grupo paramilitar que operaba en el Magdalena Medio, con el apoyo, aquiescencia o colaboración de diversas autoridades militares en dicha zona.⁴⁷⁹

⁴⁷⁸ *Ibidem*, párr. 225.

⁴⁷⁹ Para mayor información sobre este caso, ver: Corte IDH, caso “19 Comerciantes v. Colombia”, sentencia del 5 de julio de 2004, fondo, reparaciones y costas.

Así, la Corte consideró que, en primer lugar, debido a que los comerciantes fueron detenidos, el Estado colombiano era responsable por la vulneración del derecho a la libertad personal, contemplado en el art. 7 de la Convención. De otro lado, teniendo en cuenta las condiciones a las que estuvieron sometidos los comerciantes durante la detención, el tribunal interamericano manifestó que Colombia era responsable de vulnerar el derecho a la integridad personal, avalado por el art. 5 de la Convención. Igualmente, la Corte IDH consideró que en el presente caso se había violado el derecho a la vida de las 19 víctimas, ya que había sido probado, de conformidad con sentencias emitidas en procesos internos, que miembros del grupo paramilitar que operaba en Puerto Boyacá los habían asesinado, para posteriormente descuartizar sus cuerpos y lanzarlos a las aguas del caño “El Ermitaño”, afluente del río Magdalena.

De otra parte, la Corte también señaló que el Estado era responsable por la violación de los artículos 8.1 y 25 de la Convención, los cuales consagran los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, toda vez que aun cuando los tribunales colombianos habían proferido, hasta el momento, sentencias en relación con los hechos del caso en procesos penales ordinarios y en un proceso penal militar, al realizar un estudio global de los procesos tramitados, el Estado no había observado el principio del plazo razonable consagrado en la Convención Americana. De igual forma, la Corte indicó que dichos procesos no fueron efectivos en cuanto a la búsqueda de los restos mortales de las víctimas, lo cual causó un sufrimiento intenso a sus familiares, que constituyó una violación del art. 5 de la Convención.

A partir de la responsabilidad de Colombia por la violación de los artículos de la Convención Americana anteriormente expuestos, la Corte procedió a establecer las reparaciones a las que tenían derecho las víctimas, siguiendo “el principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente”.⁴⁸⁰

Es importante en este punto exponer algunas consideraciones sobre el deber del Estado de reparar, resaltadas por la Corte IDH, toda vez que las mismas han sido base de su jurisprudencia en materia de reparaciones, no sólo en el caso que se comenta, sino también en los casos de la “Masacre de Mapiripán *v.* Colombia”, la “Masacre de Pueblo Bello *v.* Colombia” y las “Masacres de Ituango *v.* Colombia”. En este orden de ideas, en el caso “19 comerciantes *v.* Colombia”, el tribunal interamericano señaló que

⁴⁸⁰ *Ibíd.*, párr. 219.

el daño causado por la infracción de una obligación internacional debe ser reparado, si es posible, a través de una plena restitución o *restitutio in integrum*, “la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior”.⁴⁸¹

No obstante, la Corte IDH señaló igualmente que si esa restitución no es posible, lo que suele ser común cuando se presentan graves violaciones de derechos humanos, dicho tribunal tiene la potestad de “determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados”.⁴⁸² En este segundo supuesto, ha manifestado la Corte que, teniendo en cuenta la naturaleza del bien afectado, la reparación se debe realizar “mediante una justa indemnización o compensación pecuniaria”.⁴⁸³

En este orden de ideas, luego de indicar que las reparaciones consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, por lo que su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial y no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores, la Corte procedió, entre otros, a disponer las medidas de reparación tendientes a reparar los daños materiales e inmateriales, de conformidad con los elementos probatorios recogidos durante el proceso.⁴⁸⁴

Para ello, la Corte determinó, en primer lugar, que los beneficiarios de las reparaciones en el presente caso eran los familiares de las 19 personas asesinadas, tanto como víctimas directas (por haber sufrido las violaciones de sus derechos a las garantías judiciales, protección judicial e integridad personal tras la muerte de sus seres queridos), como por haber sufrido a consecuencia de las violaciones cometidas directamente en perjuicio de las 19 víctimas, ya que la Corte IDH indicó que presumía “que los sufrimientos y muerte de una persona ocasionan a sus hijos, cónyuge o compañera, padres y hermanos un daño inmaterial, por lo cual no es necesario demostrarlo”.⁴⁸⁵

En cuanto a “la distribución de las indemnizaciones entre los familiares de los 19 comerciantes, por concepto del lucro cesante y del daño inmaterial

⁴⁸¹ *Ibidem*, párr. 221.

⁴⁸² *Ibidem*, párr. 221.

⁴⁸³ *Ibidem*, párr. 222.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, párr. 224.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, párr. 229.

correspondiente a las 19” personas asesinadas, el Tribunal estableció los criterios que se exponen a continuación:⁴⁸⁶

“a) el cincuenta por ciento (50%) de la indemnización se repartirá, por partes iguales, entre los hijos de cada una de las víctimas. Si uno o varios de los hijos hubieren fallecido ya, la parte que le o les corresponda acrecerá a las de los demás hijos de la misma víctima;

b) el veinticinco por ciento (25%) de la indemnización deberá ser entregada a quien fuera la cónyuge o la compañera permanente de la víctima, al momento de la muerte de ésta (...);

c) el veinticinco por ciento (25%) de la indemnización será entregado a los padres. Si uno de los padres ha muerto, la parte que le corresponde acrecerá a la del otro;

d) en el caso de que la víctima no tuviere hijos ni cónyuge ni compañera permanente, la indemnización se distribuirá así: el cincuenta por ciento (50%) se les entregará a sus padres, y el restante cincuenta por ciento (50%) se repartirá por partes iguales entre los hermanos de dicha víctima; y

e) en el evento que no existieren familiares en alguna o algunas de las categorías definidas en los literales anteriores, lo que le hubiere correspondido a los familiares ubicados en esa o esas categorías, acrecerá proporcionalmente a la parte que les corresponda a las restantes”.⁴⁸⁷

En relación con el daño material, el tribunal interamericano señaló que éste “supone la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso”.⁴⁸⁸ Por tanto, manifestó que fijaría un monto indemnizatorio que busque compensar las consecuencias patrimoniales de las violaciones declaradas, teniendo en cuenta, para tal efecto, las pruebas reunidas, la jurisprudencia de la Corte y los alegatos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y del Estado.⁴⁸⁹ En relación con los alegatos de la Comisión y del Estado, los debates presentados en el escenario interamericano en materia

⁴⁸⁶ *Ibíd.*, párr. 230.

⁴⁸⁷ *Ibíd.*, párr. 230.

⁴⁸⁸ *Ibíd.*, párr. 236.

⁴⁸⁹ *Ibíd.*, párr. 236. Nótese en esta cuestión, que la Corte hace especial énfasis en las pruebas recogidas en el proceso, para proceder a determinar las reparaciones debidas a las víctimas.

de reparaciones no han sido pacíficos, ante lo cual se evidencia que muchas de las discusiones que sobre esta cuestión se podrían presentar dentro de Justicia y Paz, se han presentado en el marco de procesos llevados ante la Corte IDH.

Así, simplemente para citar una de las controversias en este sentido, se expone el debate presentado entre la Comisión y el Estado sobre la manera como debía ser calculado el lucro cesante. Por un lado, la Comisión manifestó en sus alegatos que “el lucro cesante debe calcularse con base en los ingresos que tenían los comerciantes por el ejercicio ‘de su actividad’. Al respecto, señaló que, ante la imposibilidad de establecer el monto de los ingresos las víctimas, ‘debe partirse de una cantidad equivalente al sustento considerado como el mínimo vital’, para lo cual se puede utilizar el salario mínimo legal vigente a la fecha de los hechos y actualizarlo, y además se deben incluir ‘las prestaciones sociales’”.⁴⁹⁰ Por su parte, el Estado, aun cuando no reconoció que tenía obligación de reparar, señaló que:

“(…) no se debe aceptar la solicitud de la Comisión de que se tomen en cuenta las ‘prestaciones sociales’ al establecerse una indemnización por concepto de lucro cesante, en los casos de las víctimas respecto de las cuales se utilice el salario mínimo legal como base de los ingresos, debido a que ‘ante la imposibilidad de una plena prueba de los ingresos’ no se puede incluir las prestaciones sociales porque ‘no se han causado’. Las prestaciones sociales, tales como vacaciones y cesantías, ‘son mecanismos de protección social que apuntan a la preservación de la capacidad laboral y por eso, con ellas se trata de subsanar de alguna manera el desgaste físico que produce el trabajo. De manera que si el salario mínimo legal mensual es un simple referente para un cálculo, no puede generar las mismas prebendas de un salario que se causa como consecuencia de un trabajo real’”.⁴⁹¹

Por su parte, la Corte IDH indicó que “teniendo presente la información recibida en el transcurso de este proceso, los hechos considerados probados, las violaciones declaradas y su jurisprudencia constante, declara que la indemnización por daño material en este caso debe comprender los rubros que van a indicarse en este apartado”.⁴⁹² En este sentido, los rubros indicados tienen dos componentes: (i) una indemnización por los ingresos dejados de

⁴⁹⁰ *Ibidem*, párr. 237.

⁴⁹¹ *Ibidem*, párr. 238.

⁴⁹² *Ibidem*, párr. 239.

percibir por los 19 comerciantes; y (ii) una indemnización por los gastos realizados por los familiares de los 19 comerciantes en aras de indagar por su paradero.

En cuanto al primer rubro, la Corte IDH señaló que “teniendo en cuenta las circunstancias del caso y el salario mínimo legal, fija en equidad la cantidad de US\$ 55.000,00 (cincuenta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda colombiana, para cada uno de ellos” (los 19 comerciantes), cantidades que debían ser entregadas a los familiares de éstos según lo estipulado en el párrafo 230 de la sentencia, conforme se expuso anteriormente.⁴⁹³ En cuanto al segundo componente, la Corte fijó, “en equidad, la cantidad de US\$ 2.000,00 (dos mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda colombiana por concepto de los gastos efectuados por los familiares de las referidas víctimas con el fin de indagar el paradero de éstas”.⁴⁹⁴

Seguidamente, la Corte procedió a determinar las indemnizaciones correspondientes en el caso que se comenta por concepto de daño inmaterial, señalando que:

“El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. No siendo posible asignar al daño inmaterial un preciso equivalente monetario, sólo puede ser objeto de compensación, para los fines de la reparación integral a las víctimas, de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, tales como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir, que tengan como efecto la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad, el consuelo de sus deudos”.⁴⁹⁵

⁴⁹³ *Ibíd.*, párr. 240.

⁴⁹⁴ *Ibíd.*, párr. 242.

⁴⁹⁵ *Ibíd.*, párr. 244.

Como se evidencia, en el caso objeto de análisis la Corte IDH no sólo asignó indemnizaciones pecuniarias con el objetivo de reparar el daño inmaterial, sino que, a su vez, estableció que el mismo debía ser reparado a través de otros mecanismos adicionales.

Ahora bien, antes de hacer referencia a las consideraciones de la Corte sobre la reparación por el daño inmaterial, es importante hacer referencia a los alegatos de las partes sobre esta cuestión. Así, entre otros, es de resaltar que, para el Estado, “las compensaciones monetarias proceden cuando la naturaleza del perjuicio así lo permite (...). De acuerdo con esto, el derecho de acceder a una pronta y cumplida administración de justicia no puede repararse por medio de una indemnización”. De igual forma, el Estado se opuso “a reparaciones cuyo fundamento fáctico no se encuentra probado debidamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”.⁴⁹⁶

No obstante los reparos anteriores, aun cuando la Corte IDH recordó que, de acuerdo con su jurisprudencia, la sentencia constituye, *per se*, una forma de reparación, por las circunstancias del caso, “los sufrimientos que los hechos causaron a las víctimas directas y a sus familiares, el cambio en las condiciones de existencia de estos últimos y las demás consecuencias de orden no material o no pecuniario que sufrieron éstos”, llevaron a la Corte a considerar pertinente el pago de una compensación, conforme a la *equidad*, por concepto de daños inmateriales.⁴⁹⁷

Esta reparación en equidad atendió a dos daños inmateriales diferentes; en primer lugar, el daño inmaterial infligido a los 19 comerciantes por las agresiones que padecieron, las cuales, a juicio de la Corte, causaron “dolores corporales y un profundo sufrimiento y angustia moral, por lo que este daño no requiere pruebas”, por el cual se otorgó una indemnización de 80.000 dólares por víctima; y, en segundo lugar, el daño inmaterial sufrido por los familiares inmediatos de los 19 comerciantes, respecto de los cuales la Corte señaló que “ha presumido que los sufrimientos o muerte de una persona acarrearán a sus hijos, cónyuge o compañera, padres y hermanos un daño inmaterial, por lo cual no es necesario demostrarlo”. Este último daño fue indemnizado con una suma de 80.000 dólares para los cónyuges, 50.000 dólares para cada uno de los padres e hijos y 8.500 dólares para cada uno de los hermanos.⁴⁹⁸

⁴⁹⁶ *Ibíd.*, párr. 246.

⁴⁹⁷ *Ibíd.*, párr. 247.

⁴⁹⁸ *Ibíd.*, párrs. 248 y ss.

Así las cosas, el criterio de decisión utilizado por la Corte al determinar las reparaciones debidas a las víctimas –la equidad–, no fue utilizado en abstracto sino atendiendo a consideraciones específicas del caso concreto. Es así como la Corte indicó que “teniendo en cuenta las distintas facetas del daño aducidas por la Comisión y aplicando las anteriores presunciones, la Corte fija en equidad el valor de las compensaciones por concepto de daño inmaterial”.⁴⁹⁹ Sin embargo, lo anterior se realizó de acuerdo con parámetros específicos de análisis, como es el hecho de que los 19 comerciantes fueron arbitrariamente privados de su libertad, por lo que “es razonable inferir que el trato que recibieron las víctimas durante las horas anteriores a su muerte fue agresivo en extremo”.⁵⁰⁰ (Valga recordar que la Corte no sólo consideró adecuado reparar estos daños con una indemnización pecuniaria, ante lo cual, como otras formas de reparación, decidió, entre otras, que el Estado debía erigir un monumento en memoria de las víctimas).

9.2.3.4.2. CASO DE LA “MASACRE DE MAPIRIPÁN V. COLOMBIA”

El caso en alusión puede ser un precedente bastante interesante en materia de reparación en el proceso especial de Justicia y Paz, toda vez que hace referencia al desplazamiento forzado, delito que ha tenido particular ocurrencia en el conflicto armado colombiano. Ahora bien, los hechos de este caso hacen referencia a una masacre perpetrada en el municipio de Mapiripán, departamento del Meta, donde, entre el 15 y 20 de julio de 1997, aproximadamente un centenar de paramilitares, con la colaboración, tolerancia y aquiescencia de agentes del Estado, privaron de la libertad, torturaron y asesinaron a por lo menos 49 civiles, tras lo cual destruyeron sus cuerpos y arrojaron los restos al río Guaviare. Con base en lo anterior, la Corte consideró probado que, si bien los hechos fueron cometidos por las autodefensas, la preparación y ejecución de la masacre no habría podido perpetrarse sin sucesivas acciones y omisiones de varios miembros de las Fuerzas Armadas del Estado, siendo ello base para imputar al Estado colombiano como responsable por haber incumplido con sus obligaciones internacionales.⁵⁰¹

Así, a partir de los hechos expuestos, la Corte IDH determinó que el Estado había violado los artículos 4, 5 y 7 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, donde se consagran los derechos a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal. Lo anterior, respecto

⁴⁹⁹ *Ibidem*, párr. 250.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, párr. 250.

⁵⁰¹ Corte IDH, caso de la “Masacre de Mapiripán v. Colombia”, sentencia del 15 de septiembre de 2005, fondo, reparaciones y costas.

de las aproximadamente 49 víctimas ejecutadas o desaparecidas. A su vez, el tribunal interamericano consideró que se habían violado los derechos a la integridad personal, garantías judiciales y protección judicial de los familiares de las víctimas, así como los derechos del niño especialmente protegidos en el art. 19 de la Convención, de los menores familiares de las víctimas ejecutadas en Mapiripán. Igualmente, ante el desplazamiento de familias enteras tras la masacre cometida, la Corte declaró la violación del art. 22,1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 4.1, 5.1, 19 y 1.1 de la misma, donde se consagra el derecho a la libertad de circulación y residencia.

Como se puede observar, aun cuando la degradación del conflicto armado colombiano se evidencia tanto en el caso de la “Masacre de Mapiripán *v. Colombia*” como en el caso “19 Comerciantes *v. Colombia*”, éstos son significativamente disímiles, no sólo por los hechos de los mismos, sino también por los derechos vulnerados con ocasión de su ocurrencia. Por tanto, no es de extrañar que los criterios de reparación usados por la Corte IDH en ambos procesos no hayan sido iguales; más aún, considerando que en este caso muchas de las víctimas no pudieron ser individualizadas, al tiempo que el Estado reconoció su responsabilidad internacional por los hechos acaecidos.

En cuanto a las especificidades propias de las reparaciones ordenadas en este proceso, “la distribución de las indemnizaciones entre los familiares de las víctimas ejecutadas o desaparecidas, por concepto del daño material e inmaterial correspondiente a dichas víctimas” varió, considerando que la Corte ordenó que el cincuenta por ciento (50%) de la indemnización se debía repartir por partes iguales entre los hijos de la víctima y el cincuenta por ciento (50%) restante de la indemnización debía ser entregado a quien fuera cónyuge, o compañera o compañero permanente de la víctima, al momento de la muerte o desaparición de ésta.⁵⁰²

Además, si la víctima no tenía hijos o hijas, ni cónyuge o compañera o compañero permanente, la indemnización se distribuiría así: el cincuenta por ciento (50%) a sus padres y, si uno de ellos hubiere muerto, la parte que le corresponde acrecería a la del otro; y el restante cincuenta por ciento (50%), a partes iguales entre los hermanos de dicha víctima.

Por otro lado, la indemnización del daño material decretada por la Corte IDH en este caso también se diferencia de la ordenada en el caso “19 Comerciantes *v. Colombia*”, toda vez que en este proceso, aun cuando la Corte falló en equidad, tuvo particular consideración de los medios

⁵⁰² *Ibidem*, párr. 259.

probatorios suministrados y la carencia de los mismos, debido a que, por las circunstancias propias del caso, “los familiares de las víctimas tuvieron que desplazarse de Mapiripán, por lo que es comprensible el hecho de que no cuenten con los comprobantes debidos”.⁵⁰³ Por consiguiente, la Corte consideró que,

“(…) en efecto, no obran pruebas suficientes para determinar los ingresos dejados de percibir, las edades ni las actividades a las que se dedicaban la mayoría de las víctimas. Es decir, la Corte no cuenta con elementos que le permitan tener una base suficiente para fijar indemnizaciones a favor de la mayoría de las víctimas por concepto de daño material, por lo cual fijará en equidad los montos correspondientes respecto de quienes el Tribunal cuenta con alguna prueba. Esto no afecta, por otro lado, la determinación a su favor de indemnizaciones y reparaciones por concepto de daños inmateriales en este proceso, así como tampoco lo que se determine a nivel interno, según fue señalado”.⁵⁰⁴

Como se ve, la Corte falló en equidad y fue bastante flexible al valorar las pruebas, pero atendiendo a las particularidades propias del caso que debía fallar. Sin embargo, esto no quiere decir que la discusión sobre el fallo fuese pacífica. Así, si bien “la Comisión solicitó a la Corte que fije en equidad el monto de la indemnización correspondiente al daño emergente y al lucro cesante”, los representantes de las víctimas le pidieron a la Corte valorar con flexibilidad el requerimiento de facturas, títulos y otros medios probatorios, debido a que las víctimas se tuvieron que desplazar de manera súbita dejando atrás su hogar y pertenencias.⁵⁰⁵ Por otra parte, el Estado arguyó que estimaba “improcedente que se fijen los perjuicios materiales con criterios de equidad, ya que debe partirse de elementos probatorios claros”.⁵⁰⁶ Pese al argumento del Estado, la Corte, aun cuando manifestó que coincidía “con el Estado en que no han sido aportados los documentos probatorios suficientes para establecer en forma cierta el daño material sufrido por la mayoría de las víctimas identificadas”, fue flexible en la valoración de la prueba considerando que, como se expuso con anterioridad, en las circunstancias específicas del caso, las víctimas habían sido sometidas a desplazamientos forzados, por lo que era comprensible la falta de medios de prueba aportados.⁵⁰⁷

⁵⁰³ *Ibidem*, párr. 266.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, párr. 267.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, párr. 262 y 263.

⁵⁰⁶ *Ibidem*, párr. 264.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, párr. 266.

Respecto de las reparaciones por daño inmaterial, la Corte IDH señaló en esta ocasión, que este daño debía ser reparado, tanto con indemnizaciones pecuniarias como con otras formas de reparación, tal como ocurrió en el caso de los “19 Comerciantes v. Colombia”. No obstante, este tipo de reparaciones variaron en cuanto a sus rubros específicos en el proceso que se está analizando, toda vez que la Corte consideró que había circunstancias específicas que ameritaban que ciertas víctimas tuvieran mayor indemnización por este tipo de daño.

De esta forma, la Corte fijó “en equidad el valor de las compensaciones por concepto de daño inmaterial”, indicando así que para las aproximadamente 49 víctimas reconocidas por el Estado como ejecutadas o desaparecidas, se fijaría una indemnización de 80.000 dólares. Ahora bien, en casos particulares dicha suma acrecería; en este sentido, por ejemplo, ante la minoría de edad de algunas víctimas en el momento de su desaparición, el tribunal consideró que “los sufrimientos causados por los hechos del caso asumieron características de particular intensidad”, razón por la cual decidió compensar ese sufrimiento, en equidad, con una cantidad adicional de 10.000 dólares.⁵⁰⁸

9.2.3.4.3. CASO DE LA “MASACRE DE PUEBLO BELLO V. COLOMBIA”

En el caso de la “Masacre de Pueblo Bello v. Colombia”, la Corte se pronunció sobre una masacre perpetrada en 1990 en la población de Pueblo Bello, situada en el Urabá antioqueño, a cargo de grupos paramilitares, quienes desaparecieron, torturaron, asesinaron y enterraron los restos de 43 civiles.⁵⁰⁹ En este caso la Corte declaró que Colombia era responsable por los hechos señalados, al considerar que el Estado había creado una situación de riesgo específico para sus habitantes, al colaborar en la creación de grupos de autodefensas –los cuales con el paso del tiempo comenzaron a actuar al margen de la ley–, al tiempo que no adoptó las medidas suficientes para evitar la actuación de los grupos paramilitares al margen de la ley que se crearon con posterioridad.

A partir de los hechos expuestos y considerando las circunstancias específicas del caso, la Corte IDH consideró que el Estado era responsable por la violación de los derechos a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, así como las garantías judiciales, de las personas que fallecieron y desaparecieron en los hechos objeto de análisis.

En cuanto a las especificidades en materia de reparación del caso expuesto,

⁵⁰⁸ *Ibíd.*, párr. 288.

⁵⁰⁹ Corte IDH, caso de la “Masacre de Pueblo Bello v. Colombia”, sentencia del 31 de enero de 2006, fondo, reparaciones y costas.

el caso presenta algunas particularidades y similitudes de la argumentación de la Corte en este proceso, respecto de los dos casos anteriormente reseñados. Así, en primer lugar, la distribución de las indemnizaciones entre los familiares de las personas muertas o desaparecidas, por concepto del daño material e inmaterial correspondiente a las mismas, fue igual a la expuesta en el caso de la “Masacre de Mapiripán v. Colombia”.⁵¹⁰

En relación con la valoración del daño material, el tribunal señaló que, aun cuando debía estimarse con base en elementos de prueba que permitiesen acreditar un perjuicio cierto, en el presente caso no se podía determinar, puesto que algunos de los familiares de las personas asesinadas “tuvieron que desplazarse de Pueblo Bello, por lo que es comprensible el hecho de que no cuenten con los comprobantes debidos”, al tiempo que “no obran pruebas suficientes para determinar los ingresos dejados de percibir por la mayoría de las víctimas”.⁵¹¹ No obstante, la Corte indicó que determinaría la indemnización del daño material en equidad,

“(…) en atención al contexto y las circunstancias del caso, tomando en consideración la expectativa de vida en Colombia en 1990 y que las actividades agrícolas que realizaban la mayoría de las personas desaparecidas y privadas de su vida contribuían a la subsistencia de sus familias”.⁵¹²

Ahora bien, a esta cantidad la Corte también agregó en equidad una indemnización de 5.000 dólares para los familiares de seis víctimas, cuyos restos les fueron entregados, para compensar los gastos de entierro asumidos.⁵¹³ A su vez, la Corte aclaró que se abstendría,

“(…) de ordenar indemnizaciones a favor de los familiares de las 37 personas desaparecidas y de las seis privadas de su vida en este proceso, respecto de otras pérdidas de carácter material en que hayan incurrido. Sin embargo, el Tribunal aclara que la determinación de las reparaciones en esta instancia internacional no obstaculiza ni precluye la posibilidad de esos familiares de plantear los reclamos pertinentes ante las autoridades nacionales”.⁵¹⁴

⁵¹⁰ *Ibidem*, párr. 240.

⁵¹¹ *Ibidem*, párr. 247.

⁵¹² *Ibidem*, párr. 248.

⁵¹³ *Ibidem*, párr. 249.

⁵¹⁴ *Ibidem*, párr. 250.

De esta manera, se ve que la tasación del daño material efectuada hasta el momento por la Corte no fue categórica, permitiéndole así a las víctimas probar luego, en instancias nacionales, perjuicios materiales adicionales que hubieren sufrido, con miras a su reparación.

Por otro lado, en cuanto a la indemnización ordenada por la Corte para compensar el daño inmaterial, al igual que en los dos casos anteriormente analizados, ésta consistió en un componente pecuniario y otras medidas de reparación, y concretamente “medidas de satisfacción y garantías de no repetición”.⁵¹⁵ Bajo este supuesto, la Corte señaló que “debido a la gravedad de los hechos del presente caso y la situación de impunidad parcial, la intensidad del sufrimiento causado a las víctimas, las alteraciones de sus condiciones de existencia y las demás consecuencias de orden no material o no pecuniario producidas”, estimó “necesario ordenar el pago de una compensación por concepto de daño inmaterial, conforme a equidad”, de acuerdo con parámetros determinados. En este sentido, por ejemplo, por el sufrimiento padecido por las 43 víctimas desaparecidas o muertas en el presente caso, la Corte fijó una indemnización de 30.000 dólares; sin embargo, en casos especiales, como cuando estas víctimas eran menores de edad al momento de los hechos, la Corte incrementó en 5.000 dólares, con base en la equidad, la suma anteriormente indicada.⁵¹⁶

9.2.3.4.4. CASO DE LAS “MASACRES DE ITUANGO V. COLOMBIA”

El último caso citado por la Sala de Justicia y Paz para establecer criterios en materia de reparación corresponde a dos masacres perpetradas en los corregimientos La Granja y El Aro, en el municipio de Ituango, departamento de Antioquia, en junio de 1996 y octubre-noviembre de 1997, respectivamente, donde varios paramilitares, tras matar a numerosos habitantes, robaron el ganado de las víctimas e incendiaron los pueblos. La base para condenar al Estado colombiano fue que las masacres pudieron ser perpetradas debido a varias acciones y omisiones de las Fuerzas Armadas colombianas.⁵¹⁷

Considerando los hechos expuestos, la Corte indicó que el Estado era responsable por la violación del derecho a la vida de las personas que murieron en las masacres denunciadas. A su vez, señaló que el Estado era

⁵¹⁵ *Ibidem*, párr. 254 y párrs. 260 y ss.

⁵¹⁶ *Ibidem*, párr. 258.

⁵¹⁷ El Estado aceptó su responsabilidad por la violación del derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal y a la propiedad privada, además de determinar que las violaciones suponían una infracción a su obligación de respetar los derechos de la Convención, atribuible a éste por la participación de sus agentes en los hechos.

responsable por la violación del derecho a no ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio, consagrado en el art. 6.2 de la Convención, así como por la violación del derecho a la libertad personal, establecido en el art. 7 de la Convención.

Lo anterior, puesto que en “la incursión ocurrida en El Aro los paramilitares, para facilitar la sustracción de entre 800 y 1.200 cabezas de ganado (...), privaron de su libertad y obligaron, por medio de amenazas, a 17 campesinos (...) a arrear los animales durante 17 días por la vía pública custodiada por miembros del Ejército”.⁵¹⁸ De otro lado, la Corte también puso de manifiesto que el Estado había violado el derecho a la propiedad privada de las personas que perdieron bienes en El Aro (art. 21), así como el deber de evitar injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada y en el domicilio (art. 11.2), ante la destrucción de las viviendas de habitantes de El Aro.

Así mismo, la Corte estableció que el Estado había violado el derecho de circulación y de residencia de las personas desplazadas de El Aro y La Granja, así como el deber de prestar especial protección a grupos especialmente vulnerables (en el presente caso, menores que fueron víctimas de las masacres). Por último, señaló que se había violado el derecho a la integridad personal de las víctimas ejecutadas en El Aro y La Granja y sus familiares, así como los derechos a las garantías judiciales y protección judicial de todas las personas que fueron víctimas de la masacre y no obtuvieron pleno acceso a la justicia.

De las reparaciones ordenadas por la Corte IDH por los daños causados a las víctimas del caso se desprenden ciertas consideraciones. Así, en primer lugar, la distribución de las indemnizaciones entre los familiares de las personas asesinadas, por concepto del daño material e inmaterial correspondiente a dichas personas, siguió los mismos criterios que para los casos de la “Masacre de Mapiripán *v.* Colombia” y la “Masacre de Pueblo Bello *v.* Colombia”.⁵¹⁹

Sin embargo, en relación con la estimación de los daños materiales, la Corte señaló que, aun cuando consideraba que debía estimarse con base en elementos de prueba que permitieran acreditar un perjuicio cierto, el Tribunal no podía determinar la pérdida de ingresos sufrida por la mayoría de las víctimas, toda vez que carecía de pruebas suficientes para determinar los ingresos dejados de percibir, las edades y las actividades a

⁵¹⁸ *Ibíd.*, párr. 150.

⁵¹⁹ *Ibíd.*, párr. 359.

las que se dedicaban la mayoría de las víctimas.⁵²⁰ Por tanto, la Corte optó por otorgar “una indemnización en equidad a favor de aquellas víctimas cuya pérdida de ingresos no fue comprobada de manera específica, sin perjuicio de que dichas personas puedan hacer uso de las vías disponibles en el derecho interno para recibir una indemnización correspondiente”.⁵²¹ Así, la Corte señaló, explícitamente, que:

“En relación con las personas para las cuales la Corte cuenta con alguna prueba acerca de sus edades o labores que realizaban, el Tribunal, en atención al contexto y las circunstancias del caso, fijará en equidad una cantidad por concepto de daño material, tomando en cuenta dicha prueba, así como, en su caso, la expectativa de vida en Colombia en 1996 y 1997, y las actividades agrícolas que realizaban la mayoría de las víctimas”.⁵²²

Ante la falta de documentos idóneos para establecer el valor del ganado sustraído, la Corte otorgó una indemnización en equidad a favor de aquellas víctimas cuya pérdida de ganado no había sido comprobada de manera específica, sin perjuicio de que dichas personas pudiesen hacer uso de las vías disponibles en el derecho interno para recibir una indemnización correspondiente.⁵²³ De igual manera, ante la falta de documentos idóneos para valorar las viviendas de algunas víctimas, el Tribunal dispuso que dicho daño debía ser reparado a través de mecanismos de reparación no pecuniaria, concretamente, por medio de un programa de vivienda que debía ser implementado por el Estado y desarrollado en un plazo de cinco años.⁵²⁴ Finalmente, respecto de las personas desplazadas, la Corte tomó en cuenta, al momento de determinar las reparaciones correspondientes, que algunas de éstas habían recibido ayuda por parte del Estado, en razón de dicha condición.⁵²⁵

La Corte también realizó consideraciones especiales sobre la reparación del daño inmaterial, concretamente en la definición de las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición. Para ello, la Corte, atendiendo a los alegatos de la Comisión, señaló que las medidas de satisfacción del daño inmaterial tenían especial relevancia “por la extrema gravedad de los hechos y el carácter colectivo de los daños ocasionados”. En este sentido, la Corte señaló que “no determinará una indemnización por concepto de

⁵²⁰ *Ibidem*, párr. 371.

⁵²¹ *Ibidem*, párr. 372.

⁵²² *Ibidem*, párr. 373.

⁵²³ *Ibidem*, párr. 374.

⁵²⁴ *Ibidem*, párr. 375.

⁵²⁵ *Ibidem*, párr. 378.

daño inmaterial a favor de las personas que solamente fueron desplazadas de la Granja y El Aro, contenidas en el Anexo IV de la presente Sentencia, toda vez que la Corte considera pertinente otorgar una reparación de carácter colectivo, la cual se analizará en el presente capítulo”.⁵²⁶ Entre dichas medidas, como se mencionó anteriormente, se incluyó la puesta en marcha de un programa de vivienda por parte del Estado.⁵²⁷

9.2.3.4.5. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS REPARACIONES ORDENADAS POR LA CORTE IDH YA QUELLAS DECRETADAS POR LA SALA DE JUSTICIA Y PAZ

Una vez expuestos todos los elementos de análisis utilizados por la Corte IDH al determinar las reparaciones en los casos anteriormente estudiados, es pertinente realizar una comparación entre estos criterios y las reparaciones decididas por la Sala de Justicia y Paz en la sentencia objeto de estudio del presente documento. Se aclara que esta tarea exige realizar varios comentarios concretos, para lo cual es importante recordar que la Sala de Justicia y Paz hizo uso del criterio de equidad, al determinar las reparaciones por conceptos de daño material e inmaterial de las víctimas, luego de constatar,

“la imposibilidad de evaluar de acuerdo a las reglas probatorias ordinarias el daño material e inmaterial causado, debido (i) a la cantidad de víctimas, (ii) al carácter masivo de violaciones de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, y (iii) al hecho de que en casos como el de los desplazados forzosamente tuvieron que huir de repente sin poder llevarse con ellos documentación alguna relativa a la titularidad de los bienes que tuvieron que dejar atrás u otros que acreditaran su pertenencia de muebles”.⁵²⁸

⁵²⁶ *Ibidem*, párr. 397.

⁵²⁷ *Ibidem*, párr. 396 y ss.

⁵²⁸ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia de primera instancia, radicado n° 110016000253200680077, 29 de junio de 2010, M.P. Uldi Teresa Gutiérrez López, párr. 343. Es importante resaltar que el criterio de equidad, conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH, fue recomendado por la CNRR en un documento que una integrante de dicha entidad puso de presente a la Sala en la práctica de pruebas del incidente de reparación integral. En dicho documento, “la Comisión recomienda que, en los casos de reparación material que presentan problemas probatorios, se considere, para efectos de fijar la medida de reparación relacionada con el daño emergente, el criterio de equidad, ampliamente desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. CNRR, *Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa*, Bogotá, CNRR, 2007, párr. 87.

Como se evidencia del argumento presentado por la Sala de Justicia y Paz, el análisis realizado por la misma no difiere significativamente del análisis contenido en la jurisprudencia de la Corte IDH, donde esta última corporación optó por fallar en equidad las reparaciones a las que tenían derecho las víctimas, en aquellos casos en los que no se tenía evidencia probatoria que le permitiera valorar los daños causados. Sin embargo, se quiere enfatizar el hecho de que, en esos casos, la Corte Interamericana, siempre que fue pertinente, realizó distinciones concretas respecto de situaciones fácticas diferentes que requerían especial consideración, como los sufrimientos causados a menores de edad, el daño emergente causado por gastos de entierro y búsqueda de las personas dadas muertas o desaparecidas, etc. Igualmente, concretamente sobre los daños materiales, la Corte IDH, cuando fue posible, hizo uso del criterio de equidad, pero conjuntamente valorado con otros elementos, como el salario mínimo legal en Colombia, las actividades desempeñadas por las víctimas, y la expectativa de vida para la época de los hechos, entre otros.⁵²⁹

Sólo para citar un ejemplo concreto, se expone el caso de los “19 Comerciantes *v.* Colombia”. Nótese que, en el mismo, aun cuando la Corte Interamericana aplicó el criterio de equidad para las reparaciones por concepto de daño material, el uso de este criterio fue establecido, para efectos del lucro cesante, a partir de las circunstancias específicas del caso, teniendo en cuenta el salario mínimo legal colombiano y las pruebas aducidas. Por su parte, la Corte decidió otorgar una suma adicional de 2.000 dólares para algunas familias de las víctimas, en equidad, luego de analizar los gastos en los que algunas de dichas familias habían incurrido para ubicar a las personas desaparecidas. Por tanto, no fue arbitraria esta suma, sino que la misma se derivó, como señala la Corte IDH, de los costos incurridos por la constitución de “comités de búsqueda” para encontrar el lugar donde yacerían las víctimas, “así como también los gastos por visitas a instituciones públicas, gastos por concepto de transporte, hospedaje y otros”.⁵³⁰

⁵²⁹ Ver: Corte IDH, caso “19 Comerciantes *v.* Colombia”, sentencia del 5 de julio de 2004, fondo, reparaciones y costas, párr. 240; Corte IDH, caso de la “Masacre de Mapiripán *v.* Colombia”, sentencia del 15 de septiembre de 2005, fondo, reparaciones y costas, párr. 267; Corte IDH, caso de la “Masacre de Pueblo Bello *v.* Colombia”, sentencia del 31 de enero de 2006, fondo, reparaciones y costas, párr. 248; y Corte IDH, caso de las “Masacres de Ituango *v.* Colombia”, sentencia del 1º de julio de 2006, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 371 y ss. Para un análisis sobre las consideraciones de la Corte IDH en materia de reparaciones, específicamente por los daños causados con ocasión de desplazamiento forzado y la asistencia estatal del mismo, ver: Julián Daniel López Murcia y Juana Inés Acosta López, *Asistencia estatal a los desplazados y reparaciones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, en: *International Law: Revista colombiana de derecho internacional*, junio-noviembre de 2006, n° 008, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, pp. 161-194.

⁵³⁰ Corte IDH, caso “19 Comerciantes *v.* Colombia”, sentencia del 5 de julio de 2004, fondo, reparaciones y costas, párr. 242.

La Sala de Justicia y Paz estableció las reparaciones por concepto de daño material e inmaterial con base en la equidad; sin embargo, a diferencia de la metodología usada por la Corte IDH, donde la evaluación en equidad partió de las consideraciones de los casos concretos, optó por establecer “unas tablas de indemnización individual por delito y parentesco de carácter fijo que traten conjuntamente los daños materiales e inmateriales”.⁵³¹

Contrario a lo que ocurre en las reparaciones ordenadas por la Corte IDH, donde se decreta la reparación de daños materiales e inmateriales, separadamente, generados a partir de la violación de derechos humanos consagrados en la Convención Americana, la Sala de Justicia y Paz optó por fijar las indemnizaciones de dichas tablas a partir del valor atribuido al daño por el delito más grave, que en su parecer es el homicidio. Lo anterior, asumiendo como valor máximo de referencia para el delito de homicidio 240 millones de pesos por núcleo familiar, valor que “corresponde con el aproximado medio por daños materiales e inmateriales concedidos por la Corte Inter-Americana en los casos ya mencionados de las masacres de Pueblo Bello (2006) e Ituango (2006) sobre la base de núcleos familiares medios de entre 6,5 y 7 personas de media”.⁵³²

Surge un gran interrogante sobre la metodología abordada por la Sala al establecer las tablas de indemnización, toda vez que, atendiendo al derecho de las víctimas a la reparación integral, habría sido prudente que la Sala hubiese dado uso de los criterios de interpretación en materia de reparación integral aplicados por la Corte IDH en lugar de estimar las reparaciones a partir de medias.⁵³³ Así las cosas, considerando que el art. 16 de la Ley 446 de 1998 señala que “dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”, no sería artificioso para los jueces de conocimiento, en Justicia y Paz, acudir a la equidad como criterio para tasar los daños materiales e inmateriales de las víctimas, tal como lo hace la Corte IDH, así como ponderar criterios apropiados en aras de tasar dichos daños en equidad cuando no hay pruebas disponibles, atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

⁵³¹ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia de primera instancia, radicado n° 110016000253200680077, 29 de junio de 2010, M.P. Uldi Teresa Gutiérrez López, párr. 345.

⁵³² *Ibidem*, párr. 347.

⁵³³ Similar comentario merece la forma como se distribuyó dicha indemnización entre los familiares de las víctimas.

De esta forma se podría evitar, por ejemplo, que víctimas que hubieren probado sus daños, siendo estos superiores a la indemnización tasada en equidad por la Sala de Justicia y Paz, o que hubieren sufrido más daños que otras por los delitos perpetrados, no tengan la posibilidad de ser reparadas integralmente por los mismos. Es, desde luego, un tema abierto a discusión, en el cual los tribunales nacionales y regionales se podrían enriquecer mutuamente en criterios de interpretación, si los mismos son utilizados prudentemente y sin fórmulas que no atiendan a las circunstancias concretas, en aras de garantizar el manejo de los llamados “estándares internacionales” de manera prudente y de conformidad con los matices que se presentan en cada caso.

CAPÍTULO III

TEMAS PARTICULARMENTE CRÍTICOS EN EL MARCO DEL PROCESO ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ

A continuación se adelantará un análisis específico de aquellos aspectos particulares que, si bien están ligados desde luego a las etapas procesales, constituyen aspectos especialmente problemáticos y relevantes que merecen un estudio particular.

1. BIENES Y RESTITUCIÓN EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

Uno de los temas más importantes y críticos, en el marco del proceso de Justicia y Paz, es el relacionado con los bienes de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley que se someten a ella. El cumplimiento de las promesas de reparación que se hicieron con la expedición de la Ley 975 de 2005, en buena parte, dependen de la entrega de bienes por los desmovilizados. Este aspecto ha estado ligado a toda suerte de debates, ya que es precisamente respecto de este tema que se pone a prueba de manera especial cualquier éxito mínimo y posible de la Ley de Justicia y Paz, en medio de un conflicto armado crónico e íntimamente ligado, por ejemplo, a la lucha por la tierra.

Por esta razón, desde que entró en vigencia la Ley 975 de 2005, la discusión sobre el deber de entregar bienes con fines de reparación, sobre la restitución de tierras a las víctimas e incluso sobre el alcance de la obligación de reparar, ha estado presente y se ha dado en términos constitucionales, legales y reglamentarios. Incluso, precisamente en este tema, se evidencia con bastante claridad la forma como en Justicia y Paz se deben articular diferentes tipos de esfuerzos, sin descargar en el sistema penal responsabilidades generales del Estado y de sus políticas públicas. De ahí que cuando se trata de bienes, las demás instituciones creadas por la Ley 975 de 2005 adquieran una especial relevancia, por ejemplo, las Comisiones Regionales de Restitución de Bienes.

1.1. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS DISPOSICIONES SOBRE BIENES EN LA LEY 975 DE 2005

Según la Ley 975 de 2005, el proceso penal especial de Justicia y Paz tiene como finalidad la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. En consecuencia, la reparación es uno de los pilares fundamentales de la Ley de Justicia y Paz. Por esto, contribuir a la paz con actos de reparación es una de las condiciones de elegibilidad establecidas en los artículos 10 y 11 de la Ley 975: los miembros de grupos armados ilegales que se han desmovilizado, tienen la posibilidad de acceder al beneficio de la pena alternativa, siempre y cuando, entre otras condiciones, hagan lo posible para reparar a sus víctimas.

El deber de reparación que le asiste a los desmovilizados en el marco de Justicia y Paz, está consagrado de la siguiente manera en el art. 42 de la Ley 975 de 2005:

“Artículo 42. Deber general de reparar. Los miembros de los grupos armados que resulten beneficiados con las disposiciones previstas en esta ley tienen el deber de reparar a las víctimas de aquellas conductas punibles por las que fueren condenados mediante sentencia judicial.

Igualmente, cuando no se haya logrado individualizar al sujeto activo pero se compruebe el daño y el nexo causal con las actividades del Grupo Armado Ilegal Beneficiario por las disposiciones de la presente ley, el Tribunal directamente o por remisión de la Unidad de Fiscalía, ordenará la reparación a cargo del Fondo de Reparación”.

Para el cumplimiento de este deber, en la Ley de Justicia y Paz se incluyeron varias normas relacionadas con el aporte que los desmovilizados deben hacer con su propio patrimonio, con el fin de resarcir los perjuicios causados por el accionar de los grupos armados ilegales. Estas normas, que consagran la obligación de entregar bienes destinados a la reparación y la posibilidad de que sean decretadas medidas cautelares (embargo y secuestro) incluían, inicialmente, algunas condiciones que limitaban el deber de reparar y, especialmente, el deber de restituir los bienes de las víctimas.

Varias de estas normas reducían la posibilidad de afectar bienes y el deber de entregarlos al Estado, a los bienes de origen ilícito. Otras, relativizaban el deber de reparar y de restituir los bienes de las víctimas, mediante expresiones del siguiente tipo: “de ser posible”, “si los tuviese” o “cuando se disponga de ellos”. Así las cosas, la Corte Constitucional, en las sentencias n° C-370 de 2006 y C-575 de 2006, se pronunció sobre estos aspectos y declaró inexecutable varios apartes de la Ley 975 de 2005.⁵³⁴

⁵³⁴ Los demandantes señalaron que estas normas contrariaban los deberes constitucionales e internacionales del Estado, con relación a la reparación a las víctimas, debido a que limitaban excesivamente la responsabilidad de los desmovilizados y facilitaban el fraude a través, por ejemplo, de testaferros, así: “Los demandantes señalan que es deber constitucional e internacional del Estado garantizar la justa reparación de las víctimas (artículo 2 de la C.N., artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 1 y 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sin embargo consideran que las disposiciones demandadas vulneran este deber al no establecer la obligación de responder con bienes lícitos o propios por el daño producido. Al respecto señalan que ‘la ley se refiere reiteradamente a la entrega de los bienes de procedencia ilícita, limitación

A continuación se adelanta una exposición esquemática de los aspectos más relevantes de su jurisprudencia sobre esta cuestión.

- Artículos 10.2 y 11.5: el deber de reparar se debe cumplir desde el momento mismo de la desmovilización, como una condición para que los miembros del grupo armado ilegal puedan ser postulados por el gobierno nacional ante la Fiscalía General de la Nación y acceder a la pena alternativa. Los artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005 establecen como requisito de elegibilidad, tanto para la desmovilización colectiva como para la individual, la entrega de los bienes producto de la actividad ilegal. El art. 11 precisaba, en su texto original, que en los casos de desmovilización individual se debía hacer entrega de los bienes de origen ilícito, siempre que el desmovilizado dispusiera de ellos. La Corte Constitucional, en la sentencia n° C-370 de 2006, declaró exequible la limitación de estas dos normas a los bienes producto de la actividad ilegal, pero declaró inexecutable la expresión “cuando se disponga de ellos” contenida en el numeral 5° del art. 11.⁵³⁵
- Artículo 17: así mismo, de acuerdo con el art. 17 de la Ley 975 de 2005, es deber de los desmovilizados, durante la versión libre, indicar los bienes que se entregan para la reparación a las víctimas. El texto original de la norma decía que los desmovilizados debían

agravada por la dificultad para distinguir entre los bienes de origen ‘lícito’ y los de origen ‘ilícito’. De otra parte, indican que las disposiciones acusadas establecen que los desmovilizados han de entregar sus bienes ‘si los tuvieren’, ‘cuando se disponga de ellos’, o ‘de ser posible’, todo lo cual facilita el fraude a la ley dado que los desmovilizados podrán eximirse de su obligación de reparar al señalar que no tienen bienes o que no pueden disponer de los bienes que fueran de su propiedad”. Corte Constitucional, sentencia n° C-370 del 18 de mayo de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y otros.

⁵³⁵ Los apartes subrayados fueron declarados exequibles. El aparte en cursiva del artículo 11.5 fue declarado inconstitucional: “Artículo 10. Requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva. Podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que hayan sido o puedan ser imputados, acusados o condenados como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, cuando no puedan ser beneficiarios de algunos de los mecanismos establecidos en la Ley 782 de 2002, siempre que se encuentren en el listado que el Gobierno Nacional remita a la Fiscalía General de la Nación y reúnan, además, las siguientes condiciones: (...) 10.2 Que se entreguen los bienes producto de la actividad ilegal”. “Artículo 11. Requisitos de elegibilidad para desmovilización individual. Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que se hayan desmovilizado individualmente y que contribuyan a la consecución de la paz nacional, podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley, siempre que reúnan los siguientes requisitos: (...) 11.5 Que entregue los bienes producto de la actividad ilegal, para que se repare a la víctima *cuando se disponga de ellos*”. Artículos 10 y 11, Ley 975 de 2005.

indicar los bienes, si los tuvieren, lo cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia n° C-370 de 2006.⁵³⁶

- Artículos 18 y 13: en el art. 18 de la Ley de Justicia y Paz, está prevista la posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación, en la audiencia de formulación de imputación, solicite a los magistrados de control de garantías, que decreten medidas cautelares sobre bienes (embargo y secuestro), para efectos de la reparación a las víctimas. La posibilidad de decretar medidas cautelares estaba prevista, únicamente, para los bienes de procedencia ilícita que se hubieran entregado, sobre lo cual se pronunció la Corte Constitucional, declarando inexecutable la expresión “de procedencia ilícita que hayan sido entregados”, del inciso segundo del art. 18 de la Ley 975 de 2005. En este mismo sentido, la Corte declaró inexecutable la expresión “de procedencia ilícita” del numeral cuarto del art. 13.⁵³⁷
- Artículo 44: por su parte, el art. 44 de la Ley de Justicia y Paz enuncia, además, distintos actos mediante los cuales se materializa el deber de reparación. El numeral primero del art. 44 establece, precisamente, la entrega de bienes al Estado para la reparación de las víctimas. Esta disposición, en un principio, hacía referencia a los bienes obtenidos ilícitamente; sin embargo, la Corte Constitucional, en la sentencia n° C-575 de 2006, declaró inexecutable este aparte.

Adicionalmente, el mismo artículo consagra el deber de reparar, pero como requisito para acceder al beneficio de la libertad a

⁵³⁶ El aparte en cursiva fue declarado inexecutable: “Artículo 17. Versión libre y confesión. (...) En presencia de su defensor, manifestarán las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que hayan participado en los hechos delictivos cometidos con ocasión de su pertenencia a estos grupos, que sean anteriores a su desmovilización y por los cuales se acogen a la presente ley. En la misma diligencia indicarán los bienes que se entregan para la reparación a las víctimas, *si los tuvieren*, y la fecha de su ingreso al grupo”. Art. 17, inciso segundo, Ley 975 de 2005.

⁵³⁷ Los apartes en cursiva fueron declarados inexecuibles: “Formulación de imputación. (...) En esta audiencia, el fiscal hará la imputación fáctica de los cargos investigados y solicitará al magistrado disponer la detención preventiva del imputado en el centro de reclusión que corresponda, según lo dispuesto en la presente ley. Igualmente solicitará la adopción de las medidas cautelares sobre los bienes *de procedencia ilícita que hayan sido entregados* para efectos de la reparación a las víctimas”. Art. 18, inciso segundo, Ley 975 de 2005. “Celeridad. Los asuntos que se debatan en audiencia serán resueltos dentro de la misma. Las decisiones se entenderán notificadas en estrados. Las audiencias preliminares se realizarán ante el Magistrado de Control de Garantías que designe el Tribunal respectivo. En audiencia preliminar se tramitarán los siguientes asuntos: (...) 4. La solicitud y la decisión de imponer medidas cautelares sobre bienes *de procedencia ilícita*”. Art. 13, Ley 975 de 2005.

aprueba, una vez cumplida la pena alternativa. Así, de acuerdo con el inciso segundo del art. 44, el condenado debe “proveer al Fondo para la Reparación de las Víctimas los bienes destinados para tal fin”. Esta obligación, inicialmente, se encontraba condicionada por la expresión “si los tuviese”, la cual fue también declarada inexecutable por la Corte Constitucional.⁵³⁸

- Artículo 46: entre las distintas formas de reparación que están previstas en la Ley de Justicia y Paz, se encuentra la restitución de bienes, la cual es definida en el art. 46, como la “realización de los actos que propendan por la devolución a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos”. Esta norma establece que la restitución incluye el restablecimiento de la libertad, el retorno al lugar de residencia y la devolución de las propiedades de la víctima; sin embargo, el texto original condicionaba la devolución de los bienes a los casos en que fuera posible hacerlo. En consecuencia, la Corte Constitucional, mediante la sentencia n° C-370 de 2006, declaró inexecutable la expresión “de ser posible”, contenida en este artículo.⁵³⁹

Al examinar la constitucionalidad de estas normas, la Corte Constitucional se refirió al deber general de reparar y sostuvo que, en procesos de “justicia transicional”, no parece justificado eximir a los responsables de las violaciones masivas de derechos humanos de su responsabilidad civil. En este sentido precisó:

“No parece existir una razón constitucional suficiente para que, frente a procesos de violencia masiva, se deje de aplicar el principio general según el cual quien causa el daño debe repararlo. Por el contrario, como ya lo ha explicado la Corte, las normas,

⁵³⁸ Los apartes en cursiva fueron declarados inexecutable: “Actos de reparación. La reparación de las víctimas de la que trata la presente ley comporta los deberes de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción. Para tener derecho a gozar del beneficio de la libertad a prueba, el condenado deberá proveer al Fondo para la Reparación de las Víctimas los bienes, *si los tuviese*, destinados para tal fin; realizar satisfactoriamente los actos de reparación que se le hayan impuesto; colaborar con el Comité Nacional de Reparación y Reconciliación o suscribir un acuerdo con el Tribunal Superior de Distrito Judicial que asegure el cumplimiento de sus obligaciones de reparación. Son actos de reparación integral los siguientes: (...) 45.1 <sic> La entrega al Estado de bienes *obtenidos ilícitamente* para la reparación de las víctimas”. Art. 44, Ley 975 de 2005.

⁵³⁹ El aparte en cursiva fue declarado inexecutable: “Restitución. La restitución implica la realización de los actos que propendan por la devolución a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos. Incluye el restablecimiento de la libertad, el retorno a su lugar de residencia y la devolución de sus propiedades, *de ser posible*”. Art. 46, Ley 975 de 2005.

la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional han considerado que la reparación económica a cargo del patrimonio propio del perpetrador es una de las condiciones necesarias para garantizar los derechos de las víctimas y promover la lucha contra la impunidad”.⁵⁴⁰

Además, la Corte sostuvo que el límite a la responsabilidad patrimonial de los desmovilizados, es la “preservación de la subsistencia digna del sujeto”.⁵⁴¹ Adicionalmente, se refirió a la eventual responsabilidad patrimonial subsidiaria del Estado por los hechos cometidos por grupos armados ilegales, frente a lo cual indicó que:

“Sólo en el caso en el cual el Estado resulte responsable – por acción o por omisión – o cuando los recursos propios de los responsables no son suficientes para pagar el costo de reparaciones masivas, el Estado entra a asumir la responsabilidad subsidiaria que esto implica. Y esta distribución de responsabilidades no parece variar en procesos de justicia transicional hacia la paz”.⁵⁴²

Respecto de los artículos 10.2 y 11.5, sobre la entrega de bienes como requisitos de elegibilidad, la Corte sostuvo que no era razonable que en dicha etapa procesal los desmovilizados entregaran los bienes lícitos, ya que para ese momento no existe aún ningún título que obligara a ello.⁵⁴³ Sin embargo, como se ha dicho, la Corte sí consideró improcedente la restricción de la entrega de bienes como requisito de elegibilidad, establecida en el art. 11.5, a los casos en que el desmovilizado dispusiera de ellos.

Sobre la limitación de las medidas cautelares a los bienes de origen ilícito (artículos 13.4 y 18 de la Ley 975 de 2005), la Corte consideró que: “esta prohibición lo que hace es disminuir la efectividad de la acción estatal encaminada al logro de la reparación integral de las víctimas”.⁵⁴⁴

⁵⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia n° C-370 del 18 de mayo de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y otros.

⁵⁴¹ *Ibidem*.

⁵⁴² *Ibidem*.

⁵⁴³ Según la Corte Constitucional, “los requisitos de elegibilidad de que tratan los artículos 10 y 11 parcialmente demandados, son requisitos ‘para acceder a los beneficios que establece la presente ley’, es decir, son condiciones de accesibilidad. En estas circunstancias no parece necesario que en esta etapa la persona entregue parte de su patrimonio lícito, pues al menos técnicamente, no existe aún un título para dicho traslado”. *Ibidem*.

⁵⁴⁴ *Ibidem*.

Así mismo, sobre el supuesto “obtenidos ilícitamente” del art. 44, en la sentencia n° C-575 de 2006 la Corte consideró que, respecto de la afirmación “la entrega de bienes obtenidos ilícitamente para la reparación de las víctimas”, por el contexto en que se hallaba contenida, así como por el hecho de que en el mismo artículo no se hacía referencia a bienes destinados a la reparación, sino precisamente a los bienes obtenidos ilícitamente, debía ser declarada inexecutable, pues ella comportaría una restricción importante del derecho de las víctimas a la reparación integral. En consecuencia, “la reparación estaría así limitada a la entrega de bienes obtenidos ilícitamente y no del conjunto de bienes que conforman el patrimonio de los beneficiarios de la ley”.⁵⁴⁵

Finalmente, sobre las disposiciones que establecen que los desmovilizados deben entregar sus bienes “si los tuvieren”, “cuando se disponga de ellos”, o “de ser posible”, la Corte consideró que facilitaban el fraude a la Ley, dado que con ellas los procesados podrían excusar su incumplimiento o falta de compromiso con la reparación a las víctimas. Adicionalmente, según la Corte:

“Tal y como se exige a las víctimas y a la sociedad que acepten el tránsito a la legalidad de quienes han cometido delitos de extrema gravedad y crueldad, también cabe esperar que los beneficiarios de la ley actúen de buena fe para restituir la propiedad a quienes fueron despojados de ella y compensar económicamente los daños causados por su actuación ilegal. Así, la persona que busca el beneficio de la ley, debe declarar la totalidad de los bienes que puede aportar para reparar a quienes han sufrido por su causa. Frente a este deber, la ley no puede avalar con expresiones ambiguas que se oculten bienes con el fin de evadir el deber de reparar a las víctimas”.⁵⁴⁶

1.2. LOS BIENES Y LA REPARACIÓN EN LOS DECRETOS REGLAMENTARIOS DE LA LEY 975 DE 2005

La entrega de bienes por parte de los desmovilizados, para efectos de reparación, ha sido objeto de varias medidas tomadas a través de los decretos reglamentarios de la Ley 975 de 2005. Así, el Decreto n° 4760 del 30 de diciembre de 2005, dispuso diversas normas relacionadas con el deber de reparar, regula el régimen de medidas cautelares y la información

⁵⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia n° C-575 del 25 de julio de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁵⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia n° C-370 del 18 de mayo de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y otros.

que se debe proporcionar a las víctimas sobre los bienes que han sido entregados, entre otros. Posteriormente, el Decreto n° 3391 del 29 de septiembre de 2006 incorporó nuevamente algunas normas sobre estos mismos temas y derogó algunos artículos del Decreto n° 4760, dentro de ellos, los artículos 12 y 13, sobre el derecho a la reparación y la entrega de bienes a las víctimas, respectivamente.

1.2.1. TITULARES DE LA OBLIGACIÓN DE REPARAR

El Decreto n° 3391 de 2006, en el art. 15, sobre “la responsabilidad de reparar a las víctimas”, establece quiénes serán los titulares de la obligación de reparar. En esta norma se hace alusión a “los desmovilizados que sean declarados penalmente responsables mediante sentencia judicial de las conductas punibles cometidas durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley, entendiendo por tal el bloque o frente respectivo, las cuales hayan causado un daño real, concreto y específico a las mismas”.⁵⁴⁷

Además, en el inciso segundo del art. 15, se establece la responsabilidad civil solidaria de quienes “judicialmente hayan sido calificados como integrantes del bloque o frente al que se impute causalmente el hecho constitutivo del daño”.⁵⁴⁸ De esta manera, no sólo son responsables por los daños causados por el accionar del grupo armado ilegal, aquellos miembros del grupo a los que se les pueda atribuir responsabilidad penal por unos hechos particulares, sino que todos los miembros de la organización ilegal (bloque o frente), responsables o no penalmente, están llamados a resarcir los perjuicios causados a las víctimas. En este sentido, la responsabilidad de reparar se extiende a todos los miembros de un bloque o frente, por el hecho de haber pertenecido a él, más allá de las reglas de imputación penal, sobre todo, en lo atinente a la responsabilidad penal de carácter individual.

La responsabilidad solidaria de los miembros del grupo armado ilegal, opera de manera subsidiaria a la responsabilidad de quienes sean declarados penalmente responsables en los términos definidos en el inciso primero del art. 15. Si no es posible individualizar a los responsables directos del daño causado, se activará la responsabilidad solidaria de los demás miembros del grupo. (El art. 12 del Decreto n° 4760 de 2005, derogado por el Decreto n° 3391, desarrollaba el “derecho a la reparación” y de manera ambigua establecía que, “los miembros de los grupos armados al margen de la ley

⁵⁴⁷ Art. 15, Decreto n° 3391 de 2006.

⁵⁴⁸ *Ibídem*.

que resulten declarados penalmente responsables, serán los obligados a la reparación individual y colectiva establecida en la respectiva sentencia proferida por la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial”).⁵⁴⁹

Lo dispuesto en el inciso segundo del art. 15 del Decreto n° 3391 de 2006, tiene como base las consideraciones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia n° C-370 de 2006, en donde se analizó la responsabilidad civil de los desmovilizados por los perjuicios derivados de la actividad del grupo armado ilegal. Es importante recordar que este decreto es expedido, precisamente, para ajustar la Ley 975 de 2005 a los criterios presentados por la Corte Constitucional en dicho pronunciamiento. Sobre la responsabilidad solidaria de los miembros del grupo, la Corte afirmó:

“Si bien la responsabilidad penal continúa siendo individual, la responsabilidad civil derivada del hecho punible admite el elemento de la solidaridad, no solamente entre los penalmente responsables sino respecto de quienes por decisión judicial hayan sido calificados como miembros del grupo armado específico, entendido como el frente o bloque al que se impute causalmente el hecho constitutivo del daño, en virtud de la relación de causalidad que se estructura entre las conductas delictivas que generan el daño y la actividad en concreto de ese grupo específico que actúa al margen de la ley al cual pertenecieron los desmovilizados.

(...) 2.4.4.10. Para la Corte es claro que si los beneficios que establece la ley son para el grupo específico, o para sus miembros en razón a la pertenencia al bloque o frente correspondiente, éste debe tener correlativas responsabilidades de orden patrimonial, incluso al margen de la determinación de responsabilidades de índole penal, siempre y cuando se establezca el daño y la relación de causalidad con la actividad del grupo específico y se haya definido judicialmente la pertenencia del desmovilizado al frente o bloque correspondiente. Los daños anónimos, es decir aquellos respecto de los cuales no ha sido posible individualizar al sujeto activo, no pueden quedar exentos de reparación; comprobado el daño y el nexo causal con las actividades del bloque o frente armado ilegal cuyos miembros judicialmente identificados sean beneficiarios de las disposiciones de la ley, tales miembros deben responder a través de los mecanismos fijados en la ley”.⁵⁵⁰

⁵⁴⁹ Art. 12, inciso segundo, Decreto n° 4760 de 2005.

⁵⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia n° C-370 del 18 de mayo de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y otros.

1.2.2. ENTREGA DE BIENES CON ANTERIORIDAD A LA VERSIÓN LIBRE O A LA FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN

En Justicia y Paz las reparaciones a las víctimas las ordena la Sala de Conocimiento del Tribunal Superior de Distrito Judicial, en las sentencias condenatorias que profiera. Sin embargo, los actos de reparación involucran acciones de entrega y restitución de bienes, que deben tener lugar incluso antes de la sentencia, de acuerdo con los artículos 10, 11 y 17, de la Ley 975 de 2005. Según el parágrafo 1° del art. 5 del Decreto n° 3391 de 2006, al darse la entrega de bienes antes de la versión libre o de la formulación de imputación, en cumplimiento de lo previsto en los artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005, el Fondo para la Reparación de las Víctimas deberá recibirlos,

“(...) mediante acta suscrita conjuntamente con un delegado de la Fiscalía General de la Nación, en la cual deberá señalarse el bloque y/o frente o miembros del mismo a quien se imputa tal entrega con destino a la reparación de las víctimas, procediendo sobre los mismos las medidas cautelares del caso y su extinción de dominio”.⁵⁵¹

El art. 17 del Decreto n° 3391 de 2006 enuncia los criterios que debe seguir la Sala de Conocimiento, al establecer las obligaciones en que consistirá la reparación. En este sentido, el parágrafo 1° del art. 17, dispone que se deben tener en cuenta, como parte de la reparación, los bienes entregados en cumplimiento de los requisitos de elegibilidad y que se entenderá, como medida de reparación colectiva, la entrega de bienes destinados al desarrollo de proyectos productivos en zonas afectadas por la violencia.⁵⁵²

⁵⁵¹ Parágrafo 1, art. 5, Decreto n° 3391 de 2006.

⁵⁵² El parágrafo 1 del art. 17 del Decreto n° 3391 de 2006 dispone: “Además de los bienes entregados de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 5° del presente decreto, también serán tenidos en cuenta como parte de la reparación al momento de proferir la sentencia respectiva, los actos preprocesales de restitución de bienes directamente a las víctimas y los de bienes ilícitos con destino a la reparación de las víctimas, que hayan sido entregados al Fondo para la Reparación de Víctimas con anterioridad a la diligencia de versión libre o a la audiencia de formulación de imputación. Se entenderá como medida de reparación colectiva la entrega, por parte de los desmovilizados, de bienes destinados al desarrollo de proyectos productivos en zonas afectadas por la violencia, que beneficien a desplazados, campesinos y reinsertados que carezcan de medios económicos para su subsistencia, otorgándoles participación en la propiedad y medios de producción de los mismos. En el caso de los bienes destinados al desarrollo de proyectos productivos en zonas afectadas por la violencia, el acta de que trata el inciso final del artículo 17 del Decreto 4760 de 2005, que hará las veces de entrega de los mismos, indicará el control de tutela que realizará Acción Social sobre la administración y desarrollo de los proyectos por parte de los beneficiarios”.

Es importante mencionar también, que el mismo art. 17, llama la atención sobre la importancia de tener en cuenta la capacidad económica del bloque o frente y de los desmovilizados penalmente responsables, al momento de la determinación judicial de la reparación, con el fin de garantizar la sostenibilidad del proceso “de reconciliación y reconstrucción del tejido social”.

1.2.3. DERECHO DE LAS VÍCTIMAS A DENUNCIAR BIENES DE LOS DESMOVILIZADOS

Tanto en el Decreto n° 4760 de 2005, como en el Decreto n° 3391 de 2006, se previó la posibilidad de que las mismas víctimas denuncien los bienes no entregados por los desmovilizados, para que en el incidente de reparación integral presenten las pretensiones correspondientes y así obtener la restitución. El art. 14 del Decreto n° 4760 de 2005 dispone:

“Cuando la víctima considere que fue despojada ilícitamente de su dominio, posesión, usufructo o de cualquier otro derecho real o precario sobre un bien, como consecuencia de una conducta punible cometida por los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley que se hayan acogido al procedimiento establecido por la Ley 975 de 2005, y pretenda la restitución del mismo, podrá presentar su pretensión en el incidente de reparación integral, cuyo trámite, decisión y efectividad se regirán por lo dispuesto en la citada ley”.⁵⁵³

Es importante señalar que, para efectos de la restitución de bienes, no se exige que la víctima demuestre el derecho de propiedad o la posesión del bien mediante un justo título, puesto que la norma hace alusión al dominio, posesión (regular o irregular) o a cualquier otro derecho, incluso precario. Esto resulta de especial importancia en contextos en los que la propiedad no siempre se rige por las normas del sistema legal estatal y en los que no siempre tienen lugar las formalidades civiles o comerciales propias de los actos jurídicos. De hecho, el art. 14 del Decreto n° 4760, inicialmente contemplaba un inciso 2°, derogado sin razón aparente por el Decreto n° 3391, en el que se reconocía la “situación de extrema vulnerabilidad” de las víctimas y se instaba al juez a tener en cuenta el contexto y las dificultades probatorias en las que ellas se podían ver envueltas en el momento de tener que acreditar sus derechos. El art. 14 del Decreto n° 4760 de 2005, así como el art. 14 del Decreto n° 3391 de 2006, también contempla la posibilidad de iniciar procesos de extinción de dominio, en

⁵⁵³ Art. 14, Ley 975 de 2005.

aquellos casos en los que los bienes no hayan sido previamente entregados por los desmovilizados con destino a la reparación o cuando, existiendo prueba del despojo, “tampoco se produzca la entrega efectiva del bien”.⁵⁵⁴

1.2.4. TESTAFERROS Y BIENES OCULTOS

El art. 14 del Decreto n° 3391 de 2006, reconoce la dificultad que se ha dado en Justicia y Paz, en materia de restitución de bienes, de origen lícito o ilícito, debido a la existencia de testaferros. En algunas ocasiones no es fácil controlar si realmente los desmovilizados han entregado sus bienes y propiedades, de acuerdo con los daños causados y su capacidad patrimonial, debido a que éstos aparecen registrados a nombre de terceras personas que los ocultan. Es por esto que el art. 14 del Decreto n° 3391 obliga a los desmovilizados a realizar los actos necesarios para deshacer simulaciones y poder proceder a la entrega de los bienes con destino a la reparación de las víctimas.⁵⁵⁵ Con la misma finalidad, esta norma hace alusión a la aplicación del principio de oportunidad y autoriza a la Fiscalía General de la Nación para que acuda a esta figura y renuncie, interrumpa o suspenda el ejercicio de la acción penal, con relación a terceros, que exclusivamente hayan participado en las conductas relacionadas con la adquisición, posesión, tenencia, transferencia y “en general con la titularidad de los bienes ilícitos”, para lograr así la entrega de bienes que realmente pertenezcan a jefes de grupos armados ilegales que se encuentren sometidos a la Ley de Justicia y Paz.⁵⁵⁶

Se debe resaltar, que mediante la reforma realizada a las normas sobre el principio de oportunidad, a través de la Ley 1312 del 9 de julio de 2009, se incluyó en el art. 324 del CPP, Ley 906 de 2004, una causal de aplicación del principio, que precisamente alude a testaferros. La regulación actual del principio de oportunidad, contenida en el Código de Procedimiento

⁵⁵⁴ Art. 14, Decreto n° 4760 de 2005, y art. 14, Decreto n° 3391 de 2006.

⁵⁵⁵ Según el inciso tercero del art. 14, Decreto n° 3391 de 2006: “Cuando los bienes de origen ilícito de los miembros del grupo armado al margen de la ley no figuren formalmente a nombre de los mismos o no se encuentren en su poder, estos deberán realizar los actos dispositivos necesarios para deshacer la simulación y proceder a su entrega con destino a la reparación de las víctimas”.

⁵⁵⁶ Según el inciso cuarto del art. 14, Decreto n° 3391 de 2006: “Con el fin de propiciar la debida ejecución de la política criminal establecida en Ley 975 de 2005 facilitando la entrega de los bienes que pertenecen al grupo organizado al margen de la ley pero cuya titularidad aparente es ajena, la Fiscalía General de la Nación podrá aplicar el principio de oportunidad respecto del tercero, siempre que sea ajeno al grupo armado organizado al margen de la ley, que exclusivamente haya participado en las conductas relacionadas con la adquisición, posesión, tenencia, transferencia y en general con la titularidad de los bienes ilícitos, y que colabore eficazmente para que sean entregados para la reparación de las víctimas”.

Penal, Ley 906 de 2004, tiene un alcance mayor sobre casos que involucren el despojo y la restitución de bienes, relevantes en el contexto de Justicia y Paz, así como de testafierros, que lo previsto en el art. 14 del Decreto n° 3391 de 2006.

Con la causal 16 del art. 324 CPP, reformada por la Ley 1312 de 2009, se busca dotar a la Fiscalía General de la Nación de herramientas que le permitan tomar decisiones político criminales, orientadas a la desarticulación de grupos armados ilegales, estimulando actos de reparación a las víctimas. De acuerdo con el art. 2 de la Ley 1312 de 2009:

“Artículo 2º: El artículo 324 de la Ley 906 de 2004, quedará así:

Artículo 324. Causales: El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: (...)

16. Cuando quien haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de la actividad de un grupo organizado al margen de la ley o del narcotráfico, los entregue al fondo para Reparación de Víctimas siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de la respectiva organización”.⁵⁵⁷

El último inciso del art. 14 del Decreto n° 3391 consagra dos límites para la aplicación del principio de oportunidad a terceros. Por un lado, desde el punto de vista temporal, establece que el principio de oportunidad será aplicable a hechos “cometidos con anterioridad al 25 de julio de 2005” en todo el territorio nacional (este es también el límite de aplicación temporal de la Ley de Justicia y Paz, art. 72 Ley 975 de 2005). Sin embargo, esta limitación resulta inocua, si se tiene en cuenta que la Ley 1312 de 2009 consagró, de manera general, sin limitación alguna de esta clase, la aplicación del principio de oportunidad a terceros que entreguen bienes al Fondo para la Reparación de las Víctimas.

Por otro lado, este inciso prohíbe la aplicación del principio de oportunidad, “respecto de hechos que puedan significar violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio, o delitos de narcotráfico y terrorismo”.⁵⁵⁸ Con relación a los delitos que implican violaciones al DIH, crímenes de lesa humanidad o genocidio, el parágrafo 3º del art. 324 de la Ley 906 de 2004, prevé la misma prohibición.

⁵⁵⁷ Art. 2, Ley 1312 de 2009.

⁵⁵⁸ Inciso quinto, art. 14, Decreto n° 3391 de 2006.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con el narcotráfico: en primer lugar, la misma causal 16 de aplicación del principio de oportunidad menciona los bienes derivados de la actividad del narcotráfico; además, el parágrafo 1° del art. 324 de la Ley 906, permite la aplicación del principio de oportunidad en casos de tráfico de estupefacientes “y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal”, terrorismo, financiación de terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, siempre y cuando se trate de las causales cuarta y quinta (los numerales 4° y 5° del art. 324 CPP autorizan la aplicación del principio de oportunidad en casos de colaboración del procesado con la justicia) y no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas.⁵⁵⁹

Es importante destacar que la norma, como se ve, y siguiendo los criterios internacionales relacionados con la responsabilidad del superior jerárquico, no prevé la aplicación del principio para dichos jefes. Así, ha primado, por así decirlo, más que la gravedad que no permitiría desde la política criminal ninguna concesión, el criterio del “mayor responsable”, tal como se lo conoce a nivel internacional.⁵⁶⁰

Otro aspecto a resaltar cuando se trata de testafierros, es la posibilidad de poder decretarse medidas cautelares al tener la declaración del postulado, como prueba sumaria de la propiedad o posesión sobre los bienes. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado sobre este punto y ha precisado que, de la misma manera como ocurre en el proceso civil, en Justicia y Paz “opera una presunción de veracidad frente a lo manifestado por el denunciante de los bienes”.⁵⁶¹ En este sentido, según la Sala:

“Como única forma de salvaguardar los derechos de las víctimas a los que se ha aludido en precedencia, es necesario otorgar credibilidad a la manifestación unilateral del desmovilizado de resarcir el daño causado a las víctimas a través de esos bienes, sobre los cuales ejerce actos de dominio”.⁵⁶²

Para esto, la Corte Suprema de Justicia se fundamenta, además, en el último inciso del art. 15 del Decreto n° 4760 de 2005, según el cual

⁵⁵⁹ Parágrafo 1°, art. 324, Ley 906 de 2004.

⁵⁶⁰ Ver: Alejandro Aponte, *Principio de oportunidad y política criminal: de la discrecionalidad técnica a la discrecionalidad política reglada*, en: http://www.ejrlb.net/medios/docs/146/236_01_principio_de_oportunidad.pdf. Se destaca, de manera especial, el tercer capítulo, numeral 3.3.1.

⁵⁶¹ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 23 de agosto de 2008, radicado n° 28040, M.P. María del Rosario González de Lemos.

⁵⁶² *Ibidem*.

las medidas cautelares proceden sobre “bienes cuya titularidad real o aparente corresponda a los grupos organizados al margen de la ley”.⁵⁶³ Este criterio fue reiterado por la Sala de Casación Penal, en auto del 8 de septiembre de 2008, en el que afirmó que el ofrecimiento de bienes expresado por el postulado debe ser entendido como una extensión de la diligencia de versión libre, razón por la cual dicho ofrecimiento resulta creíble y constituye prueba sumaria de los actos de dominio y posesión que ejerce el postulado sobre los bienes ofrecidos, independientemente de que formalmente se encuentren registrados a nombre de otras personas, caso en el cual la Fiscalía General de la Nación tiene la obligación de entrar a determinar la posible responsabilidad penal de los terceros por los delitos de testaferrato, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, falsedad documental, etc.⁵⁶⁴

En este mismo pronunciamiento, la Corte da cuenta de la consecuencia que surgiría en aquellos casos en los que el postulado ofrezca bienes que no le pertenecen realmente a él o que al presentar algún gravamen no puedan ingresar finalmente al Fondo para la Reparación de las Víctimas:

“En tanto el ofrecimiento de bienes debe ser un acto de plena responsabilidad, lleva a que el postulado asuma todas las consecuencias que se puedan derivar de la entrega de bienes que no puedan ingresar finalmente al Fondo para la Reparación de Víctimas, porque se encuentren sometidos a otros gravámenes o limitaciones a la propiedad (hipoteca, prenda, suspensión del poder dispositivo, embargo, secuestro, afectación de inenajenabilidad, comiso, etc.), se trate de bienes baldíos o sean reclamados exitosamente por terceros de buena fe, por ejemplo, supuestos en los cuales el postulado asume la consecuencia de la expulsión de los beneficios que le ofrece la Ley de Justicia y Paz por haberse resistido a brindar una confesión completa y veraz, y porque con tal conducta está demostrando renuencia a la entrega de sus bienes con el propósito de indemnizar a las víctimas, amén de la posible responsabilidad por el delito de fraude procesal”.⁵⁶⁵

1.3. MEDIDAS CAUTELARES SOBRE BIENES

Respecto de la posibilidad de solicitar medidas cautelares sobre bienes, los artículos 13 y 18 de la Ley 975 de 2005 autorizan a la Fiscalía General de

⁵⁶³ Art. 15, Decreto n° 4760 de 2005.

⁵⁶⁴ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 8 de septiembre de 2008, radicado n° 30360, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

⁵⁶⁵ *Ibídem*.

la Nación para que las solicite en audiencia de formulación de imputación. Así mismo, la Corte Constitucional se manifestó en su pronunciamiento sobre la Ley de Justicia y Paz, a favor de la posibilidad de decretar estas medidas, aún sobre bienes de procedencia lícita. Adicionalmente, el art. 15 del Decreto n° 4760 de 2005 enuncia las medidas cautelares que la Fiscalía debe solicitar ante los magistrados en función de control de garantías y establece a quién le corresponde la administración de los bienes afectados.

El primer inciso del art. 15 del Decreto n° 4760, hace referencia únicamente a los bienes de procedencia ilícita. Sin embargo, es claro que con posterioridad a la sentencia n° C-370 de 2006, se debe entender que esta norma, al igual que la Ley 975 de 2005, también cubre los bienes lícitos:

“Artículo 15. Medidas cautelares. Una vez indicados los bienes ilícitos, la Fiscalía Delegada, en Audiencia Preliminar, solicitará la adopción de medidas cautelares sobre los mismos, las cuales serán adoptadas de manera inmediata por el magistrado que ejerza el control de garantías y comprenderán entre otras la suspensión del poder dispositivo, el embargo y el secuestro de los bienes, de dinero en depósito en el sistema financiero, de títulos valores, y de los rendimientos de los anteriores, lo mismo que la orden de no pagarlos cuando fuere imposible su aprehensión física”.

El art. 15 define, además, a quién le corresponde la administración de los bienes de los desmovilizados sobre los que se decreten medidas cautelares e, incluso, prevé la posibilidad de que sean entregados provisionalmente a las víctimas, hasta que se resuelva sobre su suerte en la sentencia. En este sentido, el art. 15 dispone en el segundo inciso que, cuando se trate de títulos financieros o de valores, los rendimientos obtenidos pasarán a Acción Social–Fondo para la Reparación de Víctimas. De la misma manera, el tercer inciso asigna la administración de los bienes sobre los que se adopten medidas cautelares a Acción Social–Fondo para la Reparación de las Víctimas, hasta que se profiera la sentencia de extinción de dominio a su favor.⁵⁶⁶

1.3.1. MEDIDAS CAUTELARES SOBRE BIENES ANTERIORES A LA FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN

La Corte Constitucional precisó, también, que las medidas cautelares sobre bienes pueden ser solicitadas por los fiscales, aún antes de la formulación de

⁵⁶⁶ Art. 15, Ley 975 de 2005.

imputación, mientras que el postulado rinde su versión libre, a medida que confiesen los delitos en que participó y que aporte bienes con destino a la reparación de las víctimas. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha referido, de la misma manera y en varias oportunidades, a la posibilidad de decretar medidas cautelares sobre bienes, antes de que tenga lugar la audiencia de formulación de imputación.

Llama la atención el giro que ha tenido la argumentación de la Sala de Casación Penal sobre este punto. En un primer momento (auto del 23 de agosto de 2008), la Sala llegó a afirmar que, cuando se decretan medidas cautelares sobre bienes con anterioridad a la formulación de imputación, se vulnera la estructura que la Ley 975 de 2005 ha definido para el proceso penal de Justicia y Paz y, en este sentido, se afecta el debido proceso, pero que en todo caso, al tener en cuenta los derechos de las víctimas, no queda otra opción, con el fin de poder garantizar la efectividad de la reparación, sino permitir la afectación de bienes en dicha etapa procesal.⁵⁶⁷

Sin embargo, en auto del 8 de septiembre de 2008, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia enfatizó de nuevo la importancia de poder ordenar el embargo y el secuestro de los bienes ofrecidos por los desmovilizados, aun antes de que finalice la versión libre, ya que de esta forma es posible evitar que los bienes “sean objeto de actos de disposición o de enajenación posteriores que complicarían la reparación”.⁵⁶⁸ Posteriormente, la Sala mantuvo su posición, pero afirmó, esta vez, que las medidas cautelares con anterioridad a la imputación no implican vulneración alguna del debido proceso del postulado.

Así, en auto del 3 de octubre de 2008, la Corte Suprema se refirió a lo dicho en el auto del 23 de agosto ya mencionado. La Sala de Casación Penal precisó que el sentido de la decisión tomada en aquella ocasión era el mismo que se tomaba en este último pronunciamiento, pero que la

⁵⁶⁷ En este caso la Corte Suprema de Justicia afirmó expresamente que decretar medidas cautelares sobre bienes constituye un desconocimiento de la estructura del proceso especial consagrado en la Ley de Justicia y Paz, pero que el derecho al debido proceso en este caso entra en tensión con el derecho que tienen las víctimas a obtener una reparación integral. Para la Corte: “Aplicando un criterio objetivo de ponderación (...) ese choque debe ser solucionado a favor del último, pues el perjuicio que se ocasiona a las víctimas consecuente con aplicar *strictu sensu* el rito legal consagrado en la Ley 975, esto es, imponer las medidas cautelares sólo hasta cuando el desmovilizado culmine su versión libre y luego de que se efectúe el programa metodológico por parte del fiscal para iniciar la investigación, según lo refiere el artículo 17 de dicha normatividad, es mayúsculo y puede ser prácticamente irremediable”. CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 23 de agosto de 2008, radicado n° 28040, M.P. María del Rosario González de Lemos.

⁵⁶⁸ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 8 de septiembre de 2008, radicado n° 30360, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

diferencia se encontraba “en la prédica actual del no desconocimiento de la estructura procesal”.⁵⁶⁹ De esta manera, la Corte concluyó:

“Se precisa y se da un nuevo enfoque a la señalada jurisprudencia en el sentido que tal afectación de bienes puede llevarse a cabo antes de la audiencia de imputación, desde luego bajo dos condiciones: que el desmovilizado esté rindiendo la versión libre en la cual haya confesado delitos que a futuro puedan ser cobijados por la pena alternativa y además, que tales bienes hayan sido ofrecidos voluntariamente por el desmovilizado con miras a la reparación. Se precisa aquí que la solución se está planteando a nivel del ofrecimiento del desmovilizado, porque es éste el caso del que se ocupa la Sala, pero una fórmula similar de comportamiento procesal tendrá cabida frente a la denuncia de bienes que llegaren a ofrecer las víctimas, el Ministerio Público o la Fiscalía, dado que serán (en ese hipotético evento) semejantes las razones de derecho que podrán ofrecerse, así como idéntico será el derecho a proteger”.⁵⁷⁰

Los cambios en los argumentos utilizados por la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, evidencian, una vez más, la forma como el proceso penal especial de Justicia y Paz se ha venido construyendo, poco a poco, a partir de los problemas prácticos que se han presentado en su desarrollo. En esta oportunidad la Corte parece moverse en un margen de interpretación judicial bastante amplio, muy por encima del ejercicio interpretativo que tradicionalmente se ha dado en materia penal. De hecho, la imposición de medidas cautelares sobre bienes, incluso antes de que se formule la imputación, en contradicción expresa con el texto de la Ley 975 de 2005, se fundamenta, una vez más, en la triada “verdad, justicia y reparación”, utilizando herramientas propias de la dogmática constitucional, como es la dogmática de ponderación.

1.3.2. REPRESENTACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR PARA DECRETAR MEDIDAS CAUTELARES SOBRE BIENES

Otro aspecto importante sobre el cual ha tenido oportunidad de pronunciarse la Corte Suprema de Justicia, es la representación de las víctimas en la audiencia preliminar de solicitud e imposición de medidas cautelares sobre bienes. En audiencia preliminar para adoptar las medidas

⁵⁶⁹ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 3 de octubre de 2008, radicado n° 30442, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

⁵⁷⁰ *Ibidem*.

cautelares sobre los bienes ofrecidos por el desmovilizado Carlos Mario Jiménez Naranjo, alias “Macaco”, realizada en Medellín el 19 de agosto de 2008, el magistrado de control de garantías, al constatar que no se encontraba ningún defensor público que representara a las víctimas en ese proceso, decidió suspender la diligencia hasta que las víctimas no contaran con un representante legal que actuara como parte en la audiencia. Tanto la Fiscalía como el Ministerio Público apelaron esta decisión.

La Sala de Casación Penal aclaró que, cuando no existen víctimas determinadas en el proceso, el deber de la Fiscalía es adelantar una citación pública antes de la audiencia, respecto de las víctimas indeterminadas. Llegado el día de la diligencia, de no presentarse ninguna víctima, el representante del Ministerio Público debe velar por sus intereses. Si acude alguna de ellas, tiene derecho a nombrar un abogado de confianza para que la represente o a solicitar a la Fiscalía General de la Nación que gestione ante la Defensoría del Pueblo el nombramiento de un defensor público. De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia:

“El Ministerio Público tiene la obligación especial de garantizar su representación en el correspondiente proceso. Obviamente la garantía que brinda la Procuraduría en esos casos es en relación con las víctimas indeterminadas que no han hecho valer su condición de tales, de conformidad a lo establecido en el artículo 3º del Decreto 315 de febrero 7 de 2007”.⁵⁷¹

La Sala de Casación Penal concluyó, entonces, que la Defensoría del Pueblo no tiene competencia para nombrar un defensor público que represente judicialmente a las víctimas indeterminadas, “como equivocadamente parece entenderlo el Magistrado de Control de Garantías”, ya que es el Ministerio Público quien, por disposición legal, cumple esa función judicial de acuerdo con el art. 8 del Decreto n° 3391 de 2006.

1.4. FONDO PARA LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Los bienes que son entregados por los desmovilizados para la reparación, pasan a integrar el Fondo para la Reparación de las Víctimas, el cual, según el art. 54 de la Ley 975 de 2005, constituye “una cuenta especial sin personería jurídica”. El inciso segundo del art. 54 de la Ley de Justicia y Paz, precisa de la siguiente manera los recursos que integrarán el Fondo:

⁵⁷¹ *Ibidem.*

“Artículo 54. Fondo para la Reparación de las Víctimas. (...) El Fondo estará integrado por todos los bienes o recursos que a cualquier título se entreguen por las personas o grupos armados organizados ilegales a que se refiere la presente ley, por recursos provenientes del presupuesto nacional y donaciones en dinero o en especie, nacionales o extranjeras”.⁵⁷²

De acuerdo con el párrafo del art. 54, para el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad previstos en los artículos 10 y 11 de la Ley 975, los bienes se deben entregar directamente al Fondo de Reparación. A su vez,

“Igual procedimiento se observará respecto de los bienes vinculados a investigaciones penales y acciones de extinción del derecho de dominio en curso al momento de la desmovilización, siempre que la conducta se haya realizado con ocasión de su pertenencia al grupo organizado al margen de la ley y con anterioridad a la vigencia de la presente ley”.⁵⁷³

1.4.1. REGLAMENTACIÓN DEL FONDO PARA LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

El art. 17 del Decreto n° 4760 de 2005, regula con mayor detalle el funcionamiento y la administración del Fondo. Esta norma dispone que el Fondo estará adscrito a la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional–Acción Social, razón por la cual será administrado por el Alto Consejero Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, quien será para estos efectos el ordenador del gasto. Así las cosas, de acuerdo con el mismo art. 17, en desarrollo de la administración, el Alto Consejero ejercerá los actos necesarios para la disposición, el mantenimiento y la conservación de los bienes o recursos. Se autoriza, en este sentido, al Alto Consejero para contratar total o parcialmente el manejo de los recursos, mediante encargo fiduciario, contratos o fondos de fiducia, contratos de administración, mandato, arrendamiento y “demás negocios jurídicos que sean necesarios, los cuales se registrarán por las normas del derecho privado”.⁵⁷⁴

⁵⁷² Art. 54, Ley 975 de 2005.

⁵⁷³ Párrafo, art. 54, Ley 906 de 2004. En los párrafos 1°, 2°, 3° y 4° del art. 54, se realizan algunas precisiones sobre la administración de los bienes del Fondo, los gastos para su conservación y mantenimiento, actos jurídicos de disposición sobre los mismos y las obligaciones tributarias.

⁵⁷⁴ Art. 17, Decreto n° 4760 de 2005.

Acción Social ha expedido varios acuerdos sobre el funcionamiento del Fondo para la Reparación de las Víctimas. Entre ellos, el Acuerdo n° 03034 del 1 de agosto 2007, el Acuerdo n° 03087 del 8 de agosto de 2007, el Acuerdo n° 03088 del 8 de agosto de 2007 y el Acuerdo n° 023 del 22 de noviembre de 2007, “por el cual se adopta el Reglamento Interno del Fondo para la Reparación de las Víctimas, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 17 del Decreto 4760 de 2005”.

El art. 17 del Decreto n° 4760 de 2005, también hace referencia a los gastos necesarios para la administración de los bienes y recursos del Fondo. Dicha norma establece que estos gastos serán sufragados “con cargo a los rendimientos financieros de los bienes y recursos”, pero que, en aquellos casos en los que no sea suficiente, se tendrán que atender con cargo “al rubro del Presupuesto General de la Nación”.⁵⁷⁵

El art. 18 del Decreto n° 3391 de 2006, especifica nuevamente la forma como se integrará el Fondo y el orden de aplicación de los recursos. Esta norma busca ordenar, de alguna manera, la forma a través de la cual se debe disponer de los recursos que están llamados a integrar el Fondo, teniendo en cuenta quiénes son los obligados a reparar y el tipo de recursos y de bienes con los que aquél debe ser financiado. Esta norma recoge, además, los criterios que se han establecido a través de la jurisprudencia y de la misma reglamentación de la Ley de Justicia y Paz, particularmente con relación a la posibilidad de perseguir bienes de origen lícito, sobre la responsabilidad solidaria del bloque o frente respectivo y la responsabilidad subsidiaria del Estado.

Por esta razón, en la primera parte del art. 18, al ser enunciados los recursos que integran el Fondo, en el numeral primero se alude a los bienes que entreguen los desmovilizados; entre éstos, se prioriza los de origen ilícito y luego se mencionan los de origen lícito. Posteriormente se alude a los recursos provenientes del presupuesto general de la Nación y a donaciones. De la misma manera, en la segunda parte de la norma, al especificarse el orden de afectación de los recursos, una vez se ha proferido sentencia condenatoria en donde se ordenen indemnizaciones, se aclara que, en primer lugar, éstas se tendrán que pagar con cargo a los bienes de origen ilícito del condenado y, de no ser suficientes, las indemnizaciones se pagarán con cargo a los bienes lícitos del mismo condenado y, de manera subsidiaria, se podrá acudir a los bienes de origen lícito de otros miembros del mismo bloque o frente.

⁵⁷⁵ Inciso cuarto, art. 17, Decreto n° 4760 de 2005.

Por su parte, si los recursos entregados a propósito de la desmovilización individual o colectiva no son suficientes, finalmente, habrá que acudir a los recursos asignados del Presupuesto General de la Nación. Sobre este último punto, la norma no deja de ser ambigua al decir que el Estado será responsable de forma residual, “en especial mediante la realización de otras acciones de reparación no decretadas judicialmente (...) sin que ello implique la asunción de responsabilidad subsidiaria”.

1.4.2. DIFICULTADES EN LA ADMINISTRACIÓN DEL FONDO PARA LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

El funcionamiento del Fondo para la Reparación de las Víctimas y, en general, la administración por parte del Estado de los bienes entregados por los desmovilizados, ha generado diversos debates y críticas. La relación entre las medidas cautelares de embargo y secuestro y la entrega de bienes al Fondo no ha sido clara en todos los procesos; además, existen fuertes cuestionamientos a la disposición y seriedad con la que Acción Social ha asumido su tarea con relación al manejo de los bienes destinados a la reparación.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia ha precisado algunos aspectos sobre las medidas cautelares y el Fondo de Reparación. Según la Sala de Casación Penal, para poder decretar medidas cautelares no es necesario entregar los bienes primero al Fondo para la Reparación. Así mismo, la Corte Suprema ha tenido que aclarar que la entrega de bienes por parte de los desmovilizados no equivale al embargo ni sustituye las medidas cautelares que se pueden decretar, pero que, a pesar de que se imponga el secuestro de un bien, no es necesario nombrar un secuestro para su administración ya que ésta es tarea de Acción Social.

En audiencia preliminar para la imposición de medidas cautelares sobre los bienes inmuebles ofrecidos por el postulado Diego Fernando Murillo Bejarano, alias “Don Berna”, realizada el 4 de agosto de 2008 en Medellín, el representante del Ministerio Público solicitó el aplazamiento de la diligencia para que primero se realizara la entrega material de los inmuebles al Fondo para la Reparación de Víctimas, en los términos del parágrafo 1º del art. 5 del Decreto n° 3391 de 2006. El magistrado de control de garantías no acogió esta solicitud y decretó las medidas cautelares con el fin de evitar el deterioro de los bienes. El Procurador Judicial apeló esta decisión.

La Corte Suprema de Justicia, al resolver el recurso interpuesto, señaló que el Ministerio Público no tenía razón al reclamar que las medidas cautelares fueran impuestas después de haberse producido la entrega

material de los inmuebles al Fondo para la Reparación de las Víctimas, ya que el secuestro y el embargo siempre son previos a cualquier acto que sobre bienes ejecute el Fondo. Según la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“Aceptar lo que expone el Ministerio Público conduciría a trastocar el orden de las medidas cautelares porque con la entrega al Fondo de un bien inmueble se estaría produciendo materialmente el secuestro del mismo, siendo que lo procedente es que en primer lugar se decrete el embargo y luego se proceda al correspondiente registro, como en efecto lo decidió el Magistrado de garantías”.⁵⁷⁶

De otra parte, en auto del 23 de agosto de 2007, la Sala de Casación Penal resolvió el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y el Ministerio Público, ante la decisión de un magistrado de control de garantías de Barranquilla, tomada en audiencia preliminar realizada los días 17 y 18 de julio de 2007, mediante la cual impuso medidas cautelares sólo sobre algunos de los bienes ofrecidos por Salvatore Mancuso. En dicho auto, la Corte Suprema aclaró la diferencia entre las medidas cautelares de embargo y secuestro y la entrega de bienes al Fondo de Reparación.

En el trámite del recurso, el Ministerio Público solicitó que se revocara integralmente la decisión impugnada y se declarara la legalidad del ofrecimiento de los 27 bienes por parte del postulado, “como acto preprocesal, para reparar a las víctimas, bastando para ello con su entrega al Fondo para la Reparación de las Víctimas”.⁵⁷⁷ La Corte Suprema de Justicia no acogió esta petición, dado que la entrega de bienes al Fondo no tenía la entidad para sustituir la imposición de medidas cautelares y no resultaba, por sí misma, igual de conveniente para proteger los derechos de las víctimas. Para la Sala de Casación Penal entonces:

“Para garantizar que los bienes cumplan con su objetivo de reparar el daño ocasionado a las víctimas las medidas cautelares permiten su exclusión del comercio o la suspensión de su disposición, lo cual es del resorte exclusivo y excluyente de los funcionarios judiciales, al cabo que el Fondo cumple una función básicamente de administración en procura del buen manejo de los recursos, despojada del carácter coactivo de las medidas cautelares”.⁵⁷⁸

⁵⁷⁶ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 8 de septiembre de 2008, radicado n° 30360, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

⁵⁷⁷ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 23 de agosto de 2008, radicado n° 28040, M.P. María del Rosario González de Lemos.

⁵⁷⁸ *Ibíd.*

Así las cosas, antes de la entrega de los bienes al Fondo de Reparación, se debe declarar el embargo y secuestro de los bienes del postulado. Sin embargo, aclara la Sala, es improcedente nombrar secuestre en el marco de Justicia y Paz, ya que la administración de los bienes corresponde al Fondo para la Reparación de las Víctimas, “como mecanismo de protección a efectos de evitar gastos que puedan disminuir el monto de la reparación y, por ende, un adecuado resarcimiento a las víctimas”.⁵⁷⁹

Es importante mencionar que en estos pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se evidencia cierto malestar hacia la gestión adelantada por el gobierno nacional, en la recepción y administración de bienes con fines de reparación. Así, por ejemplo, el magistrado de control de garantías de Barranquilla, que presidió la audiencia preliminar realizada los días 17 y 18 de julio de 2007, en la que se decretó el embargo y secuestro sobre algunos de los bienes ofrecidos por el jefe paramilitar Salvatore Mancuso, instó en su decisión al Presidente de la República, para que tomara las medidas pertinentes en orden a poner en funcionamiento el Fondo para la Reparación de las Víctimas. Este mismo requerimiento lo formuló la Corte Suprema de Justicia en el auto de segunda instancia del 23 de agosto de 2007, en este mismo proceso.⁵⁸⁰ Es interesante observar que este llamado de atención que realizan los jueces de la República, tiene lugar dos años después de la entrada en vigencia de la Ley 975 de 2005, y en un momento en el que al menos ya se habían recibido versiones libres durante un año.

El magistrado de control de garantías de Medellín, cuya decisión sobre los bienes de alias “Don Berna” dio lugar al auto de la Corte Suprema de Justicia del 8 de septiembre de 2008, también “llamó la atención sobre las omisiones que en materia de administración de bienes se está presentado en Acción Social y le ordenó que designe los administradores que correspondan”.⁵⁸¹ Así mismo, en el trámite del recurso de apelación interpuesto en este proceso por el representante del Ministerio Público, la Fiscalía “criticó que en Acción Social se pongan trabas a la recepción de bienes entregados por los desmovilizados”.⁵⁸² Son éstos, hechos que ilustran muy bien las limitaciones intrínsecas del derecho penal para dar cuenta de fenómenos que corresponden mejor al sistema general de Justicia y Paz y que, de hecho, se sitúan en un escenario más amplio de políticas públicas.

⁵⁷⁹ *Ibídem.*

⁵⁸⁰ *Ibídem.*

⁵⁸¹ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 8 de septiembre de 2008, radicado n° 30360, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

⁵⁸² *Ibídem.*

En este mismo sentido, en el incidente de reparación integral realizado entre los días 7 y 9 de julio de 2010, en el proceso seguido contra Jorge Iván Laverde Zapata, alias “El Iguano” (comandante del Frente Fronteras del Bloque Catatumbo de las AUC), el fiscal del caso presentó la situación de los bienes entregados por Salvatore Mancuso y expuso los inconvenientes que han tenido para su entrega. De acuerdo con el fiscal, al menos nueve de las fincas que Mancuso ha propuesto entregar para efectos de la reparación de las víctimas, tienen actualmente algún tipo de inconveniente debido a las pretensiones que terceros han presentado frente a esos mismos bienes. Con relación a ellos, a pesar de tener medidas cautelares, el fiscal del caso se abstuvo de solicitar a la Sala de Conocimiento que declarara la extinción de dominio hasta tanto no se resolviera dicha situación.⁵⁸³ Los bienes, a manera de ilustración, ya que son hechos que se repiten en casos concretos, son:

- Fincas Nueva Deli y Villa Nueva: estos dos predios se encuentran a nombre de Mancuso, pero en ellos existen proyectos productivos de desmovilizados que han sido patrocinados por el mismo Mancuso y por el gobierno nacional. (La Fiscalía advirtió que los desmovilizados no se oponen a que estos predios sean entregados a las víctimas siempre y cuando se reconozca en términos económicos el trabajo que ellos han venido adelantando, por esta razón dejó a disposición de la Sala la decisión sobre la extinción de dominio);
- Finca el Bongó: una de las víctimas afirma que su padre fue despojado de este predio y obligado a firmar escrituras; sin embargo, en este bien existe actualmente un asentamiento de treinta familias desplazadas que trabajan la tierra y reclaman derechos como poseedores;
- Finca las Pampas: el 50% de este bien se encuentra a nombre de una persona que ha reconocido ser testafirro de Mancuso; frente a él se aplicará el principio de oportunidad. El otro 50% se encuentra registrado a nombre de una mujer que no ha podido ser ubicada;

⁵⁸³ En esta diligencia, el Fiscal solicitó a la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz que se pronunciara en la sentencia sobre la extinción de dominio de los bienes ofrecidos por Salvatore Mancuso para la reparación de las Víctimas. Sobre estos bienes se han decretado medias cautelares y ellos han sido entregados a Acción Social. Sin embargo, algunos bienes presentan inconvenientes debido a la reclamación de terceros. Frente a estos no se solicitó la extinción de dominio, dado que incluso Acción Social se ha negado a recibir algunos de ellos.

- Fincas Paz Verde y la Gloria: Salvatore Mancuso entregó la posesión de estos predios y señaló que los había recibido como pago de una contraprestación por parte de un narcotraficante. Esta persona murió y sus herederos han reclamado estos bienes. De hecho, sobre estos bienes existen también medidas cautelares que se han decretado en el proceso civil de sucesión. (En este caso la Fiscalía advirtió sobre la situación del bien y dejó a disposición de la Sala la decisión sobre la extinción de dominio);
- Finca el Cortijo: Sobre este bien existe una sentencia de primera instancia, en el marco de un proceso de pertenencia, a favor del padre de Salvatore Mancuso. Al parecer este proceso de pertenencia fue iniciado y no se advirtió sobre las medidas cautelares decretadas en Justicia y Paz.

En varios de estos casos, Acción Social se negó, en un principio, a recibir los bienes, aunque lo ha hecho después de varios debates ante los magistrados de Justicia y Paz e incluso ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. En todo caso, en el transcurso del incidente de reparación también el abogado defensor puso de manifiesto su inconformidad con la gestión adelantada por Acción Social. Según el abogado, desde el principio del proceso hubo resistencia por parte de Acción Social a la entrega de bienes; esta entidad exigió formularios que después rechazó y solicitó planos georeferenciados de los bienes para luego no admitirlos. El defensor de Salvatore Mancuso afirmó que, en dos años, Acción Social únicamente había recibido seis o siete bienes.

Otra de las “quejas” que el abogado defensor expuso a los magistrados de la Sala de Conocimiento, consistió en que, según él, Acción Social “desprestigió” a través de los medios de comunicación, los bienes entregados por su representado, lo que ha dificultado su venta para monetizarlos. Además, insistió en que varios de estos bienes se han venido deteriorando y han perdido, por ejemplo, cosechas, debido a la falta de administración por parte de Acción Social.

1.5. SISTEMAS Y ESTRATEGIAS DE INFORMACIÓN PARA LAS VÍCTIMAS

En los Decretos n° 4760 de 2005 y 3391 de 2006, se han previsto algunas estrategias para brindar información a las víctimas sobre el proceso de reparación en el contexto de Justicia y Paz, particularmente en lo relacionado con la entrega de bienes por parte de los desmovilizados y su restitución. Con ello se busca crear vías de acceso a la información, para que las víctimas tengan la posibilidad de presentar reclamaciones informadas y oportunas. Estas estrategias están dirigidas, principalmente,

a reunir y sistematizar la información recogida por distintas entidades en tres aspectos: en primer lugar, se busca darle publicidad a los bienes entregados al Fondo para la Reparación de las Víctimas; en segundo lugar, se trata de canalizar la información sobre la reparación que tiene lugar en desarrollo de los procesos penales de Justicia y Paz; en tercer lugar, se busca identificar bienes inmuebles que hayan sido objeto de despojo.

El art. 16 del Decreto n° 4760 de 2005, regula la publicidad de los bienes entregados al Fondo para la Reparación de las Víctimas. Esta norma obliga a Acción Social a poner de manera permanente en conocimiento del público, el listado de bienes que los desmovilizados entreguen con fines de reparación, en desarrollo de la Ley 975 de 2005. Esta obligación se debe cumplir a través de las oficinas de Acción Social a nivel territorial y de los medios tecnológicos de que disponga.⁵⁸⁴ Es importante anotar que el último inciso del art. 16 dispone que los gastos originados en la publicidad prevista en ese artículo deben ser sufragados con cargo al Fondo para la Reparación de las Víctimas. Este aspecto es interesante, si se tiene en cuenta la insuficiencia de los recursos que integran el Fondo para cumplir con las pretensiones que han presentado las víctimas en los procesos penales de Justicia y Paz.

El art. 18 del mismo Decreto n° 4760, obliga a Acción Social a diseñar, implementar y administrar un sistema de información que “permita realizar cruces y seguimiento de los pagos realizados a las víctimas”. Se trata, entonces, de depurar los datos recolectados por distintas entidades, para poder informar sobre los siguientes aspectos: (i) los miembros de grupos armados frente a los cuales se inicia investigación penal conforme a la Ley 975 de 2005; (ii) los incidentes de reparación integral cuya apertura se decreta en desarrollo de estos procesales penales; (iii) las víctimas que en ellos participan; (iv) las sentencias condenatorias que se profieran; (v) las víctimas beneficiarias de la reparación económica; (vi) la cuantía de las mismas; (vii) los pagos realizados por medio del Fondo; y (viii) los bienes o recursos con cargo a los cuales se haya ejecutado el pago. Para el cumplimiento de esta obligación, el art. 18 ordena a las entidades que intervienen en la aplicación de la Ley 975 de 2005 (Fiscalía General

⁵⁸⁴ “Artículo 16. Publicidad sobre los bienes entregados al fondo para la reparación de las víctimas. Con el fin de proteger los derechos de las víctimas y de los terceros de buena fe y posibilitar el ejercicio oportuno de sus derechos, la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional-Acción Social pondrá de manera permanente en conocimiento del público el listado de bienes que en desarrollo de la Ley 975 de 2005 le hayan sido entregados para la reparación de las víctimas y posibilitará su consulta a través de sus oficinas a nivel territorial, así como de los medios tecnológicos de que disponga. Los gastos originados en la publicidad prevista en el presente artículo se sufragarán con cargo al Fondo para la Reparación de Víctimas”.

de la Nación, tribunales superiores de distrito judicial, etc.), que pongan a disposición de Acción Social toda la información que sea pertinente, siempre que ella no que no se encuentre sometida a reserva legal.

Además, el art. 4 del Decreto n° 3391 de 2006, “con el fin de propender por la restitución a las víctimas”, establece que las entidades estatales competentes deberán adoptar las medidas necesarias “para disponer de la información sobre los bienes inmuebles rurales y urbanos que han sido objeto de despojo”. Para esto, “la Superintendencia de Notariado y Registro deberá coordinar e implementar un sistema que permita la interrelación de notariado, catastro y registro, y cuente con la información pertinente del IGAC, Incoder y demás instituciones relacionadas”.⁵⁸⁵ El último inciso del art. 4 del Decreto n° 3391 de 2006 también le asigna una responsabilidad importante a la CNRR, en la publicidad de los procesos de restitución de bienes. Según esta disposición, la CNRR “propondrá mecanismos de interlocución dirigidos a fortalecer la articulación del accionar estatal, tanto nacional como territorial, relacionado con la información sobre restitución de bienes (...). Para tal efecto contará con el concurso de las comisiones de restitución de bienes”.⁵⁸⁶

Es importante mencionar que, en la página Web de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional–Acción Social, a agosto de 2010, se encontraban publicadas 101 actas de entrega de bienes al Fondo para la Reparación de las Víctimas, por parte de los desmovilizados postulados a Justicia y Paz. Las actas son discriminadas por desmovilizado y se indica en cada una de ellas el estado de los bienes (recibidos o monetizados). Por ejemplo, el Acta n° 001 del 18 de mayo de 2007, registra la entrega de bienes del postulado Manuel de Jesús Pirabán, alias “Don Jorge” o “Pirata”, desmovilizado del Bloque Héroes del Llano. En ésta aparecen entregadas dos fincas, de 910 y 995 hectáreas, tres lotes urbanos con construcciones en obra negra y avanzado grado de deterioro, tres vehículos Toyota (modelos 1997, 1999 y 2000), 152 toros y 2 caballos. Según la publicación de Acción Social, estos bienes han sido recibidos pero no monetizados.⁵⁸⁷

El Acta n° 101, con fecha del 21 de mayo de 2010, registra la entrega de un vehículo camioneta Toyota, como fruto de la desmovilización colectiva del Bloque Norte de las AUC, la cual figura como recibida, pero no monetizada. En total, según la página Web de Acción Social, a agosto de

⁵⁸⁵ Art. 4, Decreto n° 3391 de 2006.

⁵⁸⁶ Último inciso, art. 4, Decreto n° 3391 de 2006.

⁵⁸⁷ Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional Acción Social, página Web, en: <http://www.accionsocial.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=455&conID=1667> (última fecha de consulta: 05.08.2010).

2010 se habían entregado 49 bienes inmuebles, 54 vehículos (automóviles y motos) y 1 helicóptero (sin contar el dinero en efectivo, los semovientes y otro tipo de bienes cuya entrega se encuentra registrada en estas actas).⁵⁸⁸

1.6. OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN PARA BIENES CON FINES DE REPARACIÓN

En el proceso penal de Justicia y Paz seguido contra Salvatore Mancuso, el abogado defensor solicitó audiencia preliminar, para que un magistrado de control de garantías adoptara medidas de salvaguardia y supervisión respecto de algunos de los bienes inmuebles ofrecidos por su representado para indemnizar a las víctimas. De acuerdo con el abogado defensor:

“Algunos de tales bienes fueron invadidos por terceros sin que Acción Social- Fondo para la Reparación de Víctimas haya adoptado medidas tendientes a contrarrestar esa situación y en franco desconocimiento de lo decidido por esta Sala en su proveído del 23 de agosto de 2007, por virtud de la cual decretó medidas cautelares sobre los bienes registrados a nombre del desmovilizado *SALVATORE MANCUSO GÓMEZ*, entregados con fines de reparación”.⁵⁸⁹

Ante esta solicitud, un magistrado de control de garantías de Barranquilla se pronunció el 20 de octubre de 2009 y consideró que carecía de competencia para fijar una audiencia preliminar con esta finalidad. De acuerdo con el magistrado, la solicitud hecha por el abogado defensor de Salvatore Mancuso, excedía lo expresamente establecido en el art. 15 del Decreto n° 4760 de 2005, por no estar encaminada “a garantizar el derecho de restitución en procura de hacer posible la entrega en provisionalidad de bienes a las víctimas”.⁵⁹⁰

Ante esta situación, el abogado defensor presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación. El 4 de diciembre de 2009, el magistrado resolvió en forma negativa el recurso de reposición y no concedió el de apelación, razón por la cual el defensor del postulado recurrió al recurso de queja.⁵⁹¹

⁵⁸⁸ *Ibíd.*

⁵⁸⁹ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 10 de febrero de 2010, radicado n° 33358, M.P. María del Rosario González de Lemos.

⁵⁹⁰ Art. 15, Decreto n° 4760 de 2005.

⁵⁹¹ Según el defensor: “el procedimiento reglado en la Ley 975 de 2005 por esencia es oral, dada su semejanza con el de la Ley 906 de 2004, razón por la cual ‘todas las decisiones deben ser proferidas en audiencia y las impugnaciones concedidas allí mismo (Arts. 13 y 26 Ley 975)...’. No obstante esa condición, asegura, el Magistrado de Control de Garantías ‘ha convertido en escrito un procedimiento que la ley ha estatuido como oral’, con lo cual, adicio-

Según el magistrado:

“Cuando se trata de bienes sobre los cuales se han adoptado medidas cautelares, como en el presente caso, ‘la ley de justicia y paz no tiene prevista la realización de audiencia preliminar en situación distinta a la que señala el inciso 3° del artículo 15 del D. 4760 de 2005 para hacer entrega provisional de los bienes a la víctima hasta que se resuelva sobre los mismos en la sentencia’ para los casos cuya finalidad sea la de garantizar el derecho de restitución de bienes cobijados por medida cautelar siempre y cuando medie solicitud de la Fiscalía, el Ministerio Público o de la víctima”.⁵⁹²

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al resolver el recurso de queja, dio la razón al defensor. Para la Corte, la solicitud que presentó el abogado, orientada a que se adoptaran medidas de salvaguardia y control sobre los bienes ofrecidos por el postulado para el resarcimiento de las víctimas, se había debido tramitar en audiencia preliminar, dando la oportunidad para que intervinieran los demás sujetos procesales y pudieran así interponer los recursos contra las decisiones adoptadas en ella, de acuerdo con lo previsto en el art. 26, inciso segundo, de la Ley 975 de 2005.

Para decidir, la Sala se remitió al texto del art. 13 de la Ley 975 de 2005, en donde se enuncian los asuntos que en el marco de Justicia y Paz deben ser resueltos en audiencia preliminar. Así, el numeral 7° del art. 13 se refiere a todas aquellas solicitudes que hagan relación a asuntos similares a los que se hace alusión en los seis primeros numerales de esta norma. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia manifiesta:

“Cómo no considerar similar, estima la Sala, la situación planteada por el defensor en el sentido de adoptar mecanismos de protección respecto de los bienes ofrecidos por el postulado para resarcir a las víctimas, frente al tema reglado en el numeral 4° de la misma disposición concerniente a ‘la solicitud y la decisión de imponer medidas cautelares sobre bienes’, ante la amenaza latente de que, incluso, se pueda tornar nugatorio lo decidido por esta Colegiatura

nalmente, ha desconocido los derechos de los demás sujetos procesales legitimados para intervenir en el asunto objeto de debate como la Fiscalía, víctimas y Ministerio Público, pretermisión de las formas que lo obligó a presentar por escrito el recurso de queja”. CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 10 de febrero de 2010, radicado n° 33358, M.P. María del Rosario González de Lemos.

⁵⁹² *Ibidem*.

el 23 de agosto de 2007 cuando los afectó con tales medidas, por los hechos ahora denunciados”.⁵⁹³

Así las cosas, para la Sala de Casación Penal, no es cierto que, cuando los bienes han sido afectados con medidas cautelares, el único asunto susceptible de ser tramitado en audiencia preliminar sea el regulado en el inciso 3° del art. 15 del Decreto n° 4760 de 2005 (entrega provisional de los bienes a la víctima hasta cuando se resuelva definitivamente sobre ellos en la sentencia), por solicitud de la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio Público o las víctimas.

Para la Corte esta posición no es coherente con la relevancia que los derechos de las víctimas tienen en Justicia y Paz, ya que la protección de los bienes que se destinan a la reparación y la restitución, no se logra exclusivamente con la entrega provisional o las medidas cautelares. De ser necesario, se deben activar también medidas de salvaguardia que faciliten la restitución, por ejemplo, requerimientos a Acción Social o a las autoridades policivas competentes, “cuando se cuenta con información debidamente sustentada en el sentido de que, por determinados motivos, existe el riesgo de no poder utilizarse (los bienes entregados por los postulados) para la reparación” (paréntesis por fuera del texto original).⁵⁹⁴

Por estas razones, la Corte Suprema declaró la nulidad de lo actuado desde la decisión adoptada el 20 de octubre de 2009. Con este criterio, la Corte autorizó a los magistrados de control de garantías, para que tomaren las medidas que fueren pertinentes para proteger los bienes que entreguen los desmovilizados, así no estén previstas expresamente en la ley, con el fin de garantizar la efectividad de la reparación a las víctimas.

1.7. COMISIONES REGIONALES DE RESTITUCIÓN DE BIENES

La reparación a las víctimas y, como parte de ella, la restitución de bienes, es un tema que excede las discusiones atinentes de la responsabilidad penal y la posibilidad de respuesta por parte de las instituciones que intervienen tradicionalmente en el proceso penal. En Colombia la violencia ha estado ligada, desde años atrás, a la lucha por la tierra y al fenómeno paramilitar; particularmente, ha implicado gran cantidad de despojos, desplazamientos de población y de acumulación de capitales en torno a la explotación de grandes extensiones de tierra, en perjuicio, por ejemplo, de comunidades campesinas e indígenas. Es por esto que la

⁵⁹³ *Ibíd.*

⁵⁹⁴ *Ibíd.*

triada “verdad, justicia y reparación”, como articulación de derechos de las víctimas, implica una reflexión de fondo sobre la tenencia de la tierra en el país, sobre las oportunidades de subsistencia de la población rural en condiciones de dignidad y sobre la noción misma de propiedad, así como de su respeto como base para la paz.

En este sentido, la discusión sobre la reparación y restitución de bienes, compromete instituciones y políticas diversas; ante este panorama, la justicia penal no puede ser más que un eslabón en la cadena de esfuerzos estatales para poder asumir con seriedad esta problemática. (Precisamente por esta razón, el gobierno nacional presentó en septiembre de 2010 un proyecto de ley “por el cual se establecen normas transicionales para la restitución de tierras”; en el proyecto se define el despojo de tierras y se articulan una serie de estrategias para la restitución. Entre ellas, se crea un procedimiento judicial especial para reclamar la restitución de tierras, en donde se adoptan medidas especiales a nivel probatorio, y se crea la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Tierras Despojadas).⁵⁹⁵

Por la misma razón, la Ley de Justicia y Paz no se ha limitado a regular el proceso penal, sino que también ha creado la CNRR y las Comisiones Regionales de Restitución de Bienes (CRRB), como entidades directamente comprometidas en la reparación. En Justicia y Paz, el proceso penal no es entonces el único escenario en el que tiene lugar la restitución. El Área de Justicia ha insistido en ese punto desde el primer informe: acciones situadas en auténtica dinámica transicional, son aquellas que comprometen todas las instituciones y que son adelantadas por cada una de ellas de acuerdo con su propia capacidad de reducción de complejidad.

El art. 52 de la Ley 975 de 2005, establece las Comisiones Regionales de Restitución de Bienes, como aquellas “responsables de propiciar los trámites relacionados con las reclamaciones sobre propiedad y tenencia de bienes en el marco del proceso establecido en la presente ley”.⁵⁹⁶ Según el art. 53 de la Ley de Justicia y Paz:

“Las Comisiones Regionales estarán integradas por un (1) representante de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, quien la presidirá; un delegado de la Procuraduría para justicia y la paz; un (1) delegado de la Personería municipal o

⁵⁹⁵ El proyecto de ley de restitución de tierras puede ser consultado en la página Web del Ministerio de Agricultura: http://www.minagricultura.gov.co/archivos/microsoft_word_-_100906_proyecto_de_ley_tierras_v7.pdf.

⁵⁹⁶ Art. 52, Ley 975 de 2005.

Distrital; un (1) Delegado del Defensor del Pueblo; y un delegado del Ministerio del Interior y de justicia”.⁵⁹⁷

El art. 23 del Decreto n° 4760 de 2005, modificado por el art. 2 del Decreto n° 176 de 2008, enuncia las funciones de las Comisiones Regionales de Restitución de Bienes. Las CRRB deben apoyar a la CNRR en la elaboración de un programa de restitución de bienes y deben apoyar a las distintas autoridades para implementarlo.⁵⁹⁸ Adicionalmente, las CRRB deben asesorar a las víctimas sobre los trámites que deberán adelantar con el fin de acceder a la satisfacción de sus pretensiones, también en la formulación de solicitudes de medidas cautelares ante la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, para solicitar el ingreso al registro único de predios abandonados, para que ejerzan el derecho a denunciar los bienes no enlistados ni entregados por los desmovilizados y recomendar a las autoridades judiciales competentes el impulso de los procesos de extinción del derecho de dominio sobre los mismos, para la formulación de solicitudes de entrega provisional de los bienes sobre los que se decreten medidas cautelares, etc. Las CRRB también deben hacer seguimiento al cumplimiento de las sentencias judiciales que ordenen la restitución de bienes.⁵⁹⁹

Por su parte, el art. 5 del Decreto n° 176 de 2008 definió la distribución territorial de las CRRB:

“Artículo 5°. Distribución territorial. De conformidad con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 53 de la Ley 975 de 2005, operarán Comisiones Regionales para la Restitución de Bienes en los siguientes municipios y/o distritos: Bogotá, Medellín, Sincelejo, Barranquilla, Bucaramanga, Valledupar, Pasto, Cali, Mocoa, Neiva, Quibdó y Cartagena. Estas Comisiones se instalarán dentro del mes siguiente a que el Ministerio del Interior y de

⁵⁹⁷ Art. 53, Ley 975 de 2005. El inciso segundo del art. 53 establece: “El Gobierno Nacional tendrá la facultad de designar un representante de las comunidades religiosas y determinará, de acuerdo con las necesidades del proceso, el funcionamiento y distribución territorial de las comisiones”.

⁵⁹⁸ En la página Web de la CNRR se encuentra el documento Programa de Restitución de Bienes (Inmuebles urbanos/rurales-tierras-territorios). Este texto fue preparado en cumplimiento del art. 21 del Decreto 4760 de 2005 y actualmente se está socializando. En este sentido, es posible acceder a través de la página Web al documento y a un formato guía para que el público, en general, haga llegar a la CNRR los comentarios, críticas y sugerencias que se consideren pertinentes. Ver: <http://www.cnrr.org.co/restitucion-web/html/opinion.html> (última fecha de consulta: 05.08.2010).

⁵⁹⁹ Art. 23, Decreto n° 4760 de 2005, modificado por el art. 2° del Decreto n° 176 de 2008.

Justicia determine su funcionamiento, bajo la coordinación de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación”.⁶⁰⁰

Adicionalmente, el párrafo del art. 5 autorizó a la CNRR para que, en cualquier tiempo, proponga al Ministerio del Interior y de Justicia, ciudades o regiones en donde sea conveniente que funcionen las Comisiones Regionales de Restitución de Bienes.

Desde los inicios del proceso de Justicia y Paz, en diversas ocasiones se advirtió sobre los graves problemas en materia de restitución y sobre las dificultades para la entrega de bienes por parte de los desmovilizados. Sin embargo, las CRRB comenzaron a ser instaladas en 2009, cuatro años después de la entrada en vigencia de la Ley 975 de 2005.

Por otra parte, en la página Web de la CNRR, es posible consultar la cobertura que los medios de comunicación han hecho del proceso de Justicia y Paz, especialmente con relación a la reparación. Así, en la sección “CNRR en los medios” se encuentran reseñas de noticias desde agosto de 2006 hasta la actualidad. Aquí se puede constatar que desde el año 2006 existió la preocupación, expresada por diversos sectores, frente a la forma como se daría realmente la reparación, su alcance y la posibilidad real de que haya restituciones.

Por ejemplo, el diario El Colombiano, el 11 de septiembre de 2006, dio cuenta de la primera audiencia pública realizada por la CNRR, la cual tuvo lugar en el municipio de Cocorná (Antioquia). En esta noticia se hace referencia expresa a las dudas que manifestaron las víctimas sobre el proceso de reparación. La noticia cita a Gerardo Vega, coordinador de la oficina regional de la CNRR:

“Vimos que hay muchos reclamos en tres áreas: muerte y desapariciones, recuperación de tierras y desminado. Eso nos va marcando una ruta de trabajo, pero más allá de la organización de las víctimas es urgente hacer un censo para saber qué tipo de daño se produjo y ver qué reparación procede.”⁶⁰¹

Entre las prioridades también está explicar en muchos escenarios qué puede y qué no puede hacer la Comisión, qué tipo de reparación pueden brindar los magistrados de los tribunales de Justicia y Paz

⁶⁰⁰ Art. 5, Decreto n° 176 de 2008.

⁶⁰¹ Ver: <http://www.cnrr.org.co/contenido/09e/spip.php?article1390> (última fecha de consulta: 04.08.2010).

o el Fondo de Reparación de Acción Social para ‘que la gente no se haga falsas expectativas’ sostuvo Vega”.⁶⁰²

Así mismo, el diario El País, el 3 de febrero de 2007, publicó un artículo titulado: “No se sabe dónde están los bienes de los ‘paras”, afirmando que:

“Estudios de la Contraloría revelan que paramilitares y narcotraficantes tienen en su poder al menos cuatro millones de hectáreas. Mientras los jueces de Justicia y Paz no emitan un fallo definitivo, será imposible hacer el decomiso de tierras que pidió el Presidente Uribe.

Salvo escasas referencias que han quedado plasmadas en estudios de académicos y analistas, y una que otra denuncia periodística, hasta el momento no existe ningún estudio serio que permita establecer, al menos de manera aproximada, los bienes ilícitos en poder de las desmovilizadas autodefensas”.⁶⁰³

El diario El País citó a Eduardo Pizarro, presidente de la CNRR, quien afirmó que para esa fecha los paramilitares desmovilizados no habían entregado ningún bien. Además, se hace referencia a la Contraloría General de la República, entidad que había advertido que al menos cuatro millones de hectáreas de las tierras más fértiles del país se encontraban en poder de narcotraficantes y paramilitares. Al respecto, se cita también, como ejemplo, el caso de Diego Fernando Murillo, alias “Don Berna”,⁶⁰⁴ quien “maneja todo el transporte de Envigado y buena parte de Medellín” y de Carlos Mario Jiménez, alias “Macaco”, quien “habría infiltrado equipos de fútbol de la segunda y tercera división”.⁶⁰⁵

El 17 de junio de 2007 el periódico Hoy Diario del Magdalena, publicó una noticia titulada “Paras no tienen plata, sus testaferros la ocultan” y citó a Eduardo Pizarro, quien manifestó con preocupación que:

“El Estado y, por ende los colombianos, tendrán que pagar con sus impuestos parte de la reparación a las víctimas por los crímenes del paramilitarismo porque, según él, los desmovilizados de las autodefensas ‘no tienen un peso’ y sus bienes están en manos de testaferros”.⁶⁰⁶

⁶⁰² *Ibidem.*

⁶⁰³ Ver: <http://www.cnrr.org.co/contenido/09e/spip.php?article1298> (última fecha de consulta: 04.08.2010).

⁶⁰⁴ *Ibidem.*

⁶⁰⁵ *Ibidem.*

⁶⁰⁶ Ver: <http://www.cnrr.org.co/contenido/09e/spip.php?article1334> (última fecha de

El 11 de septiembre de 2009, la CNRR citó las declaraciones dadas por Patricia Buriticá, comisionada integrante de la sociedad civil, a propósito de la instalación de la CRRB del departamento de Bolívar, quien hizo un llamado de atención al gobierno nacional, para que investigara la venta masiva de tierras que “inexplicablemente” se estaba viendo en la región de los montes de María, “por parte de grandes capitales para el cultivo de materias primas requeridas en la producción de biocombustibles”.⁶⁰⁷ Según la Comisionada Buriticá:

“El Gobierno Nacional debe tomar medidas drásticas sobre este tema. Tenemos conocimiento de que hay gran compra de hectáreas del orden de mil a tres mil hectáreas, incluso se han conocido casos de 75 mil hectáreas, que se han comprado en Montes de María para el cultivo de grandes extensiones de materias primas para la producción de biocombustibles. Tenemos que ver por qué la gente está vendiendo, afirma la comisionada”.⁶⁰⁸

Como se ha dicho, a pesar de todas las advertencias y llamados de atención sobre lo delicado que es para el proceso de Justicia y Paz aquello relacionado con bienes en general y particularmente con la tenencia de la tierra, solamente hasta el mes de julio 2009 se instaló la primera CRRB en el departamento de Antioquia, con sede en Medellín. La segunda CRRB fue la del departamento de Bolívar y se instaló el 11 de septiembre de 2009 en Cartagena. En octubre de 2009, se instalan las CRRB de Bogotá y del Nororiente (Santander), en noviembre de 2009 se crea la CRRB para los departamentos de Sucre y Córdoba, en febrero de 2010 la CRRB del Valle del Cauca, en abril de 2010 la del departamento del Atlántico y en mayo de 2010 la del departamento del Putumayo.⁶⁰⁹

A pesar de haber sido creadas recientemente, la implementación de las CRRB ha generado muchas expectativas entre las víctimas que pretenden reclamar sus derechos en Justicia y Paz. Así, por ejemplo, el 15 de septiembre de 2009, el Comité Técnico Especializado Regional (CTER) de la CRRB de Antioquia aprobó el plan de trabajo para ese año. Se propuso entonces verificar la información de 128 casos de despojo, trabajar para la cancelación de títulos fraudulentos en 163 casos, tramitar el procedimiento administrativo ante el INCODER para la adjudicación de 6 casos de baldíos ocupados indebidamente y proponer, para 203 casos,

consulta: 04.08.2010).

⁶⁰⁷ Ver: <http://www.cnrr.org.co/contenido/09e/spip.php?article1936> (última fecha de consulta: 04.08.2010).

⁶⁰⁸ *Ibidem*.

⁶⁰⁹ Ver: http://www.cnrr.org.co/restitucion-web/html/comisiones_home.html (última fecha de consulta: 04.08.2010).

retornos en condiciones seguras. De la misma manera, con la creación de la CRRB de Sucre, se anunció que inicialmente se verían beneficiadas 100 familias con la recuperación del derecho pleno a la propiedad y la CRRB del Atlántico inició labores con 151 casos registrados sobre despojo de bienes.⁶¹⁰

Para la fecha de redacción de este documento, existen tres proyectos piloto orientados a implementar estrategias de reparación y restitución de tierras, liderados por las CRRB y la CNRR: proyecto piloto de Turbo (Antioquia), proyecto piloto de Mampuján (Bolívar) y proyecto piloto de Chengue (Sucre).

En el proyecto piloto adelantado en Turbo, se han restituido 105 predios a igual número de familias, en las veredas Calle Larga, Nueva Unión, La Teca y California. Según información de la CNRR, “de acuerdo con este primer balance de seguimiento al proyecto, se estableció que en total se han restituido a julio de este año un total de 305 hectáreas, por un valor comercial equivalente a 8.600 millones de pesos. El objetivo de este proyecto es restituir a 79 familias más, a través de las rutas para poseedores y adjudicatarios”.⁶¹¹

En el proyecto piloto de Mampuján, la CNRR, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y la Cámara de Comercio de Cartagena han descrito en un documento compilatorio, elaborado en 2010, la situación actual de la población de Mampuján, los principales hechos de violencia que la afectaron y el drama del desplazamiento forzado que tuvo que vivir dicha comunidad. Los siguientes apartes muestran la magnitud de la violencia a la que se vio sometido el corregimiento de Mampuján y la relación entre el conflicto armado y la posesión de la tierra:

“La tenencia de la tierra de los habitantes de Mampuján está relacionada con las violaciones de los derechos humanos, así a medida que la presencia guerrillera aumentaba, los propietarios de los predios fueron vendiendo para salir de la zona, como el caso del predio El Retorno, que posteriormente, fue adjudicado por el INCORA. Para la década de los noventa varios habitantes se desplazaron de la comunidad por la violencia (...).

⁶¹⁰ *Ibidem.*

⁶¹¹ Ver: http://www.cnrr.org.co/restitucion-web/html/comisiones_proyecto_turbo.html (última fecha de consulta: 04.08.2010).

El 10 de marzo de 2000, 300 hombres del Bloque Héroes de Montes de María de las AUC reunieron a la comunidad de Mampuján en la plaza central y les ordenaron abandonar el pueblo, así en la madrugada del 11 de marzo los hombres y mujeres del corregimiento abandonaron la zona.

Sobre esta situación, en la providencia de legalización de cargos de los postulados Edwar Cobos Téllez Alias ‘Diego Vecino’ y Uber Enrique Bánquez Martínez, alias ‘Juancho Dique’, se sostiene que: (...) el desplazamiento forzado de toda la población de Mampuján, el hurto de los víveres del supermercado, 11 homicidios, el secuestro de 7 personas en Mampuján (...).

De las 42 masacres perpetradas por ellos entre 1996 y 2003 en los Montes de María, 25 se convirtieron además en acciones de tierra arrasada en las que destruyeron bienes civiles, realizaron actos de pillaje, infligieron torturas, cometieron violaciones sexuales y llevaron a cabo desapariciones forzadas. De esas 25 masacres de tipo tierra arrasada, 16 fueron perpetradas entre 1999 y 2000”.⁶¹²

En este documento también se hace referencia a las distintas actividades realizadas en desarrollo del proyecto piloto, entre ellas, la caracterización del desplazamiento forzado por la violencia en Bolívar y María la Baja,⁶¹³ el trabajo interinstitucional a partir del cual se llevó a cabo el Taller “Proyectos Pilotos de Restitución de Tierras: Turbo, Mampuján y Chengue”⁶¹⁴ y los talleres de cartografía social, mediante los cuales se reconstruyó el estado actual de la tenencia de la tierra en esta región.⁶¹⁵

⁶¹² *Proyecto piloto de restitución de tierras del corregimiento de Mampuján* – PSPJ-825-2009-DDR-240, CNRR, OIM, Cámara de Comercio de Cartagena, en: http://www.cnrr.org.co/restitucion-web/pdf_documents/documents/mampujan.pdf (última fecha de consulta: 05.08.2010).

⁶¹³ “Luego de los hechos del 11 de marzo de 2000, de estar en el colegio de María la Baja, en albergues temporales, entre otros, 280 familias se reasentaron en el sector de la curva de María la Baja (vía Cartagena-San Onofre), a una distancia de 7 km de Mampuján. Se ubicaron en un espacio que llamaron Nuevo Mampuján o Mampujancito (Rosas de Mampuján), que se convirtió en un barrio de María la Baja. Otras familias se ubicaron en la vereda El Sena (María la Baja) y en Cartagena. Actualmente, Mampuján es un corregimiento abandonado y destruido”. *Ibíd.*

⁶¹⁴ “El 26 de Noviembre de 2009, se efectuó el Taller: ‘Proyectos Pilotos de Restitución de Tierras: Turbo, Mampuján y Chengue’, que tuvo como objetivo conocer las experiencias metodológicas, jurídicas, comunitarias e institucionales del proyecto piloto en Turbo, lo que buscaba que las entidades del Estado, los asesores jurídicos y las comunidades involucradas y responsables de los proyectos pilotos de Mampuján y Chengue, construyeran mecanismos adecuados y eficientes para garantizar el derecho a la restitución de las víctimas”. *Ibíd.*

⁶¹⁵ “Los talleres de cartografía social se realizaron el 10, 11 y 12 de Febrero de 2010, cuyo objetivo fue recopilar información de fuente comunitaria, sobre víctimas de despla-

Como resultado de este proyecto se identificaron:

“(...) 229 predios bajo la figura de ocupación, se elaboró una ruta jurídica de formalización de la propiedad bajo el derecho vigente, que es una vía administrativa de adjudicación de baldíos. La ruta de formalización fue presentada por el Piloto y la CNRR, Regional Bolívar, en la Comisión Regional de Restitución de Bienes, donde esta entidad y el Comité Técnico Regional aprobaron la ruta en la sesión del 4 de junio”.⁶¹⁶

En la página Web de la CNRR no se encuentran datos precisos sobre los resultados en materia de reparación y restitución en el proyecto piloto de Chengue. Sin embargo, sí se advierte sobre la necesidad de contar con políticas integrales que permitan “aunar esfuerzos” para atender a una población especialmente afectada por la violencia y el desplazamiento forzado. Según datos de la Fundación Red Desarrollo y Paz de los Montes de María:

“La región se caracteriza por poseer uno de los mayores índices de desplazamiento del país, con una doble dinámica. Los municipios ubicados en Bolívar son mixtos es decir tienen la doble función de expulsor receptor, aunque prevalece la expulsión en Bolívar y en Sucre la recepción. Se cuenta en la región con 27.255 hogares desplazados para un total de 131.692 personas”.⁶¹⁷

Por esta razón, se insiste en la importancia de coordinar estrategias con el Ministerio de Agricultura y con Acción Social, por ejemplo. En todo caso, al observar la labor adelantada por las CRRB y en especial lo que se reporta desde estos proyectos piloto, queda claro que la reparación, al involucrar complejos procesos de redistribución de la tierra, exige líneas de acción que trascienden de lo punitivo, razón por la cual la satisfacción de los derechos de las víctimas, dentro de los márgenes de lo posible, no puede ser confiada únicamente al sistema penal. (Este es un tema que actualmente es objeto de debate a nivel nacional, ya que, como se ha dicho, el gobierno presentó en septiembre de 2010 un proyecto de ley de restitución de tierras, cuya discusión se ha comenzado a dar de forma

miento y pérdida de bienes, derechos sobre la tierra, causas y formas del despojo de bienes, con el fin de contrastarla con la fuente institucional ya recaudada (...). Durante el taller se atendieron diariamente a 40 personas en promedio con el objeto de recopilar información de fuente comunitaria, sobre víctimas de desplazamiento y pérdida de bienes, derechos sobre la tierra, causas y formas del despojo de bienes”. *Ibidem*.

⁶¹⁶ *Ibidem*.

⁶¹⁷ Ver: http://www.cnrr.org.co/restitucion-web/html/comisiones_proyecto_chengue.html (última fecha de consulta: 05.08.2010).

paralela a la de otro proyecto de ley dirigido a regular la reparación de las víctimas; al respecto, es importante mencionar que han tenido lugar distintas posiciones sobre la forma como deben estar articulados estos dos temas, por ejemplo: el Partido Liberal colombiano ha sostenido que estos dos no son temas que se puedan discutir por separado, mientras que el Partido Conservador ha insistido en no confundirlos, lo cierto es que ya han sido puestas a consideración del órgano legislativo las dos iniciativas).⁶¹⁸

1.8. OBSTÁCULOS Y DIFICULTADES EN EL PROCESO DE REPARACIÓN Y RESTITUCIÓN DE BIENES

No obstante estos esfuerzos, siguen existiendo diversos y profundos problemas en los procesos de reclamación y restitución de bienes. Ya se ha hecho referencia a las discusiones que se ventilaron en uno de los incidentes de reparación integral, precisamente a propósito de la forma como Acción Social ha administrado el Fondo para la Reparación de las Víctimas. Además de esto, la informalidad de la propiedad en las zonas rurales, la violencia contra las víctimas y los mismos desmovilizados que se encuentran participando en el proceso de Justicia y Paz, así como también la insuficiencia de fondos para atender las pretensiones de las víctimas, son, entre otros, obstáculos sobre los cuales se debe debatir con

⁶¹⁸ Los medios de comunicación han dado cuenta del debate político alrededor de estos dos proyectos de ley y de la pretensión del gobierno en materia de restitución. Así, por ejemplo, la revista *Semana*, en su versión electrónica, ha dicho: “La ambiciosa apuesta del Gobierno de restituir dos millones de hectáreas a campesinos despojados de sus propiedades, tendrá desarrollo en dos de los proyectos prioritarios: la ley de tierras y la ley de víctimas. De esta forma, el Gobierno pareció dirimir el pulso político entre dos de los partidos políticos de la coalición que tenían posturas distintas frente a estas iniciativas. El Conservador pedía que la ley de tierras fuera independiente de la de víctimas, mientras que el Liberal defendía la tesis de que la restitución debía estar incluida en los mecanismos de reparación a las víctimas. Finalmente, y tal como lo explicó el ministro del Interior, Germán Vargas Lleras, ambas iniciativas tendrán un componente que le brinde mecanismos ‘rápidos y expeditos’ a quienes, por culpa de la violencia, han sido despojados de sus predios (...). En la tarde de este martes, en la presidencia de la Cámara de Representantes, el ministro de Agricultura, Juan Camilo Restrepo, radicó el proyecto de ley de tierras, cuatro días después de que fuera presentado por el propio presidente Juan Manuel Santos en Barrancabermeja, departamento de Santander. Restrepo explicó que la iniciativa prioritaria de su cartera es un proyecto de ley integral, que no sólo se concentrará en los mecanismos de restitución, sino en una apuesta mayor por democratizar la propiedad rural en Colombia. Los primeros capítulos de este proyecto se concentran en la ambiciosa apuesta de devolverle a los despojados sus tierras, y para ello contempla una serie de mecanismos con los que el Gobierno pretende retornar a sus verdaderos dueños 500 mil hectáreas anuales”. *Revista Semana*, *Ley de tierras y Ley de víctimas tendrán capítulo de restitución a desplazados*, 8 de septiembre de 2010, en: <http://www.semana.com/noticias-nacion/ley-tierras-ley-victimas-tendran-capitulo-restitucion-desplazados/144198.aspx> (última fecha de consulta: 26.10.2010).

seriedad y honestidad para buscar alternativas de reparación reales y que eviten nuevos procesos de revictimización.⁶¹⁹

Sobre ello, hay que agregar que, para el momento final de redacción de este texto, tuvo lugar, según se anunció en los medios el día 20 de septiembre, el asesinato cruel de un líder popular que trabajaba por la recuperación de las tierras en municipios antioqueños. Toda la discusión sobre justicia transicional en el país pasa por la constatación de estos hechos. Ello se produjo al mismo tiempo en que el presidente de la CNRR hacía referencia a la consolidación, por lo menos en el centro del país, de “situaciones propias del post-conflicto”. No obstante, en el caso colombiano, nos encontramos ante procesos de desmovilización de actores armados, que se producen a la par que consolidan su presencia y acción otros actores ilegales, tal como lo constatan estudios de DDR, entre ellos, el realizado por el Área de DDR del Observatorio.⁶²⁰

1.8.1. TENSIONES Y DESACUERDOS ENTRE LOS DESMOVILIZADOS Y EL GOBIERNO NACIONAL

De la misma manera como algunos desmovilizados y sus representantes judiciales han cuestionado la disposición del gobierno para recibir los bienes que ellos han ofrecido y la administración de la que han sido objeto estos recursos, también los mismos postulados han recibido críticas y llamados de atención desde entidades estatales, que han cuestionado el compromiso de algunos jefes paramilitares con la reparación.

⁶¹⁹ Según el comunicado “Informalidad, la Piedra en el Zapato de la Restitución de Bienes”, publicado el 10 de marzo de 2009 en la página Web de la CNRR: “La informalidad en la tenencia de las tierras es uno de los principales obstáculos que enfrentan las víctimas del conflicto interno a la hora de recuperarlas. Por ello, la restitución de alrededor de cinco millones de hectáreas despojadas a las víctimas de la guerrilla y de los paramilitares, debe partir de un seguimiento a las actuales víctimas del desplazamiento forzado. Así lo consideró Alejandro Reyes, del programa Midas, durante su intervención en el especial de tierras de LA HORA DE LAS VÍCTIMAS, el programa institucional de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR) que se emite a través de LAUD Estéreo todos los sábados a las 11:00 de la mañana. Para Reyes, el problema estructural del despojo de tierras es la informalidad en la tenencia de las tierras por parte de los campesinos colombianos, por lo que el fenómeno se ha repetido insistentemente en los últimos 20 años”. CNRR, en: http://www.cnrr.org.co/contenido/09e/spip.php?article760&var_recherche=informalidad%2C%20la%20piedra%20en%20el%20zapato (última fecha de consulta: 09.08.2010).

⁶²⁰ Ver: Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, *Segundo informe, Parte II - Área de DDR*, CITpax, Madrid-Bogotá, noviembre de 2009, pp. 89-139, en: http://www.toledopax.org/descargarfichero.php?fichero=CITpax_Segundo_Informe_Observatorio_DDR_Ley_Justicia_y_Paz_Colombia_noviembre_2009.pdf.

En este sentido, resulta ilustrativo el comunicado, publicado en la página Web de la CNRR el 18 de febrero de 2009, en el que el presidente de la Comisión llama la atención para que los desmovilizados, particularmente los que han sido extraditados, “hagan entregas reales y no ficticias de bienes”. Según el funcionario, algunos postulados mencionan de forma genérica los bienes que se supone entregarán, pero no proporcionan siempre la información completa y conducente que permita incorporarlos realmente al Fondo de Reparación. Pizarro se refiere expresamente al caso del ex jefe paramilitar Salvatore Mancuso y al de Carlos Mario Jiménez:

“El señor Mancuso debe explicar cuáles son los bienes que ha entregado y que no se han recibido, los que Acción Social se ha negado a recibir, dónde están los títulos de propiedad e indique con claridad sin que siga manipulando a la opinión pública diciendo que entrega bienes y que el Gobierno no se los recibe porque es falso”.⁶²¹

“Por ejemplo el señor Carlos Mario Jiménez nos entregó una lista de bienes por 110 millones de dólares, pero nunca permitió ubicarlos, mencionaba la hacienda X en el departamento tal pero no fueron localizados”.⁶²²

1.8.2. VIOLENCIA CONTRA LAS VÍCTIMAS QUE HAN RECLAMADO SUS DERECHOS SOBRE BIENES

Otro ejemplo ilustrativo y que muestra la complejidad del tema de bienes, en el horizonte de la reparación, es el asesinato en 2007, en la ciudad de Montería, de una de las voceras de las víctimas que reclamaban sus derechos sobre la tierra.⁶²³ (Se destaca este hecho emblemático, pero se

⁶²¹ Ver: http://www.cnrr.org.co/contenido/09e/spip.php?article727&var_recherche=las%20entregas%20de%20bienes%20deben%20ser%20reales, (última fecha de consulta: 09.08.2010).

⁶²² *Ibidem*.

⁶²³ El caso de Yolanda Izquierdo ha sido uno de los hechos de violencia contra víctimas que se han atrevido a reclamar sus derechos en Justicia y Paz, que han impactado con mayor fuerza en la comunidad nacional e internacional. Incluso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe anual sobre Colombia, año 2007, se refirió al caso: “La CIDH expresó su repudio frente al asesinato de la señora Yolanda Izquierdo, quien había comparecido a las audiencias de versión libre del líder paramilitar Salvatore Mancuso en cumplimiento del procedimiento establecido en la Ley de Justicia y Paz, en carácter de víctima del conflicto armado colombiano”. La señora Izquierdo fue asesinada el 31 de enero de 2007 en la puerta de su hogar, en un barrio de la ciudad de Montería. La señora Izquierdo lideraba los reclamos de cientos de campesinos por usurpación de tierras por parte de miembros de las AUC en el Departamento de Córdoba y —habiendo sido el blanco de amenazas de muerte desde diciembre de 2006— habría solicitado reiteradamente la protección de las autoridades judiciales, sin recibir respuesta”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual*, 2007, en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6242.pdf> (última fecha de consulta: 09.08.2010).

aclara, tal como se acaba de enunciar, que ha tenido lugar la muerte de diversos líderes durante los últimos años, siendo, por ejemplo, el año 2009, especialmente crítico). El 31 de enero de 2007 un individuo que se desplazaba en moto disparó contra Yolanda Izquierdo, quien ejercía como portavoz de un grupo de víctimas (700 familias) que habían regresado a las parcelas de la hacienda Santa Paula, después de haber sido desalojadas por la fuerza en el año 2000. La siguiente nota publicada en la versión electrónica del diario El Tiempo, muestra el drama de personas como Yolanda Izquierdo, que no encuentran en el sistema legal una respuesta adecuada a sus necesidades y que, a pesar de todos los vejámenes que han tenido que padecer, esperan en alguna medida, de un mecanismo como el de Justicia y Paz, protección y satisfacción de sus derechos:

“Ahora, el Gobierno toma medidas. Necesarias hace rato. Y largamente insuficientes. Pues la muerte de Yolanda es, lamentablemente, la confirmación de tres cosas que todo el mundo sabe.

Una: la tierra es el principio y el fin del conflicto en Colombia. El decomiso cautelar de los bienes de los paramilitares que se han acogido a la Ley de Justicia y Paz, ordenado por el Presidente, a lo sumo congelará una pequeña porción de las tierras que ellos expoliaron. Porque muchas, como la hacienda Santa Paula y otras seis parceladas por los Castaño o las que han comprado autodefensas y narcotraficantes, están legalizadas, en manos de gente que exhibe muchos documentos y pocos escrúpulos por la cantidad de osamentas humanas sobre las cuales pasta su ganado. A menos que el Gobierno combata de frente intereses muy arraigados y tome medidas mucho más radicales, las víctimas no verán una hectárea de esas propiedades.

Dos: que el Ministerio del Interior ordene a la Defensoría, la Fiscalía, la Procuraduría y la Comisión Nacional de Reparación pasar a la Policía listados de las víctimas en riesgo, no les garantiza a estas protección. Sin resolver la descoordinación y las rivalidades orgánicas de las instituciones responsables, esa es palabra hueca. Unos cuantos asesinatos más como el de Yolanda, y la confianza de los afectados por los paramilitares de que pueden denunciar y ser protegidos –confianza que es uno de los pilares del proceso de Justicia y Paz– se vendrá al piso.

Tres: lejos delimitarse a los 57 de Itagüí y sus 36.000 desmovilizados, o a los 70 nuevos grupos al servicio de los narcos (que empiezan a amenazar sindicalistas y estudiantes), el paramilitarismo es una

enfermedad en la sangre de muchos poderosos, que hicieron del *outsourcing* de la violencia una próspera industria: ‘yo te pago y cierro los ojos; tú me arreglas el problema’. Industria que solo pide para perpetuarse incentivos como las amenazas sin atender contra Yolanda y asesinatos, como el suyo, que todos saben a quién conviene pero nadie se pone en serio a esclarecer”.⁶²⁴

Como se ha dicho, el caso de Yolanda Izquierdo no ha sido el único. Varias han sido las víctimas agredidas o amenazadas, así como asesinadas, por participar en Justicia y Paz. En la página Web de la organización no gubernamental colombiana “Nuevo Arco Iris”, se presentan varios casos, documentados por los medios de comunicación colombianos. Por ejemplo:

“En total, 160 de las que acuden a audiencias de Justicia y Paz se han atrevido a denunciar ante la Fiscalía y la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR) que están siendo perseguidas. Víctimas de ‘paras’ padecen una nueva persecución por reclamar tierras y paradero de familiares. www.eltiempo.com, 16/05/2007”.⁶²⁵

“15. Carmen Santana era madre de tres hijos y ella se convierte en la cuarta persona asesinada por reclamar derechos que como víctima, ha otorgado la Ley 975 o más conocida como Ley de Justicia y Paz. Dos años de la ley de Justicia y Paz, las víctimas corren con la peor suerte”.

1.8.3. VIOLENCIA CONTRA LOS DESMOVILIZADOS QUE PARTICIPAN EN EL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ

Se debe resaltar, además, que la violencia no sólo persiste contra las víctimas, también se han presentado hechos de violencia y atentados contra desmovilizados postulados e incluso de abogados suyos. Estos hechos se hacen cada vez más notorios cuando se discuten aspectos relacionados con la restitución de bienes y la tenencia de la tierra. Por ejemplo, en el incidente de reparación integral realizado en la semana del 7 al 9 de julio

⁶²⁴ El Tiempo, *Mataron a Yolanda Izquierdo*, 7 de febrero de 2007, en: http://www.eltiempo.com/participacion/blogs/default/un_articulo.php?id_blog=3429041&id_recurso=3429441 (última fecha de consulta: 09.08.2010).

⁶²⁵ Según la página Web de la Corporación Nuevo Arco Iris: “La comunidad Nación Invisible, un proyecto de Semana.com y un grupo de organizaciones sociales que trabajan por los derechos de las víctimas del conflicto armado, dio a conocer la lista de personas y asociaciones que han visto afectada su seguridad por reclamar los bienes que los violentos les arrebataron”. En: <http://www.nuevoarcoiris.org.co/sac/?q=node/365> (última fecha de consulta: 09.09.2010).

de 2010, en el proceso seguido contra Jorge Iván Laverde Zapata, alias “El Iguano” (comandante del Frente Fronteras del Bloque Catatumbo de las A.U.C), mientras su abogado defensor se encontraba realizando una exposición sobre la situación de los bienes entregados por Salvatore Mancuso, recibió la noticia de que el contador que lo estaba asesorando para reconstruir la situación financiera de este ex jefe paramilitar, había sido asesinado. La magistrada que presidía la diligencia le preguntó al abogado defensor y al desmovilizado, quiénes podían estar detrás de estas acciones, ante lo cual el desmovilizado respondió que “hay personas que se beneficiaron de las AUC y no quieren que ahora se sepa la verdad de muchas cosas”.

De acuerdo con el desmovilizado postulado, Jorge Iván Laverde, muchos de sus antiguos compañeros de guerra no están interesados en el proceso de Justicia y Paz, éstos han sido reclutados ahora por narcotraficantes y siguen teniendo el apoyo de la Fuerza Pública y de las personas que antes apoyaron a las AUC, como ganaderos, empresarios y “gente muy poderosa”. El procesado se refirió en esta audiencia a varias amenazas que ha recibido contra su vida y la de su familia y sostuvo que ahora las denominadas “bandas emergentes” o “bandas criminales”, tienen más organización y más control sobre la región que antes.⁶²⁶

Jorge Iván Laverde insistió en que la seguridad de los desmovilizados es fundamental para el éxito del proceso de Justicia y Paz, ya que las personas que han dejado las armas y se encuentran privadas de la libertad prefieren, en muchos casos, no decir nada y permanecer más tiempo en la cárcel, que poner en riesgo su vida y la de su familia.

Así mismo, en el incidente de reparación integral en el proceso adelantado contra los desmovilizados Edwar Cobos, alias “Diego Vecino” (comandante del Bloque Héroes Montes de María) y Uber Bánquez, alias “Juancho Dique” (comandante Frente Canal del Dique del Bloque Héroes Montes de María), en la sesión del 28 de abril de 2010, una de las víctimas preguntó desde el municipio de San Cayetano, “si ya no tenían que sentir miedo de ellos”,

⁶²⁶ “Bandas emergentes” o “bandas criminales” (BACRIM) ha sido el nombre que las autoridades y la opinión pública le han dado a los grupos armados que se han formado en las regiones en las que antes operaban los grupos de paramilitares desmovilizados. Muchas de las personas que hacían parte de los grupos paramilitares y que no se desmovilizaron o que habiéndolo hecho han regresado a las armas, conforman estos grupos, al parecer patrocinados por el narcotráfico. En la audiencia de legalización de cargos de alias “El Loro”, realizada en Bogotá el 4 de febrero de 2010, el Fiscal del caso realizó una exposición sobre este fenómeno que duró poco más de dos horas. En el discurso oficial, estos grupos se diferencian de los paramilitares que se han sometido a Justicia y Paz, en la medida en que no tienen ninguna motivación política, sino que están al servicio del narcotráfico y la delincuencia común.

entonces de quién. Uber Bánquez explicó que las “bandas emergentes” se habían fortalecido, especialmente en la región de los Montes de María, en la cual operó el Bloque al cual él pertenecía, responsable de las masacres de Mampuján y San Cayetano. Igualmente, manifestó que sus compañeros desmovilizados que le habían colaborado recogiendo información para aportar a Justicia y Paz, habían tenido problemas de seguridad. A algunos de ellos los habían matado precisamente por proporcionar información en el proceso de Justicia y Paz. El desmovilizado Bánquez les insistió a las víctimas que pidieran protección y explicó que él, por su propia seguridad, no podía dar nombres en público. Afirmó que para reconstruir la verdad necesitaba la colaboración de los demás desmovilizados, pero que precisamente por esto está en peligro la vida de ellos.

1.9. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Y RESTITUCIÓN DE BIENES EN JUSTICIA Y PAZ

La Ley 975 de 2005, en el art. 46, establece la restitución como forma de reparación. La restitución involucra actos que devuelvan a la víctima a la situación en la que se encontraba antes de la comisión del delito, lo cual implica “el restablecimiento de la libertad, el retorno a su lugar de residencia y la devolución de sus propiedades”.⁶²⁷ Esta noción de restitución se enmarca en la idea, más general, de restablecimiento del derecho, la cual no es nueva en el ordenamiento procesal penal colombiano, ni mucho menos propia de Justicia y Paz.

El deber que tienen las autoridades judiciales de procurar el restablecimiento del derecho a las víctimas se encuentra consagrado en la misma Constitución Política y ha sido abordado en los dos últimos códigos de procedimiento penal, leyes 600 de 2000 y 906 de 2004. El texto original del art. 250 de la Constitución establecía, en el numeral 1°, que correspondía a la Fiscalía General de la Nación “tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito”. Así mismo, de acuerdo con el Acto Legislativo n° 03 de 2002, el actual numeral 6° del art. 250 establece que en el ejercicio de sus funciones la Fiscalía deberá, “solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito”.⁶²⁸

La Ley 906 de 2004 incorpora entre los principios rectores y garantías procesales del procedimiento penal, en el art. 22, la siguiente disposición

⁶²⁷ Ley 975 de 2005, art. 46.

⁶²⁸ Constitución Política de Colombia, art. 250.

sobre el restablecimiento del derecho: “Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal”.⁶²⁹ Este mandato se desarrolla, con mayor detalle (aunque no exclusivamente), por ejemplo, en los artículos 99 y 101 de la Ley 906.

Según el art. 99 de la Ley 906 de 2004, durante la investigación la Fiscalía puede ordenar medidas de índole patrimonial en favor de las víctimas. Específicamente, esta norma alude a dos tipos de medidas: (i) la restitución inmediata a la víctima de los bienes objeto del delito que hubieren sido recuperados y (ii) el uso y disfrute provisional de bienes que, habiendo sido adquiridos de buena fe, hubieran sido objeto de delito.⁶³⁰ Igualmente, de acuerdo con el art. 101, en cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías podrá disponer la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro, cuando existan motivos fundados para inferir que el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente.

En estos casos, al finalizar el proceso, no necesariamente mediante sentencia condenatoria,⁶³¹ el juez de conocimiento ordenará la cancelación de los títulos y registros respectivos, cuando exista convencimiento, más allá de toda duda razonable, sobre las circunstancias que originaron en un primer momento la suspensión provisional del poder dispositivo.⁶³² (Se trata, además, de un tema central hoy en la reforma que se propone con la ley de tierras). En la Ley 600 de 2000 se encuentran normas similares.⁶³³ Los

⁶²⁹ Art. 22, Ley 906 de 2004.

⁶³⁰ Art. 99, Ley 906 de 2004.

⁶³¹ La Corte Constitucional, en la sentencia n° C-060 de 2008, declaró inexecutable la palabra condenatoria, consagrada en el segundo inciso del art. 101 de la Ley 906 de 2004, y executable el resto de dicha norma, en el entendido de que la cancelación de los títulos y registros respectivos también se hará en cualquier otra providencia que ponga fin al proceso penal. Corte Constitucional, sentencia n° C-060 del 30 de enero de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁶³² Art. 101, Ley 906 de 2004.

⁶³³ Sobre el restablecimiento del derecho en vigencia de la Ley 600 de 2000, ver: Corte Constitucional, sentencia n° C-755 del 9 de septiembre de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería. La Corte Constitucional sostuvo en dicha providencia que: “Ahora bien, nótese como la misma Constitución contempla la posibilidad de que las autoridades judiciales, jueces y fiscales, adopten medidas preventivas a fin de asegurar el cumplimiento de la ley penal, ya sea para lograr la eficacia en la aplicación de las penas y medidas de seguridad, o restablecer el derecho lesionado si fuere del caso y lograr la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito. Conclusión que surge, de un lado, del artículo 2° de la Constitución que obliga a todas las autoridades públicas a proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades y, de otro lado, de las facultades específicas asignadas a las

artículos 64 y 66 regulan la restitución de objetos y la cancelación de registros obtenidos fraudulentamente.⁶³⁴

Interesa resaltar aquí, que la restitución, como es definida en la Ley de Justicia y Paz, o el restablecimiento del derecho, en los términos de la legislación procesal penal ordinaria, tiene fundamento constitucional y tanto los fiscales, como los jueces, tienen el deber de tomar medidas que permitan restablecer la situación en la que se encontraban las víctimas antes de que se cometiera el delito, lo cual implica, como ya se dijo, restituirla en sus bienes. Este tema resulta fundamental en Justicia y Paz, en donde los problemas sobre la posesión y el despojo de la tierra se encuentran en el centro de una verdadera política estatal conjunta de reparación.

Sin embargo, en los procesos penales regulados por la Ley 975 de 2005, al parecer no ha sido del todo claro hasta dónde tiene lugar la responsabilidad y, por tanto, la competencia de fiscales y magistrados, tanto de control de garantías, como de la Sala de Conocimiento, en materia de restablecimiento del derecho. Al respecto, es posible mencionar tres situaciones en las cuales se ha debatido sobre este problema y que permiten ilustrar la complejidad del asunto y las dudas en la Sala: el incidente de reparación integral de alias “El Iguano”, la sentencia de primera instancia dictada contra Edwar Cobos Téllez y Uber Enrique Bánquez y algunas audiencias de cancelación de títulos que se han realizado ante magistrados de control de garantías.

Durante el incidente de reparación integral, en la sesión del 9 de julio de 2010, en el proceso penal adelantado contra Jorge Iván Laverde Zapata, alias “El Iguano”, el fiscal del caso mencionó que el Bloque Catatumbo había entregado varios bienes y que éstos habían sido restituidos directamente a las víctimas que habían sido despojadas de los mismos. La magistrada de la Sala de Conocimiento que se encontraba presidiendo la audiencia preguntó cuál había sido el criterio para hacer esto. El fiscal explicó que la restitución se había hecho a las víctimas que demostraron su derecho y que estos bienes eran los inmuebles en los que los miembros del Bloque Catatumbo se habían asentado. Ante esta explicación, la magistrada

autoridades judiciales en los artículos 28 y 250 – 1º de la Carta, de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivas tanto las sanciones a los infractores de la ley penal como las medidas reparadoras a las víctimas”.

⁶³⁴ Según los dos primeros incisos del artículo 66 de la Ley 600 de 2000: “En cualquier momento de la actuación, cuando aparezcan demostrados los elementos objetivos del tipo penal que dio lugar a la obtención de títulos de propiedad o de gravámenes sobre bienes sujetos a registro, el funcionario que esté conociendo el asunto ordenará la cancelación de los títulos y registros respectivos. También se ordenará la cancelación de la inscripción de títulos valores sujetos a esta formalidad y obtenidos fraudulentamente”.

preguntó cuál había sido el fundamento legal para ello y si había existido pronunciamiento de algún magistrado en función de control de garantías. Según el fiscal, en estos casos se procedió a la restitución directa, debido a que no había reclamación de ningún tercero ni conflicto sobre los bienes y que el fundamento fueron las normas de la Ley 600 de 2000 y 906 de 2004 sobre restablecimiento del derecho. Ante este hecho, la magistrada no hizo ningún comentario y continuó con la diligencia.

Por su parte, la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz en la sentencia de primera instancia dictada contra Edwar Cobos Téllez y Uber Enrique Bánquez el 29 de junio de 2010, ya se había pronunciado sobre la posibilidad de que la Fiscalía realizara restituciones directas de bienes a las víctimas, reclamando la competencia exclusiva para tomar este tipo de medidas. En esta oportunidad, con ocasión de la restitución directa que habría realizado la Fiscalía General de la Nación de 100 inmuebles (99 pertenecientes a Salvatore Mancuso y 1 perteneciente a José Baldomero Linares), la Sala de Conocimiento afirmó:

“De acuerdo con los artículos 44 de la Ley 975 y 13 del Decreto 4760 de 2005, la restitución es una forma de reparación integral a las víctimas. En consecuencia, corresponde en exclusiva a la Sala de Conocimiento la competencia para la adopción de dicha medida en la sentencia que pone fin al procedimiento sobre la base de las pruebas practicadas durante el incidente de reparación. Por esta razón, la Sala considera que la Fiscalía debe poner fin inmediatamente a una práctica que se encuentra en manifiesta contravención de lo dispuesto en tales disposiciones”.⁶³⁵

De otro lado, en algunas audiencias llevadas a cabo en Medellín, ante magistrados de control de garantías, en los que se solicitó la cancelación de títulos fraudulentos, los funcionarios que presidían estas diligencias declararon no ser competentes para pronunciarse sobre este tema. Así sucedió, por ejemplo, en dos audiencias realizadas en agosto de 2010.

En la primera, el 2 de agosto, se pretendió realizar en Medellín una audiencia preliminar ante el magistrado de control de garantías, con el objeto de resolver la solicitud presentada por la CNRR, la Personería de Medellín, la Defensoría del Pueblo Regional, el Ministerio del Interior y de Justicia y la Procuraduría Agraria y Ambiental de Antioquia, para cancelar unos títulos de ventas de bienes inmuebles obtenidos fraudulentamente,

⁶³⁵ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia de primera instancia, 29 de junio de 2010, radicado n° 110016000253200680077, M.P. Uldi Teresa Gutiérrez López.

a causa de las ventas forzadas o falsas en las que participaron miembros de los grupos paramilitares y de autodefensa hoy postulados dentro del proceso de Justicia y Paz.

En la segunda, el 4 de agosto, se realizó una audiencia preliminar que tenía como finalidad resolver la solicitud de cancelación de títulos fraudulentos y la restitución de bienes presentada por el fiscal 48 de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación. El magistrado reiteró que no era competente para decidir sobre la cancelación de títulos fraudulentos y se remitió al artículo 101 de la Ley 906 y a la sentencia n° C-060 de 2008, con base en lo cual señaló que la decisión de cancelación de títulos debía ser adoptada en la sentencia condenatoria o en alguna equiparable; es decir, en decisiones que pongan fin al proceso y hagan tránsito a cosa juzgada, por lo que estimó que en tales condiciones no era de su competencia pronunciarse sobre la cancelación de títulos, e indicó que para ello era competente la Sala de Conocimiento.

Es interesante observar que en estos casos, parece no haber sido tenido en cuenta el art. 15 del Decreto 4760 de 2005, según el cual “en aras de garantizar el derecho a la restitución, el magistrado que ejerza el control de garantías, a solicitud de la Fiscalía, del Ministerio Público o de la Víctima, podrá entregar en provisionalidad el bien a la víctima hasta que se resuelva sobre el mismo en la sentencia”. Esta norma es consistente con lo preceptuado en los artículos 99 y 101 de la Ley 906 de 2004, toda vez que permite que tenga lugar la restitución de bienes, antes de que se termine el proceso, con la salvedad de que la entrega es provisional y sin perjuicio de la decisión definitiva que se tome en la sentencia. Es importante no perder de vista que el art. 101 de la Ley 906, para efectos de la cancelación de títulos fraudulentos, permite que antes de la sentencia los jueces de garantías suspendan el poder dispositivo sobre los bienes y que el art. 99 del mismo Código autorice a la Fiscalía para que restituya de manera inmediata a la víctima, los bienes objeto del delito que hubieren sido recuperados.

Lo cierto es que, al menos por el momento, en Justicia y Paz existe duda sobre cómo restablecer los derechos de las víctimas, en términos de restitución: ¿pueden hacerlo de forma provisional los fiscales en cumplimiento del art. 99 de la Ley 906 de 2004?, ¿deben en todos los casos acudir ante los magistrados en función de control de garantías para realizar la entrega provisional?, ¿los magistrados en función de garantías sólo se deben limitar a decidir sobre la suspensión del poder dispositivo sobre los bienes sin ordenar la entrega de los mismos a las víctimas?, ¿tiene razón la Sala de Conocimiento cuando afirma que la restitución es una medida sobre la cual sólo ella puede decidir?

Existen además dos situaciones recientes en las que se ha prolongado la discusión sobre el restablecimiento del derecho en Justicia y Paz, a partir de las cuales es posible decantar, de alguna manera, los criterios que deben orientar la actuación tanto de magistrados como de fiscales en esta materia. Se trata, en primer lugar, del auto del 15 de septiembre proferido por la Sala de Casación Penal, mediante el cual la Sala resolvió el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y los representantes de víctimas, ante la decisión tomada por el magistrado en la audiencia preliminar llevada a cabo el 4 de agosto en Medellín, a la cual ya se ha hecho referencia. En este pronunciamiento la Sala afirmó que la restitución de tierras puede y debe ser ordenada, cuando sea el caso, desde el inicio del proceso, por los magistrados de control de garantías:

“En un trámite incidental en el que se respeten o se sopesen los derechos de terceros de buena fe, se acredite que el desmovilizado confesó en su versión libre el desplazamiento y se acredite la apropiación espuria por medio de títulos fraudulentos de los bienes de los desplazados”.⁶³⁶

Para la Sala de Casación Penal, cuando se trata de desplazados, la administración de justicia debe facilitar la restitución de tierras en las primeras fases del proceso penal de Justicia y Paz. En este sentido, ha dicho la Sala, se debe acudir a los criterios moduladores de la actividad procesal previstos en el art. 27 de la Ley 906 de 2004 –necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento–, para flexibilizar, en beneficio de las víctimas, el alcance del art. 23 de la Ley 975 de 2005, y evitar dilaciones en el proceso de reparación.⁶³⁷ La Sala de Casación Penal precisó, también, que cuando se ha confesado el despojo y la víctima ha reclamado su derecho sobre los bienes, éstos no deben ingresar al Fondo para la Reparación, sino que deben ser entregados oportunamente a su legítimo propietario. Así,

“(…) esas familias se merecen igualmente que sus tierras vuelvan a sus manos, y no que se pierdan en la maraña general de una bolsa común, contrariando el concepto de restitución, primera opción reparatoria reconocida en la ley”.⁶³⁸

En segundo lugar, es importante tener en cuenta la solicitud hecha por el Fiscal en sus alegatos finales, presentados en el incidente de

⁶³⁶ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 15 de septiembre de 2010, radicado n° 34740, M.P. José Leonidas Bustos Ramírez.

⁶³⁷ Art. 27, Ley 906 de 2004.

⁶³⁸ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 15 de septiembre de 2010, radicado n° 34740, M.P. José Leonidas Bustos Ramírez.

reparación integral en el proceso contra alias “El Iguano”, en sesión del 16 de septiembre de 2010. En dicho incidente, el fiscal pidió a la Sala de Conocimiento declarar en la sentencia que, la restitución directa de casi treinta inmuebles con fines de restablecimiento del derecho hecha por la Fiscalía hace efectivamente parte de la reparación. Esta solicitud será resuelta en la sentencia, lo cual sería una buena oportunidad para que la Sala definiere el criterio a seguir, probablemente replanteando la consideración hecha en la sentencia del 29 de junio de 2010 dictada contra alias “Diego Vecino” y “Juancho Dique”, en donde sostuvo que únicamente la Sala de Conocimiento podía realizar restituciones de bienes. Habrá que esperar, además, qué efecto produce en la práctica de los magistrados que ejercen la función de control de garantías el pronunciamiento hecho por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 15 de septiembre de 2010 y la interpretación que de éste haga la misma Sala de Conocimiento. Por ahora, sólo queda claro que al respecto existen grandes interrogantes y que se trata de un tema respecto del cual urge decantar un criterio razonable y uniforme de reparación sin dilaciones.

2. LA REPARACIÓN DEL DAÑO COLECTIVO EN EL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ

En el desarrollo práctico del proceso de Justicia y Paz, la garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, ha sido uno de los grandes problemas que se ha podido constatar en las distintas diligencias judiciales. Específicamente, sobre el último de los derechos mencionados, sólo luego de los dos incidentes de reparación que se han llevado a cabo en el año 2010, ha sido posible dimensionar verdaderamente las implicaciones y problemas que su protección integral implica, especialmente en su dimensión colectiva o reparación del daño colectivo como ha sido denominada en la práctica. Entre las cuestiones más significativas que claman por una solución unificada por parte de todos los intervinientes en el proceso, se encuentran las siguientes: ¿qué es el daño colectivo?, ¿cómo se prueba y a quién le corresponde probarlo?, ¿cuáles son sus componentes?, ¿a quién o a quiénes se extiende la obligación de reparar el daño colectivo?, ¿qué son las medidas de reparación colectiva?

A continuación se abordarán estas cuestiones, adelantando un recuento del tratamiento que se le ha dado a este tipo de daño en la práctica, la jurisprudencia, la doctrina y la práctica judicial. Lo anterior, con el propósito de plantear, paralelamente, propuestas para abordar el daño colectivo en el proceso de Justicia y Paz, sugeridas con el objetivo de que sean implementadas en la práctica soluciones prudentes, que articulen, en materia de reparación, la realidad con el deber ser de este proceso.

2.1. EL DAÑO Y EL DAÑO COLECTIVO EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD

2.1.1. CONCEPTO Y REQUISITOS DEL DAÑO

Antes de hacer referencia específica al desarrollo que ha tenido la noción de daño colectivo en el proceso de Justicia y Paz, es importante adelantar algunas consideraciones generales sobre el concepto de daño. Así, se suele entender por tal, en materia de responsabilidad, “la aminoración patrimonial sufrida por la víctima”, lo que sugiere “la alteración negativa de un estado de cosas existente”.⁶³⁹ A su vez, hay varias premisas básicas que se predicen del reconocimiento del daño en un proceso de responsabilidad, a saber: (i) el daño es el primer elemento a estudiar en un proceso de responsabilidad;⁶⁴⁰ (ii) el daño es un requisito necesario pero por sí mismo insuficiente para declarar la responsabilidad; (iii) el daño debe ser probado por quien lo sufre; (iv) el daño debe ser indemnizado plenamente; y (v) la indemnización del daño no depende de la acción procesal utilizada para obtener la reparación del mismo.⁶⁴¹

Se ha entendido, además, que el daño tiene ciertas condiciones de existencia: debe ser personal y cierto.⁶⁴² De esta manera, se entiende por lo primero, que “sólo puede ser reclamado por quien lo sufre, bien se trate de la víctima o sus causahabientes, o de quien resulte damnificado con el

⁶³⁹ Juan Carlos Henao, *El daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 84. Valga poner de manifiesto que definiciones más amplias relacionan al daño con el “menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones legítimas (daño moral)”. Jorge Bustamante Alcina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p.143, citado por Juan Carlos Henao, Op. Cit., p. 84.

⁶⁴⁰ Sobre este supuesto el Consejo de Estado ha señalado que: “el daño no sólo es el primer elemento de la responsabilidad del Estado, sino que es un elemento imprescindible, porque sin él no hay lugar a declararla, por lo que en su ausencia, resulta inoficioso verificar si se haya o no demostrada la imputación del daño a la entidad demandada”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero 2010, radicado n° 52001-23-31-000-1998-00088-01(18425), Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

⁶⁴¹ Juan Carlos Henao, Op. Cit., p. 35-84. Otros autores profundizan también la diferencia entre daño y perjuicio, que también es introducida por el autor citado, en cuanto del daño se derivan los perjuicios que deben ser indemnizados, lo que genera consecuencias en la práctica.

⁶⁴² Durante algún tiempo fue reconocido que para que el perjuicio sea indemnizable, éste debe ser personal, directo y cierto; sin embargo, como bien aclara Juan Carlos Henao, señalar que el daño debe ser directo como característica, no es conveniente puesto que ésta plantea un problema de imputación, toda vez que “el daño directo se relaciona con el nexo de causalidad que debe existir entre el daño y el comportamiento de una persona”. *Ibidem*, p. 87.

daño sufrido por un tercero”, mientras que lo segundo se suele oponer al daño eventual o hipotético, al tiempo que se traduce en:

“El perjuicio que aparece debidamente acreditado, a través de cualquier medio probatorio, incluidos los medios indirectos, como el indicio, al margen de que dicho perjuicio sea actual o futuro, porque la certeza del daño hace relación a la evidencia y seguridad de su existencia, mientras que el eventual es el daño que ‘hipotéticamente puede existir, pero depende de circunstancias de remota realización que pueden suceder o no’.”⁶⁴³

2.1.2. CLASES DE DAÑOS Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN

Una vez esclarecido el concepto de daño, es importante poner de presente que la jurisprudencia ha planteado la existencia de tres tipos de daños, cuya diferenciación permite distinguir el mecanismo por el cual puede ser pretendida su indemnización.⁶⁴⁴ En palabras de la Corte Constitucional:

“Entonces, nos encontramos ante la presencia de tres (3) tipos de daño que es conveniente diferenciar, porque ante ellos, los mecanismos de protección son distintos: El **daño individual** afecta derechos patrimoniales, extrapatrimoniales y fundamentales de un solo individuo identificado o identificable; el **daño de grupo** afecta a una porción de individuos que forman parte de una comunidad determinada o determinable; y el **daño colectivo** no afecta directamente a un individuo o a un grupo de individuos, pero sí a una comunidad determinada o determinable. Estas tres clases de daño pueden darse de manera conjunta o separadamente.”⁶⁴⁵

A continuación se expondrán algunas consideraciones sobre las primeras dos categorías de daños, para luego abordar los diversos problemas jurídicos suscitados a propósito del daño colectivo, específicamente en el proceso de Justicia y Paz.

⁶⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 2010, radicado n° 52001-23-31-000-1998-00088-01(18425), Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

⁶⁴⁴ En este sentido ver, entre otras: Corte Constitucional, sentencia n° T-325 del 2 de mayo de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería y CSJ, Sala de Casación Penal, sentencia del 17 de marzo de 2009, radicado n° 30978, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

⁶⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia n° T-325 del 2 de mayo de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería.

2.1.2.1. EL DAÑO INDIVIDUAL

El daño individual está compuesto por un daño material y por un daño inmaterial.⁶⁴⁶ El primero hace alusión a los perjuicios “que atentan contra bienes o intereses de naturaleza económica, es decir, medibles o mesurables en dinero”;⁶⁴⁷ a su vez, dicho componente se clasifica o subdivide en daño emergente y lucro cesante. El segundo se entiende como aquel que “no recae directamente sobre el patrimonio de la víctima, sino sobre otros bienes jurídicos tutelados, como por ejemplo, sobre derechos fundamentales, desconocidos por actos atroces de un conflicto armado”.⁶⁴⁸ En Colombia, la jurisprudencia ha reconocido diferentes clases de daños inmateriales, a saber: el daño moral, el daño a la vida de relación y el daño por alteración de las condiciones de existencia.

En cuanto al contenido de estas categorías, la jurisprudencia ha entendido que el daño moral “incide o se proyecta en la esfera afectiva o interior de la persona, al generar sensaciones de aflicción, congoja, desilusión, tristeza, pesar, etc.”, mientras que el daño a la vida de relación se traduce en afectaciones que inciden en forma negativa sobre la vida exterior de una persona.⁶⁴⁹

En este sentido, se ha señalado que, “a diferencia del daño moral, que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo, el daño a la vida de relación constituye una afectación a la esfera exterior de la persona, que puede verse alterada, en mayor o menor grado, a causa de una lesión infligida a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos”.⁶⁵⁰

De otro lado, sobre el daño por alteración de las condiciones de existencia, su aplicación en Colombia ha sido bastante polémica, al tiempo que muy pocas veces ha sido reconocida. No obstante, es importante poner de manifiesto que, en providencia de agosto de 2007, el Consejo de Estado estableció que el reconocimiento de una indemnización por este concepto,

⁶⁴⁶ Es pertinente aclarar que, en materia de responsabilidad civil, se suele indicar que el daño individual se divide en daño material e inmaterial, mientras que, al hacer alusión a la responsabilidad del Estado, los términos comúnmente utilizados son daño patrimonial y extrapatrimonial respecto de dichas categorías.

⁶⁴⁷ Juan Carlos Henao, Op. Cit., p. 196.

⁶⁴⁸ Néstor Raúl Correa, *Reinserción y reparación*, en: Revista Universitas, n° 114: 251-290, julio-diciembre de 2007, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, p. 284.

⁶⁴⁹ CSJ, Sala de Casación Civil, sentencia del 13 de mayo de 2008, radicado n° 11001-3103-006-1997-09327-01, M.P. César Julio Valencia Copete.

⁶⁵⁰ *Ibidem*.

“(…) es un rubro del daño inmaterial –que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral–, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones. En otras palabras, para que sea jurídicamente relevante en materia de responsabilidad estatal, el impacto respecto de las condiciones de existencia previas ha de ser grave, drástico, evidentemente extraordinario”.⁶⁵¹

En materia de indemnización del daño por alteración de las condiciones de existencia, la providencia citada podría constituir un precedente bastante interesante en el proceso de Justicia y Paz, toda vez que la misma hace referencia a la ocurrencia de este tipo de perjuicios en comunidades que han sido desplazadas forzosamente, para concluir que:

“para los eventos de desplazamiento forzado, tal como se ha sostenido respecto del daño moral, resulta ser un hecho notorio que cuando una persona contra su voluntad se ve impelida a abandonar sorpresivamente el lugar en el cual había decidido realizar su proyecto de vida, sea cual fuere, resulta ostensible que quien en esa situación se encuentra, por la misma migración, por las nuevas condiciones deplorables, por el desarraigo y el miedo, sufre grave alteración de sus condiciones de existencia”.⁶⁵²

En consecuencia, en la providencia referida, el Consejo de Estado concedió a los demandantes la indemnización de este tipo de daño, limitando la misma a la suma de diez millones de pesos, toda vez que esa fue la cantidad solicitada en la demanda como indemnización por dicho concepto. No obstante, un elemento particular de esta providencia sobre el daño a las condiciones de existencia de personas desplazadas forzosamente radica en que, en opinión del Consejo de Estado, en este tipo de eventos, en lugar de hacer uso de la categoría “daño a la vida de relación”, es más preciso y riguroso,

“acudir al concepto de daño por *alteración grave de las condiciones de existencia*, el cual ofrece mayor amplitud que el anterior y abarca no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de

⁶⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de agosto de 2007, radicado n° 190012331000200300385-01, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

⁶⁵² *Ibidem*.

manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto tal y como expresión de la libertad y el albedrío atributos esenciales a la dignidad humana principio fundante del Estado Social de Derecho colombiano y de su ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 1° de la Constitución Política”.⁶⁵³

Sin embargo, como se anotó anteriormente, el reconocimiento de este tipo de daño para denominar al perjuicio fisiológico es muy polémico en Colombia, por lo que otras providencias del Consejo de Estado también han indicado que el daño por alteración de las condiciones de existencia está abarcado dentro del daño a la vida de relación. Así:

“La Sala ha sostenido que el daño a la vida de relación es omnicompreensivo, porque abarca varios aspectos que trascienden en el ámbito extrínseco del individuo, pretendiendo resarcir la alteración de las condiciones de existencia, la pérdida de goce y disfrute de los placeres de la vida, la imposibilidad de relacionarse normalmente con sus semejantes etc., situaciones que se pueden presentar como consecuencia del daño”.⁶⁵⁴

2.1.2.2. EL DAÑO DE GRUPO

A partir de la diferenciación entre daño individual, daño colectivo y daño de grupo expuesta anteriormente, la Corte Constitucional, citando al Consejo de Estado, ha concluido que la acción pertinente cuando se está ante un daño colectivo, es la acción popular.⁶⁵⁵ Por su parte, ante la presencia de un daño de grupo, “los individuos afectados pueden acudir a la acción de grupo la cual persigue la reparación de los daños y perjuicios ocasionados a un número plural de personas”.⁶⁵⁶

⁶⁵³ *Ibidem*. Es importante poner de presente que el Consejo de Estado ha aplicado la tesis expuesta en ocasiones posteriores. Ver, en este sentido, las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, radicado n° 20001-23-31-000-1998-03713-01(18436), Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 17 de marzo de 2010, radicado n° 05001-23-26-000-1996-01018-01(18101), Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

⁶⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 2009, radicado n° 18001-23-31-000-1995-05743-01(15793), Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar.

⁶⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 17 de julio de 2003, radicado n° 25000-23-27-000-2000-0111-01(Ap-0111), Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

⁶⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia n° T-325 del 2 de mayo de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería.

La Constitución prevé la figura de acciones de grupo en su artículo 88, estipulando que la ley debe regular “las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares”. Por su parte, la Ley 472 de 1998 desarrolló el art. 88 de la Carta Política y, al regular las acciones de grupo, dispuso que las mismas “son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas”; además, cuyo ejercicio está encaminado a “obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios”.⁶⁵⁷ De otro lado, para precisar este concepto, valga señalar que la Corte Constitucional ha puesto de manifiesto, sobre esta cuestión, que:

“En cuanto se refiere a **las acciones de clase o de grupo**, hay que señalar que éstas no hacen relación exclusivamente a derechos constitucionales fundamentales, ni únicamente a derechos colectivos, toda vez que comprenden también derechos subjetivos de origen constitucional o legal, los cuales suponen siempre - a diferencia de las acciones populares - la existencia y demostración de una lesión o perjuicio cuya reparación se reclama ante la juez. En este caso, lo que se pretende reivindicar es un interés personal cuyo objeto es obtener una compensación pecuniaria que será percibida por cada uno de los miembros del grupo que se unen para promover la acción. Sin embargo, también es de la esencia de estos instrumentos judiciales, que el daño a reparar sea de aquellos que afectan a un número plural de personas que por su entidad deben ser atendidas de manera pronta y efectiva”.⁶⁵⁸

2.1.2.3. EL DAÑO COLECTIVO

2.1.2.3.1. GENERALIDADES E INTRODUCCIÓN A LA DISCUSIÓN SOBRE EL DAÑO COLECTIVO

Antes de hacer alusión al concepto de daño colectivo, particularmente en el proceso de Justicia y Paz, es pertinente hacer referencia, de nuevo, al art. 88 de la Constitución Política de Colombia, el cual también estableció un mandato al legislador de regular “las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el

⁶⁵⁷ Art. 3, Ley 472 de 1998.

⁶⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia n° C-215 del 14 de abril de 1999, M.P. Martha Victoria Sáchica.

ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella”.

Por su parte, la Ley 472 de 1998 desarrolló esta cuestión, señalando, en su art. 2, que las acciones populares “son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos”. Igualmente, dispuso que “las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”.⁶⁵⁹ A su vez, el art. 4 de la Ley en alusión también se encargó de señalar, en una lista no taxativa, cuáles son los derechos e intereses colectivos, indicando que éstos son, entre otros, los relacionados con el goce de un ambiente sano, la moralidad administrativa y los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional ratificados por Colombia.

El constituyente de 1991 protegió estos derechos e intereses a través del concepto de “derechos difusos”, el cual hace referencia al interés de un grupo indeterminado de personas; es decir, a una categoría abierta que se llena de contenido a medida en que la tecnología y la ciencia avanzan y cambian, lo que hace imposible encontrar una categoría taxativa de derechos e intereses colectivos protegidos legalmente.⁶⁶⁰

Por su parte, el Consejo de Estado ha diferenciado los objetivos de las acciones populares de aquellos consagrados para las acciones de grupo, arguyendo que:

“Por la naturaleza y el fundamento de esta acción, la misma resulta inadecuada para lograr la reparación de daños ocasionados por la acción u omisión de las autoridades, porque al efecto están consagradas constitucional y legalmente otras acciones, cuales son las acciones de grupo o de clase del artículo 88 constitucional desarrolladas por la Ley 472 de 1998 y la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo”.⁶⁶¹

⁶⁵⁹ Art. 2, Ley 472 de 1998.

⁶⁶⁰ Jorge Enrique Martínez Bautista y Lucely Diez Bernal, *Acciones Populares, El Ministerio Público en la defensa del medio ambiente*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1999, p. 34.

⁶⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 17 de julio de 2003, radicado n° 25000-23-27-000-2000-0111-01(Ap-0111), Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

La exposición del objeto de las acciones populares es bastante útil para el tema que ocupa este acápite, ya que permite introducir una discusión que se ha suscitado, respecto de si los derechos colectivos son los derechos afectados cuando se presenta un daño colectivo. Así, por ejemplo, parte de la doctrina ha argüido que “en los procesos de reinserción procede ciertamente la reparación colectiva, pero no para casos de reparación individual de muchos”.⁶⁶² En este sentido, se ha propuesto que “se hace necesario diferenciar el daño individual del daño colectivo, ya que la ley los confunde”.⁶⁶³ De esta manera, la interpretación correcta estaría más relacionada con el hecho de que,

“para el daño individual operan las acciones de responsabilidad — individual o de grupo—, mientras que para el daño colectivo opera la acción popular. Como bien anota Javier Tamayo Jaramillo, ‘es posible que los daños colectivos y los de grupo se den conjunta o separadamente. En efecto, es factible que un mismo hecho produzca tanto daño colectivo como individual. Lo importante es saber cuáles son los unos y cuáles los otros’”.⁶⁶⁴

Por su parte, aportando a esta discusión, posteriormente se sostuvo que:

“existen al menos dos vías de aproximación a la definición de daño colectivo, a saber: como perjuicio a un interés o derecho colectivo, y como afectación a una determinada colectividad; es decir, el daño colectivo ha sido definido en clave del interés o derecho vulnerado y en clave del sujeto víctima”.⁶⁶⁵

Otros autores también han efectuado una distinción sobre la forma de aproximarse al concepto de daño colectivo, pero desde otra perspectiva, así:

“En la doctrina es usual hacer una distinción referente al daño colectivo: una cosa es el daño colectivamente causado, y otra el colectivamente padecido; el primero hace referencia a los casos en que el daño es causado por hechos atribuibles a grupos de personas en los cuales puede identificarse o no al individuo autor del hecho dañoso y, por consiguiente, del daño; es un fenómeno que tiene que ver con la imputación del daño a grupos que, de alguna manera,

⁶⁶² Néstor Raúl Correa, Op. Cit., p. 286.

⁶⁶³ *Ibidem*, p. 286.

⁶⁶⁴ *Ibidem*, p. 286.

⁶⁶⁵ Diego González Medina, *Apuntes sobre la reparación judicial en el marco de la Ley de Justicia y Paz*, en: Diego González, Fernando Perdomo y Cielo Mariño, *Reparación judicial, principio de oportunidad e infancia en la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, GTZ, 2009, p. 65.

tiene relevancia en la Ley 975 de 2005. El segundo, que por el momento nos interesa, es el daño que padece una colectividad, una comunidad, como consecuencia de la lesión o menoscabo de un derecho, de un interés o de un bien jurídico colectivo”.⁶⁶⁶

Una vez expuesta la discusión que en la actualidad se está presentando en el proceso de Justicia y Paz sobre la configuración del daño colectivo, a continuación se procederá a precisar qué establece la Ley 975 de 2005 sobre esta cuestión, así como lo que ha ocurrido en la práctica.

2.1.2.3.2. EL DAÑO COLECTIVO EN LA LEY 975 DE 2005

Dos disposiciones de la Ley 975 de 2005 deben ser articuladas para estructurar el contenido del daño colectivo en el proceso de Justicia y Paz: se trata de los artículos 5 y 15. El art. 5 define como víctima a,

“la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley”.

Nótese, por consiguiente, que la Ley 975 de 2005 establece dos clases de víctimas desde la óptica expuesta, a saber: las individuales y las colectivas. En este sentido, “lo que debe tenerse en cuenta para esta clasificación no es el número de víctimas o personas que se afectan con el daño o que sufren perjuicios, sino el tipo de bien jurídico tutelado que se ha afectado como producto de la acción delictiva del GAOML”.⁶⁶⁷ De esta manera, se retoma la distinción anteriormente expuesta sobre los diversos tipos de daños distinguidos por la jurisprudencia, donde el daño de grupo es el padecido por una pluralidad de individuos parte de la comunidad, mientras que el daño colectivo se predica de la propia comunidad.⁶⁶⁸ Así las cosas, se entendería como víctima colectiva,

“al conjunto de personas integrantes de una comunidad o de una colectividad, a la cual se le ha afectado un derecho, un interés o

⁶⁶⁶ Claudia López et al. (coords.), *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, GTZ, 2010, p. 116.

⁶⁶⁷ *Ibidem*, p. 42.

⁶⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia n° T-325 del 2 de mayo de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería.

un bien jurídico colectivo, al cual no puede acceder, en adelante, en tanto grupo o colectividad, pues en razón de los hechos del GAOML se ha afectado un bien colectivo de tal manera que los derechos o facultades que sobre el mismo se ejercían no se podrán disfrutar en el futuro”.⁶⁶⁹

Por otra parte, el artículo 15 dispone que:

“La Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz creada por esta ley, deberá investigar, por conducto del fiscal delegado para el caso, con el apoyo del grupo especializado de policía judicial, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron las conductas punibles; las condiciones de vida, sociales, familiares e individuales del imputado o acusado 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, tales como lesiones físicas o psicológicas, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de derechos fundamentales”.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia hizo referencia específica a esta cuestión, en providencia del 28 de mayo de 2008, al resolver un recurso de apelación interpuesto por la representante del Ministerio Público y el defensor del postulado Wilson Salazar Carrascal, alias “El Loro”, desmovilizado del Bloque Héctor Julio Peinado Becerra del Sur de Cesar, contra la decisión adoptada por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, en la que se declaraba la legalidad de la aceptación de los cargos formulados al imputado en la audiencia que para ese efecto se había realizado el 1 de abril de 2008.⁶⁷⁰ En este caso, tanto la delegada de la Procuraduría como el defensor del postulado solicitaron que se decretara la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de formulación de cargos, entre otras razones, por la no imputación al señor Wilson Salazar Carrascal del delito de concierto para delinquir agravado, conducta cometida entre noviembre de 1998 y marzo de 2006, tiempo estimado de su permanencia en el grupo armado organizado al margen de la ley.

En esta providencia, la Sala de Casación Penal, al reseñar la discusión sobre la imputación del delito de concierto para delinquir, señaló que:

⁶⁶⁹ Claudia López et al. (coords.), Op. Cit., p. 42.

⁶⁷⁰ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 28 de mayo de 2008, radicado n° 29560, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

“El esfuerzo investigativo de la fiscalía se dirigió de manera exclusiva a la constatación de daños que individualmente causó el señor Salazar Carrascal, contrario a la previsión normativa del inciso 3° del artículo 15 de la ley 975 de 2005 que le ordena la investigación también de los daños colectivamente causados.

El concepto de colectividad es connatural a la pretensión de la Ley de Justicia y Paz, la cual se edificó bajo la expectativa de dirigirse a *organizaciones armadas al margen de la ley que estén dispuestas a la reconciliación*. Es que, atendiendo a las conocidas dificultades operativas para investigar a las *colectividades* criminales, la normativa previó situaciones en las que existen víctimas sin victimario, en el entendido de que siguen siendo víctimas porque la responsabilidad es atribuible a la facción de la organización respectiva. –artículos 4°, 5° y 42 inciso 2° de la ley 975 de 2005.

De la misma manera, el artículo 15 del Decreto 3391 de 2006 convoca a instruir sobre los daños colectivamente causados, bajo el principio de solidaridad, de contenido penal y civil. Por esto es que *judicialmente debe declararse que el postulado tal o cual fue integrante del bloque o frente al que se impute causalmente el hecho constitutivo del daño que debe ser real, concreto y específico*”.⁶⁷¹

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, es posible atender a dos perspectivas del daño colectivo, distinguiendo el daño colectivamente causado de aquel colectivamente padecido. Así, la primera vertiente se relaciona con los daños causados por hechos atribuibles a grupos de personas, en los cuales puede identificarse o no al individuo autor del daño y se hace alusión a la imputación del daño a grupos armados. Por otra parte, la segunda perspectiva hace referencia al daño que padece una colectividad como consecuencia de la lesión o menoscabo de un derecho, de un interés o de un bien jurídico colectivo.⁶⁷² Es importante no confundir ambas perspectivas.

Respecto del daño colectivamente padecido, la providencia de la Sala de Casación Penal anteriormente citada hace alusión a éste, al estipular que “el esfuerzo investigativo de la fiscalía se dirigió de manera exclusiva a la constatación de daños que individualmente causó el señor Salazar Carrascal, contrario a la previsión normativa del inciso 3° del artículo 15 de la ley 975 de 2005 que le ordena la investigación también de los

⁶⁷¹ *Ibíd.*

⁶⁷² Claudia López et al. (coords.), *Op. Cit.*, p. 116.

daños colectivamente causados”.⁶⁷³ Nótese que, desde este punto de vista, del tenor literal de los requerimientos solicitados por la Sala de Casación Penal, en el texto citado se deriva que se está solicitando al fiscal constatar dos tipos de daños en el escrito de acusación, a saber: los individuales y los colectivos causados por el imputado o acusado.

En este sentido, conforme indica el auto que se comenta, con base en el art. 250, numeral 4º, de la Constitución Política, la Sala de Casación Penal indicó que, en Justicia y Paz, el escrito de acusación debe cumplir con los requisitos previstos por el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, y además, con una serie de requisitos especiales, que atienden a la finalidad del proceso penal especial de Justicia y Paz, de los que cabe resaltar el siguiente:

“4. Una relación clara y sucinta de los daños que la organización armada al margen de la ley colectivamente haya causado, circunscritos a los cometidos dentro del marco temporal y espacial en donde el desmovilizado desarrolló su militancia, con identificación puntual de cada una de las víctimas (tanto las individuales como las colectivas)”.⁶⁷⁴

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia hace alusión al daño que causó el grupo armado como colectividad, al hacer referencia al art. 15 del Decreto n° 3391 de 2006, luego de establecer que:

“(…) atendiendo a las conocidas dificultades operativas para investigar a las *colectividades* criminales, la normativa previó situaciones en las que existen víctimas sin victimario, en el entendido de que siguen siendo víctimas porque la responsabilidad es atribuible a la facción de la organización respectiva”.⁶⁷⁵

De esta forma, esta vertiente se relaciona con el mandato según el cual “subsidiariamente, y en virtud del principio de solidaridad, quienes judicialmente hayan sido calificados como integrantes del bloque o frente al que se impute causalmente el hecho constitutivo del daño, responden civilmente por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del mismo”.⁶⁷⁶ Así las cosas, es relevante la imputación del tipo penal de concierto para delinquir en estos supuestos, en aras de determinar, como

⁶⁷³ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 28 de mayo de 2008, radicado n° 29560, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

⁶⁷⁴ *Ibidem*.

⁶⁷⁵ *Ibidem*.

⁶⁷⁶ Art. 15, Decreto n° 3391 de 2006.

exige la norma, la relación de causalidad del daño causado con la actividad del grupo armado, así como la definición judicial de “la pertenencia de los desmovilizados al bloque o frente correspondiente, aunque no medie la determinación de responsabilidad penal individual”.⁶⁷⁷

Es, desde luego, una providencia que suscita bastantes discusiones, no sólo por los problemas jurídicos que plantea respecto de la identificación del daño colectivo, sino porque exige a la Fiscalía realizar una ardua tarea de configuración del daño colectivamente padecido, lo cual, en gran medida rebasa la etapa en la que debe presentar el escrito de acusación, así como las exigencias procesales que un proceso de justicia transicional debe tener en la práctica, para ser efectivo dado el tiempo y los costos disponibles. En esta dirección, urge una regulación integral sobre esta cuestión, que limite el margen de interpretación del operador. Como se ve, los operadores se esfuerzan hoy por darle un contenido consistente a este concepto. Lo que se alcanza a percibir, no obstante y como lo es con el derecho penal, es que el propio derecho administrativo está sufriendo amplias transformaciones, en virtud del concepto de reparación. Es deber, en consecuencia, de toda la comunidad jurídica, asumir los retos que se imponen hoy al derecho penal, al derecho administrativo y al derecho civil, con el tema de los bienes y de la restitución de tierras a víctimas saqueadas.

2.1.3. DERECHOS, INTERESES Y BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS

Como se expuso en apartes anteriores, una perspectiva desde la cual la doctrina ha abordado el estudio del daño colectivo, es a través de la consideración del perjuicio que padece una comunidad, como consecuencia de la lesión o menoscabo de un derecho, de un interés o de un bien jurídico colectivo.⁶⁷⁸ Antes de estudiar el contenido que integra dicho daño, es importante aclarar que el mismo:

“No tiene hoy líneas definitorias muy claras, no sólo porque se trata de un cambio fundamental en la concepción jurídica de los derechos y de los daños, sino porque el avance permanente –y sobre todo precipitado– de la ciencia y de la tecnología no dan lugar a pensar sobre las consecuencias dañosas de las nuevas actividades sociales, y de los nuevos roles que enfrenta el individuo en la sociedad (...).”⁶⁷⁹

⁶⁷⁷ Art. 15, Decreto n° 3391 de 2006.

⁶⁷⁸ Claudia López et al. (coords.), *Op. Cit.*, p. 116.

⁶⁷⁹ *Ibíd.*, p. 117.

Sin embargo, a pesar de que tanto el análisis como la aplicación práctica del daño colectivo están en desarrollo, eso no significa que no existan actualmente ciertos lineamientos básicos, contenidos en diferentes fuentes jurídicas, que permiten esclarecer el estado del arte de la cuestión.

Así, por ejemplo, en virtud del anteriormente citado art. 5 de la Ley 975 de 2005, la noción de víctima se extiende y, entonces, se comprende “por víctima la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños”. De esta manera, en primer lugar, “los individuos resultan perjudicados en tanto pertenecen a ella; así como los bienes colectivos favorecen a la colectividad (y a sus integrantes, los individuos, únicamente en cuanto ellos forman parte de aquella), así también la lesión a tales bienes sólo los perjudica indirectamente, en cuanto integrantes del ente colectivo que es el directamente perjudicado”.⁶⁸⁰ Por otra parte, de la consideración anterior se deduce que la reparación de este daño debe ser, así mismo, colectiva, toda vez que “no favorece a determinados individuos en particular; ellos resultan beneficiados como integrantes de la colectividad en tanto pueden retornar al disfrute del bien colectivo quebrantado o de otro equivalente”.⁶⁸¹

De otro lado, con relación a la determinación de qué intereses o derechos deben ser lesionados, de manera que configuren un daño colectivo, tres normas del ordenamiento jurídico colombiano se integran para esclarecer esta cuestión.⁶⁸² Así, en primer lugar, se destaca el art. 88 de la Constitución Política, el cual establece, como se señaló en apartes anteriores, que:

“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”.⁶⁸³

⁶⁸⁰ *Ibíd.*, p. 120.

⁶⁸¹ *Ibíd.*, p. 120.

⁶⁸² Así se expone, por ejemplo, en el libro citado de Claudia López et al. (coords.), *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, GTZ, 2010.

⁶⁸³ Art. 88, Constitución Política de Colombia.

Por su parte, una segunda norma que se integra en este planteamiento es el art. 89 de la Constitución, en virtud del cual:

“Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas”.⁶⁸⁴

Nótese, respecto de las normas citadas, que ambas hacen alusión a derechos e intereses colectivos. En esta dirección, como ha precisado el Consejo de Estado, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 472 de 1998,

“son derechos colectivos los relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad públicas, la moralidad administrativa, el ambiente y la libre competencia económica; también lo son los enunciados en el artículo 4° de la Ley 472 de 1998 y los definidos como tales en la Constitución Política, las leyes ordinarias y los tratados internacionales celebrados por Colombia, según lo dispuesto en el inciso penúltimo de esa misma norma”.⁶⁸⁵

De otro lado, de una lectura sistemática de los artículos 88 y 89 de la Constitución, se destaca la posibilidad establecida en la Carta Política, de que el legislador regule diferentes tipos de acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos. En otras palabras, aun cuando la Ley 472 de 1998 regula la acción popular para la protección de tales derechos, nada impide que el legislador pueda establecer acciones, recursos o procedimientos diferentes en la ley, para que la colectividad, como víctima, haga valer sus derechos colectivos por medio de otras acciones, supuesto que se da, precisamente, con la posibilidad de solicitar la reparación del daño colectivo en la Ley 975 de 2005. En conclusión: “el daño colectivo resultará –sin duda y en primer lugar– de la lesión a uno de los derechos o intereses colectivos enlistados en el art. 4° de la Ley 472 de 1998”,⁶⁸⁶ lista que, por lo demás, no es taxativa.

Por su parte, valga aclarar que el art. 89 de la Constitución consagra la posibilidad de que el legislador establezca recursos, acciones y

⁶⁸⁴ Art. 89, Constitución Política de Colombia.

⁶⁸⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 17 de julio de 2003, radicado n° 25000-23-27-000-2000-0111-01(Ap-0111), Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

⁶⁸⁶ Claudia López et al. (coords.), Op. Cit., p. 123.

procedimientos que propendan por la protección de derechos colectivos, esta vez respecto de las acciones u omisiones de las autoridades públicas.

En cuanto a la tercera norma que define lo que son derechos, intereses y bienes colectivos, se encuentra el art. 95 del Código Penal, en virtud del cual:

“Las personas naturales, o sus sucesores, las jurídicas perjudicadas directamente por la conducta punible tienen derecho a la acción indemnizatoria correspondiente, la cual se ejercerá en la forma señalada por el Código de Procedimiento Penal.

El actor popular tendrá la titularidad de la acción civil cuando se trate de lesión directa de bienes jurídicos colectivos”.

Como se deduce del tenor literal de la norma, ésta no hace alusión a derechos o intereses colectivos, sino a bienes jurídicos colectivos. En esta dirección, ha sido entendido que este concepto “involucra intereses que bien pueden no estar en el listado anterior (Ley 472 de 1998) pero que interesan a la comunidad, entendida como la sociedad toda o como la colectividad en la cual se cometió el delito”.⁶⁸⁷

Así las cosas, el daño colectivo puede provenir de la amenaza de violación o violación efectiva de un derecho o interés colectivo previsto en el art. 4 de la Ley 472 de 1998 o de un bien jurídico colectivo. Ello, por supuesto, “en el marco de la Ley 975 de 2005, está condicionado a que el daño colectivo sea “consecuencia de una conducta punible (i) que haya sido cometida por los GAOML (ii) o por sus miembros (iii) durante y con ocasión de su pertenencia a los mismos (iv), y dentro del término de vigencia de la Ley (v)”.⁶⁸⁸

2.1.4. CARACTERIZACIÓN DEL DAÑO COLECTIVO EN EL PROCESO PENAL DE JUSTICIA Y PAZ

A modo de ejemplo, para ilustrar la aplicación que ha tenido en la práctica el concepto de daño colectivo, es pertinente hacer referencia al incidente de reparación integral de las víctimas, seguido en el proceso contra Edwar Cobos Téllez y Uber Enrique Bánquez Martínez, por los hechos ocurridos en San Cayetano y Mampuján los días 10 y 11 de marzo de 2000 y en Isla Múcura el 19 de abril de 2003, el cual fue analizado anteriormente, en contraste con el incidente de reparación integral de las víctimas de Jorge

⁶⁸⁷ *Ibidem*, p. 123.

⁶⁸⁸ *Ibidem*, p. 127.

Iván Laverde Zapata, alias “El Iguano”, que dio inicio el 7 de julio de 2010 ante la Sala de Conocimiento del Tribunal de Justicia y Paz de Bogotá. Aun cuando en ambos incidentes algunos intervinientes expusieron la existencia de un daño colectivo en las comunidades, éste se ha manifestado de forma diferente en uno y otro caso.

Así, por ejemplo, en el caso del daño colectivo causado a las comunidades de Mampuján y San Cayetano, por las características de cohesión presentadas por estas comunidades y debido a que el hecho del desplazamiento se presentó de forma masiva en un corto periodo de tiempo (dos días), dicho daño adquirió una connotación bastante traumática para estas colectividades y tal vez más fácilmente determinable, por lo que la Fiscalía señaló que el desplazamiento forzado al que habían sido sometidas las personas que habitaban Mampuján y San Cayetano, produjo una ruptura de sus relaciones sociales y “un daño colectivo que identificó de la siguiente manera: i) Ruptura del tejido social representado en el miedo que mantienen las comunidades mediante la imposición de formas de control político y social para que no regresaran al lugar; ii) Afectación de la identidad cultural y las tradiciones ancestrales y; iii) Estigmatización de los habitantes de Mampuján por señalamientos de ser miembros o colaboradores de la guerrilla”.⁶⁸⁹

En contraste, el daño colectivo que se alegó en el incidente de reparación integral en el proceso de Jorge Iván Laverde Zapata tuvo connotaciones completamente diferentes. Ello, atendiendo a las características propias del *modus operandi* del Frente Fronteras del Bloque Catatumbo, el cual “tenía la misión de ubicar a un grupo que ya estaba delinquiendo en Cúcuta, conocido como ‘Los polleros’, que tenía vínculos con la Casa Cataño (...). El grupo ingresaba a los diferentes barrios y cometían asesinatos”.⁶⁹⁰ De esta forma, Laverde absorbió el grupo y estructuró el Frente Fronteras, cuyos hombres,

“realizaban masacres y asesinatos selectivos contra personas consideradas por el frente como auxiliadores o colaboradores de otros armados ilegales. En su expansión el frente recurrió a la realización de acciones de limpieza social dirigida a los que ellos consideraban delincuentes, así como a indigentes, trabajadoras sexuales, expendedores, consumidores de droga y jóvenes que eran señalados de hacer parte de grupos delincuenciales”.⁶⁹¹

⁶⁸⁹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia de primera instancia, 29 de junio de 2010, radicado n° 110016000253200680077186, M.P. Uldi Teresa Jiménez López, párr. 25.

⁶⁹⁰ CNRR, *Caminos, Informativos de Justicia y Paz*, edición n° 5, julio de 2010.

⁶⁹¹ *Ibidem*.

Debido al accionar sistemático y generalizado del grupo en Cúcuta a lo largo de un período de tiempo considerable, el daño colectivo configurado en la comunidad fue significativamente diferente al padecido en Mampuján y San Cayetano. Por tanto, la Fiscalía ha señalado que en Cúcuta se configuró un daño colectivo,

“evidente en la medida en que las mismas instituciones se prestaron para el accionar de las autodefensas y no hubo ninguna reacción por parte de ellas. Hay un daño en cuanto a la desconfianza y a la falta de credibilidad de las instituciones. Ellos no acudían a denunciar ningún hecho del accionar delincencial del frente Fronteras a la Policía precisamente porque observaban que muchos de los integrantes de la Policía tenían relación con ellos”.⁶⁹²

Así las cosas, fue necesario estructurar las medidas de reparación colectiva solicitadas a la Sala de Conocimiento en este incidente, a partir de la necesidad de recuperar la confianza en el Estado por parte de la comunidad.

La diferencia que se aprecia entre ambos incidentes de reparación podría, en la práctica y a futuro, servir como referencia para que los operadores jurídicos del proceso de Justicia y Paz, distingan las diferentes manifestaciones que el daño colectivo puede tener en las comunidades, con el objeto de determinar las medidas de reparación pertinentes y adecuadas para cada una de ellas en los casos concretos e integrarlas de una forma consistente con la ley, la jurisprudencia y la doctrina sobre daño colectivo, especialmente sobre los derechos, intereses y bienes jurídicos que son lesionados cuando el mismo se configura.

Adicionalmente, las discusiones que tuvieron lugar en la continuación del incidente de reparación integral en el proceso de Laverde Zapata, los días 14, 15 y 16 de septiembre de 2010, permiten ilustrar la complejidad del tema, especialmente las dificultades de su prueba en el contexto judicial, los límites de las medidas de reparación colectivas y la necesidad de contar con apoyo interdisciplinario, para poderlo determinar. Es importante mencionar, por ejemplo, que en varias de las solicitudes de medidas de reparación del daño individual que hacen los representantes de víctimas, se involucran medidas que también pueden tener impacto cuando se trata de reparaciones colectivas, particularmente relacionadas con la construcción de verdad y preservación de la memoria.

⁶⁹² CNRR, *Caminos, Informativos de Justicia y Paz*, edición n° 5, julio de 2010.

Así ocurrió en esta diligencia, en la que una defensora de familia, en representación de dos menores hijos de una víctima de homicidio, solicitó como medidas de reparación individual, en términos de medidas de satisfacción, un acto de perdón público por parte del postulado, por todas sus acciones; igualmente, en materia de garantías de no repetición, la defensora de familia insistió en el compromiso que debía tener el desmovilizado en acciones concretas de desmantelamiento de grupos ilegales y, con relación a la memoria, solicitó a los magistrados que ordenaran al gobierno nacional, articular estrategias de reconstrucción de la memoria, que trasciendan la “verdad” procesal.

Es interesante observar también, las propuestas de reparación ofrecidas por el postulado en este caso. Alias “El Iguano” comenzó su intervención afirmando, contundentemente, que los únicos bienes con los que cuenta el Frente Fronteras para financiar la reparación, son los que ha entregado Salvatore Mancuso a través de su abogado y que por eso su propuesta incluía medidas simbólicas de alcance, precisamente, colectivo: institucionalizar a nivel nacional el día de las víctimas, construir dos murales en Cúcuta en memoria de las víctimas con sus nombres (uno en la entrada de la ciudad y otro en el parque en donde se encuentra la cancha de fútbol denominada “cancha del chulo”) y asistir a talleres con jóvenes de la región para contarles su experiencia en la guerra y disuadirlos de ingresar a los grupos armados ilegales que hoy subsisten, entre otras.

De otra parte, es importante mencionar también un hecho particular que sucedió en este incidente de reparación. Uno de los representantes del Ministerio Público solicitó la presencia de algunos funcionarios del Estado, particularmente, de los representantes legales de algunas de las entidades que podían resultar obligadas en la sentencia, a propósito de las medidas de reparación del daño colectivo (recuérdese que la Sala de Conocimiento en la sentencia dictada contra alias “Diego Vecino” y “Juancho Dique” ordenó la construcción de obras públicas y la prestación de ciertos servicios sociales del Estado como parte de la reparación a la comunidad).

En desarrollo de la audiencia, como se señaló en anteriores apartes del presente documento, se presentó un fuerte debate sobre la pertinencia de esta solicitud y, finalmente, la Sala concluyó que no era procedente. Entre los funcionarios a los que se había solicitado citar, se encontraba el director de Acción Social, citación que fue revocada por la Sala, al considerar que la reparación del daño colectivo está a cargo del gobierno nacional y que se orienta a la recuperación psicosocial de las comunidades afectadas por la violencia. En este sentido, de acuerdo con la Sala, al estar el Ministerio Público a cargo de la prueba del daño colectivo, no tenía

interés para solicitar la presencia del director de Acción Social, debido a que la reparación del daño colectivo, en términos de la Sala, “nada tiene que ver con el Fondo de Reparación”.

Otro aspecto que se debe resaltar es el apoyo técnico que tuvo la Procuraduría el momento de probar el daño colectivo. Para esto, el Ministerio Público se apoyó en personal especializado de la CNRR: politólogas y psicólogas que habían realizado un proceso de investigación, que incluía trabajo conjunto con la comunidad afectada, rindieron su testimonio y explicaron las conclusiones que, desde su disciplina, se pueden adelantar respecto del daño causado en este caso específico. En la sesión del 15 de septiembre tuvo lugar la exposición de una psicóloga forense adscrita a la CNRR. Por la importancia para ilustrar la dificultad que existe en la determinación del daño colectivo, a continuación se reseñan algunas de sus conclusiones.

Ante la pregunta sobre qué es el daño psicosocial, formulada por el Ministerio Público, la psicóloga explicó que se trata de establecer cómo han cambiado, como consecuencia de la violencia, las pautas de comportamiento, las prácticas culturales y los tipos de relación en una comunidad. Por esta razón, afirmó la psicóloga, hablar de daño colectivo no supone hablar de la suma de daños individuales, sino del menoscabo que sufrió la comunidad, entendido como una entidad particular. La psicóloga explicó que, para determinar el daño producido a la comunidad, se habían analizado tres tipos de fuentes: familiares de víctimas (entrevista grupal con 21 familiares de víctimas), análisis de prensa sobre el cubrimiento periodístico de los hechos de violencia (se estudiaron sesenta piezas) y entrevistas con actores claves de la comunidad (sacerdotes, periodistas, líderes sociales, etc).

Para establecer el daño colectivo, en este caso concreto y de conformidad con lo expuesto, se identificaron tres patrones de sistematicidad de la violencia: asesinato de personas justificado a partir de la generalización casi paranoica de la noción de “enemigo” (por ejemplo, asesinato de líderes comunitarios o funcionarios judiciales), control de mercados ilegales e intimidación a través del terror. Con base en ello, al exponer los resultados de la investigación, la psicóloga explicó que se pudieron detectar cambios en los referentes de autoridad y en las representaciones sociales de la justicia, con base en los cuales, conceptos como el de inocencia y culpabilidad, se veían trastocados. Se concluyó entonces lo siguiente: producto de la violencia, para las personas de esta comunidad, “el dador” de justicia deja de ser el Estado, lo cual se refleja, por ejemplo, en que la indignación ante la violencia paramilitar deja de obedecer al hecho mismo de la muerte; en este punto se produce un efecto muy interesante, ya que el reproche a los postulados es, por ejemplo, por haber matado a alguien

que no se encontraba en la lista de las personas a las que iban a asesinar, o por no haber dejado que sus víctimas demostraran que realmente no eran auxiliares de la guerrilla o delincuentes.

De esta forma se pudo establecer, continúa el testimonio, cómo se altera en la comunidad lo que se entiende por bueno o malo. Estos cambios en los modelos de autoridad, se dan a partir de nuevos modelos basados en la violencia. Así, para los jóvenes el modelo a seguir es el del actor armado. Adicionalmente y como consecuencia de estas transformaciones, se genera un círculo vicioso en el que se generaliza la criminalidad, al tiempo que se cree que la forma de combatirla es precisamente por medio de la violencia misma. De esta forma, la violencia se convierte en un mecanismo de control social y se comienza a justificar la violencia contra actividades que, si bien no son necesariamente delictivas, se consideran indeseables. La forma de vestir, de hablar, de caminar, etc., se define y controla desde la violencia. Son modalidades de fascismo extendidas de hecho en todo el país.

Esto lleva, además, a una serie de conclusiones que son de la mayor importancia a la hora de caracterizar el daño colectivo. De acuerdo con la psicóloga, toda esta situación de violencia generalizada, proveniente de un grupo armado, sustituto del Estado, como el Frente Fronteras o el mismo Bloque Catatumbo, crea una situación de terror generalizado, una situación constante de miedo, no solamente frente al grupo armado, sino también frente a la comunidad misma, debido a la generalización de la noción de enemigo. El etiquetamiento y la estigmatización, aparecen así como un componente esencial del daño colectivo padecido por esta comunidad, lo cual genera vulnerabilidad y facilita la repetición de los hechos; de igual manera, la falta de credibilidad y legitimidad en la administración de justicia crece, y se asume una actitud ambigua frente a los grupos armados (hay repulsión, al tiempo que se aceptan como sustitutos del Estado).

Como ejemplo de todo esto, en este testimonio se propuso, entre otros, el caso de la cancha “del chulo”. Este es un lugar que quedó asociado a la violencia y al terror, las personas evitan pasar por ahí debido al miedo que inspira. En este lugar se exponían los cuerpos de las personas a las que los paramilitares mataban; precisamente, debido a esta práctica, se le dio este nombre a ese lugar. A propósito de este ejemplo, la psicóloga forense explicó que las medidas de reparación simbólica deben estar orientadas a restablecer los usos, los nombres, las prácticas y las narrativas que están asociadas a la violencia. En este caso, se insistió, la reparación exige mucho más que hacer un monumento, exige tomar medidas que conlleven, por ejemplo, a restablecer el nombre del lugar y a dejar atrás lo que éste evoca.

El testimonio concluyó afirmando que las mismas víctimas reconocen, para efectos de la reparación, la importancia del trabajo comunitario, ya que se deben tomar medidas que restablezcan las relaciones sociales, que cambien los referentes de la violencia y el terror. En este caso concreto se insistió en la importancia de recuperar la confianza entre la comunidad misma y entre ésta y el Estado. Ya para finalizar, la psicóloga advirtió también que la reconciliación no se debe buscar tanto desde una dicotomía entre víctima y victimario, sino que se debe dar al interior de la misma comunidad, aclarando, en todo caso, que la dignificación de la víctima no debe estar en manos del victimario, ya que es el Estado quien lo debe hacer para recuperar la legitimidad.

Finalmente, es importante hacer alusión a los alegatos de cierre que presentó el procurador en este incidente de reparación integral. De acuerdo con este funcionario, a lo largo del incidente de reparación algunos intervinientes pretendieron hacer ver que la prueba del daño colectivo no correspondía a la realidad, incluso, según él, se llegó a sugerir que las entrevistas practicadas por la CNRR no habían sido adecuadas. En todo caso, el procurador llamó la atención sobre el rigor con el que fue adelantado este trabajo y sostuvo que el mismo no tuvo en cuenta algunos hechos de violencia, como por ejemplo el impacto que pudo haber tenido el delito de desaparición forzada, debido a que esta audiencia era producto de una formulación parcial de cargos, de manera que el análisis para establecer el daño colectivo fue también parcial, pues estuvo condicionado por los cargos imputados y aceptados hasta el momento en este proceso. Adicionalmente, el procurador llamó la atención sobre la verdad que se construye en el proceso penal y afirmó que la memoria histórica no se conforma únicamente desde lo judicial y que, teniendo en cuenta esto, las recomendaciones de la CNRR han sugerido que se deben propiciar escenarios por fuera de lo judicial, para poder establecer la verdad y buscar formas de reparación. (El procurador del caso, muy activo, reconoció los límites del derecho penal en la búsqueda de la verdad, hecho que ha sido recalcado por el Área de Justicia).

Finalmente, el procurador concluyó su alegato, cuestionando las promesas de reparación que se hacen a las víctimas, ya que en el proceso penal ni siquiera han tenido participación las entidades que van a tener que asumir esta responsabilidad. En todo caso, el procurador resaltó que una crisis humanitaria no se puede solventar “con cemento, ni con monumentos, ni con la inscripción de las víctimas en el sistema de seguridad social en salud”. Se requiere mucho más.

2.2. LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN EN EL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ

Una vez esclarecido el concepto de daño colectivo, es pertinente hacer alusión a las medidas de reparación colectiva, para exponer, a su vez, el desarrollo de este componente que integra el derecho a la reparación integral en el proceso de Justicia y Paz. Siguiendo el esquema desarrollado al exponer el daño colectivo, al hacer referencia a las medidas de reparación colectiva, es recomendable primero hacer un estudio preliminar sobre el derecho a la reparación integral y a las diferentes medidas de reparación contenidas en la Ley 975 de 2005.

2.2.1. GENERALIDADES

En desarrollo de la tríada de derechos de las víctimas, el art. 8 de la Ley 975 de 2005 consagró la reparación como derecho, estableciendo para tal efecto que:

“El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas.

Restitución es la realización de las acciones que propendan por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito.

La indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito.

La rehabilitación consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito.

La satisfacción o compensación moral consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido.

Las garantías de no repetición comprenden, entre otras, la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley.

Se entiende por reparación simbólica toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.

La reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción psicosocial de las poblaciones afectadas por la violencia. Este mecanismo se prevé de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática.

Las autoridades judiciales competentes fijarán las reparaciones individuales, colectivas o simbólicas que sean del caso, en los términos de esta ley”.

El derecho a la reparación integral, aun cuando tiene prolijo desarrollo en el ordenamiento jurídico colombiano, está inspirado en el derecho internacional, de manera que, como resalta la Corte Constitucional:

“El derecho de reparación, conforme al derecho internacional contemporáneo también presenta una dimensión individual y otra colectiva. Desde su dimensión individual abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas *individuales* relativas al derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición. En su dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas.⁶⁹³

La integralidad de la reparación comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación”.⁶⁹⁴

En virtud de lo anterior, se puede decir que la Ley 975 establece un sistema mixto para el derecho de las víctimas a la reparación integral, en el que, por una parte, se divide el concepto de reparación integral en cinco categorías: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición; al tiempo que, por otra parte, se hace referencia a programas de reparación colectiva.⁶⁹⁵ Respecto de la indemnización como medida

⁶⁹³ Cfr. Art. 33 del Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

⁶⁹⁴ Corte Constitucional, sentencia n° C-454 del 7 de junio de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño, párr. 34. En igual sentido ver: Corte Constitucional, sentencia n° C-370 de 2006, aparte 6.2.3.2.5.3.

⁶⁹⁵ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, 29 de junio de 2010, radicado n° 110016000253200680077186, MP: Uldi Teresa Jiménez López, párr. 333.

de reparación, es pertinente hacer alusión a las consideraciones emitidas en apartes anteriores del presente monográfico, sobre las medidas de reparación individual, a propósito del incidente de reparación integral de las víctimas de Mampuján y San Cayetano, donde se expusieron los lineamientos de la Sala de Justicia y Paz en esta dirección, así como las implicaciones de los fallos en equidad y las referencias a la jurisprudencia de la Corte IDH.

2.2.2. LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN COLECTIVA EN LA LEY 975 DE 2005

En concordancia con el art. 8 de la Ley 975 de 2005, el art. 49 de la misma creó los programas de reparación colectiva, señalando:

“El Gobierno, siguiendo las recomendaciones la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparaciones, deberá implementar un programa institucional de reparación colectiva que comprenda acciones directamente orientadas a recuperar la institucionalidad propia del Estado Social de Derecho particularmente en las zonas más afectadas por la violencia; a recuperar y promover los derechos de los ciudadanos afectados por hechos de violencia, y a reconocer y dignificar a las víctimas de la violencia”.

Recuérdese que el art. 8 de la Ley citada indicó que “la reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción psicosocial de las poblaciones afectadas por la violencia. Este mecanismo se prevé de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática”. En este sentido, la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz señaló que en aquellas comunidades donde se ha presentado la ocurrencia de actos de violencia sistemáticos y generalizados,

“adquieren mayor relevancia ciertas medidas de reparación como las relativas a la satisfacción y a las garantías de no repetición, que en situaciones de violencia esporádica tienen una menor importancia. La eliminación de estigma creado en las víctimas, la desautorización del imaginario creado por los victimarios, la información pública sobre la gravedad de los delitos cometidos por los postulados y la ausencia de toda justificación para la comisión de este tipo de conductas que atentan contra la esencia misma del ser humano y contra los fundamentos más básicos sobre los que se funda nuestra Constitución Política y la Comunidad Internacional. (...).

Igualmente, en este tipo de situaciones, adquieren particular relevancia los programas de reparación colectiva tales como el

previsto en el artículo 49 de la Ley 975, y en especial, aquellos conducentes a que se generen las condiciones de seguridad necesarias para que las víctimas puedan regresar, o en su caso permanecer, en las localidades en las que fueron victimizados”.⁶⁹⁶

En este orden de ideas, valga hacer referencia a la relación existente entre daño colectivo y medidas de reparación colectiva, la cual no ha sido unívoca. En su momento, se concluyó que el daño colectivo puede provenir de la amenaza de violación o violación efectiva de un derecho, interés o bien jurídico colectivo, en concordancia con las precisiones efectuadas en apartes anteriores. No obstante, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, se pronunció sobre la vulneración de derechos colectivos, la generación de un daño colectivo y la procedencia de medidas de reparación colectiva, señalando que:

“Aceptando las sugerencias de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación en lo que tiene que ver con medidas de reparación Colectiva, las que no deben confundirse con las que provienen de la violación a derechos colectivos, la reparación consiste en darle prioridad a la ejecución de las obras solicitadas, por que los planes de reconstrucción deben ser entendidos como una inversión social obligatoria por parte del Estado”.⁶⁹⁷

Sin duda, esta afirmación causa bastantes interrogantes, puesto que deja abierta la interpretación sobre las medidas pertinentes para reparar la vulneración de derechos colectivos que, como se ha visto, en la doctrina, la ley y la jurisprudencia, han sido relacionados con la existencia de daños colectivos. De esta forma, para citar un caso, se ha manifestado que “la reparación colectiva es, ante todo, la correspondiente al daño colectivo”.⁶⁹⁸ Por su parte, la posición de la CNRR podría dar luces sobre el componente de las medidas de reparación colectiva, señalando que las mismas buscan dignificar a las colectividades comprendidas como víctimas, así:

“Partiendo del principio fundamental de que la reparación debe buscar el reconocimiento y la dignificación de las víctimas, y de que debe guardar coherencia externa con los demás componentes de la justicia transicional, el programa de reparación colectiva que prepara la CNRR no se limitará a la compensación económica de ciertos daños, sino que incluirá diversas maneras de reconocer

⁶⁹⁶ *Ibíd.*, p. 335.

⁶⁹⁷ *Ibíd.*, párr. 373.

⁶⁹⁸ *Ibíd.*, párr. 246.

los hechos y las violaciones que causaron los daños. Las formas de reconocimiento en cada caso concreto se concertarán con los sujetos colectivos víctimas y tendrán en cuenta la seguridad y dignidad de las personas que hacen parte de la comunidad u organización de que se trate”.⁶⁹⁹

De esta manera, siguiendo el esquema planteado por el art. 5 de la Ley 975 de 2005, al cual se hizo referencia en apartes anteriores, donde se establece que las víctimas pueden ser individuales o colectivas, la CNRR puso de manifiesto que las reparaciones colectivas buscan dignificar a la colectividad como víctima. Lo expresado, según se estudió en su momento, hace referencia directa al daño colectivo, toda vez que éste se predica de la colectividad como víctima, a quien se le vulneró un derecho, interés o bien jurídico colectivo.⁷⁰⁰ En este sentido, las medidas de reparación colectiva, contrario a lo señalado por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, sí podrían ser la forma de resarcir los daños colectivos, causados por la violación de derechos colectivos.

Ahora bien, independientemente de cuál es la interpretación más acertada, lo que queda claro de la problemática expuesta sobre el contenido de la noción de daño colectivo y las medidas de reparación colectiva, así como exactamente qué tipo de daños son reparados por éstas últimas, es que éstas son cuestiones que suscitan diversos problemas jurídicos prácticos, los cuales trascienden las interpretaciones académicas. Por tanto, dichas inquietudes urgen ser resueltas de manera uniforme e integral, so pena de que los intervinientes del proceso de Justicia y Paz adquieran posiciones desarticuladas, en detrimento del mismo y de los intereses de las víctimas.

3. LA EXTRADICIÓN DE POSTULADOS AL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ Y LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

La extradición de postulados al proceso de Justicia y Paz a Estados Unidos ha afectado la materialización de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.⁷⁰¹ Por esta razón, frente a la ausencia de

⁶⁹⁹ CNRR, *Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa*, Bogotá, CNRR, 2007, párr. 11.

⁷⁰⁰ Claudia López et al. (coords.), *Op. Cit.*, p. 42.

⁷⁰¹ En el segundo informe del Observatorio, el Área de Políticas Públicas analizó las implicaciones de la extradición de comandantes de las AUC efectuada por el gobierno nacional. En este sentido, sobre el alcance y la forma en que la extradición ha incidido en los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas, ver: Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, *Segundo informe, Parte III - La extradición de los comandantes de las AUC y sus implicaciones en el proceso de Justicia y Paz*, CITpax, Madrid-Bogotá, noviembre de 2009, pp. 137-164, en: <http://www.toledopax.org/descargarfichero>.

medidas efectivas por parte del ejecutivo para garantizar a las víctimas sus derechos en este tipo de situaciones, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que las extradiciones han incidido de forma negativa en el proceso y, en consecuencia, ha conceptualizado de forma negativa solicitudes de extradición de postulados al proceso de Justicia y Paz. Así, aun cuando, en un principio, los conceptos de la Sala de Casación Penal sobre dichas extradiciones fueron favorables a las mismas, los últimos conceptos de la Sala sobre esta cuestión han sido desfavorables; la jurisprudencia sobre este punto ha cambiado a medida que se han podido constatar las dificultades derivadas de la extradición. En este sentido, el Área de Justicia reseñará el cambio de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, en materia de solicitudes de extradición de postulados a los trámites y beneficios de la Ley 975 de 2005, así como los efectos prácticos que las extradiciones han tenido frente al desarrollo del proceso penal de Justicia y Paz.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre este punto se puede organizar en tres grupos, a saber: (i) conceptos en los que se acepta la extradición y no se considera esta medida un obstáculo para el proceso de Justicia y Paz; (ii) conceptos en donde se reconoce que la extradición puede ser un obstáculo para Justicia y Paz (en este sentido, la Sala de Casación Penal rinde concepto favorable condicionado); y (iii) conceptos en los que la Sala de Casación Penal advierte el incumplimiento de las condiciones por parte del gobierno nacional y, en consecuencia, niega algunas extradiciones. Es importante mencionar que estos criterios no se expresan en una secuencia temporal, sino que en algunas ocasiones coinciden, lo que hace todavía más ambiguo lo expuesto por la Sala de Casación Penal.

3.1. CONCEPTOS FAVORABLES A LA EXTRADICIÓN DE POSTULADOS AL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ

El trámite previsto por la Ley 906 de 2004 para conceder u ofrecer la extradición de una persona procesada en el exterior exige el pronunciamiento previo y favorable de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Únicamente agotado este requisito, se abre la posibilidad de que el gobierno nacional, discrecionalmente, por ejemplo, otorgue la extradición. De acuerdo con el art. 502 de la Ley 906 de 2004, la Sala se debe pronunciar sobre los siguientes aspectos: la validez formal de la documentación presentada, la demostración plena de la identidad del

solicitado, el respeto al principio de la doble incriminación del delito, la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero y, si fuere el caso, el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos.⁷⁰² En un principio, en los casos de solicitudes de extradición de postulados a Justicia y Paz, la Sala de Casación Penal sólo evaluó si se cumplían o no estos requisitos, limitando así su análisis a aspectos formales.

En términos generales, por no existir tratado de extradición entre Estados Unidos y Colombia, la fundamentación de los conceptos favorables a la extradición de miembros de las AUC, postulados al proceso de Justicia y Paz, recayó sobre la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 35 de la Constitución Política de Colombia, 18 del Código Penal y 35 y 502 del Código de Procedimiento Penal. De esta forma, por ejemplo, al conceptuar favorablemente sobre la extradición de Carlos Mario Jiménez Naranjo, alias “Macaco”, la Sala precisó que:

“Dado que el artículo 502 del Código de Procedimiento Penal dispone que la Corte fundamentará su concepto en la validez formal de la documentación enviada por el ejecutivo, la plena demostración de la identidad del solicitado, el cumplimiento del principio de la doble incriminación (según el cual el hecho que motiva la petición debe también estar previsto como delito en Colombia, además de estar reprimido con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro años) y la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero con la resolución acusatoria regulada en el derecho procesal interno, se analizará a continuación y en el orden mencionado la convergencia o no de tales elementos”.⁷⁰³

De igual forma, en los conceptos referentes a las extradiciones de Rodrigo Tovar Pupo, Manuel Enrique Torregrosa Castro, Hebert Veloza García, Norberto Quiroga Poveda, José Gregorio Terán Vásquez y Miguel Ángel Melchor Mejía Múnera, la Sala de Casación Penal profirió pronunciamiento favorable, luego de analizar los criterios mencionados.⁷⁰⁴

⁷⁰² Art. 502, Ley 906 de 2004.

⁷⁰³ CSJ, Sala de Casación Penal, concepto del 2 de abril de 2008, radicado n° 28643, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

⁷⁰⁴ Ver: CSJ, Sala de Casación Penal, concepto del 13 de junio de 2007, radicado n° 27020, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, CSJ, Sala de Casación Penal, concepto del 5 de diciembre de 2007, radicado n° 28505, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, CSJ, Sala de Casación Penal, concepto del 31 de julio de 2008, radicado n° 28503, M.P. Javier Zapata Ortiz; CSJ, Sala de Casación Penal, concepto del 23 de septiembre de 2008, radicado n° 29298, M.P. María del Rosario González de Lemos; CSJ, Sala de Casación Penal, concepto del 29 de julio de 2008, radicado n° 29299, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés; y CSJ, Sala de Casación Penal, concepto del 2 de diciembre de 2008, radicado n° 30140, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

Es pertinente resaltar, que en el trámite surtido con el propósito de decidir las extradiciones de Carlos Mario Jiménez Naranjo y de Miguel Ángel Melchor Mejía Múnera, la Corte Suprema de Justicia negó la solicitud de pruebas hecha por los defensores de los postulados, mediante las cuales pretendían demostrar la postulación de estas personas al proceso de Justicia y Paz.⁷⁰⁵

En este sentido, en primer lugar, mediante providencia del 23 de enero de 2008, la Sala de Casación Penal negó, por improcedentes, las solicitudes probatorias presentadas por el defensor de Carlos Mario Jiménez Naranjo. Según la Sala, para admitir la práctica de las pruebas solicitadas, las mismas debían ser pertinentes, útiles, necesarias, conducentes y, además, hacer referencia directa o indirecta a los hechos y a las circunstancias relacionadas con el objeto de la actuación.⁷⁰⁶ Por consiguiente, de acuerdo con la Sala de Casación Penal, en el trámite de extradición las solicitudes de pruebas debían estar circunscritas a los cuatro aspectos básicos establecidos en el art. 502 de la Ley 906 de 2004, sobre los cuales se debe pronunciar la Corte Suprema al emitir su concepto. En este orden de ideas, la Sala negó las pruebas solicitadas por el defensor de Jiménez Naranjo, pues consideró que las mismas pretendían demostrar la inviabilidad de su extradición al ser procesado bajo la Ley 975 de 2005, aspecto sobre el cual, según lo expuesto, la Sala no debía pronunciarse al momento de emitir el concepto.⁷⁰⁷

La Sala de Casación Penal realizó un análisis similar en auto del 29 de septiembre de 2008, en el cual negó las pruebas solicitadas por el apoderado de Mejía Múnera, presentadas teniendo en cuenta su “condición de postulado dentro del proceso de Justicia y Paz de su representado”.⁷⁰⁸ Al resolver la solicitud, la Sala puso de manifiesto que “las pruebas documentales allegadas por el defensor de Mejía Múnera, tendientes a demostrar que su asistido se encuentra postulado a la Ley de Justicia y Paz, no se aceptarán porque esa condición no corresponde a una de las exigencias sobre las cuales deba emitirse el concepto”.⁷⁰⁹ Para sustentar la posición expuesta, la Sala de Casación Penal citó un auto del 9 de mayo de 2007, en el cual la Corte Suprema había indicado que el acogimiento a

⁷⁰⁵ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 23 de enero de 2008, radicado n° 28643, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca y CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 29 de septiembre de 2008, radicado n° 30140, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

⁷⁰⁶ Art. 375, Ley 906 de 2004.

⁷⁰⁷ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 23 de enero de 2008, radicado n° 28643, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

⁷⁰⁸ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 29 de septiembre de 2008, radicado n° 30140, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

⁷⁰⁹ *Ibidem*.

la Ley de Justicia y Paz no tenía incidencia en el concepto elaborado por dicha Corporación en el trámite de extradición. Para la Sala de Casación Penal su pronunciamiento en esta materia,

“(...) lejos de corresponder a la noción de proceso judicial, se limita a la emisión de un concepto jurídico sobre la viabilidad de conceder o no la extradición de la persona requerida, cuya decisión final compete exclusivamente al Gobierno Nacional representado por el Presidente de la República”.⁷¹⁰

Adicionalmente, en el auto del 29 de septiembre de 2008, la Sala de Casación Penal hizo mención explícita a los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, y aclaró que la única forma de dar efectividad a estos derechos, “no es la de contar con la presencia del requerido en extradición ni la indemnización pecuniaria para los fines del procedimiento previsto en la ley 975 de 2005”.⁷¹¹ Lo expresado, por cuanto, como había manifestado en anteriores conceptos:

“Como bien se extrae de la *ratio decidendi* de la sentencia C-370 de 2006 que trajo a colación el abogado de (...), la obligación de garantizar el derecho de verdad que les asiste a las víctimas no está circunscrita de manera inexorable a la colaboración que en tal sentido preste la persona que se acoge a la acumulación de penas alternativas de que trata la Ley de Justicia y Paz, sino a que el Estado investigue de manera seria, imparcial y conforme a la normatividad nacional e internacional, los delitos cometidos por estas personas y, de este modo, promueva por su propia cuenta el derecho a conocer las causas y las circunstancias bajo las cuales fueron realizadas las conductas punibles”.⁷¹²

No obstante, es de resaltar que el magistrado José Leónidas Bustos Martínez presentó salvamento de voto ante esta providencia, mediante el cual se apartó de la decisión de negar las pruebas que pretendían

⁷¹⁰ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 9 de mayo de 2007, radicado n° 27020, M.P. Sigifredo Espinoza Pérez. Es de resaltar que, en el auto referido, la Corte Suprema de Justicia negó la práctica de las pruebas solicitadas por el defensor de Rodrigo Tovar Pupo, alias “Jorge 40”, que pretendían demostrar la postulación de esta persona al proceso de Justicia y Paz.

⁷¹¹ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 29 de septiembre de 2008, radicado n° 30140, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

⁷¹² CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 29 de septiembre de 2008, radicado n° 30140, M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Los conceptos citados por la Corte son los siguientes: CSJ, Sala de Casación Penal, concepto del 2 de abril de 2008, radicado n° 28643, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca; y CSJ, Sala de Casación Penal, concepto del 31 de julio de 2008, radicado n° 28503, M.P. Javier Zapata Ortiz.

demostrar que Mejía Múnera era postulado a la Ley de Justicia y Paz. El magistrado argumentó que, “cuando la persona solicitada en extradición está postulada al proceso de Justicia y Paz por delitos de lesa humanidad, o tiene pendiente investigaciones penales por dicho motivo, la Corte debe privilegiar los delitos cometidos en su territorio con el fin de garantizar los derechos de las víctimas, y que la extradición, en estos casos, no debe concederse”.⁷¹³ Así las cosas, en el entender del magistrado, las pruebas anteriormente referidas eran pertinentes, ya que tenían la virtualidad de incidir en el sentido del concepto, por lo cual debieron ser ordenadas.⁷¹⁴

De esta forma, se diría que, en algunas ocasiones, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la extradición de postulados a la Ley de Justicia y Paz, el debate sobre el impacto que podría tener esta medida en los derechos de las víctimas, ha sido marginal. La Sala ha considerado en varios pronunciamientos que este tema excede los límites propios de la discusión sobre el cumplimiento de los requisitos previstos en el Código de Procedimiento Penal para emitir concepto favorable. Sin embargo, como se verá en los próximos apartes, la respuesta de la Sala de Casación Penal a este dilema no ha sido uniforme, ya que algunos conceptos emitidos por la Sala, a pesar de ser favorables a la extradición de postulados, han hecho alusión a los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y, en consecuencia, han condicionado la extradición a que el gobierno nacional tome medidas para garantizar su cumplimiento. Dichos conceptos serán reseñados a continuación.

3.2. CONCEPTOS FAVORABLES CONDICIONADOS PARA LA EXTRADICIÓN DE POSTULADOS AL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ

Después de la aprobación de varias extradiciones de postulados a Justicia y Paz, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia comenzó a establecer condiciones al emitir conceptos favorables. En estos pronunciamientos, la Sala no se limitó a verificar el cumplimiento de los aspectos formales establecidos en el art. 502 de la Ley 906 de 2004, sino que comenzó a valorar la pertinencia de las extradiciones en Justicia y Paz, a partir de la importancia que en este contexto tienen los derechos de las víctimas.

Como se mencionó en el acápite anterior, en el concepto favorable a la extradición de Carlos Mario Jiménez Naranjo, la Sala de Casación Penal

⁷¹³ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 29 de septiembre de 2008, radicado n° 30140, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, Salvamento de Voto de José Leonidas Bustos Martínez.

⁷¹⁴ *Ibidem*.

sostuvo que el hecho de haber sido postulado a Justicia y Paz no impedía *per se* la extradición. Sin embargo, aquí mismo llamó la atención al gobierno nacional para que no perdiera de vista, al momento de decidir, los fines propuestos mediante la Ley de Justicia y Paz:

“En lo atinente a los alegatos presentados por el defensor de CARLOS MARIO JIMÉNEZ NARANJO, es necesario recordar que la Sala, además de lo ya expuesto en pretéritas oportunidades a lo largo de este trámite de extradición (autos de 23 de enero y 20 de febrero de 2008), ha considerado que el hecho de que una persona se encuentre postulada a la Ley de Justicia y Paz de ninguna manera es óbice para conceptuar de manera desfavorable una solicitud de extradición. Sin embargo, la Sala llama la atención al Presidente de la República para que se tenga en cuenta la filosofía de esta ley y los compromisos en materia de verdad, justicia y reparación”.⁷¹⁵

En providencia del 22 de abril de 2008, en la cual la Corte Suprema de Justicia decidió un “recurso de apelación formulado por el Fiscal Dieciséis de la Unidad Nacional para la Justicia y la Paz, y el Agente del Ministerio Público, contra decisiones adoptadas por un magistrado de la Sala de Justicia y Paz con funciones de control de garantías del Tribunal Superior de Barranquilla, en audiencia preliminar solicitada por una víctima de las conductas punibles probablemente cometidas por CARLOS MARIO JIMÉNEZ NARANJO”, la Sala de Casación Penal puntualizó el alcance de las consideraciones hechas a propósito de la extradición de Carlos Mario Jiménez. En este pronunciamiento, la Sala de Casación Penal estableció si era posible que el gobierno pudiese extraditar al postulado, “sin consideración del proceso penal adelantado contra aquél en la jurisdicción de justicia y paz”.⁷¹⁶

Con el objetivo de resolver este problema, la Sala señaló que la responsabilidad constitucional que le asiste de velar por el respeto de las garantías fundamentales de las personas, le permite, no obstante conceptuar de manera favorable, establecer condiciones, no sólo cuando fuere necesario proteger los derechos fundamentales del solicitado en extradición, sino también cuando, en casos concretos, observare que “la extradición atentaría contra derechos fundamentales de terceros que al ponderarlos con el interés particular del país solicitante se tornan

⁷¹⁵ CSJ, Sala de Casación Penal, concepto del 2 de abril de 2008, radicado n° 28643, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

⁷¹⁶ CSJ, Sala de Casación Penal, providencia del 22 de abril de 2008, radicado n° 29559, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

intangibles”.⁷¹⁷ Por tanto, la Sala concluyó que en estos supuestos se debía ponderar el interés particular en juego en la extradición, con los fines que alientan la Ley de Justicia y Paz, donde el derecho internacional de los derechos humanos debía prevalecer frente a la extradición como instrumento de colaboración para la lucha contra la delincuencia. Ello, pues,

“de otro modo no se cumpliría el ideal de paz que sirvió para expedir la Ley 975 de 2005, por cuanto la extradición, además de impedir el relato de los crímenes del postulado a través de su versión libre, dejaría huérfanas de protección a las víctimas y sus familiares, al diluirse el aseguramiento de la reparación de los daños, además del conocimiento de lo que sucedió, cómo ocurrió, etc., máxime cuando en delitos de esta estirpe la sola reparación o indemnización pecuniaria no basta”.⁷¹⁸

Así las cosas, la Sala de Casación Penal concluyó que la solicitud de extradición, “pese al concepto favorable a la misma, no puede cumplirse en tanto los jueces no se hayan pronunciado acerca de lo que es materia de controversia o debate en el proceso de justicia transicional”.⁷¹⁹ En la práctica, y teniendo en cuenta pronunciamientos posteriores, esta frase se convertiría, conforme a su tenor semántico, en una prohibición para conceder la solicitud de extradición, hasta tanto el proceso de Jiménez Naranjo en Justicia y Paz no finalizara.

Más adelante, en el concepto favorable a la extradición de Veloza García, del 31 de julio de 2008, la Sala retomó las condiciones impuestas en el concepto favorable a la extradición de Jiménez Naranjo, con los comentarios efectuados a los mismos en la providencia del 22 de abril de 2008. Con relación a la extradición de Veloza García, luego de indicar, de nuevo, que “la solicitud de extradición, pese al concepto favorable a la misma, no puede cumplirse en tanto los jueces no se hayan pronunciado acerca de lo que es materia de controversia o debate en el proceso de justicia transicional, fundamentalmente respecto a los derechos de las víctimas”, la Sala de Casación Penal estimó que:

“Es su deber constitucional, al emitir concepto en casos como el presente, recordar al Gobierno Nacional, la vigencia de los tratados públicos ratificados por Colombia, particularmente los que se refieren al cumplimiento del derecho internacional de

⁷¹⁷ *Ibidem.*

⁷¹⁸ *Ibidem.*

⁷¹⁹ *Ibidem.*

los derechos humanos, en los que hallan respaldo las garantías fundamentales de las víctimas en materia de verdad, justicia, reparación y no repetición, para que conforme a la filosofía de la Ley de Justicia y Paz, se adopten medidas compatibles con los compromisos del Estado en materia de derechos humanos y los estándares internacionales”.⁷²⁰

Por tanto, la Sala indicó que corresponde al Presidente de la República, en virtud del art. 189, numeral 2º, de la Constitución, “realizar el respectivo seguimiento a los condicionamientos que se impongan a la concesión de la extradición y determinar las consecuencias que se derivarían de su eventual incumplimiento”.⁷²¹

No obstante, el magistrado Alfredo Gómez Quintero salvó el voto frente a este concepto favorable condicionado, al considerar que, para emitir dicho concepto, se requería una contestación por parte de la cabeza del ejecutivo, respondiendo los interrogantes planteados a dicha autoridad por la Sala de Casación Penal, referentes a las razones que habían motivado la entrega en extradición de más de una docena de jefes de las AUC, de los cuales la gran mayoría se encontraban vinculados al procedimiento de Justicia y Paz. Lo anterior, ya que era de interés para la Sala, conocer si el “motivo de la extradición había obedecido al hecho de haberse demostrado que seguían delinquirando luego de su desmovilización y si por esa razón legal habían sido excluidos del mencionado proceso de justicia y paz”.⁷²² Así las cosas, el magistrado afirmó en su salvamento de voto lo siguiente:

“Ahora bien, la respuesta de la presidencia de la República no ha llegado aún y en mi criterio el concepto de fondo en este trámite de extradición no ha debido rendirse hasta tanto no se conocieran las razones a que se aludió al comienzo. Pero como la mayoría decidió otra cosa, aún sin contar con la asistencia de dos de los magistrados, no puedo más que mostrar mi disidencia al estimar que el concepto no ha debido materializarse; pero que aún en el evento de rendirse, no podía consignarse, como se hizo, el condicionamiento que *-in extenso-* se lee a folios 24 a 37. Lo cierto, para el suscrito, es que al interior de este trámite, pero en

⁷²⁰ CSJ, Sala de Casación Penal, concepto del 31 de julio de 2008, radicado n° 28503, M.P. Javier Zapata Ortiz.

⁷²¹ *Ibidem*.

⁷²² CSJ, Sala de Casación Penal, concepto del 31 de julio de 2008, radicado n° 28503, M.P. Javier Zapata Ortiz, salvamento de voto de Alfredo Gómez Quintero.

particular a la fecha de hoy, no se sabe si VELOZA GARCIA se mantiene o no en el proceso de justicia y paz”.⁷²³

En este concepto, la Sala de Casación Penal mostró gran preocupación por la garantía efectiva de los derechos de las víctimas en la práctica de Justicia y Paz. Esta posición contrasta con aquella adoptada en los conceptos inicialmente analizados, donde la Sala sólo se pronunció sobre las garantías de los procesados. Así, un ejemplo similar que evidencia esta situación, se percibe en el concepto favorable a la extradición de José Gregorio Terán Vásquez, del 29 de julio de 2008 (proferido tan sólo dos días antes de emitir el concepto estudiado previamente), en el cual la Corte Suprema ni siquiera consideró pertinente pronunciarse sobre los derechos de las víctimas, puesto que para ese momento Terán Vásquez no había rendido versión libre. Ello, a pesar de que el defensor del solicitado en extradición alegó que su defendido se encontraba en los “trámites de Justicia y Paz”.⁷²⁴

De otro lado, en providencia emitida el 10 de abril de 2008 (en la cual la Sala de Casación Penal decidió un recurso de apelación contra una providencia del Tribunal Superior de Barranquilla, Sala de Justicia y Paz, a través de la cual se abstuvo de decretar la exclusión del desmovilizado Manuel Enrique Torregrosa Castro de la lista de postulados a los beneficios previstos en la Ley 975 de 2005), la Sala explicó las razones que la obligaban a emitir conceptos favorables condicionados, luego de indicar en una nota al pie, que en esta oportunidad pretendía desarrollar y complementar “lo expresado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en los conceptos de extradición de 5 de diciembre de 2007, radicación 28505 y de 2 de abril de 2008, radicación 28643”.⁷²⁵

De esta manera, luego de adelantar una extensa disertación sobre los derechos de las víctimas, la Corte Suprema manifestó que dichos derechos llevan a que, “inclusive quien debe conceptuar en los trámites de extradición (Sala de Casación Penal), no pueda pasar como mero espectador pues su misión (...) va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales” (paréntesis por fuera del texto original). Por tanto, indicó que de este papel se deriva la obligación de “buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima”. Así, la Sala concluyó que:

⁷²³ *Ibidem*.

⁷²⁴ CSJ, Sala de Casación Penal, concepto del 29 de julio de 2008, radicado n° 29299, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

⁷²⁵ CSJ, Sala de Casación Penal, providencia del 10 de abril de 2008, radicado n° 29472, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, nota al pie número 38.

“Todo lo expresado obliga a la Corte a considerar, en aras del imperio de la justicia nacional, el respeto de los compromisos internacionales del Estado en materia de derechos humanos y la efectividad de los derechos fundamentales, que si en un supuesto concreto de extradición se produce como consecuencia del mismo la violación de los derechos de las víctimas, el concepto deberá ser emitido en forma negativa o si el mismo es de carácter favorable será condicionado para evitar el desamparo de quienes han padecido las consecuencias de los delitos confesados por el desmovilizado-postulado, supuesto ineludible que de no atenderse convertirá el concepto en negativo, con las respectivas consecuencias”.⁷²⁶

Con estos pronunciamientos es posible observar cómo el criterio de la Sala de Casación Penal, sobre la procedencia de la extradición de postulados a la Ley de Justicia y Paz, no ha sido uniforme. La ambigüedad ha llevado a que, por ejemplo, en el auto del 29 de septiembre de 2008, anteriormente referido, la Sala haya considerado que los derechos de las víctimas pueden encontrar efectivo cumplimiento a pesar de la extradición, después de que en la providencia del 10 de abril de 2008, la misma Sala de Casación Penal hubiera concluido que la extradición podría llegar a obstaculizar la satisfacción de los derechos de las víctimas.⁷²⁷

3.3. LOS CONCEPTOS SOBRE LA EXTRADICIÓN DE POSTULADOS AL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ DESDE UNA PERSPECTIVA INTERNACIONAL

Paralelamente a la extradición concedida a algunos postulados al proceso de Justicia y Paz, en el ámbito internacional organizaciones no gubernamentales mostraron varias inquietudes ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, considerando que dicha extradición menoscababa la efectividad de los derechos de las víctimas. Así, por ejemplo, en audiencia del 23 de octubre de 2008, realizada en el marco del 133° período de audiencias de la Comisión, solicitada por un amplio número de organizaciones no gubernamentales, dichas organizaciones pusieron de presente que los derechos de las víctimas se habían visto vulnerados por las extradiciones de los jefes paramilitares.⁷²⁸

⁷²⁶ *Ibidem.*

⁷²⁷ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 29 de septiembre de 2008, radicado n° 30140, M.P. Yesid Ramírez Bastidas y CSJ, Sala de Casación Penal, providencia del 10 de abril de 2008, radicado n° 29472, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

⁷²⁸ 133° período de audiencias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, audiencia titulada “Extradiciones de paramilitares y derecho de las víctimas en Colombia”.

Por su parte, en su Informe Anual de 2008, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acogió las preocupaciones de las organizaciones no gubernamentales, e hizo referencia específica a la extradición de postulados al proceso de Justicia y Paz. En este sentido, la Comisión señaló que “el proceso ha enfrentado obstáculos tangibles durante el año 2008. En particular, se destaca la decisión de extraditar a un importante número de conocidos líderes paramilitares, algunos de ellos vinculados a investigaciones sobre la llamada parapolítica”.⁷²⁹ Igualmente, puso de presente que “en abril de 2008, la Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el efecto de las extradiciones en la aplicación de la Ley de Justicia y Paz. En esa oportunidad la Corte señaló que los miembros de grupos armados ilegales no debieran ser extraditados sin antes cumplir con el proceso de reparación a las víctimas”.⁷³⁰ Así mismo, la Comisión retomó el estudio de esta situación, nuevamente, en su Informe Anual de 2009:

“Durante el año 2008 la CIDH manifestó su preocupación por el potencial impacto de la extradición a los EEUU de 16 líderes paramilitares en el esclarecimiento de miles de crímenes. Concretamente observó que la extradición afecta la obligación del Estado colombiano de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación de los crímenes cometidos por los grupos paramilitares; impide la investigación y el juzgamiento de graves crímenes por las vías establecidas por la Ley de Justicia y Paz en Colombia y por los procedimientos criminales ordinarios de la justicia colombiana; y cierra las posibilidades de participación directa de las víctimas en la búsqueda de la verdad sobre los crímenes cometidos durante el conflicto y limita el acceso a la reparación del daño causado. Finalmente, la Comisión resaltó que este acto interfiere con los esfuerzos por determinar los vínculos entre agentes del Estado y estos líderes paramilitares en la comisión de violaciones a los derechos humanos”.⁷³¹

De la misma manera, en el Informe Anual de 2009, la Comisión Interamericana indicó que “en una audiencia celebrada en marzo de 2009, en el marco del 134° período de sesiones de la CIDH, representantes de la Fiscalía General de la Nación hicieron referencia a un cronograma de

⁷²⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 2008, Capítulo IV, Colombia, párr. 30.

⁷³⁰ *Ibidem*, párr. 31.

⁷³¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 2009, Capítulo IV, Colombia, párr. 37.

versiones libres para el año 2009”⁷³² y que, no obstante, “transcurridos varios meses la Comisión tomó conocimiento sobre diversos obstáculos a la colaboración de los líderes paramilitares extraditados con los procesos adelantados bajo la Ley de Justicia y Paz”.⁷³³ Así, la Comisión reiteró “su preocupación por la ausencia de acuerdos de cooperación que garanticen la realización y la efectiva participación de los extraditados en las diligencias que deben ser adelantadas en el marco de los procesos de Justicia y Paz”.⁷³⁴

En este contexto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también citó de nuevo algunos conceptos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia e indicó, que “en el concepto favorable a la extradición de El Mellizo, de fecha 2 de diciembre de 2008, la Corte Suprema señaló que ‘el desconocimiento de los derechos de las víctimas en virtud de la concesión de la extradición, hace políticamente responsable a quien definitivamente corresponde concederla, es decir, al Presidente de la República, por cuanto funcionalmente es él [quien] directamente adopta dicha determinación”.⁷³⁵ Igualmente, en este punto la Comisión hizo referencia a que en el 2009, la Corte Suprema de Justicia emitió concepto desfavorable a la extradición de un jefe paramilitar, “con fundamento en que la extradición vulnera el espíritu de la Ley 975, desconoce los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y ‘traumatiza’ el funcionamiento de la administración de justicia colombiana”.⁷³⁶

Esta referencia a la percepción de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre las consecuencias negativas para los derechos de las víctimas, que se desprenden de la extradición de postulados al proceso de Justicia y Paz, es un referente que permite introducir las preocupaciones que motivaron a la Sala de Casación Penal a proferir conceptos desfavorables ante la solicitud de extradición de estas personas.

3.4. CONCEPTOS DESFAVORABLES A LA EXTRADICIÓN DE POSTULADOS AL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ

Entre febrero y mayo de 2010, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia profirió tres conceptos mediante los cuales negó la solicitud de extradición a Estados Unidos de, correlativamente, tres postulados a los trámites y beneficios de la Ley 975 de 2005: Edwar Cobos

⁷³² *Ibidem*, párr. 39.

⁷³³ *Ibidem*, párr. 40.

⁷³⁴ *Ibidem*, párr. 42.

⁷³⁵ *Ibidem*, párr. 46.

⁷³⁶ *Ibidem*, párr. 47.

Téllez, Daniel Rendón Herrera y Fredy Rendón Herrera.⁷³⁷ En estas ocasiones, la Sala de Casación Penal optó por negar de plano la extradición de postulados al proceso de Justicia y Paz, en lugar de condicionar los conceptos favorables de dichas extradiciones al efectivo cumplimiento en la práctica de los derechos de las víctimas.

De esta manera, en el concepto desfavorable emitido por la Sala de Casación Penal, sobre la extradición de Edwar Cobos Téllez, proferido el 17 de febrero de 2010, la Sala indicó que, aun cuando la solicitud de extradición bajo estudio cumplía los requisitos establecidos por el art. 502 de la Ley 906 de 2004, existían motivos constitucionales y legales que impedían aprobarla. En este sentido, según la Sala, cuando se presente solicitud de extradición de colombianos acusados en el exterior de cometer delitos comunes que, al mismo tiempo, se hallen sometidos al proceso de Justicia y Paz, se deben privilegiar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

A su vez, citando un concepto desfavorable sobre la extradición de un postulado al proceso de Justicia y Paz, proferido el 19 de agosto de 2009, la Sala puso de manifiesto que el concepto negativo a la extradición de Cobos Téllez se fundamentaba en que, con la extradición de postulados al proceso de Justicia y Paz: (i) se vulneraba el espíritu de la Ley 975 de 2005; (ii) se desconocían los derechos de las víctimas; (iii) se truncaba el funcionamiento de la administración de justicia colombiana; y (iv) se presentaba una menor gravedad de los delitos por los cuales era acusado el ciudadano en el exterior, en comparación con los delitos por los cuales era procesado en Justicia y Paz.⁷³⁸ De acuerdo con estas consideraciones, la Corte Suprema manifestó que,

“(…) el Gobierno colombiano NO puede extraditar al ciudadano colombiano EDWAR COBOS TÉLLEZ, (…) pues, como viene de demostrarse, (i) se vulnerarían las obligaciones internacionales del Estado colombiano dirigidas a la lucha contra la impunidad respecto de los delitos de lesa humanidad que en Colombia se le imputan al requerido en extradición y, (ii) resultarían gravemente afectados los derechos de las víctimas y la sociedad colombiana que quedarían sin posibilidades de conocer la verdad y obtener

⁷³⁷ CSJ, Sala de Casación Penal, concepto del 17 de febrero de 2010, radicado n° 32568, M.P. Leónidas Bustos Ramírez; CSJ, Sala de Casación Penal, concepto del 17 de marzo de 2010, radicado n° 32786, M.P. Javier Zapata Ortiz; y CSJ, Sala de Casación Penal, concepto del 4 de mayo de 2010, radicado n° 32794, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

⁷³⁸ CSJ, Sala de Casación Penal, concepto del 17 de febrero de 2010, radicado n° 32568, M.P. Leónidas Bustos Ramírez.

reparación por los crímenes cometidos por el grupo armado ilegal cuya pertenencia se le atribuye al señor COBOS TÉLLEZ, todo ello, sin perjuicio de la obligación del Estado Colombiano de investigar y sancionar los delitos que el requerido hubiere podido haber cometido en territorio extranjero y por los cuales se solicita su extradición”.⁷³⁹

Sin embargo, es de resaltar que, a pesar de las consideraciones expuestas, la Sala realizó una salvedad final al concepto negativo, según la cual:

“En los eventos en que el postulado requerido en extradición, señor EDWAR COBOS TÉLLEZ (i) no contribuya con el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas que de él se reclama, (ii) incurra en causal de exclusión del trámite y beneficios de la ley de justicia y paz, (iii) resulte absuelto por los delitos que se le imputan, (iv) incumpla las obligaciones y compromisos derivados de la pena alternativa, u ocurra cualquier supuesto similar a los anteriores, quedan sin sustento los argumentos que ahora han llevado a emitir un concepto desfavorable a la petición de extradición.

De darse alguna de las anteriores hipótesis desaparecen las razones que en este momento no permiten autorizar la extradición del señor EDWAR COBOS TÉLLEZ al Estado requirente, surgiendo así para las autoridades competentes la posibilidad de reintentar la solicitud de extradición”.⁷⁴⁰

Por su parte, en el concepto desfavorable a la extradición del postulado Daniel Rendón Herrera, de marzo de 2010, la Sala de Casación Penal señaló (al igual que en el concepto desfavorable proferido sobre la extradición de Cobos Téllez), que se configuraban motivos de orden constitucional y legal que le impedían pronunciarse de manera positiva sobre esta solicitud de extradición. En esta oportunidad la Sala reiteró, que en los casos de extradición de postulados al proceso de Justicia y Paz, a pesar de estar satisfechos los requisitos formales para conceptuar de manera favorable, la entrega del requerido podía ser condicionada o negada, si ello se realizaba en observancia de los instrumentos internacionales atinentes al cumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos.⁷⁴¹ De esta forma, la Sala sostuvo que, de autorizar la extradición, en este caso se

⁷³⁹ *Ibíd.*

⁷⁴⁰ CSJ, Sala de Casación Penal, concepto del 17 de marzo de 2010, radicado n° 32786, M.P. Javier Zapata Ortiz.

⁷⁴¹ *Ibíd.*

terminarían privilegiando delitos de menor gravedad que los delitos por los cuales el postulado era procesado en Justicia y Paz. Por tanto, la Sala concluyó que:

“Los planteamientos precedentes, obligan a la Corte a considerar (...), en aras del imperio de la justicia nacional, el respeto de los compromisos internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos y la efectividad de los derechos fundamentales, la improcedencia de la extradición del ciudadano colombiano DANIEL RENDÓN HERRERA, por los cargos atribuidos en la tercera Acusación sustitutiva No. S3 04-CR-962 (LAP) de 16 de junio de 2009, dictada en la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, conforme lo solicita el Gobierno de los Estados Unidos”.⁷⁴²

De otro lado, en providencia del 4 de mayo de 2010, la Sala de Casación Penal, con fundamento en lo señalado en los conceptos anteriormente referidos, emitió concepto desfavorable sobre la solicitud de extradición de Fredy Rendón Herrera a Estados Unidos, postulado a los trámites y beneficios de la Ley 975 de 2005. Así, la Corte indicó que, en el caso específico de Rendón Herrera:

“Las pruebas contenidas en el expediente permiten establecer que el requerido se encuentra en proceso de sometimiento a la justicia en el marco de la Ley 975 de 2005, habiendo sido postulado a dicho procedimiento por el Gobierno Nacional quien le reconoció el carácter de ‘miembro representante de las Autodefensas Campesinas’, y que en el curso del aludido proceso ha confesado su participación en 762 hechos delictivos, de los cuales 272 se encuentran en proceso de verificación, y el sistema de Información de Justicia y Paz SIJYP registró para el 22 de enero de 2010, 6.945 hechos que corresponden al Bloque Elmer Cárdenas (...) que son atribuibles al señor Fredy Rendón Herrera, ocurridos en 52 municipios pertenecientes a 6 Departamentos (Antioquia, Chocó, Córdoba, Boyacá, Cundinamarca y Santander)”.⁷⁴³

Es importante señalar, que tanto en este concepto, como en el concepto desfavorable a la extradición de Daniel Rendón Herrera, la Sala de Casación Penal reiteró también la salvedad hecha a propósito de la extradición de

⁷⁴² Ibídem.

⁷⁴³ CSJ, Sala de Casación Penal, concepto del 4 de mayo de 2010, radicado n° 32794, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

Edwar Cobos. Para la Sala, si se dan ciertos supuestos, particularmente si el postulado incumple los compromisos asumidos al acogerse a la Ley de Justicia y Paz, quedarían sin sustento los argumentos que permitieron emitir un concepto desfavorable, lo que permitiría que las autoridades competentes volvieran a presentar la solicitud de extradición

3.5. DILIGENCIAS DEL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ CONTRA EXTRADITADOS EN ESTADOS UNIDOS

Una de las razones que motivaron a la Sala de Casación Penal a cambiar su jurisprudencia sobre las solicitudes de extradición de postulados al proceso de Justicia y Paz, fue la dificultad práctica de llevar a cabo diligencias propias de la Ley 975 de 2005 con los postulados extraditados, ya que en estos intentos se evidenció la afectación de los derechos de las víctimas. Así las cosas, con el fin de ilustrar los tropiezos que, en la práctica, se han identificado en el curso de las diligencias contra los postulados extraditados, a continuación se analizarán dos casos concretos en los que resultan evidentes los inconvenientes advertidos por la Corte Suprema de Justicia en los conceptos anteriormente expuestos.

En primer lugar, es de resaltar lo acontecido en una audiencia de formulación de imputación, programada para el 11 de agosto de 2009 a las 9:00 a.m., contra el postulado Salvatore Mancuso Gómez. En dicha diligencia, siendo las 9:30 a.m., el postulado aún no se encontraba en el recinto, ni había ninguna víctima en la sala de audiencias. Sólo hasta las 10:30 a.m., el magistrado de control de garantías instaló la audiencia y, acto seguido, comunicó a la Sala que la misma no podría realizarse, debido a que había sido imposible establecer las condiciones para lograr en Barranquilla la transmisión de la diligencia desde el Estado de Virginia, lugar al que había sido recientemente trasladado el postulado.

Con posterioridad, el magistrado se dispuso a leer algunos escritos presentados por distintos funcionarios e intervinientes que mostraron su inconformidad frente a esta situación. De esta manera, en primer lugar hizo lectura de un documento enviado por el Centro de Documentación, donde se señalaba que la diligencia no había podido ser realizada por la ausencia de recursos suficientes para financiar los gastos derivados de la transmisión. A su vez, el magistrado de control de garantías leyó un comunicado enviado por los defensores del postulado, en el cual daban cuenta del repentino traslado del postulado a una penitenciaría en el Estado de Virginia. Igualmente, en el escrito los abogados de Mancuso aseguraron que entre Colombia y Estados Unidos no había acuerdo alguno que permitiese a los desmovilizados seguir colaborando con el proceso de Justicia y Paz, por lo que se hacía un llamado a las instituciones

intervinientes, para que ayudaran a garantizar la transmisión de las diligencias a las ciudades donde se encontraban las víctimas.

Finalmente, el magistrado dio lectura de un comunicado enviado por el fiscal octavo de la Unidad de Justicia y Paz, quien tenía bajo su cargo la investigación que se sigue contra el postulado, en el cual informó que la diligencia programada para los días 11, 12 y 13 de agosto de 2009 debía suspenderse. Ello, debido a que en el curso del traslado del postulado a un centro de reclusión, le habían sido incautados equipos en los cuales tenía la información y documentación de cerca de 10.000 hechos criminales, de los cuales era presuntamente responsable. Por último, luego de realizar la lectura de tales comunicados, el magistrado de control de garantías afirmó que proferiría los requerimientos necesarios para lograr la realización de la diligencia un una próxima ocasión, remitió estos documentos a las partes intervinientes, fijó nueva fecha para continuar con la actuación y levantó la sesión.

A partir de lo expuesto, para el Área de Justicia resulta de gran importancia resaltar que una semana después de presentados estos inconvenientes, el postulado envió una comunicación a los magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por medio de la cual solicitaba su intervención “dentro del ámbito de la competencia que les señala la ley como última instancia en el proceso de Justicia y Paz”, con el fin de “implorarles, que velen y aseguren que los procedimientos que se desarrollan dentro, pero principalmente fuera de Colombia, no sigan impidiendo y dificultando mi compromiso de paz y reconciliación de las víctimas”. De otro lado, en dicha comunicación el postulado se refirió, entre otros temas, a las actuaciones que se debían surtir en el curso del proceso adelantado en su contra en Justicia y Paz; el desmovilizado aseguró, que “el gobierno colombiano, ustedes y yo, sabemos que bajo las condiciones actuales en las que me encuentro no voy a poder cumplir cabalmente con las exigencias de la Ley de Justicia y Paz”. Por esta razón, el desmovilizado sugirió que:

“Es necesario disponer de medios de comunicación permanente, eficientes y fluidos, tiempo amplio y suficiente para trabajar horas extras y a marcha forzada, además de un lugar que me permita reconstruir la historia de tantos años de conflicto donde pueda almacenar, clasificar, analizar, estudiar y trabajar en las circunstancias de modo, tiempo y lugar con toda esta gran cantidad de información en medios físicos y magnéticos, y donde pueda atender al múltiple equipo de abogados colombianos y americanos comprometidos conmigo en esta ardua y difícil labor, sin la restricción de horarios y espacios para trabajar a los que me

he encontrado sujeto dentro de las cárceles donde he estado en Estados Unidos. Horarios que varían de una a máximo 4 horas al día en el mejor de los casos, esto cuando no son inadmitidos mis abogados por falta de personal disponible para mi custodia durante la visita, sin contar el tiempo de espera de a veces hasta 5 horas para ingresar a verme”.⁷⁴⁴

Se debe tener en cuenta que esta diligencia fue reprogramada para el mes de octubre de 2009, sesión en la que se presentaron las mismas inconsistencias que impidieron su realización.

A su vez, en idénticas condiciones se adelantaron algunas audiencias llevadas a cabo en Estados Unidos, en el marco del proceso adelantado contra el postulado Ever Veloza García. De esta forma, a manera de ejemplo, para la semana del 3 al 7 de mayo de 2010 estaba prevista la realización de la audiencia de formulación de cargos del ex comandante del Bloque Bananero de las AUC, privado de la libertad en Estados Unidos tras haber sido extraditado por el gobierno nacional en mayo de 2008. Sin embargo, dicha diligencia sólo se pudo llevar a cabo los días 5, 6 y 7 del mes indicado, ya que los dos primeros días únicamente fue posible realizar la instalación por parte del magistrado con función de control de garantías, con la debida presentación de las partes e intervinientes.

Lo anterior, puesto que el 3 de octubre el abogado defensor titular no pudo desplazarse a Estados Unidos, al tiempo que no fue posible realizar la transmisión de la audiencia a Colombia. Por tanto, el magistrado indicó, que tanto su despacho como la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía, se encargarían de coordinar con las autoridades norteamericanas, para así dar inicio a la diligencia el día siguiente. No obstante, el 4 de mayo, a pesar de que la audiencia fue instalada a las 9:18 a.m., el magistrado indicó que la misma no podía ser realizada, en razón a la falta de seguridad dispuesta en Estados Unidos para el traslado del postulado desde el centro de reclusión hasta el lugar de transmisión. La fiscal delegada manifestó haber conversado con una funcionaria de la Fiscalía de Estados Unidos, quien le indicó que sólo podría ser garantizada la seguridad a partir del día siguiente.

Así, la audiencia pudo dar inicio, finalmente, el 5 de mayo; sin embargo, su realización sólo se pudo llevar a cabo, cada uno de los tres días, entre las 10:00 a.m. y las 2:30 p.m., con un receso aproximado de media hora para

⁷⁴⁴ Otros apartes del contenido de este comunicado en: <http://www.verdadabierta.com/justicia-y-paz/extraditados/1587-mancuso-pide-intervencion-de-corte-suprema-de-justicia-de-colombia-en-justicia-y-paz>

almorzar, puesto que el traslado del postulado hacia el centro de reclusión debía hacerse a las 3:30 p.m.

Se debe señalar que, a propósito de los obstáculos para realizar las diligencias judiciales en los procesos de Justicia y Paz cuando el procesado ha sido extraditado, el gobierno nacional, a través del Ministerio del Interior y de Justicia, expidió el Decreto n° 2288 del 25 de junio de 2010, “Por medio del cual se reglamenta la Extradición Diferida contenida en los artículos 522 y 504 de las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004”.

Así, atendiendo a las consideraciones hechas por la Sala de Casación Penal al negar las solicitudes de extradición de postulados, en la reglamentación citada se dispuso que cuando se presente solicitud de extradición de personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, el gobierno, en uso de su facultad discrecional, puede diferir su entrega si: (i) las personas solicitadas en extradición hubieren sido sindicadas o condenadas como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos en el territorio colombiano durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos; (ii) dichas personas hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional, en los términos de la Ley 975 de 2005, (iii) los solicitados en extradición estuvieren siendo juzgadas dentro del marco normativo establecido por la Ley 975 de 2005; y (iv) existieren víctimas por esos hechos.⁷⁴⁵

En este mismo Decreto se aclara, que el gobierno no puede diferir la entrega en extradición cuando él mismo establezca que: (i) el requerido en extradición no contribuye en forma efectiva con el esclarecimiento de la verdad; (ii) el requerido en extradición no repara integralmente a la víctimas de su conducta; (iii) en el marco de la Ley de Justicia y Paz la persona requerida en extradición, postulada por el gobierno, incurre en causales de exclusión del trámite y beneficios de la misma, incumple las obligaciones y compromisos derivados de la pena alternativa o ha incurrido en la comisión de conductas penales con posterioridad a su desmovilización; o (iv) durante el desarrollo del procedimiento penal el postulado no ha colaborado efectivamente con la Justicia.⁷⁴⁶

La figura de la entrega diferida, consagrada en estas normas, podría traer avances, dado que impone al gobierno el deber de tener en cuenta la prevalencia de los derechos de las víctimas. Sin embargo, aún quedan interrogantes; por un lado, según los términos del mismo Decreto,

⁷⁴⁵ Art. 1, Decreto n° 2288 de 2010.

⁷⁴⁶ Art. 2, Decreto n° 2288 de 2010.

la valoración sobre si los postulados solicitados en extradición están cumpliendo o no sus compromisos en Justicia y Paz, debe hacerla el gobierno mismo y, por otro lado, aún no se han tomado medidas que permitan solucionar los inconvenientes que han tenido las diligencias de postulados a Justicia y Paz que ya fueron extraditados a Estados Unidos.

4. TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO PENAL DE JUSTICIA Y PAZ

En líneas generales, el proceso penal de Justicia y Paz, si se tiene en cuenta que parte de la confesión del procesado, está llamado a terminar con una sentencia condenatoria. Sin embargo, se puede dar la terminación anticipada del proceso por alguna de las siguientes figuras: exclusión, archivo o preclusión. La delimitación de cada una de ellas, así como los casos en los que procede una u otra, no ha sido tampoco un tema pacífico. De hecho, la Corte Suprema de Justicia se ha ocupado de este tema en repetidas ocasiones y ha intentado proporcionar criterios para diferenciar las diversas hipótesis de terminación.⁷⁴⁷

4.1. EXCLUSIÓN

Según la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la exclusión procede en aquellos casos en los que se constata que el postulado no cumple con alguno de los requisitos que la Ley 975 de 2005 exige para acceder a la pena alternativa. Esta figura no implica un pronunciamiento de fondo en el proceso, simplemente conduce a que el desmovilizado sea juzgado por la justicia penal ordinaria o, habiendo sido beneficiado en un principio con la pena alternativa, a que deba cumplir la pena correspondiente según la ley penal aplicable a cada caso.

La Sala de Casación Penal ha precisado que la exclusión procede cuando el procesado no cumple los requisitos que exige la Ley 975 de 2005 para ser postulado, establecidos, por ejemplo, en el art. 10 de la Ley 975 de 2005 (requisitos de elegibilidad) o, en términos generales, cuando incumple los compromisos que ha asumido en orden a ser beneficiado con la pena alternativa, por ejemplo, cuando continúa delinquiriendo. En este sentido la Sala de Casación Penal ha dicho que:

⁷⁴⁷ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 12 de febrero de 2009, radicado n° 30998, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez; CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 11 de marzo de 2009, radicado n° 31162, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca; CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 31 de julio de 2009, radicado n° 31539, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

“A ese efecto, el artículo 10 de la Ley 975 de 2005, establece los requisitos puntuales que ha de cumplir la persona para que pueda ser postulada por el Gobierno Nacional en aras de acceder a los beneficios allí contenidos. De no cumplirse estos, pese a que el Gobierno Nacional incluyó a la persona en la lista enviada a la Fiscalía, es obligación del funcionario acudir ante la sala de Conocimiento de Justicia y Paz, a fin de obtener la desvinculación de la persona a través del mecanismo de la exclusión (...). Así sucede, igualmente, cuando ocurra que el postulado incumple sus obligaciones –a manera de ejemplo, cuando sigue delinquiriendo al interior del sitio de reclusión que lo alberga- en curso del trámite en cuestión y previo a la emisión del fallo que otorga la sanción alternativa”.⁷⁴⁸

Como se puede apreciar, el efecto que produce el incumplimiento de los compromisos asumidos por los desmovilizados en Justicia y Paz, depende del momento procesal en que éste se constata. Si dicha situación se produce antes de que se profiera la sentencia condenatoria por la Sala de Conocimiento y ésta quede en firme, el juzgamiento de los delitos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del desmovilizado al grupo armado ilegal, pasará a la justicia penal ordinaria (en donde, en todo caso, el procesado debe tener la oportunidad de ejercer el derecho de defensa con las garantías propias del juicio); si el incumplimiento se comprueba después de que se ha proferido la sentencia, se revoca la pena alternativa o el periodo de libertad a prueba, con el fin de que se cumpla la pena ordinaria impuesta en la sentencia por la Sala de Conocimiento.

Es importante precisar que la Corte Suprema de Justicia se ha referido a estos dos supuestos como casos en los que procede la exclusión; sin embargo, en los eventos en que ya se ha proferido sentencia, se está en estricto sentido ante una “revocatoria” del beneficio concedido, en los términos en que lo define el art. 12 del Decreto n° 3391 de 2006, y no tanto ante una exclusión, en la medida en que el proceso ya ha culminado mediante una sentencia en firme y que ha hecho tránsito a cosa juzgada:

“Ahora, si ya se ha pronunciado el fallo y se ejecuta la pena alternativa, pero se demuestra, a tono con el artículo 12 del Decreto 3391 de 2006, que el favorecido incurrió en conductas delictivas, incumplió las obligaciones establecidas en la ley o el fallo para el goce del beneficio, o se demuestra, con sentencia judicial, que

⁷⁴⁸ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 12 de febrero de 2009, radicado n° 30998, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

cometió un delito ocultado por él en la versión libre y que tenga relación directa con su pertenencia al grupo paramilitar ‘...se revocará la pena alternativa y en su lugar se harán efectivas las penas principales y accesorias ordinarias inicialmente determinadas...’.⁷⁴⁹

Por otro lado, la exclusión puede ser declarada tanto por la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz como por la misma Fiscalía, siempre que se produzca antes de que se emita la sentencia. La autoridad competente para declarar la exclusión en estos casos, depende del sujeto que tenga la iniciativa para dar lugar a esta figura. Si la exclusión es solicitada por alguna de las partes, por ejemplo la Fiscalía o las víctimas, se debe debatir en audiencia pública ante la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, órgano que finalmente decidirá si es procedente o no (vale la pena aclarar que ante esta decisión procede el recurso de apelación ante la Corte Suprema de Justicia); si es el mismo desmovilizado el que renuncia a Justicia y Paz y manifiesta su voluntad de no participar en este proceso, entonces directamente la Fiscalía podrá decretarlo. Así:

“3.3. Con fundamento en lo anterior, la solicitud de exclusión puede provenir del fiscal o de alguna de las partes; sin embargo, lo que marca la diferencia es el procedimiento que corresponde seguir en uno y otro caso. En efecto, cuando la manifestación del motivo de la exclusión procede de fiscal o de las partes, la solicitud debe presentarse ante la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior respectivo, la cual, a su vez puede hacerlo oficiosamente, por lo que es indispensable que se produzca una decisión jurisdiccional que no tiene los efectos de la cosa juzgada, en cuanto las diligencias deberán remitirse a la justicia ordinaria para que continúen o se inicien las investigaciones respectivas.

3.4. Cuando la petición de exclusión tiene fundamento en la manifestación del postulado, no se requiere decisión de la Sala de Justicia y Paz para ordenar finalizar el trámite y remitir las diligencias a la justicia ordinaria”.⁷⁵⁰

Para la Sala de Casación Penal, no es necesario pronunciamiento judicial alguno cuando es el mismo postulado quien promueve su exclusión, ya que el punto de partida del proceso penal especial de Justicia y Paz es precisamente la confesión libre y voluntaria del postulado; además, la pena alternativa, siempre y cuando se cumpla con las condiciones legales, “es

⁷⁴⁹ *Ibíd.*

⁷⁵⁰ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 11 de marzo de 2009, radicado n° 31162, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

un derecho” al cual pueden renunciar los postulados, sin que esto implique menoscabo de los derechos de las víctimas, en la medida en que en todo caso los delitos cometidos deberán ser investigados y juzgados por la justicia penal ordinaria.⁷⁵¹

Adicionalmente, la Sala de Casación Penal también ha sostenido de manera explícita, que la exclusión no puede ser solicitada por los magistrados de control de garantías, ya que, de ser así, los magistrados estarían realizando actuaciones propias de las partes del proceso. Esta situación se presentó, en el proceso seguido contra Andrés Felipe Vásquez Ruiz, desmovilizado del Bloque Héroes de Granada de las AUC. En este caso, el postulado rindió versión libre el 4 de mayo de 2007 en Medellín y el 22 de mayo de 2009 se realizó la audiencia de formulación de imputación, en la que le fueron presentados cargos por los delitos de concierto para delinquir agravado, fabricación, tráfico y porte de armas de fuego de defensa personal y de uso privativo de las fuerzas armadas y utilización ilegal de uniformes e insignias. El 4 de agosto de 2009, la Fiscalía solicitó audiencia de formulación de cargos, pero el magistrado de control de garantías decidió, de oficio, remitir el trámite a la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, para que se pronunciara sobre la exclusión del procesado.⁷⁵²

La Corte Suprema de Justicia se pronunció al respecto, en auto del 14 de abril de 2010, en donde analizó el ámbito de competencia de los magistrados en función de control de garantías de Justicia y Paz, con base en la forma como se ha delimitado esta misma función en el proceso penal ordinario regulado por la Ley 906 de 2004.⁷⁵³ Así, para la Sala de Casación Penal:

⁷⁵¹ La diferencia entre la exclusión producto de la decisión del postulado frente a la exclusión producto de la solicitud de alguna de las demás partes del proceso penal de Justicia y Paz, ha sido definida por la Sala de Casación Penal, en los autos con radicados n° 31162 del 11 de marzo de 2009 y 30998 del 12 de febrero de 2009; sin embargo, la Sala de Casación Penal, desde el año 2007, ya se había pronunciado al respecto. Ver: CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 10 de abril de 2008, radicado n° 29472, M.P. Yesid Ramírez Bastidas; y CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 27 de agosto de 2007, radicado n° 27873, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

⁷⁵² CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 14 de abril de 2010, radicado n° 33494, M.P. Javier Zapata Ortiz.

⁷⁵³ Con fundamento en el principio de complementariedad consagrado en el art. 62 de la Ley 975 de 2005, la Sala de Casación Penal afirmó que: “Acorde con las disposiciones citadas y las que por remisión le son aplicables a la función constitucional de *control de garantías* contenidas en la Ley 906 de 2004, no está asignado al juez o magistrado correspondiente asumir un rol de parte dentro del proceso penal, sino que, la institución jurídica de los jueces de control de garantías se concibió desde el inicio del trámite reformativo de la Carta (Acto Legislativo No 3 de 2002), como un mecanismo independiente para compensar o buscar el equilibrio entre el poder de investigación y persecución asignado a la Fiscalía General de la Nación y la protección de las garantías fundamentales susceptibles de ser afectadas como consecuencia del ejercicio de dicha facultad”. *Ibídem*.

“De las anteriores referencias jurisprudenciales, es evidente que la solicitud de exclusión de un postulado a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, cuando hay lugar a ello, está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación o de cualquier otro sujeto procesal, mas no del Magistrado de Control de Garantías, pues de serlo así, asumiría un rol de parte dentro del proceso e iría en contravía de la naturaleza de su función como garante de los derechos fundamentales de los intervinientes”.⁷⁵⁴

Por esta razón, según la Corte Suprema, el magistrado del Tribunal Superior de Medellín excedió los límites trazados por la ley para el ejercicio de sus funciones. Es importante señalar que en este caso, la Sala de Casación Penal llamó la atención fuertemente a este funcionario, para que evite prácticas inconvenientes que se encuentran por fuera del marco legal de Justicia y Paz y para que acate los criterios establecidos con fuerza de precedente por la misma Corte Suprema de Justicia. Incluso, llegó la Sala a ordenar la compulsión de copias a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y a la Fiscalía General de la Nación, para que adelantaran las investigaciones pertinentes contra este magistrado.⁷⁵⁵

Otro aspecto importante que se ha decantado a través de la jurisprudencia y relacionado con la exclusión, es el de la renuncia tácita a Justicia y Paz. La Corte Suprema de Justicia ha dicho que, cuando se comprueba la renuencia del postulado a comparecer a las distintas diligencias judiciales que componen el proceso penal de Justicia y Paz, por ejemplo a la versión libre, es posible inferir su voluntad de no participar en este proceso y, por tanto, sería procedente la exclusión. Este tema fue discutido en el proceso seguido contra Daniel Rendón Herrera, desmovilizado del Bloque Elmer Cárdenas de las AUC. En este caso, la Fiscalía solicitó la exclusión del postulado debido a su renuencia para rendir versión libre. Así:

“Afirma (la Fiscalía) que la desatención de **RENDÓN HERRERA** a las citaciones efectuadas para la diligencia de versión libre trasunta un franco incumplimiento a las obligaciones que adquirió al momento de la desmovilización, lo cual impide continuar con la aplicación del rito previsto en la Ley 975 de 2005, y, por lo

⁷⁵⁴ *Ibidem*.

⁷⁵⁵ Según la Sala de Casación Penal: “Aún así el Magistrado de Control de Garantías de Medellín, obstinadamente, insiste en adoptar decisiones contrarias a la ley y la jurisprudencia, por lo tanto, la Sala dispondrá la compulsión de copias de la presente decisión con destino a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y a la Fiscalía General de la Nación, para que se adelanten las investigaciones correspondientes”. *Ibidem*.

consiguiente, la actuación debe pasar al conocimiento de la justicia ordinaria” (paréntesis por fuera del texto original).⁷⁵⁶

Para la Sala de Casación Penal, el problema jurídico a resolver en este punto tenía dos aspectos fundamentales. En primer lugar, se debía establecer “si la *renuencia* del postulado al proceso de justicia y paz a rendir versión libre (...) se debe tener como una manifestación tácita de no continuar con el respectivo proceso” y, en segundo lugar, de ser así, cual es el funcionario competente para decidir sobre la exclusión en estos casos.⁷⁵⁷

De acuerdo con la Sala de Casación Penal, la renuencia injustificada de los postulados a rendir la versión libre, puede entenderse como un desistimiento tácito de continuar en el proceso de Justicia y Paz. La Corte Suprema llega a esta conclusión, entre otras razones, con base en el deber que tienen los postulados de ratificar, incluso ante la misma Fiscalía en la diligencia de versión libre, su voluntad de acogerse al trámite de la Ley 975 de 2005.⁷⁵⁸ Sin embargo, aclara la Corte Suprema de Justicia, que al no existir verdadera certeza sobre la voluntad del postulado, en estos casos la decisión sobre la exclusión la debe tomar la Sala de Conocimiento; sólo de esta manera se puede garantizar, según la Sala de Casación Penal, el derecho de defensa y la presunción de inocencia.⁷⁵⁹

Finalmente, con relación a la exclusión como forma de terminación anticipada del proceso penal especial de Justicia y Paz, es importante mencionar la controversia suscitada entre el poder ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia, con ocasión del art. 1 del Decreto n° 1364 de 2008. La connotación política del proceso penal de Justicia y Paz se

⁷⁵⁶ CSI, Sala de Casación Penal, auto del 11 de marzo de 2009, radicado n° 31162, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

⁷⁵⁷ *Ibidem*.

⁷⁵⁸ Según la Sala de Casación Penal: “De este modo, se colige que para permanecer en dicho trámite no es suficiente con la postulación del desmovilizado por el Gobierno Nacional y que la Fiscalía haya dado inicio al procedimiento reglado en la ley 975 de 2005, sino que es trascendente que ratifique su decisión libre y voluntaria de proseguir en el mismo (artículo 1 del decreto 2898 de 2006, modificado por el artículo 1 del Decreto 4417 de 2006) y que seguidamente rinda versión libre en la que confiese los hechos en los cuales participó durante su permanencia en el grupo armado irregular hasta el día de su desmovilización”. *Ibidem*.

⁷⁵⁹ Sobre la necesidad de pronunciamiento por parte de la Sala de Conocimiento: “En tales condiciones, la conclusión de la Fiscalía tiene un fundamento subjetivo que proviene de la estimación que hace de lo que hasta ese momento obra en el proceso, el cual, por la trascendencia de la decisión que se profiera frente a los derechos del desmovilizado, que, se repite, no ha hecho ningún pronunciamiento expreso, exige que la Sala de Justicia y Paz del Tribunal verifique si procesal y objetivamente se presenta el comportamiento omisivo e injustificado del postulado a partir del cual se deduce que ha desistido de continuar en el proceso de justicia y paz”. *Ibidem*.

manifiesta con cierta claridad, por ejemplo, a propósito de la exclusión. Muestra de esto es la controversia a la que dio lugar esta norma, según la cual el gobierno nacional podría retirar la postulación de quien a su juicio hubiera seguido delinquiriendo, en cuyo caso la Fiscalía General de la Nación tendría que ordenar inmediatamente la cesación de toda actuación judicial en Justicia y Paz respecto de ese postulado. La Corte Suprema de Justicia ha sostenido expresamente que esta disposición es ilegal e incluso ha hecho alusión a la necesidad de alegar una excepción de inconstitucionalidad para no aplicarla. Para la Sala de Casación Penal, se trata de una norma que vulnera el debido proceso y el derecho de defensa y que, además, desconoce la independencia de la rama judicial. En este sentido, la Sala ha destacado el carácter judicial de la exclusión, en contraposición al carácter preponderantemente político del acto de postulación.⁷⁶⁰

4.2. ARCHIVO

Para analizar la figura del “archivo” en Justicia y Paz, también se ha acudido al principio de complementariedad y, en este sentido, el art. 27 de la Ley 975 de 2005 ha sido interpretado de acuerdo con el contenido y alcance que en el marco del proceso penal ordinario se ha reconocido al art. 79 de la Ley 906 de 2004.⁷⁶¹ Según el art. 27 de la Ley 975 de 2005,

“si en relación con los hechos admitidos o no admitidos por el desmovilizado en su versión libre o en posterior actuación, según el caso, antes de la audiencia de imputación, el fiscal delegado llegare a constatar que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito o que indiquen la posible existencia, dispondrá de inmediato el archivo de la actuación. Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios se reanudará la averiguación conforme con el procedimiento establecido en la presente ley, mientras no se haya extinguido la acción penal”.⁷⁶²

⁷⁶⁰ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 12 de febrero de 2009, radicado n° 30998, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 11 de marzo de 2009, radicado n° 31162, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

⁷⁶¹ El texto del art. 79 de la Ley 906 de 2004 es bastante similar al del art. 29 de la Ley 96 de 2004. Según el art. 79 de la Ley 906: “Artículo 79. Archivo de las diligencias. Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación. Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal”.

⁷⁶² Art. 27, Ley 975 de 2005.

La Corte Constitucional, en sentencia n° C-575 de 2006, declaró la constitucionalidad condicionada del art. 27 de la Ley 975 de 2005 y reiteró los criterios establecidos con relación al archivo en el proceso penal ordinario, mediante la sentencia n° C-1154 de 2005. La Corte Constitucional llamó la atención sobre la importancia de los derechos de las víctimas en el proceso penal y señaló que la decisión de archivar las diligencias en aquellos casos en que no existen motivos o circunstancias que permitan caracterizar la conducta investigada como delito, puede obstruir la satisfacción, por ejemplo, del derecho a la verdad. En este sentido, estableció que la expresión “caracterización como delito”, contenida en las normas que definen el archivo, hace alusión únicamente a los elementos que conforman la tipicidad objetiva. Adicionalmente, precisó que, en todo caso, cuando se vaya a ordenar el archivo, esta decisión se debe comunicar a las víctimas y al Ministerio Público. Particularmente, sobre el proceso penal especial de Justicia y Paz, la Corte Constitucional sostuvo que:

“La decisión de archivo puede tener incidencia sobre los derechos de las víctimas, pues a ellas les interesa que se adelante la investigación que esclarezca la verdad y evite la impunidad. En el marco de la Ley de Justicia y Paz que se examina dicha incidencia como lo pone de presente el señor Procurador resulta claramente relevante. En ese sentido la Corte hizo énfasis en la Sentencia C-370 de 2006 de la importancia de la realización de las investigaciones y del esclarecimiento la verdad de lo sucedido, lo que supone otorgar a las víctimas todos los elementos posibles para el esclarecimiento de la misma. En ese sentido encuentra la Corte que frente a la acusación formulada lo que procede es efectuar en el presente caso el mismo condicionamiento por el que se optó en la Sentencia C-1154 de 2005 pero referido esta vez al artículo 27 de la Ley 975 de 2005 en su conjunto. Así las cosas la Corte declarará la exequibilidad condicionada del artículo 27 de la Ley 975 de 2005 en el entendido que la caracterización a que en él se alude corresponde a la tipicidad objetiva y que la decisión del archivo de las diligencias debe ser motivada y comunicada al denunciante y al Ministerio Público para el ejercicio de sus derechos y funciones”.⁷⁶³

Así las cosas, el archivo del proceso tiene lugar cuando la Fiscalía General de la Nación ha comprobado, como producto de las actividades de investigación que adelante, que una o varias conductas, confesadas o no

⁷⁶³ Corte Constitucional, sentencia n° C-575, del 25 de julio de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

por el postulado, carecen de tipicidad objetiva, siempre que no se haya formulado la imputación. Esta decisión no hace tránsito a cosa juzgada.

4.3. PRECLUSIÓN

Si ya se ha formulado imputación o si alguna conducta no constituye delito, debido a que carece de algún aspecto distinto a lo relacionado con la tipicidad objetiva, la figura procedente es la preclusión. Para la preclusión, en Justicia y Paz se deberán tener en cuenta las normas de la Ley 906 de 2004 (artículos 331 a 335), particularmente las causales allí previstas y las que regulan su trámite.⁷⁶⁴

Así, por ejemplo, la Sala de Casación Penal ha precisado que en Justicia y Paz se debe aplicar el art. 333 de la Ley 906 de 2004, en donde se encuentra prevista la obligación que tiene la Fiscalía de demostrar en audiencia pública, ante el juez que ejerza la función de conocimiento, la causal de preclusión que haya invocado.⁷⁶⁵ Así mismo, la Sala llama la atención sobre la sentencia n° C-209 de 2007, en la que la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada del mismo art. 333, en el sentido de permitir a las víctimas allegar o solicitar elementos probatorios y evidencia física, con el fin de oponerse a la solicitud de preclusión que haya realizado la Fiscalía.

4.4. EXCLUSIÓN O PRECLUSIÓN: ALGUNOS CASOS QUE HAN GENERADO CONFUSIÓN

Esta delimitación entre la exclusión, el archivo y la preclusión, se ha dado a partir de algunas discusiones que han tenido lugar en procesos penales de Justicia y Paz, en los que se han presentado situaciones ante las cuales

⁷⁶⁴ La Ley 906 de 2004 en el art. 332 establece las causales que dan lugar a la preclusión: “(i) Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; (ii) existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal; (iii) inexistencia del hecho investigado; (iv) atipicidad del hecho investigado; (v) ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado; (vi) imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia; (vii) vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este código”.

⁷⁶⁵ El art. 333 de la Ley 906 de 2004 dispone que: “Artículo 333. Trámite. Previa solicitud del fiscal el juez citará a audiencia, dentro de los cinco (5) días siguientes, en la que se estudiará la petición de preclusión. Instalada la audiencia, se concederá el uso de la palabra al fiscal para que exponga su solicitud con indicación de los elementos materiales probatorios y evidencia física que sustentaron la imputación, y fundamentación de la causal incoada. Acto seguido se conferirá el uso de la palabra a la víctima, al agente del Ministerio Público y al defensor del imputado, en el evento en que quisieren oponerse a la petición del fiscal. En ningún caso habrá lugar a solicitud ni práctica de pruebas. Agotado el debate el juez podrá decretar un receso hasta por una (1) hora para preparar la decisión que motivará oralmente”.

no ha sido claro cuál de estas tres formas anticipadas de terminación del proceso es la procedente. Por ejemplo, ¿se debe solicitar la exclusión cuando se ha producido la muerte del postulado?, ¿qué sucede cuando el fiscal concluye que el procesado no perteneció al grupo armado organizado al margen de la ley?, ¿cuál es la figura procedente si el procesado confiesa un hecho que no corresponde a Justicia y Paz?

Estos interrogantes han sido objeto de análisis por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Así, por ejemplo, en el proceso adelantado contra Jhon Alonso Usme Ortiz, desmovilizado del Frente Celestino Mantilla de las AUC, la Fiscalía solicitó a los magistrados de Justicia y Paz la exclusión del postulado, debido a que se constató su muerte violenta. Los magistrados se declararon inhibidos, ya que consideraron que era a la Fiscalía, por sí misma, a la que le correspondía declarar la exclusión. Ante esta situación, la Sala de Casación Penal acudió al principio de complementariedad y afirmó que en materia de exclusión, archivo o preclusión, es pertinente la remisión al Acto Legislativo n° 3 de 2002 y a la Ley 906 de 2004.

En consecuencia, la Sala aclaró que, en caso de muerte del postulado, según el numeral 1° del art. 332 de la Ley 906 de 2004, lo procedente no es la exclusión sino la preclusión. Este numeral establece la preclusión por imposibilidad de iniciar o continuar con la acción penal. En términos de la Sala de Casación Penal:

“Dado que la responsabilidad penal es personal e indelegable, cuando se produce la muerte de una persona a quien se atribuye la realización de uno o varios delitos, bien sea en forma individual o en coparticipación criminal, surge una circunstancia insuperable que impide al Estado ejercer la potestad jurisdiccional de perseguir al presunto delincuente, sin que para estos efectos importe que se trate de asuntos que corresponden a la justicia ordinaria o a la transicional”.⁷⁶⁶

Por su parte, en el proceso penal seguido contra Edison Valencia Arias, desmovilizado del Bloque Central Bolívar de las AUC, la Fiscalía solicitó la exclusión del postulado, debido a que en la diligencia de versión libre, éste se refirió a un homicidio por el cual ya había sido condenado y que había sido cometido en circunstancias ajenas a la pertenencia al grupo armado ilegal (se trataba de una riña callejera producto del consumo de

⁷⁶⁶ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 26 de octubre de 2007, radicado n° 28492, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

licor); adicionalmente, la Fiscalía sostenía que lo narrado por el postulado en la versión libre no era creíble,

“entre otras razones, porque el Frente Nordeste Antioqueño del Bloque Central Bolívar de las autodefensas, con el cual se desmovilizó el postulado, no tuvo radio de acción en las ciudades en las cuales dijo él que operó a su servicio, y además, resulta bastante particular que no recuerde quiénes integraban su grupo o los datos pertinentes de los lugares frecuentados, para no hablar del hecho de que los miembros desmovilizados del Frente, a quienes se recibió versión libre, no lo señalan como su compañero”.⁷⁶⁷

La Sala de Conocimiento negó la exclusión del postulado y reprochó a la Fiscalía no haber adelantado una investigación a profundidad. En todo caso, advirtió que el homicidio por el cual ya había sido condenado el postulado, evidentemente se encontraba por fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Justicia y Paz y que, por esto mismo, frente a esta conducta no sería aplicable la acumulación jurídica de penas.⁷⁶⁸

Al pronunciarse al respecto, la Sala de Casación Penal llamó la atención sobre la necesidad de separar en este caso dos temas distintos: por un lado, la discusión sobre el homicidio y, por otro lado, el debate sobre si el postulado realmente perteneció o no al grupo armado ilegal.

Sobre el primer punto, la Sala de Casación Penal afirmó que lo procedente era solicitar la exclusión, no del postulado como tal, sino de ese hecho en particular. De esta manera:

“Como se trata, el objeto de la solicitud del Fiscal, de excluir esa condena de los efectos benéficos de la Ley de Justicia y Paz, era adecuado solicitar la intervención de la Sala de Justicia y Paz, pero exclusivamente, quiere resaltar la Corte, para que verificase si se cumplían o no los requisitos objetivos y si se quiere formales que facultaban incluir esos específicos hechos objeto de pronunciamiento judicial ordinario definitivo, dentro de la especial

⁷⁶⁷ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 12 de febrero de 2009, radicado n° 30998, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

⁷⁶⁸ Según la Sala de Justicia y Paz, “advierten los Magistrados que la Fiscalía no probó que el postulado no cumpliera con los requisitos que le permiten inscribirse en el trámite especial de Justicia y Paz. Por el contrario, afirman, se hizo evidente la incuria del organismo en investigar a fondo lo ocurrido, en tanto, ni siquiera pudo precisar a cual grupo pertenecía VALENCIA ARIAS, pasando por alto lo referido sobre el particular por el desmovilizado William Gallardo Jaimes”. *Ibíd.*

tramitación, a efectos de obtener la acumulación de la pena con las proferidas allí, como arriba se reseñó”.⁷⁶⁹

Con relación al segundo punto, para la Sala de Casación Penal lo procedente era solicitar la preclusión y demostrar, en audiencia pública, que el postulado realmente no perteneció a las AUC y que, por lo mismo, no incurrió en el delito de concierto para delinquir agravado. Así lo afirmó la Sala:

“Efectivamente, si claramente en las notas liminares se estableció la diferencia entre las figuras jurídicas de la exclusión, el archivo y la preclusión, no cabe duda de que el mecanismo adecuado para verificar la afirmación del Fiscal 14 referida a que las pruebas determinan discutible la pertenencia del desmovilizado a la facción paramilitar, en otros términos, que EDINSON VALENCIA ARIAS, no ha cometido el delito de concierto para delinquir, no lo es otro distinto al de la preclusión, pues, no se trata de excluir el delito o a la persona porque no se cumplen los requisitos legales para acceder al trámite de Justicia y Paz, ni de un comportamiento del postulado que implique incumplimiento de las obligaciones establecidas judicialmente o por la ley, ni tampoco que se signifique carente de tipicidad objetiva el hecho en cuestión, sino de demostrar por la vía del examen de las pruebas arrojadas al proceso, en términos del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, ordinal 3º, la *‘inexistencia del hecho investigado’*.”⁷⁷⁰

4.5. PRIMERA EXCLUSIÓN REALIZADA EN EL MARCO DEL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ: EL CASO DE ALIAS “ERNESTO BÁEZ”

En un trámite sin precedentes, la Sala de Conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá tramitó la solicitud de exclusión, elevada por la fiscal 14 de la Unidad de Justicia y Paz, contra el postulado Iván Roberto Duque, alias “Ernesto Báez”. La Fiscalía argumentó que solicitaba dicha exclusión debido a que el postulado, en reiteradas ocasiones, se había negado a reconocer su responsabilidad en, por lo menos, 27 asesinatos que cometieron los paramilitares en el departamento de Caldas. Adicionalmente, sostuvo la fiscal que el postulado no había hecho aportes a la construcción de la verdad y había incurrido en la comisión de delitos después de haberse desmovilizado.

⁷⁶⁹ Ibídem.

⁷⁷⁰ Ibídem.

Como antecedente de esta actuación, se debe mencionar la solicitud realizada por la Corte Suprema de Justicia a la jurisdicción competente, en el sentido de estudiar la continuidad de alias “Ernesto Báez” en el proceso de Justicia y Paz, debido a que, en un proceso de parapolítica adelantado ante dicha Corporación, se pudo demostrar que “Báez” continuó delinquiendo después de desmovilizado. En decisión del 3 de febrero de 2010, en la cual se condenó al ex representante Dixon Ferney Tapasco por sus nexos con el Frente Cacique Pipintá, la Sala de Casación Penal de la Corte compulsó copias a las autoridades competentes, para que estudiaran la continuidad del ex paramilitar en el proceso de paz, ya que al parecer el postulado, gozando de un salvoconducto concedido por el gobierno, habría participado en algunas reuniones en las que se decidía el futuro político de la región en la cual el grupo armado irregular adelantó sus acciones. La Sala de Casación Penal manifestó en dicho pronunciamiento que:

“Al margen de ello y como quiera que el concierto es una conducta bilateral en la que todos los que intervienen actúan por fuera de la ley, no se puede decir que la ilegalidad sea patrimonio exclusivo del doctor **Tapasco Triviño**, pues al haber actuado por fuera de los acuerdos con el gobierno y con el apoyo del Frente Cacique Pipintá, Iván Roberto Duque, alias “Ernesto Báez” incurre en desacato a los pactos que se refiere la ley de Justicia y paz, razón que amerita que se expidan copias de lo pertinente en orden a que la jurisdicción correspondiente estudie la exclusión del proceso de justicia y paz del líder paramilitar”.⁷⁷¹

4.5.1. TRÁMITE A TRAVÉS DEL CUAL SE DESARROLLÓ LA AUDIENCIA DE EXCLUSIÓN

De acuerdo con lo señalado por la Sala de Conocimiento, dentro de las actuaciones procesales adelantadas, el postulado asistió a cerca de 12 diligencias de versión libre, en las cuales aceptó responsabilidad en la comisión del delito de concierto para delinquir, pero a su vez manifestó no aceptar ninguna responsabilidad en los demás hechos sobre los cuales se le preguntó por su participación, debido a que, según él, su actividad al interior del grupo irregular era la de comandante político y, por esto, no tuvo injerencia en las acciones militares.

Tomando en cuenta que la Fiscalía encontró mérito para considerar que el postulado había tenido algún grado de participación en por lo menos 27 homicidios, se llevó a cabo la audiencia de formulación de imputación, en

⁷⁷¹ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 3 de febrero de 2010, radicado n° 26584, M.P. María del Rosario González de Lemos.

donde se comunicó al postulado que sería investigado por tales acciones. Al finalizar la etapa de verificación, el ente acusador formalizó, en desarrollo de la audiencia de formulación de cargos, la solicitud de exclusión del postulado a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, argumentando que éste se había negado a aceptar su responsabilidad en la realización de algunos hechos y que, además, no había asumido una actitud colaboradora en la construcción de la verdad que perseguía el proceso de Justicia y Paz. Así, el magistrado de control de garantías envió la actuación surtida ante la Sala de Conocimiento, para que fuera ésta la que decidiera sobre dicha solicitud de exclusión.

La Sala de Conocimiento, en audiencia celebrada el 31 de mayo de 2010, dio espacio para que los sujetos intervinientes manifestaran sus diferentes posturas frente a la solicitud elevada por la Fiscalía. Los defensores de víctimas se mostraron conformes con la solicitud y aportaron distintos argumentos que fortalecieron los ya expuestos por la Fiscalía. El representante del Ministerio Público, por su parte, secundó la solicitud del ente acusador e, incluso, pidió que se tomara en cuenta la declaración de otros desmovilizados que habrían manifestado la ausencia de garantías y la falta de cumplimiento de los acuerdos celebrados entre éstos y el gobierno nacional. De otro lado, el abogado defensor se mostró en desacuerdo con la petición de la Fiscalía y expresó a la Sala las condiciones en que su defendido había aportado a la construcción de verdad. Con el fin de sustentar su intervención, solicitó al Tribunal la práctica de distintas pruebas. Sin embargo, la Sala manifestó que, de acuerdo con la forma como se había tramitado esta diligencia, en el incidente de exclusión no era procedente dicha solicitud de pruebas, razón por la cual, en todo caso, los documentos aportados se tomarían como parte de los alegatos de conclusión. La actuación finalizó sin que se interpusiera recurso alguno y se fijó fecha para lectura de la decisión.

4.5.2. DECISIÓN ADOPTADA POR LA SALA DE CONOCIMIENTO

El 11 de junio de 2010, la Sala de Conocimiento citó a audiencia pública con el fin de hacer la lectura de la decisión adoptada. La Sala realizó un recuento de las actuaciones procesales surtidas y de los argumentos presentados por la Fiscalía para sustentar su solicitud, también reseñó las posturas manifestadas por cada uno de los sujetos intervinientes. De inmediato, inició la presentación de sus consideraciones, refiriéndose a las formas en que puede darse la exclusión de postulados, por no cumplir con los requisitos de elegibilidad o por el incumplimiento de la sentencia y de los compromisos señalados en ésta.

La Sala de Conocimiento se pronunció, de fondo, sobre cada uno de las razones manifestadas por el ente acusador para solicitar la exclusión. Así,

en cuanto a la construcción de verdad y la aceptación de cargos, se refirió a la naturaleza y al alcance de la confesión en el proceso de Justicia y Paz y, particularmente, en cuanto al trámite procesal, recordó que en el caso concreto sólo se había llegado hasta la formulación de imputación, actuación en la cual el postulado no estaba llamado a pronunciarse sobre la aceptación de los hechos imputados. La Sala manifestó que lo que sí se pudo determinar, al escuchar las grabaciones de las versiones libres rendidas por el postulado, era que éste no había contribuido en nada a la construcción de verdad con sus intervenciones. Señaló, además, que de acuerdo con la forma en que se adelantaron estas versiones, fue evidente que quien presidió las diligencias fue realmente el postulado y no la Fiscalía, por lo que, de ser posible, se anularían estas actuaciones.

En cuanto al incumplimiento de los requisitos de elegibilidad, la Sala se refirió a lo estipulado en el artículo 10, numeral 4º, de la Ley 975 de 2005, donde se señala que el grupo debe cesar toda interferencia al libre ejercicio de los derechos políticos y libertades públicas y cualquier otra actividad ilícita, y señaló que, frente a este caso, existían suficientes pruebas de que el postulado no perdió el poder para intervenir en los procesos electorales que tuvieron lugar en el departamento de Caldas en el año 2006. Presentó las evidencias que fueron tomadas en cuenta para llegar a esta conclusión, por lo que se refirió a algunas declaraciones rendidas por otros desmovilizados y, concretamente, mencionó como prueba el proceso surtido ante la Corte Suprema de Justicia que concluyó con la condena de un ex congresista.

La Sala de Conocimiento concluyó que la desmovilización adelantada por el postulado y el grupo que comandaba fue sólo en apariencia, pues “Báez” seguía siendo reconocido como comandante y su estructura le seguía obedeciendo. Por tal razón, la Sala decidió excluir al postulado de los beneficios de la Ley de Justicia y Paz y puso de presente que no se afectaban los derechos de las víctimas con esta decisión, pues éstas aún podían acudir a la justicia ordinaria para que les fueran garantizados. Contra esta decisión, el abogado defensor interpuso recurso de apelación, concedido por la Sala en el efecto suspensivo. Como se ve, a través de este recorrido, se trata éste también de un tema complejo que ha venido siendo regulado por vía jurisprudencial y que refleja, además, las tensiones entre el poder ejecutivo y el poder judicial.

Con el estudio de este tema como cuestión especialmente crítica, se concluye el estudio general del proceso. Tal como se indicó en la introducción, en el Cuarto informe del Observatorio, para el año 2011 el Área profundizará en aspectos como la reparación, a partir de las sentencias en firme que, en todo caso, se requieren de manera urgente para estabilizar el proceso