

**Recomendaciones para la
Reglamentación y Aplicación
de la Ley de Justicia y Paz**

Documento CITpax n° 3

10 de noviembre de 2005

© Centro Internacional de Toledo para la Paz – CITpax 2005

Todos los documentos del CITpax están disponibles en nuestra página web: www.toledopax.org

Los puntos de vista expresados en este documento, no reflejan necesariamente la opinión del CITpax

Presentación

El Centro Internacional de Toledo para la Paz (CITpax) dirige al Gobierno de Colombia la presente nota con el ánimo de contribuir a los esfuerzos del Estado y la sociedad colombianos en pro de la paz y de facilitar el apoyo de la comunidad internacional a un proceso efectivo de desmovilización de los grupos organizados al margen de la ley y de reparación de las víctimas.

Con este propósito, CITpax celebró varios encuentros con representantes del Gobierno y otras instituciones del Estado, de la oposición política y de la sociedad civil colombiana, así como con algunas organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales implicadas en el proceso, con el objetivo de analizar y discutir la aplicación y el impacto de la Ley de Justicia y Paz, que rige la reincorporación de miembros de los grupos ilegales.

En el transcurso de estas reuniones los representantes de la oposición y las organizaciones consultadas expusieron argumentos, interrogantes y preocupaciones en torno al proceso en curso. CITpax tomó nota en particular de las objeciones que suscita la Ley como marco regulatorio eficaz. Asimismo debatió diversas propuestas y fórmulas destinadas a promover un proceso efectivo de desmovilización que se produzca de conformidad con los requerimientos de verdad, justicia y reparación que la misma Ley proclama.

Como resultado de este proceso, en un esfuerzo por integrar los diversos intereses legítimos, los principios y las normas en juego y con el objeto de hallar un difícil pero necesario equilibrio entre las exigencias de la justicia y los incentivos de la paz, CITpax presenta -con el mayor respeto para todas las instancias colombianas- las observaciones y recomendaciones que se exponen a continuación. Éstas no pretenden agotar las posibilidades existentes y se inscriben dentro de los límites que establece la Ley de Justicia y Paz, aprobada por el Congreso de Colombia el 21 de junio de 2005 y actualmente en vigor.

Resumen Ejecutivo

Este documento recoge una serie de consideraciones y propuestas que toman como punto de partida la "Ley de Justicia y Paz" (Ley 975 de 2005) y se sitúan dentro del marco de actuación que dicha Ley establece. No obstante, van más allá de lo expresamente consagrado en la Ley considerando que se encuentra inserta en un conjunto normativo más amplio que está llamado a guiar los procesos de reglamentación y aplicación de la misma. Las observaciones responden al objetivo doble de contribuir a que en su aplicación, se respeten y garanticen los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación, y a que el proceso de desmovilización y reincorporación a la vida civil de los miembros de los grupos armados al margen de la ley, sea eficaz y cumpla con el fin último de contribuir a la construcción de la paz en Colombia.

Las consideraciones son de tres tipos. En un primer apartado se señalan algunos de los presupuestos básicos que, en el intento de ajustar la Ley a los mínimos requerimientos internacionales en materia de derechos de las víctimas y persecución de los más graves crímenes, se entiende que irradian todo el articulado de la Ley, y bajo los cuales se formulan las propuestas. En el segundo apartado se incluyen una serie de propuestas relativas a la reglamentación de la Ley, que sugieren modificaciones, adiciones o precisiones sobre el borrador de *Decreto No. ... "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 975 de 2005"*. Finalmente, en un tercer apartado se formulan algunas recomendaciones sobre posibles mecanismos que, estando estrechamente relacionadas con la Ley de Justicia y Paz, constituyen herramientas adicionales tendientes a la consecución de objetivos congruentes con sus fines.

1. Presupuestos derivados del marco general en el que se inscribe la ley

1.1. La pena principal ordinaria permanece latente hasta que se acredite el cumplimiento de las condiciones legales y las obligaciones impuestas por el juez. El beneficio de la pena alternativa no queda firme con la sentencia -no es irreversible- puesto que su vigencia depende de que se cumplan las obligaciones activas impuestas en la misma sentencia. Según el artículo 3 -que debe leerse en armonía con los artículos 24, 29 y 44 entre otros-, dicho beneficio sólo será posible si se cumple con los requisitos de "contribución del beneficiario a la consecución de la paz", "colaboración con la justicia" y "reparación a las víctimas y su adecuada resocialización". El cumplimiento de los requisitos para obtener el beneficio de la pena alternativa es progresivo y debe ser verificado por las diversas autoridades que participan en el proceso de desmovilización, investigación y enjuiciamiento. La pena principal ordinaria conserva su vigencia y no se extingue hasta que no se hayan cumplido dichas obligaciones en el plazo impuesto por el juez para ello. En consecuencia, debe establecerse un mecanismo de seguimiento eficaz para determinar si, tras el cumplimiento de la pena alternativa y el período de libertad a prueba, procede la extinción de la pena principal o si por el contrario ésta debe hacerse efectiva.

- 1.2. La condición de víctima y sus facultades dentro del proceso vienen determinadas por la ley procesal penal y la jurisprudencia constitucional. La alusión explícita que se hace en la Ley a la participación de las víctimas en el incidente de reparación, no se entiende como excluyente de la participación de las mismas a lo largo de todo el proceso de investigación y juicio, en los términos previstos por el Código de Procedimiento Penal, según la remisión que la propia Ley 975 hace en su artículo 63, así como de conformidad con su reconocimiento constitucional e internacional. Igualmente, la condición misma de víctima, así como sus garantías y derechos, se entienden definidos -como complemento a lo establecido en la Ley 975-, de acuerdo con la normativa penal y la jurisprudencia constitucional colombiana en esta materia.
- 1.3. El papel central de los jueces y fiscales implica un amplio apoyo institucional. Las autoridades judiciales mantienen un margen competencial amplio para precisar y concretar los contenidos de la Ley. El peso significativo que se ha trasladado a dichas autoridades, implica que éstos asumen una gran responsabilidad respecto del resultado final de este proceso, lo cual hace necesario que se les provea con los recursos, las facultades y las capacidades suficientes. Adicionalmente, dada la naturaleza de los crímenes objeto de investigación en este marco, se requiere que las autoridades judiciales cuenten con una experiencia profesional específica en materia de graves vulneraciones de derechos humanos.
- 1.4. La aplicación de las Leyes 782 y 975 no es excluyente. Ambas adoptan un criterio de aplicación de carácter material -en función de la naturaleza de los delitos- y no personal. A través de la Ley 782 -y el Decreto 128 que la reglamenta- sólo es posible conceder indultos por la comisión de delitos susceptibles de ese tratamiento según la normativa y jurisprudencia colombiana e internacional, esto es, los delitos políticos y conexos. Los beneficios de la Ley 975 se aplican a los delitos para los que no cabe indulto, en particular, para los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otros crímenes atroces. Tras la desmovilización, quienes soliciten el indulto por la vía de la Ley 782, deberán ser también examinados por el Fiscal en cuanto a su posible vinculación a otros crímenes. El Fiscal deberá atender las denuncias de las víctimas en este sentido. En caso de encontrarse dicha vinculación, se podrían acoger al proceso de la Ley 975, o bien ser investigados por la vía del procedimiento ordinario. Se entiende que también se tramitarán por la vía ordinaria, los delitos comunes y aquellos que no tengan relación con la actividad del grupo armado.

2. Recomendaciones para la reglamentación

- 2.1. Fortalecer los mecanismos de verificación de los requisitos de elegibilidad, mediante la concesión de facultades al fiscal para emitir el “concepto evaluativo final” en relación con los requisitos contenidos en los artículos 10 y 11 de la Ley 975, tanto para la desmovilización individual como para la colectiva. En esta labor, el fiscal tendrá facultades para valorar las observaciones de la Comisión de Reparación en relación con el cumplimiento de los requisitos.

- 2.2.** En el período entre el momento de la desmovilización y la rendición de versión libre, aclarar el estatus del desmovilizado. Igualmente, el reglamento debe otorgar facultades al fiscal para determinar discrecionalmente, en función de los avances en las indagaciones y de la gravedad de los hechos, el plazo razonable para el desarrollo de las actuaciones previas tendientes a esclarecer los hechos (en los términos del artículo 15 de la Ley 975), antes de recibir la versión libre. Adicionalmente, debe consagrar expresamente que el material probatorio recogido durante esta fase podrá aportarse válidamente en la fase de juzgamiento.
- 2.3.** Establecer claramente la manera como se articulan la pena principal ordinaria y la alternativa, asegurando respecto de la primera que se cumplan todas las garantías que exige el proceso ordinario. En cuanto a la pena alternativa, aclarar que incluye tanto la privación efectiva de la libertad como el período de libertad a prueba junto con las obligaciones impuestas por el juez y la Ley 975. Finalmente, fortalecer el sistema previsto en la Ley 975 en relación con la obtención del beneficio de la pena alternativa. Puesto que los requisitos para acceder se cumplen de manera progresiva en el tiempo, tanto los fiscales como los jueces que intervienen en el proceso deben verificar su cumplimiento incluso después de dictada la sentencia, en relación con las obligaciones impuestas en la misma. Para ello, es preciso que se especifiquen las pautas y garantías del seguimiento a las obligaciones y cumplimiento de los demás requisitos que permitan la extinción de la pena principal ordinaria. En caso de incumplimiento, la sentencia deberá contener el mecanismo de revocación automática del beneficio de la pena alternativa.
- 2.4.** Incluir una disposición en la que se precise el marco de referencia derivado de la Ley 975, que el juez deba tener en cuenta en el momento de imponer en la sentencia las obligaciones que debe cumplir el beneficiario para que la pena alternativa se mantenga firme y pueda extinguirse la principal ordinaria. Así, el juez deberá integrar, en el marco de una lectura sistemática de la ley, principalmente: el artículo 1 que se refiera al objeto mismo de la Ley; el artículo 3 que contiene los requisitos globales del principio general de la alternatividad (el beneficiario debe contribuir a la consecución de la paz nacional, colaborar con la justicia, reparar a las víctimas y su adecuada resocialización); el artículo 29 que establece las condiciones de resocialización y el requisito central de la no-reincidencia; los artículos relativos a las medidas de reparación, en particular el 40; y, finalmente, los requisitos de elegibilidad de los artículos 10 y 11.
- 2.5.** Establecer unos requisitos y mecanismos flexibles y de fácil acceso para el reconocimiento de la condición de víctima, a través de una mera acreditación sumaria e incluyendo expresamente a los desplazados. Consagrar el derecho de las víctimas para participar en todas las fases del proceso con amplias facultades de intervención, aportación de pruebas, etc.
- 2.6.** Aclarar expresamente que la obligación de reparación a que está obligado el condenado es independiente de los bienes que entregue y no se limita a lo que se pueda cubrir con los mismos. En consecuencia, consagrar un papel activo del fiscal en la identificación de la titularidad real de los bienes y en la detección de los ilícitos para que sean destinados a la reparación.

Se debe evitar que la entrega de los mismos dependa exclusivamente de la voluntad del procesado o de la denuncia de las víctimas. Se deben incluir las medidas cautelares adecuadas como es la prohibición de ventas de bienes y de comercio de los mismos y la consecuente actuación de las entidades bancarias. Tras la presentación por parte de las víctimas de un mínimo de prueba indiciaria -que indique su titularidad sobre los bienes- corresponderá al imputado o tercero poseedor, probar la legalidad de su título.

- 2.7. Establecer mecanismos efectivos para la protección de víctimas, testigos, fiscales y jueces a lo largo del proceso.
- 2.8. Consagrar de manera precisa las facultades que se otorgan a la Comisión de Reparación para que pueda cumplir eficazmente con las funciones que le son asignadas en la Ley 975 y establecer la provisión de recursos necesaria para ello. Incluir mecanismos que garanticen la participación de las víctimas en sus decisiones y actuaciones.
- 2.9. Aclarar que en los casos de delitos de carácter permanente o de comisión continuada como la desaparición forzada, el acceso a los beneficios no será posible hasta tanto no se dé información precisa y suficiente del paradero de la víctima.
- 2.10. Aclarar que la aplicación de las leyes 975 y 782 responde a un criterio de carácter material que viene dado por el tipo de delito cometido. En consecuencia, la concesión de indultos por delitos susceptibles de este tratamiento (de acuerdo con la Ley 782), no será óbice para que el indultado que hubiere cometido delitos graves pueda ser juzgado de acuerdo con la Ley 975. Los interrogatorios actualmente adelantados por la Fiscalía a quienes se acogen a la Ley 782 deben tender también a la identificación de posibles conductas delictivas no susceptibles de tratamiento por la vía de dicha Ley. Adicionalmente, siguiendo este criterio de aplicación material, debe aclararse que ni los delitos comunes ni aquéllos que no estén vinculados con las actividades propias del grupo armado, serán juzgados conforme a la Ley 975, sino por la vía ordinaria.

3. Mecanismos complementarios

- 3.1. Plan de asistencia a las autoridades judiciales. La aplicación de la Ley de acuerdo con los presupuestos aquí expuestos pone una gran carga de trabajo y responsabilidad sobre fiscales y jueces. Se recomienda desarrollar con toda urgencia un programa intensivo de asistencia a la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz y a los Tribunales Superiores que intervengan en los juicios, que incluya la asignación de recursos adecuados, el fortalecimiento de las capacidades y la especialización en la aplicación de la Ley, la jurisprudencia y los instrumentos jurídicos internacionales vigentes, así como un plan de protección efectivo del personal.

- 3.2.** Se deben fortalecer los mecanismos de transparencia en la ejecución de la ley. Será necesario que el Gobierno dote a la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación de los recursos adecuados para que pueda cumplir eficazmente con las funciones que le encomienda la Ley como garante de los derechos de las víctimas. La Comisión debe estar en condiciones de dar seguimiento al cumplimiento por los procesados de las disposiciones contenidas en las sentencias judiciales como requisito para la aplicación de la pena alternativa. Los recursos que se asignen a la Comisión para desempeñar estas funciones incluirán asistencia jurídica y protección. En caso de establecerse un mecanismo de "veeduría" o verificación independiente, es imprescindible asegurar su credibilidad y eficacia. Ello requerirá un marco de actuación claramente establecido, así como recursos humanos, materiales y logísticos adecuados y acceso amplio a las personas, lugares y documentación que se juzgue necesario para el cumplimiento de sus funciones.
- 3.3.** La Ley 975 menciona la posibilidad del establecimiento de mecanismos no judiciales de reconstrucción de la verdad. Para que un proceso de este tipo sea un paso hacia una reconciliación genuina debe estar basado en principios de transparencia y resultar de un consenso en el que hayan participado todos los sectores de la sociedad, con especial énfasis en aquellos más afectados por los crímenes y violencia que asolaron Colombia durante el período bajo examen. Una "comisión de sabios", compuesta por personas independientes y de reconocido prestigio, podría eventualmente contribuir al diseño de estos mecanismos.

1. PRESUPUESTOS DERIVADOS DEL MARCO GENERAL EN EL QUE SE INSCRIBE LA LEY

La Ley 975/2005 en su artículo 2 establece el ámbito de aplicación e interpretación de la norma. En su segundo párrafo dice que "la interpretación y aplicación de las disposiciones previstas en esta Ley deberán realizarse de conformidad con las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados por Colombia. La incorporación de algunas disposiciones internacionales en la presente ley, no debe entenderse como la negación de otras normas internacionales que regulan esta misma materia".

Algunas materias que aborda la Ley son objeto de regulación por normas y principios vinculantes de "ius cogens". Adicionalmente, estas materias son también ampliamente tratadas en convenios de derechos humanos y derecho internacional humanitario suscritos por Colombia, como son los Convenios contra la tortura, la desaparición forzada de personas y el genocidio. Asimismo, Colombia ha ratificado el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional y, es parte y está bajo la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como bien lo reconoce en su artículo 2, como norma de rango inferior, la Ley de Justicia y Paz no puede alterar el contenido ni derogar las normas de rango constitucional, de las que hacen parte los tratados internacionales de derechos humanos, según lo confirma la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. En consecuencia, la aplicación de la Ley 975 y su interpretación vienen determinadas, en muchos aspectos, por la normativa internacional en esta materia.

De ahí, que en este primer apartado hemos considerado imprescindible establecer los presupuestos básicos que parecen derivarse del marco en el que está inscrita la Ley 975 y que luego sirven de base a las propuestas y recomendaciones que se formulan en los dos apartados siguientes.

1.1. La pena principal ordinaria y la obtención del beneficio de la pena alternativa¹

Según el artículo 24 de la Ley 975, el juez, en la sentencia, en primer lugar, fija la pena principal y las accesorias con base en las normas previstas por el Código Penal. Esta es la condena. En segundo lugar, opera el beneficio de la pena alternativa, de acuerdo con el artículo 3 que establece el principio general de la alternatividad y el artículo 29 que concreta el concepto de pena alternativa y el beneficio.

Así, independientemente de la sentencia efectiva, (por ejemplo, entre 40 y 60 años si concurren crímenes graves), de acuerdo con este artículo y con el sentido de la Ley, se aplica el beneficio que consiste en una pena alternativa de una duración máxima de 8 años. No parece que se ajuste al principio de proporcionalidad de la pena, máxime cuando este número de años es el tope sea cual sea el número de conductas cometidas y sea cual sea su carácter que, de hecho, se presupone que es de extrema gravedad.

¹ A continuación se expone la interpretación que a nuestro entender se deriva de la Ley y el marco normativo en el que se inserta. No obstante, en el apartado 2.3 se incluye una recomendación para que a través del Reglamento se establezca mayor precisión sobre este asunto.

Ocurrirá, por ejemplo, que en caso de concurso material del delito de desplazamiento forzado y un crimen de guerra tipificado como infracción al derecho internacional humanitario, la pena máxima será de 8 años.

No obstante lo anterior, se entiende que la sentencia previa -por llamarla de esta manera- y que es **la sentencia efectiva que determina las penas ordinarias, es una sentencia que permanece vigente en el tiempo y la pena alternativa es un beneficio sujeto al cumplimiento de condiciones concretas y de obligaciones activas impuestas por el juez que forman parte indisoluble de dicha pena alternativa**. Es decir, el beneficio no se obtiene de una vez y para siempre: está condicionado en el tiempo, en un período de prueba que establece la misma Ley y el juez.

Se entiende entonces que tras haber condenado efectivamente a la persona que ha cometido crímenes internacionales de acuerdo con las normas del Código Penal, y en razón de la situación específica de Colombia y al propósito que alimenta la Ley, sobre todo la desmovilización en la perspectiva de la paz de actores armados, se otorga un beneficio, que es la pena alternativa. Ésta, sin embargo, sólo tendrá lugar en su aplicación efectiva, siempre y cuando se cumplan condiciones muy precisas, tal como se establece en la Ley y en las sentencias promulgadas por los jueces, las cuales deberán ser verificadas por la Sala del Tribunal.

Así, la Ley debe contrarrestar el amplio beneficio que otorga con un control estricto de quienes acceden al mismo pues, además de una serie de filtros iniciales de selección aplicados por el poder ejecutivo para determinar quienes pueden optar a dicho beneficio, la Ley fortalece los requisitos para la obtención de la pena alternativa, al sujetarla al cumplimiento de una serie de obligaciones que impone el juez.

El respaldo, en última instancia, a la aplicación de la Ley, por parte de la comunidad internacional, estará seguramente supeditado a que el beneficio -ligado a una pena considerablemente rebajada- se vea estrictamente condicionado al cumplimiento riguroso de los requisitos establecidos en la sentencia, y que estos tiendan efectivamente a la realización de los objetivos de la Ley de desmontar las estructuras de los grupos armados al margen de la ley y al fin último de garantizar los derechos de las víctimas y contribuir a la construcción de la paz a través del esclarecimiento de los hechos, el enjuiciamiento de los crímenes, la reparación de las víctimas y el establecimiento de garantías de no reincidencia.

En consecuencia, **el beneficio de la pena alternativa está sujeto al cumplimiento de una serie de condiciones que, por ser progresivo y dinámico, deberá ser comprobado por todas las autoridades que intervienen en el proceso**. La Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación deberá estar en condiciones de verificar el cumplimiento de dichas condiciones, de acuerdo con las funciones que se le atribuyen en la Ley 975.

1.2. La condición de víctimas y sus facultades dentro del proceso²

Tanto la Constitución colombiana como la legislación penal de ese país reconocen a las víctimas una serie de facultades y garantías para participar en el proceso penal en el que se investiguen los hechos por los que hubiesen sido perjudicadas. El derecho constitucional a acceder a la justicia y el derecho a la protección judicial definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son la base del fundamento de este tratamiento a favor de las víctimas. Además de su consagración en las normas procesales penales, la jurisprudencia constitucional, siguiendo las disposiciones internacionales y en particular la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha determinado que la participación de las víctimas en el proceso penal va más allá de una simple pretensión de reparación, pues se justifica principalmente por el derecho que tienen a conocer la verdad. Por otra parte, ha recordado que además de tratarse de un derecho fundamental, es una manera de contribuir a una investigación eficaz y, por lo tanto, forma parte del cumplimiento de los deberes del Estado³.

La Ley de Justicia y Paz, por su parte, prevé expresamente la participación de las víctimas en el incidente de reparación. De acuerdo con el acervo normativo arriba mencionado, este **énfasis en la perspectiva de la reparación, no se entiende sin embargo como excluyente de la participación de las mismas a lo largo de todo el proceso**, puesto que esta intervención se reconoce como un derecho constitucional confirmado legalmente en las normas procesales penales. Es entonces congruente con esto, la consagración en el artículo 63 de la Ley 975 del principio de complementariedad respecto del Código de Procedimiento Civil que "se aplicará para todo lo no dispuesto en la presente Ley". Así, la participación de las víctimas en el proceso se entendería reconocida en los términos en que dicho Código y, en particular la Ley 906, lo ha establecido, de conformidad asimismo, con la consolidada jurisprudencia constitucional e interamericana en la materia.

En consecuencia, **la condición misma de víctima, así como sus garantías y derechos, se entienden definidos -como complemento a lo establecido en la Ley 975- de acuerdo con la normativa penal y la jurisprudencia constitucional colombiana (fundamentalmente en materia de desplazamiento forzado) en esta materia**. La condición de víctima se debe poder acreditar sumariamente y los mecanismos para ello deberían ser flexibles y de fácil acceso.

1.3. El papel central de los jueces y los fiscales

Una vez aprobada la Ley de Justicia y Paz y tras la próxima promulgación del decreto que la reglamente, el peso de su aplicación pasará principalmente a las autoridades judiciales. Esta gran responsabilidad incluye la adecuada identificación de quienes deben ser procesados por la realización de crímenes durante su pertenencia a los grupos armados al margen de la ley; la eficaz investigación de los hechos y el esclarecimiento de la verdad; la garantía de los derechos de las víctimas y su adecuada reparación; así como el juicio de los responsables y el seguimiento del cumplimiento

²A continuación se expone la interpretación que a nuestro entender se deriva de la Ley y el marco normativo en el que se inserta. No obstante, en el apartado 2.5 se incluye una recomendación para que en el Reglamento se fortalezcan los derechos de las víctimas.

³Entre otras, las Sentencias C-104 de 1993 (M.P.: Alejandro Martínez); C-173 de 1993 (M.P.: José Gregorio Hernández); T-275 de 1994 (M.P.: Alejandro Martínez).

de las obligaciones que les sean impuestas para obtener el beneficio de la pena alternativa. De esta labor dependerá en gran medida que, tanto en Colombia como en la comunidad internacional, se reconozca que el proceso tiene legitimidad y es creíble.

Para poder acometer este desafío, los fiscales y jueces deben contar con los recursos materiales y humanos y con la especialización necesaria.

Además de tener a su disposición los equipos y el personal necesario, las autoridades judiciales deberán responder al hecho de que en diversos preceptos de la Ley hay un ámbito extenso de actuación para los intérpretes. En particular, se requiere de mucho rigor para valorar las condiciones estipuladas para el goce de la pena alternativa, puesto que no son siempre fácilmente cuantificables. Este es el caso, por ejemplo, de la contribución del procesado a la consecución de la paz.

Igualmente, el tipo de delitos que serán principalmente objeto de investigación, impone unas exigencias singulares de dogmática penal en la interpretación de las normas. Es especialmente sensible el caso del delito de desaparición forzada de personas dado su carácter de delito continuado o permanente. Como consecuencia de la naturaleza específica de este delito, en el supuesto de que se investigue este tipo de conductas, las autoridades judiciales deberán declarar no aplicable la Ley 975 y sus beneficios hasta que el responsable no proporcione información cierta y suficiente del paradero de la víctima⁴.

Así, puesto que se trata de delitos que vulneran derechos humanos especialmente protegidos (el genocidio, la tortura, el desplazamiento forzado y la desaparición forzada), además de todos los delitos que componen las infracciones al derecho humanitario, **hay una serie de exigencias dogmáticas que deben tenerse en cuenta a la hora de aplicar la Ley y para lo cual se requiere una especial cualificación.**

En consecuencia, se propone que, además de una rigurosa capacitación especializada, el grupo de funcionarios de la fiscalía y la rama jurisdiccional que tengan a su cargo la responsabilidad de investigar y sancionar estos delitos, sean escogidos entre aquellos que demuestren la mayor solvencia en derecho penal internacional, derecho internacional de los derechos humanos y derecho constitucional, requisitos indispensables para dicho ejercicio.

1.4. La aplicación de las leyes 782 y 975 no es excluyente⁵

La Ley 975 está configurada para la investigación y sanción de aquellos delitos que no sea posible tramitar por la Ley 782 de 2002, que ofrece el beneficio del indulto.

⁴ Este principio ha sido establecido desde hace años por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia que resolvió el caso Blake de 24.01.98, el caso Barrios Altos el 14.03.01; casos Kurtz de 25.05.98; Galkici de 8.07.99 y Timurta de 13.06.00 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; así como, de lege ferenda, la sentencia de la Corte Suprema de Argentina de 14.06.05, anulando las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final, entre otros muchos. Ver también la recomendación que se incluye en el apartado 2.9 de este documento.

⁵ A continuación se expone la interpretación que a nuestro entender se deriva de la Ley y el marco normativo en el que se inserta. No obstante, en el apartado 2.10 se incluye una recomendación para que en el reglamento se introduzca una disposición que aclare las confusiones que se han generado alrededor de esta cuestión por su tratamiento ambiguo en diferentes instancias.

En consecuencia, para aquellos delitos indultables -que en principio son exclusivamente los delitos políticos- se aplica la Ley 782. Mientras tanto, la Ley 975 se aplica para aquellos otros delitos graves, llamados también delitos atroces, y que, por ejemplo, en la Ley 782 se denominan "actos de ferocidad, barbarie o terrorismo", y que hoy son constitutivos de crímenes internacionales⁶.

Las instituciones del Estado deberían entonces jugar un papel activo para que **aquellos que se acojan al procedimiento de desmovilización y los beneficios previstos en la Ley 782, sean investigados por la posible comisión de otros delitos** que deberán tramitarse ya sea por la vía de la Ley 975 o por el procedimiento ordinario. En desarrollo de la investigación, el Fiscal deberá atender las denuncias de las víctimas.

Asimismo, se entiende que los delitos comunes y aquellos que no estén vinculados a las actividades del grupo armado organizado al margen de la ley, se investigarán y juzgarán por la vía del procedimiento penal ordinario. Por esta razón, resulta inconveniente la consagración, en la Ley 975, de una norma que establece una rebaja general de penas para los delitos comunes (artículo 70). No es el lugar adecuado para una norma de este tipo, porque desvirtúa el sentido y le resta seriedad a una ley, que como la de justicia y paz, aborda cuestiones específicas y muy complejas de la realidad colombiana, y que no debería generar aún mayor polémica al integrar decisiones ajenas a su naturaleza.

⁶ El caso de Jairo Andrés Angarita, según informaciones de El Tiempo del pasado 13 de octubre, sería un buen signo en este sentido. A pesar de que esta persona se había desmovilizado por la vía de la Ley 782, al descubrirse que posiblemente habría sido autor de crímenes graves no indultables, la Fiscalía se ha opuesto a su participación en las elecciones al Congreso y ahora deberá o bien acogerse a la Ley 975 o bien será procesado según el procedimiento ordinario.

2. RECOMENDACIONES PARA LA REGLAMENTACIÓN

2.1. Fortalecimiento de los mecanismos de verificación de las condiciones para la elegibilidad

Las referencias incluidas en el borrador de Reglamento, en el sentido de que es el Fiscal quien dará el "concepto evaluativo final de colaboración eficaz" como uno de los requisitos centrales para que el desmovilizado sea elegible para recibir los beneficios de la Ley 975, son muy adecuados y pertinentes. Sin embargo, se sugiere fortalecer aún más estas facultades, **atribuyendo al fiscal la potestad de certificar los demás requisitos de elegibilidad contenidos en los artículos 10 y 11**, en relación tanto con la desmovilización colectiva como con la individual.

La valoración del Fiscal podrá darse antes o después de la rendición de versión libre y podrá resultar en el traslado del caso a la justicia penal ordinaria, cuando haya comprobado el incumplimiento de alguno de los requisitos estipulados en los artículos 10 y 11 de la Ley 975. En esta labor, el fiscal tendrá facultades para valorar las observaciones de la Comisión de Reparación en relación con el cumplimiento de los requisitos.

En particular, la voluntad de cooperación se podrá valorar *ab initio* en función de la información que entregue el desmovilizado al Ministerio Fiscal en la versión libre. Con este propósito, en el Reglamento debería establecerse que los requisitos de identificación propia deben ser exhaustivos y completos, incluyendo los *alias* utilizados en el momento de los hechos. Asimismo, el fiscal deberá requerir la total identificación de los demás copartícipes, la identificación de las conductas penales, los lugares de inhumación, la identificación de los bienes y las fuentes de financiación, tanto en casos de desmovilización colectiva como individual, pues sólo de esta manera podrán establecerse responsabilidades y el grado de cooperación o colaboración del desmovilizado.

Finalmente, se recomienda establecer programas de apoyo a la Fiscalía para el desarrollo de esta función.

2.2. El período entre la desmovilización y la rendición de versión libre. El término para investigar

El artículo que se incluye en el borrador del decreto que reglamenta la Ley 975 y que hace alusión a las "actuaciones previas para la recepción de versión libre" es muy apropiado, pues con él se fortalece la discrecionalidad del Fiscal para determinar el tiempo de duración de las actuaciones previas que tienden al esclarecimiento de la verdad (art.15 de la Ley 975). Así, el nuevo Reglamento prevé que con antelación a la recepción de la versión libre, el Fiscal "realizará las diligencias tendientes al cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 15 y 16 de la Ley 975/2005 durante el plazo prudencial que se requiera para el efecto". **El tiempo prudencial para el esclarecimiento de los hechos al que alude el Reglamento deberá ser el que racionalmente imponga la complejidad de la investigación.**

De esta manera, se busca una salida al problema de la brevedad de los plazos previstos en la Ley para la investigación, entre la audiencia preliminar de formulación de imputación y la audiencia de formulación de cargos (60 días).

En consecuencia, debe aclararse que las 36 horas que se establecen en la Ley para fijar y realizar la audiencia de imputación sólo empiezan a contar desde la conclusión de la diligencia de versión libre que podrá durar tanto como sea necesario y desarrollarse en varias audiencias, teniendo en cuenta asimismo que se deben contrastar los elementos o datos que vaya ofreciendo el interesado; que se deben realizar inspecciones oculares, reconocimientos de personas y todas aquellas otras diligencias necesarias para la reconstrucción de los hechos.

Adicionalmente, **se recomienda consagrar expresamente la posibilidad de que las pruebas recogidas durante este período puedan aportarse válidamente al juicio.** Deberá reflejarse con total claridad que la colaboración (obligatoria) inicial podrá utilizarse como base, entre otros elementos, de la indagación previa que el Reglamento autoriza al fiscal, y que después pueda ser considerada como fuente de prueba, elemento o indicio racional para contrastar la versión libre y complementarla.

Igualmente, con el fin de conseguir el objetivo establecido en el artículo 15 de la Ley 975, la Fiscalía debe jugar un papel especialmente activo. Entre otros, los interrogatorios del fiscal deberán ser precisos y exhaustivos, tendentes a la averiguación de la verdad material, la determinación de los autores intelectuales, los cooperadores, los jefes inmediatos y el esclarecimiento de los crímenes cometidos, evitándose meras ratificaciones genéricas. Si esto se exige de forma rigurosa, se reduce el margen de interpretación discrecional que abre el artículo 25 de la Ley en relación con hechos posteriores (lo que constituye uno de los motivos más insistentes de crítica a la Ley), a los que también concede el beneficio de la pena alternativa si se cumplen una serie de condiciones y "siempre que la omisión no haya sido intencional".

Finalmente, **es necesario clarificar en el Reglamento la situación en que queda el desmovilizado durante las actuaciones previas,** desde el momento de la desmovilización hasta cuando rinde versión libre. Ello porque el período denominado de esclarecimiento de los hechos, cuyo término establece el fiscal, constituye una especie de "tiempo muerto" durante el cual no está claro el status del desmovilizado. Máxime cuando el tiempo máximo que se puede computar como tiempo de ejecución de la pena alternativa para aquellos que hayan permanecido en la zona de concentración es de 18 meses, con lo que, es probable que durante un período de tiempo permanezca en dicha zona sin que ello pueda computarse como parte de la pena de privación de la libertad.

2.3.El beneficio de la pena alternativa. Latencia de la pena ordinaria. Condiciones para el beneficio de cumplimiento progresivo

2.3.1. Latencia de la pena ordinaria

De acuerdo con lo que se expuso en el apartado 1.1., en este proceso coexisten una pena ordinaria y una pena alternativa, quedando ésta última sujeta al cumplimiento de una serie de condiciones legales y obligaciones activas impuestas por el juez.

En el Reglamento es necesario aclarar la manera como se articulan estas dos penas en el proceso establecido por la Ley 975. En cuanto a la pena ordinaria, tanto el Ministerio Fiscal como el juez en la sentencia deberán realizar la calificación jurídica de la conducta y establecer el castigo correspondiente de acuerdo con la naturaleza que según las normas penales ordinarias corresponde a cada delito en concreto (Vg. tortura o desaparición forzada, como delitos de lesa humanidad o genocidio), desarrollando la argumentación y motivación necesarias.

El enjuiciamiento de estos delitos en forma ordinaria, aunque en el marco de la ley 975 y de acuerdo con la remisión que hace la misma en su artículo 63, exige dotar al juicio de todas las garantías procesales establecidas para la protección de los derechos del justiciable, de modo que se asegure su derecho a la defensa en el juicio y en la eventual condena principal que quedará latente hasta el cumplimiento de la pena alternativa y de acuerdo con la evaluación final del tribunal.

En cuanto a la pena alternativa, puesto que de acuerdo con el artículo 24 de la Ley 975, las dos penas se fijan en una misma sentencia, se entiende que la calificación jurídica se hace con base a unos mismos hechos.

Sin embargo, para que sea posible ajustarse al principio de proporcionalidad de la pena, en el Reglamento será necesario que se aclare que la pena alternativa se compone de dos partes: el período de privación efectiva de la libertad y el período de libertad a prueba que implica el cumplimiento de las obligaciones activas aún después de transcurrido el período de privación real de libertad. En cuanto a la primera, el beneficio máximo de abono de prisión preventiva que se podrá obtener, será el de 18 meses, siempre que la pena sea como máximo de 8 años, (es decir, la rebaja sería como máximo el límite de 6 años y 6 meses) y proporcionalmente hasta un mínimo de 5 años, por debajo del cual nunca podrá existir beneficio. Cuando la calificación sea de crímenes de lesa humanidad no podrá abonarse más que el tiempo durante el cual el imputado hubiera estado privado de libertad en forma real. En cuanto al período de libertad a prueba, debería aclararse que no podrá ser menor a otro período igual al de la pena privativa, y en todo caso no debe ser inferior a 5 años puesto que el cumplimiento de las obligaciones activas requiere de un período razonable y su reducción sólo debería ser posible si el tribunal establece que se ha cumplido con la total resocialización del condenado.

Debe entonces expresarse claramente en el Reglamento que las obligaciones activas forman parte de la pena alternativa y que ésta se integra tanto con la privación de libertad, como con dichas medidas, entre las cuales debería incluirse al menos lo siguiente: la privación de derechos, especialmente el de elegibilidad para los cargos públicos; la libertad vigilada; la prohibición de residencia en lugar determinado (el control podrá ser electrónico); el trabajo comunitario; la obligación de presentarse semanal o quincenalmente en el juzgado o policía; el arresto domiciliario, en casos de gravedad máxima; la permanencia los fines de semana en centro penitenciario, o pernoctar en prisión; la reparación activa a las víctimas, incluida la búsqueda de los bienes (la acción del condenado deberá incluir todos los actos positivos necesarios para la recuperación de bienes o materialización de las indemnizaciones); la resocialización activa, incluyendo programas de educación, trabajo, tratamiento psicológico o cualquier otro de similar naturaleza que decida la autoridad judicial.

2.3.2. Condiciones para el beneficio de cumplimiento progresivo

Tanto los requisitos de elegibilidad, como aquellos a los cuales alude el artículo 24 sobre el contenido de la sentencia, deben ser leídos de conformidad con el objetivo general de la Ley y con el artículo 3 que consagra el principio de alternatividad.

Así, según la propia ley, para acceder al beneficio de la pena alternativa se requiere que el beneficiario contribuya a la consecución de la paz nacional, colabore con la justicia, repare a las víctimas y contribuya a su resocialización (condiciones del artículo 3); cumpla con los compromisos de comportamiento y las obligaciones de reparación moral y económica que se establezcan en la sentencia (artículo 24); contribuya a su propia resocialización y promueva actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció (artículo 29). Adicionalmente, durante el período de libertad a prueba y para que pueda extinguirse la pena principal deberá -obviamente- no reincidir, además de cumplir con el resto de requisitos y obligaciones.

En definitiva, el Reglamento debería expresar claramente las condiciones que, de acuerdo con la Ley 975, deben cumplirse por el procesado para obtener los beneficios de la pena alternativa, a saber:

- Contribución a la consecución de la paz. El Reglamento deberá incluir algunas pautas para esta valoración.
- Colaboración con la justicia, desde el momento de la desmovilización, y hasta después de la condena, con efectos negativos si no se cumple.
- Reparación de las víctimas, antes y durante el procedimiento y después de la condena, con efectos negativos si no se cumple.
- Adecuada resocialización. El reglamento deberá incluir algunas pautas para esta valoración, incluyendo los mecanismos de vigilancia de la misma, el tiempo y los resultados.

Puesto que los requisitos para acceder se cumplen de manera progresiva en el tiempo, tanto los fiscales como los jueces que intervienen en el proceso deben verificar su cumplimiento, incluso después de dictada la sentencia, en relación con las obligaciones impuestas en ella. Para ello, es preciso que se especifiquen las pautas y garantías del seguimiento a las obligaciones y cumplimiento de los demás requisitos que permitirán la extinción de la pena principal ordinaria.

Igualmente, debe establecerse un mecanismo efectivo para dar seguimiento a las obligaciones contraídas por el sujeto del beneficio. Se debe definir un cronograma de seguimiento con términos estrictos y en función de la cuantía de la pena. Hay que dotar a las Salas de los Tribunales Superiores, que según la Ley 975 están a cargo del seguimiento, de la infraestructura necesaria para acometer esta tarea. Aunque el borrador de decreto reglamentario alude a los jueces de ejecución de penas en el artículo sobre "vigilancia en la ejecución de penas", el problema es mucho más complejo y hace necesario el establecimiento de mecanismos efectivos de seguimiento.

Dentro del sistema penal, se ha visto que es difícil en la práctica crear mecanismos concretos para garantizar el cumplimiento de medidas que no sean privativas de la libertad, (por ejemplo, la orden de someterse a la vigilancia permanente de una institución, en el marco del nuevo proceso penal acusatorio). Por esta razón,

puesto que muchas de las obligaciones que se derivan de la Ley 795 no consistirán en la privación de la libertad, el juez debe disponer de recursos suficientes, incluido personal especializado, para dar seguimiento a dichas obligaciones. De lo contrario, todo el esquema de la Ley queda sin aplicación práctica.

Cada caso debe seguirse con un cronograma muy estricto y el cumplimiento de cada uno de los requisitos verificarse de manera detallada y rigurosa. Para ello se requieren recursos y personal con dedicación específica.

La sentencia deberá contener el mecanismo de revocación automática de la pena alternativa en caso de reincidencia, falta de cumplimiento de las condiciones, o falta de colaboración con la justicia, valorados por el tribunal o juez, sin necesidad de un nuevo juicio y previa la acreditación definitiva a criterio de la autoridad judicial.

En cuanto al incidente de la reincidencia en el período de libertad a prueba que consagra la Ley, no deberán incluirse solamente los delitos por los cuales la persona fue condenada, sino todos aquellos delitos graves que dan lugar a la aplicación de la Ley. Se entiende que son delitos cometidos dolosamente, tal como lo dice el borrador de decreto reglamentario, pero se debe hacer expresa referencia a los delitos que pueden ser objeto de la aplicación de la Ley. Si se trata de otros delitos fuera del espectro de aplicación de la Ley -por ejemplo un homicidio cometido en una riña- se entiende que será aplicable el derecho penal común.

2.4. Obligaciones impuestas por el juez en la sentencia

Es muy difícil reglamentar con un listado detallado y acabado el artículo 24, que hace referencia a los requisitos que debe contener la sentencia del juez y que deben ser respetados por el sujeto del beneficio. Adicionalmente, el juez deberá atender a las especificidades, caso por caso, para evaluar los requisitos y las exigencias que debe imponer a la persona en ese caso particular.

No obstante, es posible reglamentar el marco en el que debe inscribirse dicha decisión. De ahí que **se propone incluir en el Reglamento una disposición en la que se precise el marco de referencia derivado de la Ley 975**, que el juez deba tener en cuenta en el momento de imponer en la sentencia las obligaciones que debe cumplir el beneficiario para que la pena alternativa se mantenga firme y pueda extinguirse la principal ordinaria.

En el marco de una lectura sistemática de la ley, el juez deberá integrar principalmente:

- a) el artículo 1 que se refiera al objeto mismo de la Ley;
- b) el artículo 3 que contiene los requisitos globales del principio general de la alternatividad: el beneficiario debe contribuir a la consecución de la paz nacional, colaborar con la justicia, reparar a las víctimas y su adecuada resocialización;
- c) el artículo 29 que establece las condiciones de resocialización y el requisito central de la no-reincidencia.

También se deben tener en cuenta, como marco de referencia, los requisitos de elegibilidad de los artículos 10 y 11, como un horizonte normativo general, aunque los jueces, en sentido estricto, no participen en el proceso de elegibilidad, que es previo.

El juez, dentro de este marco general, puede imponer otras obligaciones. Entre ellas, por ejemplo, la de exigir la participación activa en mecanismos locales o globales de esclarecimiento de la verdad que estén en curso. El artículo 44 ofrece en este sentido un catálogo de posibles acciones que el juez debe considerar a la hora de imponer las obligaciones a los imputados.

El juez tiene un espacio competencial importante en el contexto de la efectiva reparación y restitución de la dignidad de la víctima, que va más allá incluso de la reparación moral y material. El entramado complejo de normas que regulan los derechos de las víctimas, haciendo hincapié en las dinámicas de reparación y de restitución de su dignidad moral son marcos de referencia fundamentales, que el juez debe tener en cuenta en cada caso concreto para la imposición de requisitos y condiciones en tanto que obligaciones activas.

2.5. Condición de víctima y participación de las mismas en el proceso

Este apartado debe entenderse en el marco de los planteamientos formulados en el apartado 1.2. Así, la condición de víctima y sus derechos, incluidos los de participación en el proceso se regirán por la legislación penal procesal, de conformidad con la Constitución y la jurisprudencia constitucional.

En primer lugar, es recomendable incluir expresamente en el Reglamento las garantías de participación de la víctima en todo el proceso, que incluyen su capacidad de recurrir las decisiones adversas del fiscal, de los jueces y del tribunal, ampliable a la posibilidad de aportar pruebas y la participación sin restricciones en el juicio. El hecho de que de momento sólo se prevea su participación en el incidente de reparación y como coadyuvante del Ministerio Fiscal, no debe impedir que, por ejemplo, en caso de interés contradictorio con éste, sea posible que la víctima interponga un recurso ante al autoridad judicial.

En segundo lugar, en el contexto general de la acreditación de la condición de víctima, se debe seguir la línea abierta por el borrador de decreto, cuando habla de "Las víctimas que demuestren sumariamente su calidad de tales...". Éste es el esquema general: la acreditación sumaria de esa condición.

Debe operar una flexibilización de los mecanismos de acreditación de la condición de víctima, optando por una comprobación meramente fáctica de la misma, tal como la jurisprudencia constitucional lo ha afirmado, por ejemplo en el caso de los desplazados, que deben incluirse expresamente como víctimas.

En tercer lugar, no es congruente con la interpretación general que se ha expuesto en relación con los derechos de las víctimas, que se haya incluido en el borrador de decreto **la prohibición a quienes formularon previamente una reclamación judicial, de participar en el incidente de reparación integral. Se recomienda eliminar esta limitación**, lo que en ningún caso significa que se pueda obtener doble compensación por un mismo hecho. Este principio básico está también adecuadamente incorporado en la Ley y el borrador de decreto.

2.6. En relación con los bienes destinados a la reparación. Titularidad, medidas cautelares y carga de la prueba

Dos asuntos son especialmente relevantes en relación con los bienes. De un lado, la relación entre los bienes que recupera la justicia a lo largo del proceso establecido por la Ley de Justicia y Paz y el deber de reparación integral a las víctimas. De otro lado, la necesidad de que la entrega de dichos bienes no dependa de la buena voluntad del procesado ni de la denuncia de las víctimas.

En cuanto a lo primero, la Ley 975 no establece en ninguna de sus disposiciones que la reparación que se imponga al imputado en la sentencia deba corresponder con los bienes por él entregados. Así, la Ley habla en los Art. 10 y 11 de la obligación de entregar los bienes de procedencia ilegal; por su parte el Art. 17 habla de los bienes que se entregan para la reparación de la víctima; el 18 sobre la puesta en cautela de los bienes entregados para reparación; el Art. 24 habla de las obligaciones de reparación moral y económica; y, el Art. 44 establece que el Tribunal Superior de Distrito de Justicia al proferir la sentencia, ordenará la reparación a las víctimas y fijará las medidas pertinentes.

En consecuencia, **se entiende que los bienes entregados constituyen el mínimo que establece Ley como base para la reparación, pero la reparación debe ser integral**. La misma obliga al Ministerio Fiscal (su propia función lo exige) a investigar todos los demás bienes y su procedencia, utilizando para ello todos los mecanismos legales existentes en Colombia, en particular, la extinción de dominio, tras haber mantenido un rol activo que le permita "levantar el velo" de la titularidad de los bienes.

Por tanto no se puede identificar reparación con bienes entregados. Por el contrario, aquella deberá entenderse dentro del marco general según el cual dicha reparación **debe cubrirse con "todos los bienes presentes o futuros" hasta el monto de la indemnización fijada**. Y, ello, sin perjuicio de las consecuencias legales que pueda acarrear, por ejemplo, la eventual falta de cooperación.

Es por tanto muy conveniente que el Reglamento disponga expresamente que la obligación de reparación integral, debe ser entendida en su sentido literal y no está sujeta únicamente a los bienes entregados inicialmente por el imputado. Como consecuencia, debe también aparecer de manera precisa el deber del Fiscal de indagar todo lo necesario para descubrir todos los bienes posibles en tiempo razonable y, si después se hallaren bienes no entregados, ejercer la facultad de reconsiderar los beneficios de la Ley.

Así, en cuanto a esta segunda cuestión, puesto que es previsible que el imputado intentará disimular y ocultar los bienes que le pueden ser retenidos a través de este proceso, **se debería también establecer todos los medios que permitan "levantar el velo" de titularidad y posesión de bienes, en la búsqueda de la auténtica titularidad y, para ello, fijar en el reglamento un plazo mayor**, en vista de que esta cuestión no es parte de la acción penal en sentido estricto, sino que se deriva de la misma.

Consecuentemente con ello, no se puede dejar esa cuestión supeditada a la libre voluntad del imputado ni a la denuncia de la víctima. El Ministerio Fiscal, incluso en la fase previa a la imputación, deberá desarrollar todas aquellas acciones que se requieran para averiguar el paradero y la situación actual de los bienes. Previsiblemente, éstos estarán disimulados y ocultos en bancos, entidades o registros a nombre de terceras y cuartas personas cuya buena fe no puede presumirse. En su caso, se deberá "levantar el velo" para establecer la titularidad real, sin perjuicio de las acciones que los titulares aparentes puedan interponer ante la justicia contra quien les transfirió los bienes. En todo caso, la posesión de los mismos ya habrá sido puesta, mediante cautela, a disposición de la institución competente o de la víctima.

En definitiva, se requiere un importante grado de iniciativa por parte de las autoridades judiciales, máxime si se reconoce que las mismas limitaciones que impone, por ejemplo, el principio *nemo tenetur*, no operan en el universo de los bienes. La ponderación, incluso el juicio de proporcionalidad que deben formular los funcionarios -entre otros, el juez de control de garantías- nunca podrá estimarse excesivamente estricto cuando de un lado yacen los bienes y del otro el resarcimiento de las víctimas de delitos atroces.

Medidas cautelares en relación con los bienes

Se debe incluir en el Reglamento la prohibición de disponer de los bienes a través del cambio de inscripción en el registro de propiedad cuando los bienes incautados estuvieran a nombre de terceras personas. También en caso de titularidad directa hasta su adjudicación o realización.

Asimismo las entidades financieras y bancarias deberán atender la orden de bloqueo, aún en el caso de que los titulares aparentes sean otros.

Se debería también establecer la posibilidad de recurrir o impugnar esta medida por parte de esos titulares, pero sin paralizar en ningún caso la ejecución de la medida.

En todo caso, la calificación de ilicitud de los bienes debe ser hecha por el Fiscal y decidida por el magistrado de Control de Garantías, con base a la investigación realizada por el Fiscal y no sólo en la entrega hecha por el imputado.

Bienes no entregados denunciados por las víctimas

Dada la dificultad con que cuentan las víctimas para probar la titularidad de sus bienes frente a poseedores con amplio poder en las regiones y, teniendo en cuenta que parte central de este proceso es la restitución y reparación de las víctimas, **es recomendable disponer en el reglamento que, tras la presentación por parte de la víctima de cualquier título de propiedad o posesión o prueba inicial de dicha condición, se presume su titularidad y corresponde al imputado, el testaferrero o el tercero poseedor, demostrar la legitimidad y la legalidad de su título.**

Un hecho es claro: cuando se crean trabas legales a los procesos de recuperación de bienes, se coadyuva al despojo de los mismos. Lo importante es, en todo caso, que el decreto reglamentario, no incluya requisitos imposibles de cumplir para las víctimas, cuando han sido éstas despojadas de sus bienes.

2.7. Protección de víctimas, testigos, fiscales y jueces

Se debe establecer, de forma minuciosa, las medidas y programas de protección de testigos, víctimas, jueces y fiscales. De lo contrario, resultará imposible garantizar la tranquilidad necesaria y la independencia imprescindible para llevar adelante la aplicación de la ley.

2.8. Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación

Consagrar de manera precisa las facultades que se otorgan a la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación para que pueda cumplir eficazmente con las funciones que le son adjudicadas en la Ley 975 y establecer la provisión de recursos necesaria para ello. Adicionalmente, el Reglamento debe incluir mecanismos concretos que garanticen una amplia participación de las víctimas en las decisiones y actuaciones de dicha Comisión.

2.9. Delitos de comisión continuada

De acuerdo con lo expuesto en el apartado 1.4, por la naturaleza de los delitos que seguramente se juzgarán con mayor frecuencia en el marco de la Ley 975, las autoridades judiciales deberán ser especialmente cuidadosas con las exigencias dogmáticas penales para la interpretación adecuada de las normas.

Constituyen un caso especial las conductas punibles de ejecución permanente o comisión continuada a las que se refiere el borrador de Reglamento en un artículo del siguiente tenor: "Cuando se trate de conductas punibles de ejecución permanente, la ley 975/2005 solamente será aplicable en aquellos eventos en que la consumación, materializada con el primer acto, se haya producido con anterioridad a la entrada en vigencia de la misma". Si bien se entiende que lo que se pretende es evitar que se beneficien de la Ley quienes incurran en este tipo de conductas después de la entrada en vigor de la Ley 975, surge cierta ambigüedad sobre la posibilidad de acceder a los beneficios previstos en la Ley 975 incluso antes de dar por terminada la conducta delictiva. Como se menciona en el apartado 1.4, la autoridad judicial que conozca por ejemplo del caso de una desaparición forzada, debería negar la aplicación de la Ley hasta tanto no se dé información cierta y suficiente del paradero de la víctima. No obstante, sería muy conveniente que se incluyera en el Reglamento una aclaración en este sentido.

2.10. Ámbito material de la Ley. Delitos indultables y delitos comunes

La estructura de la Ley parece clara: de un lado, delitos con tratamiento privilegiado, indultables, se rigen por la Ley 782 de 2002; de otro lado, conductas graves, delitos atroces, se rigen por la Ley 975 de 2005. Pero, ¿qué sucede con los delitos comunes?. El decreto reglamentario tiene que dar cuenta de esto. Los delitos comunes deben ser procesados por la justicia ordinaria. Se debe evitar que en la interpretación de los delitos ligados a los delitos políticos, los delitos comunes sean tratados en conexidad con los delitos objeto de la amnistía o el indulto. Hay un ámbito de discrecionalidad abierto para el juez pero el decreto reglamentario debe regular este punto: si son delitos comunes éstos deben ser abordados por la justicia penal ordinaria.

La Ley da una respuesta muy parcial a una parte del problema, en el artículo 71, que concibe el paramilitarismo en el horizonte de la sedición. Este y los demás delitos políticos son delitos complejos. No se dan en estado puro y por eso tiene lógica el beneficio cuando se trata de estos delitos inextricablemente ligados al delito complejo. Pero los meros delitos comunes no pueden de ninguna manera ligarse al beneficio.

Esta es la única forma de justificar y legitimar una negociación que se pretende política, porque se demuestra que el interés no es negociar con delincuentes comunes con vistas a rebajar sus penas por delitos comunes. Asimismo, todos los delitos, independientemente de su gravedad, que no se hayan cometido "durante y con ocasión de la pertenencia" a los grupos armados al margen de la ley, deberán ser investigados y juzgados por el procedimiento ordinario.

En consecuencia, en el Reglamento se debe expresar con claridad que los delitos comunes y los que no están vinculados a las actividades del grupo armado (y en todo caso el narcotráfico, aunque se alegue que ha sido instrumental de la acción violenta) serán juzgados por vía ordinaria, sin posibilidad de aplicar criterios de conexidad con aquellos.

De otro lado, si bien entendemos que las Leyes 975 y 782 se aplicarán de acuerdo con los criterios expuestos en el apartado 1.4, sería conveniente que en el Reglamento se aclarara que los dos regímenes que constituyen la base de la Ley no son excluyentes. Así, de acuerdo con ello, se debe adelantar una correcta delimitación del ámbito material de las Leyes 782 y 975.

Se sugiere entonces incluir en el Reglamento una disposición que expresamente aclare los criterios de aplicabilidad de las Leyes 782 y 975, en función de los crímenes susceptibles del tratamiento establecido por una u otra vía. Así, aunque en principio la aplicación de la Ley 782 sólo es posible para los delitos políticos y se excluye a "quienes realicen conductas constitutivas" de crímenes atroces, en el Decreto 128 -que la regula- sólo se excluyen de los beneficios de la Ley 782 "a quienes estén siendo procesados o hayan sido condenados". En la práctica, ello podría derivar en el otorgamiento del indulto regulado por la Ley 782 a todos los que no estén siendo procesados por la Ley 975 o la jurisdicción ordinaria.

Adicionalmente y en esta misma dirección, se observan errores estructurales, tanto en la Ley 975 como en el borrador de Reglamento, puesto que en la primera se reitera que la Ley 975 se aplica en defecto de la Ley 782, a quienes no pudieran acogerse a esta última. En el borrador de Reglamento, en esta misma línea, parece establecerse la aplicación alternativa de una u otra ley, en algunos casos de forma un poco confusa, de acuerdo con la voluntad del desmovilizado.

De esta manera, se cae en el error de sugerir criterios personales y no materiales para determinar la ley aplicable, cuando de lo que se trata es de conceder indultos a los delitos susceptibles de dicho tratamiento (políticos y conexos), mientras que para las conductas graves se establece un régimen penal sancionador diferente aunque con ciertos beneficios condicionados.

En consecuencia, en el Reglamento de la Ley 975 debe quedar claro que es posible aplicar a una misma persona ambas leyes, en función de las conductas punibles, para evitar así una aplicación excluyente de la ley 782. Se debe establecer la

posibilidad de que quienes han recibido un indulto en virtud de la ley 782, pudieren ser juzgados nuevamente de acuerdo con la ley 975 por aquellos delitos que no pueden ser objeto de amnistía o indulto.

En el decreto reglamentario debe establecerse que tras la desmovilización y el interrogatorio, el fiscal deberá examinar la posible vinculación del desmovilizado con otros crímenes, atendiendo para ello las denuncias de las víctimas. La demostración de dicha vinculación determinará la aplicación del proceso ordinario o el de la Ley 975. Adicionalmente, se debe consagrar que si el fiscal descubre en el curso de otras investigaciones, que algunos de los desmovilizados bajo la Ley 782 y el Decreto 128 ocultaron su participación en crímenes atroces, de lesa humanidad o de guerra, procederá de oficio e inmediatamente a la detención de los mismos, iniciándose así el procedimiento ordinario.

Finalmente, si bien la Ley no se puede aplicar a quienes, no siendo actores armados desmovilizados hubiesen participado en la ejecución o desarrollo de alguna conducta delictiva del grupo armado (se estaría incumpliendo con los requisitos de elegibilidad de los artículos 10 y 11), el reglamento debe aclarar que su testimonio valdrá de argumento y prueba para la imputación de los desmovilizados a los que se refiera.

3. MECANISMOS COMPLEMENTARIOS

3.1. Plan de asistencia a las autoridades judiciales

La aplicación de la Ley de acuerdo con los presupuestos aquí expuestos, pone una gran carga de trabajo y responsabilidad sobre fiscales y jueces. Los tribunales deberán contar con personal adecuado para comprobar el cumplimiento de lo dispuesto en las sentencias como requisito para la aplicación de la pena alternativa.

Se recomienda desarrollar con toda urgencia un programa intensivo de asistencia a la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz y a los Tribunales Superiores que intervengan en los juicios.

Los programas de asistencia deberían incluir la asignación de recursos adecuados, el fortalecimiento de las capacidades y la especialización en la aplicación de la Ley, la jurisprudencia y los instrumentos jurídicos internacionales vigentes, sobre todo en materia de derechos humanos y de derecho penal internacional, así como un plan de protección efectivo del personal de la fiscalía y de los tribunales durante las actuaciones.

3.2. Fortalecimiento de los mecanismos de transparencia en la ejecución de la ley

Será necesario que el Gobierno dote a la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación de los recursos adecuados para que pueda cumplir eficazmente con las funciones que le encomienda la Ley como garante de los derechos de las víctimas. La Comisión debe estar en condiciones de dar seguimiento al cumplimiento por los procesados de las disposiciones contenidas en las sentencias judiciales como requisito para la aplicación de la pena alternativa. Los recursos que se asignen a la Comisión para desempeñar estas funciones incluirán asistencia jurídica y protección.

En caso de establecerse un mecanismo de "veeduría" o verificación independiente, es imprescindible asegurar su credibilidad y eficacia. Ello requerirá un marco de actuación claramente establecido, así como recursos humanos, materiales y logísticos adecuados y acceso amplio a las personas, lugares y documentación que se juzgue necesario para el cumplimiento de sus funciones.

3.3. Mecanismos no judiciales de reconstrucción de la verdad

La Ley alude expresamente a este tipo de herramientas. Para que un proceso de este tipo sea un paso hacia una reconciliación genuina, debe estar basado en principios de transparencia y ser resultado de un consenso en el que hayan participado todos los sectores de la sociedad, con especial énfasis en aquellos más afectados por los crímenes y violencia que asolaron Colombia durante el período bajo examen. Una "comisión de sabios", compuesta por personas independientes y de reconocido prestigio, podría eventualmente contribuir al diseño de estos mecanismos.

El Centro Internacional de Toledo para la Paz (CITpax) tiene como objetivo contribuir a evitar y resolver los conflictos internacionales o intra-nacionales, violentos o potencialmente violentos, y a la consolidación de la paz, en un marco de respeto y promoción de los Derechos Humanos y los valores democráticos. Para ello, colaborará en el establecimiento de vías de cooperación y canales de comunicación entre las partes implicadas, gobiernos, ONGs y representantes de todos los sectores de la sociedad civil.

VÍAS DE ACTUACIÓN

Para la consecución de sus objetivos, el CITpax emplea diversas herramientas cuyo diseño se adapta a cada situación particular. Se incluyen entre otras las siguientes actividades:

- **Diplomacia de segunda vía**, a través de un acompañamiento directo en procesos de negociación entre protagonistas políticos y económicos relevantes, en conflictos donde fuere necesaria una vía de diálogo que complemente o desbloquee la vía oficial.
- **Diplomacia de múltiples vías y facilitación del diálogo**, mediante la creación de plataformas de encuentro entre académicos, expertos, activistas, actores locales y gobernantes, así como la asistencia a las sociedades en conflicto para el desarrollo de aptitudes y capacidades para la construcción y consolidación de la paz.
- **Proyectos sobre el terreno**, orientados a mejorar las aptitudes y capacidades de prevención y resolución de conflictos a través de proyectos de sensibilización, construcción de confianza, investigación y promoción de políticas realistas de paz.
- **Proyectos de investigación** vinculados a procesos de negociación o procesos de paz.
- **Desarrollo profesional y formación** con el fin de contribuir a la mejora de las capacidades profesionales de las diferentes entidades que participan en actividades relacionadas con la paz.
- **Información pública y "advocacy"**, a través de actividades de difusión y publicación de documentos y la participación en el debate público.

PROGRAMAS

Sin perjuicio de una progresiva ampliación de su campo de actuación a otras áreas, como el Sudeste de Europa, actualmente las actividades y proyectos del CITpax se enmarcan en tres programas: dos geográficos que se enfocan a las regiones de África y Medio Oriente por un lado, y América Latina por el otro, y el Programa de Prevención y Resolución de Conflictos. Este último, al ser temático y abordar asuntos estrechamente relacionados con los programas geográficos, se constituye como un programa transversal, desarrollando en ciertos casos actividades propias y en otros complementando y apoyando la labor de los programas regionales.

África y Oriente Medio

El CITpax desarrolla diversas actividades en el marco de este programa. En particular, en relación con el conflicto Palestino-Israelí, explora mecanismos de diplomacia de segunda vía para impulsar las negociaciones en curso y potenciar el proceso de paz. Asimismo, el programa

pretende abordar progresivamente algunos de los desafíos centrales que plantea la región como son, entre otros, las perspectivas de paz entre Siria e Israel, y las condiciones para el establecimiento de un sistema de cooperación y seguridad en el Medio Oriente. CITpax emprende iniciativas discretas para que los actores regionales exploren vías de fortalecimiento de mecanismos locales de resolución de conflictos. Si bien se centra en la reconstrucción post-conflicto en Irak y el fortalecimiento de la sociedad civil en diversos países del Oriente Medio, el CITpax también desarrolla actividades en relación con el Norte de África, haciendo hincapié en el conflicto del Sáhara Occidental y el futuro de la integración económica del Magreb.

Áreas del Programa:

- Estabilidad Regional en el Oriente Medio
- Énfasis en el conflicto Palestino-Israelí
- Integración económica del Magreb
- Transición a la democracia

América Latina

Las actividades del CITpax en el área incluyen la diplomacia de segunda vía destinada a acercar a partes en conflicto; la promoción de diálogos para la construcción de consensos; misiones de identificación de problemas en zonas en tensión; e investigación política sobre cuestiones que pueden incidir negativamente en la estabilidad democrática de América Latina. El programa desarrolla sus actividades haciendo hincapié en la Región Andina con énfasis inicial en Colombia. En concreto, promueve iniciativas de generación de confianza y facilitación de acercamientos en torno a temas clave del conflicto colombiano. Asimismo, el CITpax examina experiencias regionales de paz y diálogo político con miras a su aplicación y promoción en el actual contexto latinoamericano.

Áreas del Programa:

- Diálogo político regional
- Estabilidad institucional en la Región Andina
- Alternativas al conflicto colombiano
- Promoción de "fronteras benignas"

Prevención y Resolución de Conflictos

Este programa se centra en el estudio y apoyo a procesos de negociación y acuerdos de paz, así como en el acompañamiento y la elaboración de recomendaciones a los países en períodos de transición post-conflicto. Las acciones, que encuentran fundamento en la idea de seguridad humana, se enmarcan en una perspectiva global de largo plazo. Así, los proyectos diseñados en este Programa tienen por objeto contribuir tanto a la construcción y consolidación de una paz duradera en contextos donde se ha superado -al menos formalmente- la violencia, como a la formulación de estrategias para prevenir conflictos en potencia, abordando sus causas además de proponer respuestas para afrontar los síntomas.

En el programa se hace un énfasis especial en el estudio y análisis de las intervenciones multinacionales de apoyo a la paz y en la mejora de las herramientas de formación del personal participante en operaciones de paz. Se incluyen las operaciones de paz de la ONU así como las intervenciones multilaterales que implican un cambio de régimen y la reconstrucción post-conflicto. El programa contempla las relaciones cívico-militares y las actividades de naturaleza civil desempeñadas por personal militar.

Áreas del Programa:

- Administración civil internacional
- Justicia penal en contextos de transición
- Asistencia humanitaria
- Procesos electorales
- Estado de derecho y fortalecimiento institucional y de la democracia
- Desarme, desmovilización y reintegración (DDR)
- Fortalecimiento de la sociedad civil y apoyo a los sectores más vulnerables
- Respuestas tempranas a situaciones de crisis
- Dimensión socioeconómica y regional de los conflictos
- Cooperación al desarrollo como instrumento para la prevención de conflictos y la construcción de la paz

STAFF

Director General: Emilio Cassinello, Embajador de España.

Blanca Antonini, Directora, Programa de América Latina.

George E. Irani, Director, Programa de África y Oriente Medio.

Claudia Medina, Directora de Proyectos y Operaciones - Investigadora.

Juan Garrigues, Gestor de proyectos, Programa de América Latina.

Stuart Reigeluth, Gestor de proyectos, Programa de África y Oriente Medio.

Gabriel Reyes, Gestor de proyectos, Programa de Prevención y Resolución de Conflictos.

CONSEJO ASESOR

Emma Bonino, Miembro del Parlamento Europeo.

Kim Campbell, Secretaria-General del Club de Madrid, ex Primera Ministra de Canadá.

Baltasar Garzón, Magistrado-Juez, Audiencia Nacional.

Marrack Goulding, Rector, St. Anthony's College, Oxford University.

Rosario Green, ex Secretaria de Relaciones Exteriores de México.

Bernard Kouchner, ex Representante del Secretario General de las Naciones Unidas en Kosovo.

Juan Manuel Santos, ex Ministro de Hacienda y Crédito Público, Colombia.

Pierre Schori, Representante del Secretario General de las Naciones Unidas para Costa de Marfil.

Francesc Vendrell, Enviado especial de la Unión Europea para Afganistán.

Federico Mayor Zaragoza, ex Director General de la UNESCO.

Patronos:



Excmo. Ayuntamiento de Toledo



Miguel Ángel Moratinos, Ministro de Asuntos Exteriores y Cooperación
José María Barreda, Presidente, Junta de Castilla-La Mancha
José Manuel Molina, Alcalde de Toledo

Shlomo Ben-Ami, Ex-Ministro de Asuntos Exteriores, Israel
Antonio Garrigues Walker, Presidente, Fundación José Ortega y Gasset
Diego Hidalgo Schnur, Presidente, FRIDE
Gregorio Marañón, Presidente, Real Fundación de Toledo
Nabil Shaath, Vice-Primer Ministro, Autoridad Nacional Palestina
Carlos Westendorp, Embajador de España en Estados Unidos

Consejo Asesor Empresarial:

Socios Estratégicos:



Socios de Proyecto:

