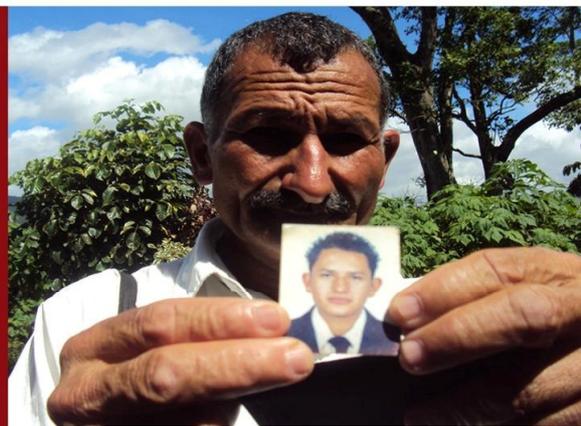


2011

19 octubre Colombia

DIAGNÓSTICO DE JUSTICIA Y PAZ EN EL MARCO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA



Coordinador
Baltasar Garzón



Organización de los
Estados Americanos

Mapp-OEA
Misión de Apoyo
al Proceso de Paz Colombia



Organización de los
Estados Americanos



DIAGNÓSTICO DE JUSTICIA Y PAZ EN EL MARCO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA

Jefe de Misión

Marcelo Alvarez

Coordinador de Proyecto

Baltasar Garzón

Equipo de Trabajo

Piedad Moreno

Pilar Ibáñez

Claudia Cano

Heidi Abuchaibe

María Camila Cuéllar

Daniel Millares



Organización de los
Estados Americanos



Organización de los Estados Americanos

José Miguel Insulza
Secretario General

Albert Ramdin
Secretario General Adjunto

Víctor Rico
Secretario de Asunto Políticos

Christopher Hernandez Roy
Director del Departamento de Sustentabilidad Política y Misiones Especiales

Marcelo Alvarez
Jefe de Misión
MAPP/OEA

Rodrigo Zubieta
Coordinador de la Unidad de Misiones Especiales

Rikard Nordgren
Sub Jefe de Misión (e)

Las ideas, afirmaciones, opiniones y criterios expresados en esta publicación son responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan, necesariamente, las posiciones de la Organización de los Estados Americanos ni de sus Estados miembros.

Todos los derechos están reservados. Esta publicación es de exclusiva pertenencia y responsabilidad de la Organización de los Estados Americanos. Queda permitida su reproducción y divulgación por cualquier vía, con previa mención de la fuente.

Presentación.....	7
-------------------	---

PRIMERA PARTE: Consideraciones acerca de las etapas del proceso penal especial de Justicia y Paz

I. Desmovilización y postulación.....	16
1. La Desmovilización.....	16
2. La Postulación.....	21
II. Versión Libre y Confesión.....	26
1. Marco jurídico de la diligencia de versión libre.....	26
2. Desarrollo de la diligencia y características de la misma.....	28
3. Sobre las versiones colectivas.....	30
4. Actores institucionales que intervienen en la versión libre.....	32
5. Problemas jurídicos y debates sobre las versiones libres.....	35
6. Aspectos técnicos y administrativos que inciden sobre la diligencia de versión libre.....	39
7. Las versiones libres de postulados extraditados.....	42
8. Propuestas para agilizar la etapa de versiones libres	43
III. Audiencia preliminar de formulación de imputación, aceptación de cargos y de control de legalidad sobre la aceptación de cargos	46
1. La estructura procesal concebida en la Ley 975 de 2005.....	46
2. Dificultades propias de algunas audiencias del proceso penal especial de Justicia y Paz.....	48
3. Problemas comunes a las diversas etapas del proceso penal especial de Justicia y Paz.....	60
4. Fusión de audiencias.....	62
5. Otras audiencias.....	63
IV. El Incidente de Reparación Integral.....	70
1. Dificultades en el desarrollo de los incidentes de reparación integral.....	72
V. Contenido de la Sentencia.....	77
1. De la Pena.....	80
2. El daño individual y colectivo.....	86
3. De la reparación integral.....	90
VI. La Exclusión y Requisitos de Elegibilidad.....	94
1. Causales de exclusión.....	94
2. Requisitos de elegibilidad.....	96

SEGUNDA PARTE: Dificultades para la implementación de la Justicia transicional en Colombia

VII. Vigencia de la Ley 975 de 2005.....	100
1. Situación actual.....	101

2.	Consecuencias de la calificación del concierto para delinquir con fines de paramilitarismo como un delito de lesa humanidad.....	102
VIII.	El tratamiento del delito político en el proceso penal especial de Justicia y Paz y situación jurídica de los desmovilizados.....	106
1.	La actividad de conformación de los grupos de autodefensas, en tanto delito común.....	106
2.	El concierto para delinquir agravado como crimen de lesa humanidad.....	113
3.	Combatientes rasos y la inseguridad jurídica en torno a su desmovilización.....	118
4.	Consecuencias de la declaración de exequibilidad de la Ley 1424/2010 en la sentencia de la Corte Constitucional C-771/11 Del 13 de octubre de 2011.....	131
IX.	Situación carcelaria y penitenciaria de los postulados de Justicia y Paz privados de libertad.....	136
1.	Discusiones suscitadas en torno a la reclusión de los desmovilizados.....	137
2.	Particularidad de la reclusión en Justicia y Paz.....	138
3.	El proceso de resocialización de los desmovilizados.....	140
4.	Problemáticas en torno a la seguridad en los centros de reclusión en Justicia y Paz.....	141
X.	Extradiciones: afectación a la verdad, a la justicia y a la reparación Integral.....	145
1.	La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: argumentos para retrotraer algunos procesos de extradición.....	146
2.	La facultad discrecional del Ejecutivo para diferir las extradiciones.....	151
3.	Los desafíos actuales para una efectiva participación de los extraditados en Justicia y Paz.....	151
XI.	Enfoque diferencial y de género.....	156
1.	Violencia de género y conflicto armado interno.....	156
2.	Violencia contra comunidades indígenas y afrodescendientes y el conflicto armado interno.....	159
3.	Enfoque de género y diferencial en la Justicia Transicional.....	160
XII.	Criterios de selección y priorización.....	167
1.	Criterios de selección y priorización de casos a ser investigados.....	168
2.	La creación de órganos colegiados de enjuiciamiento y ejecución.....	174
XIII.	Relación entre Justicia Penal Ordinaria y Justicia y Paz: el caso de la parapolítica.....	177
1.	La dinámica actual: mutuo fortalecimiento entre Justicia y Paz y parapolítica.....	180
2.	La judicialización de la parapolítica y el fuero constitucional.....	182
3.	Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia por parapolítica: avances y riesgos.....	187

	4. Las dificultades de carácter probatorio.....	190
	5. Los delitos y las formas de autoría.....	203
	6. Dificultades.....	207
	7. Formas de autoría.....	212
	8. Reparación a las víctimas en los procesos de parapolítica.....	216
XIV.	La Ley 975 de 2005 y la Ley 1448 de 2011.....	217
	1. Ley de Justicia y Paz y Ley de víctimas y restitución de tierras	218
	2. Aspectos positivos y retos de la nueva Ley.....	218
	3. Mecanismos de participación de las víctimas.....	220
	4. Política de restitución de tierras vía administrativa.....	221
	5. Retos del proceso de restitución de tierras al amparo de la Ley 1448 de 2011.....	223
	6. De los fondos de reparación de víctimas de la Ley 975 de 2005 y la Ley 1448 de 2011.....	226
	7. Algunos apuntes sobre la Ley 1448 y su conexión con la Ley 975 y otras normas sobre derechos de las víctimas	228

TERCERA PARTE: Recomendaciones finales

Recomendaciones finales.....	230
Siglas y abreviaturas.....	244
Agradecimiento especial	247
ANEXOS.....	249

PRESENTACION

Abordar los mecanismos que asume un Estado para hacer frente a la criminalidad siempre supondrá que, por mucho que se pretenda agotar la respuesta, nunca ésta sea suficiente. Siempre persistirán deficiencias, nuevos escenarios de criminalidad, desafíos, nuevos derechos que proteger y acciones ilícitas que combatir, que impondrán revisar las medidas adoptadas hasta el momento.

Lo anterior, en el ámbito de la criminalidad ordinaria, se constata día a día. Existen millones de acciones criminales que quedan sin respuesta, bien por la ausencia de la denuncia de la víctima en un acto de renuncia de derechos, imposible de evitar, bien por la propia insuficiencia o ineficacia de las instituciones que tienen que proferir la respuesta frente a ese universo criminal.

Lo cierto es que, a pesar de los mejores esfuerzos, la pretensión agotadora del Estado en este combate no llega a ofrecer soluciones satisfactorias, y las que se producen son meramente paliativas de la incidencia del fenómeno criminal aislado y organizado. No son sólo los crímenes que, a pesar de ser investigados de oficio o a instancia de parte, quedan no resueltos, sino también los que no se solucionan por deficiencias estructurales del Estado y sus Instituciones, o por una defectuosa política criminal, o aquellos que no se sancionan por falta de pruebas, preclusión, prescripción, etc.

La aclaración es pertinente para abordar este diagnóstico, relacionado con los fenómenos criminales organizados, que para el caso colombiano, se llaman paramilitarismo y guerrilla. Sin intención de equiparar o confundir los dos fenómenos, porque cada uno tiene sus propias características, lo cierto es que ambos responden, con carácter general, a un esquema definido de acciones criminales organizadas, con control sobre los territorios en los que despliegan su acción delictiva, uso de armamento pesado o de guerra, estructuras jerárquicas y pretensiones políticas.

Estas se nutren de miles de personas que ejercen la amenaza y la coacción, con una "política" sistemática de eliminación selectiva de vidas humanas, pertenecientes a diversos estamentos sociales, comunidades indígenas, afrodescendientes, mujeres, niñas y niños, sindicalistas, fuerzas armadas, organismos de derechos humanos, fuerzas militares y población en general, a la vez que pretenden la aniquilación del propio Estado de Derecho.

En algunos casos las propias estructuras del Estado han contribuido, o han sido ineficaces para dar una respuesta oficial. La contribución y ayuda económica a estructuras de esa naturaleza han apoyado la ejecución de aquellas acciones y la consolidación del fenómeno o el aprovechamiento de los beneficios, en perjuicio de cientos de miles de víctimas directas o indirectas y de víctimas individuales y colectivas, entre las que se incluye la sociedad colombiana en su conjunto y la internacional, al tratarse de crímenes masivos contra la humanidad.

Nos enfrentamos, por tanto, al crimen de crímenes, cuya presencia siempre ha acompañado a la humanidad. La violencia selectiva o generalizada es un problema,

quizás el más grave, que no ha sido resuelto en forma satisfactoria por ningún país al padecerlo. Por tal motivo, a partir de las experiencias traumáticas que todos conocemos, la comunidad internacional, a la vez que fue organizándose, también ha ido dando forma a un sistema que pretende achicar espacios para que esos crímenes no se produzcan o para dar una respuesta lo más exhaustiva y reparadora posible cuando aparezcan.

Se ha pretendido crear una serie de mecanismos protectores frente a los crímenes internacionales, para los cuales los mecanismos ordinarios de investigación y sanción resultan insuficientes. El enfrentar este tipo de crímenes requiere mecanismos de averiguación y persecución mucho más selectivos que cuando se trata de crímenes ordinarios.

Es en este contexto que surge el concepto de justicia transicional, cuyo desarrollo en las últimas décadas se ha extendido masivamente a sociedades que propenden por hacer frente a este tipo de delitos, superar un conflicto, un estado de excepción o lograr transformaciones democráticas.

Las medidas implementadas internacionalmente son tan variables como el número de sociedades que las utilizan; su escogencia dependerá de la magnitud y prolongación de las situaciones que pretende superar, al igual que de las circunstancias sociales y políticas que enfrentan. En todo caso, el ejercicio está supeditado al mayor o menor grado en que una sociedad busca el equilibrio entre las variables Paz y Justicia, en un contexto cada vez más integrado y marcado por el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional.

La lógica de la gravedad de estos crímenes debería imponer una dinámica sancionatoria mayor, y sin embargo sabemos que no es así. Por su parte la repuesta internacional es parcial, basada en una auténtica y, hasta cierto punto, arbitraria selección y, consecuentemente, una aplicación sin reservas del principio de oportunidad. Este mecanismo es muy discutible, pero es el que de una forma más o menos pacífica, se ha aceptado en el marco de actuaciones de la Corte Penal Internacional.

Así, el artículo 53 del Estatuto de Roma abre un espacio amplio a la aplicación del principio de oportunidad, tanto cuando el Fiscal decide no investigar¹, como cuando tras la investigación llega a la conclusión de que no existe fundamento suficiente para el enjuiciamiento². La decisión tendrá que ser comunicada a la Sala de Cuestiones Preliminares que dispensa al poder discrecional del Fiscal un carácter de discrecionalidad reglada e invita a la elaboración de criterios de oportunidad con bases político-criminales racionales que eviten la interferencia política.

¹ Porque considera que esta sería contraria al “interés de la justicia” en función de las “razones sustanciales” que justifican la ausencia de interés a pesar de que los crímenes sean extraordinariamente graves y que los derechos de las víctimas quedarán desatendidos.

² Porque “no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas, y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen”.

Esta selectividad se trata de paliar con la aplicación de otros mecanismos de justicia; aquellos que se desprenden, en el ámbito internacional, de la aplicación del principio de jurisdicción universal, y, en el ámbito interno, de la acción de tribunales ordinarios y la generación de medidas que con una conjugación más o menos afortunada, pretenden construir una respuesta compleja que involucre no solo a la rama judicial, sino a otras instituciones del Estado y a la propia sociedad civil, con la finalidad única de obtener una reparación lo más amplia posible a las víctimas, partiendo del hecho de que dicha reparación, aun siendo integral, nunca va a ser absoluta.

En este conjunto de acciones se incluyen aquellas ordinarias en la actuación del Estado, incluidas las jurisdicciones especializadas (siempre en el ámbito penal) como la militar, los tribunales comunales, los tradicionales o de los pueblos originarios, entre otros.

Pero, más específicamente se pueden incluir las acciones o iniciativas que el Estado puede adoptar en el ámbito de lo excepcional, cuando se trata de hacer frente a fenómenos extraordinarios que afectan a las propias estructuras del Estado y de la sociedad como pueden ser el terrorismo, la criminalidad organizada o la corrupción, entre otros. Frente a ellos, según el país, partiendo de Instrumentos Internacionales, en muchos casos, se opta por diversas acciones en función de la gravedad del caso concreto y el fenómeno que se trate de combatir, y la generalización del mismo en el país respectivo.

Cada una de estas iniciativas, tiene sus pros y contras, y casi siempre serán controvertidas las medidas que se tomen para paliar a aquellos. Así, se observa cómo se aprueban normas excepcionales y restrictivas de derechos para perseguir a los perpetradores, mermando sensiblemente los derechos de estos en el ámbito del terrorismo; se dictan normas para favorecer la delación a través de mecanismos de reducción sensible de penas como en la corrupción, el crimen organizado o el terrorismo; se regula el principio de oportunidad o se oficializa, de facto, el acuerdo y compromiso entre acusadores y acusados para disminuir las penas estableciéndose una especie de justicia pactada, que no busca siempre el beneficio de las víctimas, sino la mera eficacia de las instituciones implicadas, como acontece en todo tipo de crímenes ordinarios; se aceptan rebajas sensibles de penas por razones de política criminal en momentos determinados; se despenalizan conductas; o se establecen mecanismos complementarios de la jurisdicción penal ordinaria a través de sistemas paliativos de prisión para la resocialización del individuo delincuente.

Ante estas realidades, se han consolidado los derechos de las víctimas a través normas y desarrollos jurisprudenciales nacionales e internacionales y resoluciones trascendentales en el seno de las Naciones Unidas, como los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones de 2005.

Los Tribunales y Cortes Internacionales, han sido los que, quizás, con mayor decisión han ido elaborando ese cuerpo de derechos que, de alguna forma, han creado el derecho que después se ha convertido en general, en defensa de los derechos fundamentales de los/las ciudadanas/os frente a las graves violaciones de los mismos.

Pero, sin duda, en esta conquista de espacios a la impunidad, los que más han luchado y con su lucha han conseguido la evolución y el amparo de las Instituciones, han sido las propia víctimas, a través de sí mismas y de las organizaciones que han hecho frente a la indiferencia y olvido de esas instituciones, especialmente las judiciales, hasta conseguir un status de reconocimiento acorde con la dignidad de las mismas.

En este contexto y, a pesar de los esfuerzos, negaciones, y persecuciones, la impunidad no ha sido totalmente derrotada y siempre extiende sus tentáculos para conseguir el olvido de las acciones criminales que han destruido los cimientos de muchas sociedades y que pretenden extenderse indefinidamente, unas veces con la aquiescencia y complicidad de las instituciones y otras veces por la ineficacia de las mismas, para hacer inefectivo el derecho de las víctimas a la verdad, la reparación y la justicia.

Con el fin de que la claridad y la honestidad estén sobre la mesa, debe ponerse de manifiesto y asumirse, que ningún sistema legal va a conseguir ofrecer una respuesta totalmente satisfactoria a todas las víctimas directas, indirectas o colectivas afectadas por los hechos criminales masivos cometidos, y que ningún sistema va a dar una respuesta penal total y exhaustiva a dichos fenómenos que trascienden a la esfera de la sanción penal, aunque no del reproche penal, como conductas criminales que son. En ningún caso, por tanto, se deberá partir de que estas conductas no son criminales, lo son y la respuesta frente a ellas debe partir de aquel reproche, aunque la sanción no sea la penal ordinaria que existe para las acciones criminales aisladas³.

Si tomamos como ejemplo la historia reciente del siglo XX y del siglo XXI, veremos que la sanción penal ordinaria, como único mecanismo de respuesta del Estado y de la Comunidad Internacional frente a crímenes masivos (genocidio, de guerra, contra la humanidad), no ha sido la regla general, sino todo lo contrario. Es así que el genocidio de más de dos millones de personas en Congo al inicio de siglo nunca se persiguió. Tampoco el genocidio del pueblo armenio en la primera guerra mundial en el que más de dos millones de armenios fueron eliminados y que aún hoy no se reconoce su existencia; o los crímenes de entre guerras en Rusia, con varios millones de víctimas y que continúan impunes son otro ejemplo al igual que las casi 200.000 víctimas a causa de la represión derivada de la guerra civil española, que siguen impunes; los millones de muertos, heridos, desaparecidos, de la segunda guerra mundial y por los que sólo respondieron unas decenas de responsables, los de máximo rango desde luego y algunos empresarios y responsables menores.

Se pueden seguir enunciando ejemplos como el genocidio del pueblo tibetano, que continua impune hasta el día de hoy o el autogenocidio de más de dos millones de camboyanos, por el que 30 años después ha comenzado a exigirse responsabilidad a solo unas decenas de responsables, a través de tribunales mixtos. En la misma línea estarían los casos de Timor Oriental, Sierra Leona o Uganda, entre otros. El genocidio maya de los años ochenta en Guatemala apenas comienza a producir respuestas.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sección V, Serie C No. 216. Nota de pie de página No. 316.

En Chile, la impunidad fue la regla y sólo recientemente se están exigiendo responsabilidades penales a los principales responsables de la represión. Brasil, en donde nunca se exigieron responsabilidades por la represión de la dictadura y que solo ahora, tras la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos de 14 de diciembre de 2010 en el caso Araguaia, ha sido anulada la ley de amnistía, Uruguay que ahora enfrenta la decisión de juzgar los crímenes de la dictadura tras haber sido anulada la ley de caducidad, Perú, con una respuesta penal y de reparación mixta tras las sentencias de los casos Barrios Altos y la Cantuta, entre otras, de la CIDH. Por último, Argentina, con igual limitación durante años y que solo a partir de 2003 inició la persecución, no de todos, sino de los más altos responsables. Es cierto que en estos casos la penalidad se ha exigido de acuerdo con la legislación ordinaria, pero 30 o más años después.

Los ejemplos podrían ser muchos más y mucho más próximos, como los casos de Bosnia Herzegovina, Kosovo, Afganistán, Irak, Sudan, Kenia y Libia, entre otros, pero quizás, por la incidencia que pueden tener fenómenos similares, deben destacarse aquellos que además del mecanismo de justicia penal, o en sustitución del mismo, han tratado de ofrecer una respuesta dentro de lo que podría denominarse justicia transicional a través de mecanismos de reparación como la Memoria Histórica, las denominadas Comisiones de la Verdad o de Reconciliación. En este contexto, se podrían citar los casos de El Salvador, Brasil, Sudáfrica, Guatemala, Argentina, Uganda, Sudáfrica, Sierra Leona, entre otros.

En esta realidad es en la que debe enmarcarse el intento del Estado Colombiano ante la criminalidad política violenta y masiva que afecta todo el país. Colombia hace poco más de 6 años, emprendió un camino hacia la paz, en medio de un arduo debate jurídico, conceptual y político, frente a la pertinencia o no de la aplicación de la justicia transicional. El Estado Colombiano no se caracteriza como otras transiciones en el mundo, por un colapso institucional, o un cambio de régimen, lo que pone en tela de juicio para algunos, la pertinencia en la aplicación de la justicia transicional.

Pese a la complejidad del concepto, a la fecha hay un consenso casi generalizado⁴ frente a la necesidad de adoptar medidas propias de la transición para alcanzar la paz, la reconciliación y el reconocimiento de las víctimas; Colombia pese a ser un Estado democrático, de instituciones sólidas y con marcada división de poderes, enfrenta aspectos críticos similares a los de un Estado que acaba de salir de un conflicto. La aplicación de la justicia transicional debe ser entendida entonces como la ruptura con el pasado y el tránsito de su sociedad hacia condiciones más justas e incluyentes.

Lo anterior implica una concepción integral de la justicia transicional que involucre al Estado en su conjunto. La transición de Colombia a la paz y el respeto a los derechos humanos va a depender del esfuerzo y compromiso ineludible, público y privado, del orden nacional y territorial con amplia participación de su sociedad.

⁴ La Corte Constitucional a través de su sentencia C 370 de 2006, determinó la pertinencia y constitucionalidad de implantar medidas de carácter transicional en el país. A su vez, instancias como el Ministerio Público, las altas Cortes, el Gobierno Nacional e Instituciones internacionales como las Naciones Unidas, vienen, no solo respaldando, sino apoyando el proceso.

Son varios los elementos que diferencian el proceso iniciado con la expedición de la Ley de Justicia y Paz, de los fallidos intentos de desmovilizaciones, desarmes y procesos parciales de paz en el pasado. En primer lugar se realiza en el marco de un proceso de justicia transicional donde las víctimas y sus derechos son los actores centrales del proceso, introduciéndose así, los conceptos de verdad, justicia y reparación integral. Las discusiones de dicha Ley, por primera vez traspasaron el ámbito legislativo y todas las ramas del Estado han interactuado en su desarrollo. Por último, el acompañamiento y apoyo de la comunidad internacional al proceso han sido determinantes en su implementación.

Sin embargo, instaurar un modelo de justicia transicional en contextos no propiamente de posconflicto implica la asunción de grandes riesgos que condicionan el éxito de las medidas planteadas. Es aquí donde juega un papel primordial la capacidad del Estado para garantizar los derechos de las víctimas que participen o no en los procesos judiciales, velar por su protección y por el acceso a las instancias creadas para esos efectos⁵.

El transcurso de los años ha demostrado que el mecanismo no ha sido suficiente para dar la respuesta que la complejidad del fenómeno exigía y la protección y reparación a las víctimas imponía. Ello amerita una solución urgente para que el intento no se quede en la total frustración de las víctimas y de la sociedad en general y no degenera en la quiebra del propio Estado de Derecho en un país que busca una solución permanente, desde el derecho, a una situación actual e incomparable con ningún otro país de características similares.

Aunado a lo anterior, existen obstáculos procesales, que han dilatado las etapas del proceso judicial de justicia y paz, lo que se traduce en escasas sentencias, debilidad en las garantías judiciales, y dificultades para hacer efectivos los derechos de las víctimas. Si bien el proceso judicial es de carácter especial, su desarrollo no se compadece con lo transicional que deben significar sus medidas. En menos de 2 años, se cumple el término máximo de pena alternativa para aquellos desmovilizados que se postularon a justicia y paz; lo anterior aunado a una serie de dificultades acaecidas por la declaratoria de inconstitucionalidad del principio de oportunidad, la interpretación judicial del concierto para delinquir como delito de lesa humanidad, la no existencia de un marco legal propicio para nuevas desmovilizaciones, entre otras, amenazan con llevar al fracaso el proceso iniciado en el país.

Al respecto la Corte Interamericana en el caso de la Rochela contra Colombia resalta que pese a los avances para el esclarecimiento de la verdad en el marco de las investigaciones de justicia y paz, los términos de investigación han sido prolongados y

⁵ Si bien, según cifras oficiales, un balance de ley denota avances en la garantía a los derechos de la verdad, justicia y reparación, (338.410 víctimas reportadas; 4.034 cadáveres encontrados; la compulsión de 9.635 procesos a la vía ordinaria en investigaciones, que involucran a más de 442 políticos; 417 casos de miembros de la fuerza pública y 161 casos de servidores públicos y más de 25.000 víctimas indemnizadas solidariamente por vía administrativa), no existe consenso sobre la benevolencia del proceso. El debate político se ha agudizado y se caracteriza por el amplio desconocimiento, improvisación, y consolidación de conceptos en torno a cómo debe ser asumido por el Estado.

no cobijan todas las violaciones cometidas ni todos los involucrados⁶. A la mayoría de las investigaciones se suman términos prolongados en la justicia ordinaria que se traducen en denegación de justicia y por lo tanto, de garantía del derecho a la verdad.

En estos mismos términos y refiriéndose a la eventual aplicación del principio de oportunidad en el marco de la Ley 1312 de 2009 la Corte sostuvo que “..(...) ya ha constatado que este tipo de disposiciones normativas puede ser insuficiente si no se da en forma concomitante una verificación rigurosa por parte de las autoridades encargadas de las investigaciones, o del Ministerio Público, de tales aseveraciones (...)”⁷

La opción de no hacer nada y dejar que las cosas se desarrollen por sí mismas es la peor de las soluciones. El Estado, tiene la obligación ineludible de proteger a sus ciudadanos y encontrar las vías que mejor consigan esa finalidad en un marco de acción legal y garantista. Ese desafío es el que se debe afrontar, en este ámbito, con la decisión necesaria, pero a la vez prudente y respetuosa con el Estado de Derecho, para salir del impase en el que se encuentra el proceso. No es suficiente con la crítica, necesaria en todo caso, sino que se precisan aportes para resolver un fenómeno al cual las estructuras ordinarias para combatir la criminalidad, no pueden hacer frente, a no ser que se acepte el hecho “inevitable” de que tenemos que convivir con la acción sistemática de la criminalidad masiva.

El proceso asumido por Colombia, no se agota en la Ley 975 de 2005 y por el contrario se ha fortalecido a través de posteriores y amplias disposiciones legales, que buscan hacer mayor énfasis en la garantía de los derechos a la verdad, justicia y reparación integral de las víctimas en Colombia. A la fecha existen varias iniciativas legislativas que propenden por establecer mecanismos de justicia transicional para avanzar en el logro de la Paz y la reconciliación, modificar la ley 975 de 2005, al mismo tiempo que se han expedido normas como la denominada de desmovilizados (Ley 1424 de 2010) y la Ley de Víctimas (Ley 1448 de 2011). Varias de estas normas están siendo revisadas constitucionalmente y otras en trámite de reglamentación.

Es así que uno de los grandes retos que asume el Estado es lograr avanzar en la aplicación de medidas de forma coordinada e integral, en clave de derechos para sus víctimas.

Al respecto es importante resaltar lo dicho por la Corte Constitucional en su sentencia de 13 de octubre de 2011 en la que declara la exequibilidad de la Ley 1424. El comunicado emitido por el presidente de la Corte afirma que la justicia transicional “se trata de un sistema o tipo de justicia de características particulares, que aspira a superar una situación de conflicto o postconflicto, haciendo efectivos en el mayor nivel posible, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas frente a un pasado de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, teniendo como

⁶ Aparte 190 Sentencia de fondo, reparaciones y costas de la Rochela vs. Colombia del 28 de enero de 2008. Corte Interamericana de Derechos Humanos

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sección V, Serie C No. 216. Nota de pie de página No. 316.

límite la medida de lo que resulte conducente al logro y mantenimiento de la paz social. En este sentido, la justicia transicional se ocupa de procesos mediante los cuales se realizan transformaciones radicales a una sociedad que atraviesa por un conflicto o postconflicto, que plantean grandes dilemas originados en la compleja lucha por lograr un equilibrio entre la paz y la justicia”.

“El propósito fundamental, según dice el comunicado, es el de impedir que hechos acaecidos en el marco de un conflicto vuelvan a ocurrir, motivo por el cual su función se concentra en el conocimiento de la verdad y en la reparación, buscando así dar respuesta a los problemas asociados a un conjunto de abusos en contra de los derechos humanos, en un contexto democrático y aplicando medidas de naturaleza judicial o no judicial, a los responsables de los crímenes”. Y añade, “...la implantación de mecanismos propios de la justicia transicional es una alternativa válida dentro del marco constitucional, cuando concurren especiales circunstancias que justifican la adopción excepcional de este tipo de medidas. En torno de la trascendencia y alcance de la paz como valor constitucional, como derecho y deber ciudadano y como criterio que justifica la existencia de instituciones de justicia transicional, esta Corporación expuso extensas reflexiones en la sentencia C-370 de 2006, mediante la cual se decidió sobre la constitucionalidad de distintas disposiciones de la Ley 975 de 2005, usualmente conocida como Ley de Justicia y Paz, la cual podría ser considerada como una norma de justicia transicional”.

En este contexto, y aceptando que la propia catalogación de la situación como de justicia transicional es discutible, es en el que, desde la objetividad, se trata de aportar un análisis de la realidad y ofrecer unas recomendaciones, para superar las dificultades que han surgido de la aplicación de la Ley.

Durante 7 años, la Misión viene adelantando seguimiento y apoyo al esfuerzo iniciado por el Estado colombiano, permitiéndole una visión integral con un enfoque multidimensional y en terreno. El presente informe busca recomendar salidas y dar un impulso determinante al proceso, que le permita a Colombia alcanzar la paz y la reconciliación tan anheladas.

En la elaboración del presente informe se ha consultado un amplio número de entidades, públicas, privadas, se ha tenido en cuenta la opinión de expertos, de organizaciones de la sociedad civil, de jueces ordinarios y de la jurisdicción especial, de la Fiscalía General de la Nación, de la Procuraduría General de la Nación, de la Defensoría del Pueblo; de las víctimas; de los victimarios; de las Cortes; de Organizaciones Internacionales; y de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Se ha trabajado con Instituciones del Estado, con el Gobierno Nacional, con grupos políticos, con parlamentarios, con la universidad; con comunidades indígenas y afrocolombianas y con organizaciones de mujeres. Así mismo se han tenido en cuenta las propuestas y recomendaciones de otras organizaciones de derechos humanos y en la medida de lo posible, se han incorporado sus recomendaciones, constando en todo caso sus opiniones para consolidar el documento. Es así que un número cercano a 60 entidades y organizaciones han sido consultadas, y los datos recabados de todos y cada uno de los centros oficiales y de la sociedad civil en los que se podía obtener la información necesaria para hacer este trabajo, se han valorado.

Una primera parte del presente informe se dedica a evaluar el proceso penal especial de justicia y paz y sus etapas, identificando tropiezos y dificultades que afecten la eficacia en su desarrollo. De dicho análisis surgen recomendaciones puntuales que permitirían la superación de obstáculos, al mismo tiempo que herramientas para su aplicación. No se trata solo de acciones en aras de agilizar el proceso penal, sino que propendan por la garantía de los derechos de las víctimas en todas las etapas procesales.

Cobran especial relevancia las medidas tendientes reestructurar las etapas previstas en el proceso penal, con un claro enfoque de justicia transicional, dentro de las que se encuentran recomendaciones puntuales en materia de celeridad y criterios de selección y priorización, superación de problemas técnicos que afectan las versiones libres y el incidente de reparación.

Una segunda parte del informe se dedica a problemas transversales que dificultan el proceso transicional en su conjunto, tales como la temporalidad de la Ley de justicia y paz, el tratamiento del delito político, las relaciones entre justicia ordinaria y el proceso especial, al igual que las extradiciones.

Por último, a través de un acápite de recomendaciones, puntualizar todas aquellas medidas que prestan mayor relevancia para avanzar en el desarrollo de la justicia transicional en Colombia.

La Mapp OEA, con el presente informe, reitera el apoyo al proceso de paz en Colombia y al esfuerzo adelantado por el Estado y su sociedad para garantizar los derechos de sus víctimas. Con ello pretende contribuir en ese tránsito que emprendió el país para lograr la paz, la reconciliación y el reconocimiento de sus víctimas.

Baltasar Garzón Real, Bogotá, D.C. Octubre de 2011

PRIMERA PARTE: Consideraciones acerca de las etapas del proceso penal especial de Justicia y Paz

Capítulo I Desmovilización y postulación

Previo al desarrollo judicial del proceso de Justicia y Paz existe una fase administrativa compuesta por la desmovilización y la postulación. Esta primera fase está a cargo del Alto Comisionado para la Paz, el Ministerio de Defensa y el Ministerio de Justicia y del Derecho⁸ y tiene que ver con las desmovilizaciones colectivas o individuales⁹ de los miembros de Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley (GAOML), que manifiestan de manera voluntaria y expresa que desean acogerse a los beneficios de la ley, estén o no privados de la libertad y siempre que declaren su voluntad de desmovilizarse y suministrar información, que sea de ayuda para dismantelar estos grupos armados con miras a poder acceder a los beneficios cuando se reintegren a la vida civil.

1. La Desmovilización

a) Desmovilización colectiva

En el mes de octubre de 2002, los grupos de autodefensas manifestaron su disposición para declarar un cese de hostilidades y alto al fuego, a fin de iniciar un proceso de paz. Por tal motivo, la Oficina del Alto Comisionado para la Paz (OACP) adelantó los primeros contactos con dichos grupos en reuniones que tuvieron lugar durante el mes de noviembre de 2002. El proceso comenzó con la declaratoria de un cese unilateral de hostilidades por parte de las Autodefensas, cumpliendo así el requisito del Gobierno Nacional para el inicio de conversaciones.

Como respuesta a este gesto, el 23 de diciembre de ese mismo año el Gobierno Nacional designó una Comisión Exploratoria de Paz, con la tarea de realizar contactos con los grupos de Autodefensas que habían declarado públicamente un cese de hostilidades y expresado la voluntad de iniciar acercamientos para adelantar un proceso de paz. Apoyándose en la Ley 782 de 2002, el Gobierno Nacional expidió la Resolución N. 185 de 23 de diciembre de 2002, por la que se constituía dicha Comisión.

⁸ Anteriormente Ministerio del Interior y de Justicia

⁹ La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un grupo armado ilegal ante cualquier autoridad militar, policial, judicial, defensoría o procuraduría en la que manifiesta de manera voluntaria y expresa que desea acogerse a los beneficios de la Ley 975 de 2005. El Ministerio de Defensa a través del Comité Operativo para la Dejación de Armas –coda– acredita con una certificación la calidad de desmovilizado individual. Mientras que corresponde al Programa de Atención Humanitaria al Desmovilizado (pahd) del Ministerio de Defensa certificar, respecto de las personas desmovilizadas en forma individual y que hubieren sido postuladas por el Gobierno Nacional como beneficiarios de la Ley 975 de 2005, sobre la entrega de información o colaboración relacionada con el dismantelamiento del grupo al que pertenecían, de que trata el numeral 11.1 del artículo 11 de la misma ley. Cfr. Ministerio del Interior y de Justicia, Decreto 423 de 2007, art. 2. °

La labor de informar sobre los desarrollos y avances del proceso quedó en manos del Alto Comisionado para la Paz¹⁰.

Al momento de iniciar los diálogos con las Autodefensas en las primeras semanas de 2003, el Alto Comisionado para la Paz y la Comisión Exploratoria debieron atender 4 mesas de diálogo paralelas. Una con las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), otras dos con el Bloque Central Bolívar (BCB y la Alianza Oriente, y una cuarta con las Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio -ACMM-, que se negaron a compartir mesa con las anteriores¹¹.

Los días 14 y 15 de julio en Tierralta (Córdoba), el Alto Comisionado para la Paz, los miembros de la Comisión Exploratoria y delegados de la Iglesia Católica, se reunieron con los representantes de las Autodefensas Unidas de Colombia, suscribiendo el 15 de julio el *Acuerdo de Santa Fe Ralito para contribuir a la paz de Colombia*. Gobierno Nacional y AUC acordaron “dar inicio a una etapa de negociación”. Por su parte el Gobierno Nacional se comprometió a adelantar las acciones necesarias para reincorporarlos a la vida civil. Para el cumplimiento de este propósito, las AUC se comprometieron a “desmovilizar a la totalidad de sus miembros” antes del 31 de diciembre de 2005, en un proceso gradual que comenzó con la desmovilización el 25 de noviembre de 2003 del Bloque Cacique Nutibara en el municipio de La Ceja (Antioquia).

La desmovilización de los grupos de autodefensas se produjo en cuatro periodos:

El primer periodo se desarrolló en el año 2003 y en el mismo se desmovilizó el Bloque Cacique Nutibara con influencia en el Área Metropolitana de Medellín y el Grupo conocido como Autodefensas Campesinas de Ortega que respondía a unas características muy diferenciadas por su accionar en todas las estructuras que se confederaron como Autodefensas Unidas de Colombia.

El segundo periodo de desmovilizaciones se produjo entre finales de 2004 y febrero de 2005. En este lapso se producen 8 desmovilizaciones, destacándose la entrega de armas de estructuras de carácter local y regional con influencia en regiones específicas como el Urabá Antioqueño, el sur del departamento del Magdalena, Cundinamarca, Suroeste de Antioquia, la Mojana Sucreña y los Montes de María (departamentos de Sucre y Bolívar). Se destaca que en este tiempo se produce la desmovilización de los bloques que actuaban bajo el mando de Salvatore Mancuso, el Bloque Catatumbo con influencia en el departamento Norte de Santander y las Autodefensas de Córdoba en el departamento de Córdoba. Estas desmovilizaciones se produjeron entre diciembre de 2004 y enero de 2005.

10 Dicha Comisión estaba conformada por Eduardo León Espinosa Faccio-Lince, Ricardo Avellaneda Cortés, Carlos Franco Echevarría, Jorge Ignacio Castaño Giraldo, Gilberto Alzate Ronga y Juan B. Pérez Rubiano

11 Con las ACCU se realizó una primera reunión el 22 de enero de 2003, después de la cual el Bloque Elmer Cárdenas se retiró de la mesa. Por tal motivo, y para impedir nuevas deserciones, los jefes de las autodefensas que participaban en la mesa de diálogo firmaron un Acta de Compromiso el 13 de febrero de 2003 que los obligaba a mantenerse en el proceso.

El tercer periodo comenzó en junio de 2005 con la desmovilización del Bloque Héroes de Tolová, cuyo principal comandante fue Diego Fernando Murillo Bejarano alias “Don Berna”. En esta fase del proceso, además de esta estructura se desmovilizaron otras donde Murillo era comandante, tales como el Bloque Héroes de Granada en el departamento de Antioquia y el Bloque Pacífico en Chocó. Con contadas excepciones, hasta ese momento se habían desmovilizado las estructuras más pequeñas o con menos capacidad bélica dentro de las estructuras de las Autodefensas.

En diciembre de 2005, fecha que se había fijado como límite para la desmovilización, los bloques más importantes de las AUC, se mantenían en armas en diferentes regiones del país.

El cuarto y definitivo periodo se inició a finales de 2005, hasta su culminación en agosto de 2006 con el Bloque Elmer Cárdenas al mando de Fredy Rendón Herrera alias “El Alemán”. En esta fase final de las desmovilizaciones se destaca la del Bloque Norte que desmovilizó un número cercano a los 5 mil combatientes.

En total se produjeron 38 actos de desmovilización de las diferentes estructuras de los grupos de Autodefensa al final de las cuales el Gobierno Nacional anunció que el proceso había terminado cerrándose políticamente la desmovilización de carácter colectivo por parte de dichos grupos.

Tres estructuras de autodefensas no participaron en las desmovilizaciones colectivas, éstas fueron las Autodefensas Campesinas de Casanare (ACC), el Frente Cacique Pipintá y el Frente Contrainsurgencia Wayúu adscrito al Bloque Norte.

b) Desmovilización individual

De acuerdo con la Procuraduría General de la Nación (PGN), desde el año 2005 la desmovilización individual recobró plenamente el sentido estratégico que había tenido desde su creación, es decir, una estrategia política militar dirigida al debilitamiento de los grupos armados ilegales¹². Con el Decreto 1385 de 1994 (modificado por el Decreto 128 de 2003) se estableció la posibilidad de deponer armas en forma individual, a la vez que se creó el Comité Operativo para la Dejación de Armas (CODA), como organismo que se encargaría de la verificación de la pertenencia así como la voluntad del abandono de la actividad violenta del grupo armado ilegal. Por su parte la Ley 418 de 1997¹³ establece las normas básicas en cuanto a ayuda humanitaria e incentivos económicos.

El Decreto 1059 de 2008 también reglamentó la Ley 418 de 1997 y estableció que los miembros de los grupos guerrilleros que se encuentren privados de la libertad pueden desmovilizarse de manera individual siempre y cuando estén privados de la libertad antes del 4 de abril de 2008. Posteriormente, el Decreto 4619 de 2010 establece como fecha límite para tales desmovilizaciones el 13 de marzo de 2011 habiéndose cerrado

¹² Procuraduría General de la Nación (2011). *La Justicia Transicional en Colombia: Un proceso en construcción*. Bogotá DC

¹³ Prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1998, Ley 782 de 2002 y Ley 1106 de 2006

cualquier posibilidad de desmovilización para guerrilleros privados de la libertad. Es decir, en la actualidad los únicos que pueden desmovilizarse son los miembros de guerrilla que se encuentren en libertad.

En este punto, es preciso poner de manifiesto que la política de desmovilización que se siguió una vez entró en vigor la Ley 975 de 2005, determinó que grupos que se desmovilizaron después del 25 de julio de 2005, fueran aceptados por el Gobierno Nacional, con las dudas que ello generaba a la vista de la vigencia de la misma que excluía la aplicación de los beneficios de la Ley a quienes se hubieren desmovilizado después de esta fecha. Casos como los del Ejército Revolucionario Guevarista (ERG) en el que incluso se les garantizó por escrito la aplicación de la Ley de Justicia y Paz¹⁴, resultan poco acordes con la seguridad jurídica que debe presidir un acto de tanta trascendencia como la desmovilización e incorporación al sistema de justicia transicional, hasta el punto de que hoy día, habiendo sido postulados y versionando en el marco del proceso, difícilmente pueden aspirar a los beneficios que establece dicha Ley por los delitos cometidos con posterioridad al 25 de julio de 2005.

Trámite y bonificación económica

De acuerdo con la legislación citada, una vez que el miembro del grupo armado decide desmovilizarse, debe presentarse ante jueces, fiscales, autoridades militares o de policía, representantes del Procurador, representantes del Defensor del Pueblo o autoridades territoriales; quienes informarán inmediatamente a la Fiscalía General de la Nación (FGN) y a la guarnición militar más cercana al lugar de la entrega. Una vez recibido el desmovilizado por parte del Ministerio de Defensa Nacional, éste deberá dar aviso de tal circunstancia a la Alta Consejería Presidencial para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas (ACR) en el término de tres (3) días hábiles y procederá a entregarlo en un término no mayor a quince (15) días calendario adicionales¹⁵. La protocolización de la desmovilización se realiza a través de la firma de un acta de desmovilización individual donde se lleva a cabo una entrevista durante los días que permanece en la guarnición militar.

Si bien existe un deber de colaborar por parte de la persona que depone las armas, lo cierto es que en todo este proceso previo no existen las garantías suficientes de los derechos fundamentales del futuro desmovilizado, ante la ausencia de intervención de un representante legal de éste. Así mismo, existe la sensación de que la colaboración está supeditada a la consecución de resultados operacionales en el orden militar que se traducen básicamente en bajas o capturas de miembros del grupo ilegal al que pertenecía la persona que depone las armas. La entrevista ante el Ministerio de Defensa debe ceñirse a los fines de verificar únicamente la pertenencia del desmovilizado a un grupo armado ilegal y aquella información que conduzca al desmantelamiento del grupo al que pertenece.

¹⁴ Acta de desmovilización suscrita por los Miembros Representantes del ERG y el Alto Comisionado para la Paz. Vereda Alto Guaduas de Carmen de Atrato, 22 de agosto de 2008.

¹⁵ Decreto 128 de 2003 Artículos 3 y 4.

Este hecho se ve agravado ante la posibilidad de recibir bonificación económica por colaboración eficaz, de acuerdo con el Decreto 2767 de 2004 que reglamenta la Ley 418 de 1997 y que establece los beneficios económicos por colaboración eficaz para los desmovilizados que aporten:

- información conducente a evitar o esclarecer delitos¹⁶
- material de guerra, intendencia, comunicaciones o cualquier otro elemento que facilite a los grupos armados al margen de la ley el desarrollo de actividades ilícitas, así como sustancias o drogas estupefacientes y los insumos y la maquinaria para su elaboración¹⁷
- desarrolle actividades de cooperación para la Fuerza Pública¹⁸

Estas bonificaciones económicas desdican el carácter de voluntariedad que debe tener la decisión de desmovilizarse y pueden llevar a la generación de falsos aportes en materia de información más allá de que estos sean verificables.

Al respecto la Procuraduría General de la Nación ha expresado su preocupación ante dichas bonificaciones que ponen en peligro la vida del desmovilizado: “la muerte de excombatientes en operaciones de apoyo a la Fuerza Pública, evidencia una falla en el deber de protección que adquiere el Estado con esta población que voluntariamente ha decidido deponer las armas. En términos del Derecho Internacional Humanitario, este tipo de colaboración implica ventajas militares y por lo tanto es de esperarse una reacción del contrario para poner fuera de combate a quienes intervienen en esas operaciones. Si bien el desmovilizado que acepta esta colaboración vuelve a hacer parte de las hostilidades, esta vez al lado de la Fuerza Pública, la promoción de esta clase de actividades va en contravía del sentido mismo de los procesos de desmovilización, que busca alejar a los miembros de la grupos armados ilegales, de la lógica de la guerra.”¹⁹

Cabe resaltar que la persona que intenta desmovilizarse, en ningún momento está asistido por un defensor que lo asesore y defienda. Algunas declaraciones pueden llevar a que se involucre a terceros. Por ello, es importante dotar a esta etapa de todas las garantías necesarias y que se deroguen todas las disposiciones que establezcan bonificaciones por colaboración. La persona que sale de un grupo armado debe tener la voluntad de colaboración sin supeditarla a la certificación y menos a una bonificación económica.

Para darle mayor seguridad a esta etapa se sugiere que todos los documentos, entrega de implementos militares y avituallamiento gocen de un estricto control de la cadena de custodia. El material de guerra debe ubicarse en lugares con capacidad de alojamiento y gestión técnica de los depósitos. Por último, las actuaciones llevadas a

¹⁶ Decreto 2767 de 2004 Artículo. 2

¹⁷ *Ibíd.* Art. 3

¹⁸ *Ibíd.* Art. 4

¹⁹ Procuraduría General de la Nación (2006) *Control Preventivo y Seguimiento a las Políticas Públicas en materia de Reinserción y Desmovilización* Procuraduría General de la Nación.

cabo en esta etapa deben ser puestas en conocimiento de las autoridades judiciales correspondientes.

Finalmente, en lo que se refiere a la desvinculación de niños, niñas y adolescentes, los preceptos del Decreto 128 de 2008 se han estado cumpliendo parcialmente. A través de este Decreto, se establecen las fases de desmovilización dotando de competencias al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) respecto a la atención especial a niños, niñas y adolescentes desvinculados del conflicto armado.

La autoridad militar, policial o civil que recibe inicialmente al niño, niña o adolescente que abandona un grupo armado ilegal dispone de un plazo de 36 horas para remitirlo al ICBF²⁰. En ningún caso un niño, niña o adolescente que se entregue o es capturado en una acción de combate ante la Fuerza Pública, podrá ser objeto de entrevista con el objetivo de obtener información para llevar a cabo acciones militares contra el grupo armado ilegal de que se trate. Asimismo, bajo ninguna circunstancia podrá ser traslado a terreno para corroborar datos inicialmente facilitados por el desvinculado.

2. La Postulación

La postulación consiste en el acto por medio del cual el Gobierno Nacional certifica, previa solicitud formal, que un desmovilizado puede obtener los beneficios de la Ley 975 de 2005, una vez cumpla las obligaciones previstas en dicha norma. El proceso de postulación difiere de acuerdo a la naturaleza de la desmovilización, es decir, si ésta fue colectiva o individual.

La solicitud de postulación de desmovilizados colectivos está regida por el Decreto 4760 de 2005 que establece que es la Oficina del Alto Comisionado para la Paz (OACP) la que ha de enviar las listas al Ministerio del Interior y de Justicia, quien después de revisar los requisitos legales, remite dichas listas a la Fiscalía General de la Nación. Es así, que en agosto de 2006 la OACP consolidó una lista de 2.694 desmovilizados postulados a Justicia y Paz²¹. Hoy en día, ante la creación de la Alta Consejería Presidencial para la Seguridad Nacional, estas funciones de la OACP pasaron a la nueva institución.

En el caso de algunas desmovilizaciones, los miembros representantes habían circulado listas para que los ex combatientes expresaran su voluntad. En las desmovilizaciones del Bloque Norte y Frente Resistencia Tayrona, a pesar de haberse dado sensibilizaciones con respecto a la naturaleza del proceso de Justicia y Paz, 625 integrantes del Bloque Norte se postularon y 455 del Frente Resistencia Tayrona²², la mayoría de estos desmovilizados argumentaban que se postularon o por órdenes del comandante o “por si acaso”.

²⁰ Decreto 128 de 2003 Capítulo V “Protección y atención de los menores de edad

²¹ Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz oficio 92226 y 92228 de 29 de julio de 2011 dirigido a la Mapp OEA

²² Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz oficio 92226 y 92228 de 29 de julio de 2011 dirigido a la Mapp OEA

En este sentido, algunos despachos judiciales de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz (UNFJYP) adelantaron versiones libres en las cuales los postulados no se ratificaban en el proceso, ya que no habrían cometido crímenes de lesa humanidad o delitos atroces. Muchas de estas sesiones de versión libre fueron adelantadas durante el 2007 en la ciudad de Barranquilla (Atlántico) donde inclusive la Fiscalía General de la Nación facilitaba el traslado de postulados en buses con el fin de adelantar varias versiones en un día. Finalmente 1.375 postulados no se ratificaron²³. En algunos casos, después de la no ratificación, éstos fueron investigados y algunos como Raúl Prada Lemos²⁴, del Frente Héctor Julio Peinado, solicitaron nueva postulación al Alto Comisionado para la Paz con la negativa correspondiente.

Para aquellos desmovilizados individuales el proceso se realiza con la verificación de la real pertenencia a un Grupo Armado ilegal por parte del Comité Operativo de Dejeción de Armas y certificación del Programa de Atención Humanitaria al desmovilizado (PAHD) del Ministerio de Defensa. Estos procedimientos están establecidos a través del Decreto 128 de 2003.

a) La Discrecionalidad

Algunos desmovilizados colectivos no se postularon inicialmente y lo solicitaron con posterioridad, muchos de ellos se encontraban presos al momento de la desmovilización. En estos caso, el Decreto 3391 de 2006 establece que la Oficina del Alto Comisionado para la Paz recibe la solicitud y procede a una valoración, para posteriormente remitirla al hoy Ministerio de Justicia y del Derecho. Sin embargo, no existe norma alguna que determine cuáles serán los criterios a utilizar para dicho razonamiento discrecional, ni que establezca un plazo para postularse o para el Estado un plazo para responder a dichas solicitudes.

Algunos desmovilizados solicitaron su postulación en el año 2006, las cuales fueron atendidas más de tres años después. Tal es el caso de Elkin Casarrubia, ex comandante del Bloque Calima, cuya postulación fue oficializada a finales de 2009 y su primera versión libre tuvo lugar en el año 2010. Caso similar ocurre con Edgar Córdoba Trujillo, ex comandante militar del Bloque Norte, quien hasta la fecha no ha sido informado si su postulación fue aceptada a pesar de haberla solicitado en el año 2009.

Por otro lado, existen algunas postulaciones que se tramitaron rápidamente, tales como la de Álvaro Sepúlveda Quintero alias “Cesar”, ex comandante militar de Puerto Boyacá (Boyacá), o la de Arnolfo Santamaría alias “Pipas”, ex comandante del Bloque Sur del Putumayo, quien solicitó postulación después de haber sido capturado el 17 de febrero de 2010 y cuya primera versión libre se realizó en noviembre de dicho año.

La experiencia ha demostrado que la postulación como trámite administrativo debe quedar en manos de autoridades judiciales. Es la Fiscalía General de la Nación la que

²³ Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz oficio 92226 y 92228 de 29 de julio de 2011 dirigido a la Mapp OEA

²⁴ El 24 de septiembre de 2007, Raúl Prada fue citado a versión libre, en dicha diligencia no se ratificó y en la actualidad existen dos órdenes de captura en su contra por homicidio.

debería asumir, no sólo la investigación en sí misma, sino la selección de los desmovilizados que quedarán sometidos al proceso especial.

Esta asimilación de competencias para la determinación o selección de los desmovilizados que ingresen en el procedimiento va acorde con el hecho de que los instigadores y financiadores de los grupos armados ilegales, que, como es sabido y ha sido constatado judicialmente, a nivel nacional e internacional, contribuyeron a la creación, consolidación, desarrollo, aprovechamiento y obtención de beneficios por los mismos; puedan ser también seleccionados si cumplen los requisitos que marque la ley, con el fin de ofrecer una amplia y más rigurosa panorámica del fenómeno criminal que se trata de extinguir y también una mayor y definitiva construcción de la verdad y obtener una total reparación integral de las víctimas.

Sin perjuicio de que estas figuras sean definidas en la ley, se podría entender por instigador: aquella persona que en forma voluntaria y consciente y de una manera clara, en forma pública o privada, hubiese propiciado o incitado a la formación de un grupo armado organizado al margen de la ley o cualesquiera de sus operaciones criminales, relacionadas con la comisión de crímenes internacionales, mediante actos inequívocos que hubieren conducido a tal fin.

Por su parte, los financiadores serán aquellas personas que voluntariamente, de forma directa o indirecta, suministraron, recolectaron, entregaron, recibieron, administraron, aportaron, custodiaron, guardaron, realizaron, vendieron, invirtieron y cooperaron; incluidas las personas jurídicas que valiéndose de sus estructuras societarias suministraron fondos, bienes o recursos, o realizaron cualquier otro acto voluntario que promovió, organizó, apoyó, mantuvo, financió o sostuvo económicamente a uno o varios grupos armados organizados al margen de la ley, facciones, bloques o frentes de los mismos, o a sus integrantes, o cualquiera de sus operaciones. También lo serán los que hubieren prestado su ayuda para el blanqueo, reciclaje y reinversión en el circuito lícito de todos aquellos bienes, fondos, depósitos, inversiones, y específicamente las entidades económico financieras y bancarias, todo ello con origen o fuente delictiva.

b) La Desnaturalización

En el marco actual, la voluntariedad de participar en un proceso de Justicia Transicional desnaturaliza el propio proceso, por cuanto al no tener término muchos desmovilizados solicitan la postulación a Justicia y Paz sólo cuando son incriminados dentro de algún proceso. En casos como el de Eder Pedraza Peña, miembro representante del Bloque Mojana, el postulado negoció su entrega a la justicia condicionándola a su postulación. En esta ocasión, la Fiscalía General de la Nación coadyuvó la postulación de alias “Mojana” quien, sin embargo, fue capturado antes de dicha postulación por agentes de la Fuerza Pública. Pedraza fue extraditado a Estados Unidos poco después, en octubre de 2011.

Debido a que los/las fiscales pueden coadyuvar a través de la Jefatura de la UNFJYP²⁵ a la postulación de un desmovilizado, esta posibilidad se está convirtiendo en una especie de canal de colaboración controlada por los postulados que, después de varios años de implementación de la Ley de Justicia y Paz, deciden postularse al verse involucrados en hechos que pueden generar mayores penas privativas de libertad, en la justicia penal ordinaria.

Esta situación exige, por una parte que el procedimiento no sea voluntario y por otra que, con el fin de no desnaturalizar el proceso, la postulación o selección se produzca en un tiempo determinado, sin posibilidad de utilización interesada del mecanismo por ninguna de las partes. Cualquier otra colaboración, debería regirse por las normas del procedimiento ordinario y producir sus efectos, en caso de que procedan, en el ámbito correspondiente, pero no en el de Justicia y Paz. Al respecto, es de interés recordar casos como el de Elkin Casarrubia que antes de su postulación acompañó diligencias de la Subunidad de Exhumaciones de Justicia y Paz en el Valle del Cauca.

Otro ejemplo es el de 14 integrantes de las Autodefensas Campesinas del Casanare, grupo ilegal que nunca se desmovilizó y que ofreció revelar la ubicación de fosas comunes a cambio de obtener la correspondiente postulación. La Fiscalía aceptó esa posibilidad y, con ocasión de la práctica de la versión libre de Reynaldo Cárdenas alias “Coplero”, ex integrante de las ACC, desmovilizado en el Bloque Centauros, se les reclamó la información la cual facilitaron en presencia de las víctimas, sin que finalmente fueran postulados ante la imposibilidad de tomar esa medida dada la ausencia de desmovilización.

La correcta interpretación de las normas del procedimiento de Justicia y Paz impide que este tipo de casos se produzca, y su práctica aconseja que se tomen las medidas necesarias para evitar casos similares que, en todo caso, deberían resolverse en la jurisdicción ordinaria.

Hasta la fecha, en la denominada fase administrativa no se cumplen ningún tipo de garantías a la hora de obtener la información sobre las personas desmovilizadas por lo que, en aras a una mayor pureza del procedimiento especial al que se refiere la ley de Justicia y Paz, sería altamente aconsejable que se implementaran las correspondientes medidas para garantizar la asistencia de un defensor, asistencia médica forense, identificación del lugar a la familia desde el primer momento, cadena custodia de los objetos, instrumentos y otros datos obtenidos para su posterior utilización.

Así mismo, la postulación, se ha revelado como un trámite innecesario que debe ser sustituido por una selección a realizar por la Fiscalía General de la Nación, órgano judicial que tiene las competencias para determinar, con criterios racionales quienes deben, y quienes no, estar en el proceso. De esta forma se eliminaría la sospecha latente en todo el proceso sobre la posible arbitrariedad de la autoridad

²⁵ Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Memorando No. 02 de 9 de Febrero de 2010. “Trámite ante la Jefatura de la Unidad para solicitud de postulación de los miembros armados al margen de la ley”

administrativa, que debe limitarse a aportar los elementos necesarios para la valoración y decisión de la mencionada Fiscalía.

Capítulo II

Versión libre y confesión

El proceso penal especial de Justicia y Paz, tal y como está actualmente configurado, comienza con la diligencia de versión libre de aquellas personas que se han desmovilizado y que, a su vez, han sido postuladas por el Gobierno Nacional a los trámites y beneficios contenidos en la Ley 975 de 2005 y su reglamentación.²⁶ Esta diligencia, que se realiza ante un/una fiscal delegado(a) de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, tiene como objetivo que el versionado 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 (GAOML). Por tanto, aunque la versión libre es espontánea y voluntaria, la confesión de los hechos debe ser completa, veraz y verificada por el/la fiscal.

De cómo se lleven en la práctica este tipo de diligencias, dependen las etapas procesales subsiguientes, así como la contribución que desde el sistema penal se puede hacer a la construcción de la verdad como derecho de las víctimas.²⁷

1. Marco jurídico de la diligencia de versión libre

La diligencia de versión libre está prevista en el artículo 17 de la Ley 975 de 2005, en virtud del cual se establece que los miembros del GAOML, 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 Ley 975 de 2005, rendirán versión libre ante el/la fiscal delegado(a) asignado(a) para el proceso de desmovilización, quien los interrogará sobre todos los hechos de los cuales tenga conocimiento.²⁸ La norma en referencia también dispone que, en presencia de su defensor, el versionado deberá manifestar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de 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 Ley 975 de 2005.²⁹

La diligencia de versión libre está reglamentada en el Decreto 4760 de 2005. Así, el artículo 4 del mismo, para citar un caso, establece ciertas actuaciones que debe realizar el/la fiscal con anterioridad a la recepción de la versión libre, como es el hecho

²⁶ Algunos estudios que profundizan en el desarrollo de la diligencia de versión libre, son los siguientes: Kai Ambos, *Procedimiento de la Ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional*, GTZ, Bogotá, 2010, pp. 73-90; Álvaro Vargas et al., *Manual de procedimiento para Ley de Justicia y paz*, GTZ, Bogotá, 2009, pp. 234-237; un estudio detallado y comprehensivo del proceso: Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, Alejandro Aponte Cardona (Área de Justicia), *El proceso penal especial de Justicia y Paz: Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, Monográfico nº 2, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, 2011, pp. 86-136.

²⁷ En este sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado: “La diligencia de versión libre constituye el escenario propicio para iniciar el proceso de construcción de la verdad”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 32022, 21 de septiembre de 2009. M.P: Sigifredo Espinosa Pérez.

²⁸ Artículo 17 de la Ley 975 de 2005.

²⁹ Artículo 17 de la Ley 975 de 2005.

de desplegar las actividades tendientes a la averiguación de la verdad material, la determinación de los autores intelectuales, materiales y partícipes y el esclarecimiento de las conductas punibles cometidas.³⁰ Por su parte, el artículo 5 del Decreto en referencia, establece entre otros, que la diligencia de versión libre “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”.³¹

Por su parte, el Decreto 3391 de 2006 también reglamenta la versión libre, recalando que el postulado debe realizar una 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 GOAML, así como informar “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”.³²

Así mismo, el artículo 1º del Decreto 2898 de 2006 establece que, al iniciar la diligencia de versión libre, el versionado debe ser interrogado por el/la fiscal delegado(a) respectivo(a), acerca de su voluntad expresa de acogerse al procedimiento y beneficios de la Ley 975 de 2005, requiriéndose tal manifestación para que la versión libre pueda ser recibida y se surtan las demás etapas del proceso judicial allí establecido.³³ De esta manifestación se debe dejar constancia al iniciar la diligencia y constituye, en términos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, un “requisito de procedibilidad”.³⁴ Sólo cuando se hubiere 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 de los mismos.³⁵

La Fiscalía General de la Nación ha adoptado diversas resoluciones con el propósito de establecer ciertas directrices para el desarrollo de las versiones libres. Así, por ejemplo, la Resolución 3998 de diciembre de 2006, establece algunas pautas para el procedimiento de recepción de la versión libre. En este sentido, prevé cual debe ser el procedimiento previo a la recepción de la versión libre, la forma de asignación de las salas, la manera como se deben realizar las citaciones para la diligencia y la metodología sugerida para su desarrollo.³⁶

³⁰ Artículo 4 del Decreto nº 4760 de 2005.

³¹ Artículo 5º del Decreto nº 4760 de 2005.

³² Artículo 9 del Decreto nº 3391 de 2006.

³³ Artículo 1º del Decreto 2898 de 2006.

³⁴ De acuerdo con la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el artículo 1º del Decreto 2898 de 2006 dispone que, al iniciar la diligencia de versión libre, el versionado será interrogado por el Fiscal acerca de la voluntad expresa de acogerse al procedimiento y beneficios de la Ley 975 de 2005, “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”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 11 de marzo de 2009, radicado nº 31162, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

³⁵ Al respecto consultar providencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 30120, 23 de julio de 2008, , M.P: Alfredo Gómez Quintero.

³⁶ Resolución nº 3998 de diciembre de 2006 de la Fiscalía General de la Nación.

Por su parte, la Resolución 0387 de febrero de 2007 establece el procedimiento de transmisión de las versiones libres, para lo cual introduce directrices, entre otras, sobre el registro técnico de la versión libre; el procedimiento posterior a la recepción de la misma; la transmisión de ésta; las restricciones a su publicidad y la comunicación a las víctimas.³⁷ Las anteriores pautas se complementan con las Resoluciones 0-2296 de 2007 y 0-4773 de 2007, se establecen otras nuevas para el procedimiento de recepción de versión libre³⁸ y otras para el establecimiento de acreditación sumaria de víctimas o testigos intervinientes en el procedimiento de la Ley 975 de 2005.³⁹

2. Desarrollo de la diligencia y características de la misma

Como se señaló anteriormente, en la diligencia de versión libre es necesario distinguir el acto de ratificación por parte del postulado, para constatar su voluntad de someterse a la Ley de Justicia y Paz, y el hecho mismo de la confesión. Este último se divide, a su vez, en dos sesiones, ambas reguladas en la Resolución 3998 de diciembre de 2006 de la Fiscalía General de la Nación.⁴⁰

En la primera sesión, el postulado debe identificarse con el grupo ilegal al que pertenecía y las acciones que cometieron, y señalar las características del mismo; mientras que en la segunda debe describir de manera detallada las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los crímenes enunciados en la primera sesión, por los cuales se acoge al procedimiento de Justicia y Paz. En el desarrollo reglamentario de la Ley 975 de 2005, se permite dividir esta segunda sesión en varias jornadas, con el propósito de recabar toda la información sobre los crímenes cometidos.⁴¹

Hacia una metodología coherente para el desarrollo de la audiencia de versión libre

La versión libre se configura como un presupuesto de acceso al procedimiento de Justicia y Paz (para lo cual debe ser completa y veraz), así como un medio probatorio esencial, (lo cual implica “la renuncia a la presunción de inocencia” siempre y cuando

³⁷ Fiscalía General de la Nación. Resolución nº 0387 de febrero de 2007.

³⁸ Fiscalía General de la Nación. Resolución nº 0-2296 de 2007. En esta resolución, por ejemplo, se dispone, en el artículo segundo, que la llegada de nuevas víctimas a las diversas sesiones de la diligencia de versión libre y confesión, incluso al momento de reanudarla luego de una suspensión, obliga al Fiscal del caso a dirigirse a quienes se encuentren presentes en la sala dispuesta para ellas, con el propósito de explicarles, entre otras cuestiones fundamentales, la naturaleza de la versión en el contexto de la ley 975 de 2005, la metodología diseñada para la misma y el propósito específico de cada sesión y de la respectiva jornada. De hecho, diversos fiscales inicial diligencia con videos explicativos de estos temas.

³⁹ Resolución nº 0-4773 de 2007 de la Fiscalía General de la Nación.

⁴⁰ Artículo 4 de la Resolución nº 3998 de diciembre de 2006 de la Fiscalía General de la Nación.

⁴¹ La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha avalado la metodología adoptada por la FGN en la resolución que se comenta, señalando: “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 General de la Nación 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”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 30120, 23 de julio de 2008. M.P: Alfredo Gómez Quintero. Resolución de la Fiscalía General de la Nación General de la Nación nº 3998 del 6 de diciembre de 2006, y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 30120, 23 de julio de 2008. M.P: Alfredo Gómez Quintero.

se hubieren superado los juicios de legalidad formal y material).⁴² Para preparar el interrogatorio al postulado, así como para verificar la veracidad de lo confesado, la Fiscalía General de la Nación debe adelantar una serie de actividades de investigación, en función de lo cual debe elaborar un programa metodológico para comprobar la autenticidad de la información suministrada y esclarecer esos hechos y todos aquellos de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia,⁴³ así como desplazarse a las zonas donde se cometieron los hechos para conseguir información.⁴⁴

La Corte Suprema de Justicia ha señalado, por su parte, que al elaborar el programa metodológico, 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 radicará en los daños causados individual y colectivamente por el desmovilizado”.⁴⁵

En este punto, es importante llamar la atención sobre el deber que tiene la Fiscalía General de la Nación de verificar la información proporcionada por el versionado. Hacia este aspecto debe estar orientada la investigación y se debe reflejar en el programa metodológico que se propone.⁴⁶ También corresponde alertar desde ese momento sobre las enormes dificultades que esto plantea en la práctica para los/las fiscales y la necesidad de ser coherentes con estas dificultades y establecer plazos razonables para terminar la versión libre, partiendo del hecho, además, de la dinámica transicional en que se mueve el proceso, presuponiendo unos mínimos de cumplimiento de los desmovilizados. Se descartan, por supuesto, casos evidentes de no confesión de la verdad de los hechos.

Existen elementos que deben primar cuando se recaba la información sobre los hechos al postulado. Es decir, dada la naturaleza del grupo y del accionar organizados de las estructuras criminales en las que se ha desarrollado la actividad, lo primero que debe procurarse es que queden claramente definidas tales estructuras, su formación y desarrollo, su configuración estructural, la distribución de funciones y responsabilidades, la cadena de mando, los planeamientos de acciones y si el desarrollo de las mismas obedecía un plan sistemático contra sectores concretos de población, grupos o instituciones. En ese sentido la Fiscalía General de la Nación ha

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 27484, 2 de octubre de 2007. M.P: Augusto Ibáñez Guzmán.

⁴³ Artículo 17 de la Ley 975 de 2005. El programa metodológico fue reglamentado por la Fiscalía General de la Nación en las resoluciones nº 3998 de diciembre de 2006 y 0387 de febrero de 2007.

⁴⁴ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló en su informe anual de 2007 que “una preocupación que ha asistido en el desarrollo de la recolección de información por los Fiscales ha sido la falta de seguridad para desplazarse, al no existir suficientes recursos para ello y teniendo en cuenta la persistencia de grupos delincuenciales”. En 2009, un Fiscal delegado en Santa Marta recibió amenazas por parte de la BACRIM que opera en la región; y uno de los asistentes que apoyaban a la Unidad de Barranquilla fue asesinado.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 31 de julio de 2009, radicado nº 31539, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 27484, 2 de octubre de 2007. M.P: Augusto Ibáñez Guzmán.

establecido, en el marco de su plan metodológico, un orden de preguntas: en una primera parte el/la fiscal asignado(a) debe interrogar sobre la vinculación del postulado al GAOML para después indagar sobre las generalidades del bloque. Posteriormente, el/la fiscal debe preguntar sobre los hechos atribuibles al postulado, y en este punto es necesario priorizar las acciones sistemáticas y colectivas sobre las individuales, sin necesidad de descender a una pormenorización excesiva y dilatante.

Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia ha señalado 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”.⁴⁷ De igual forma, ha identificado aspectos específicos que deben reflejarse en la confesión, como información sobre las víctimas, las razones de la victimización y los patrones que siguió el grupo al cual pertenecía, con el fin de establecer la sistematicidad de las acciones llevadas a cabo por este.⁴⁸

Surtida la versión libre y una vez la Fiscalía General de la Nación cuenta con los elementos materiales probatorios que permitan inferir razonablemente que el postulado es penalmente responsable de uno o varios delitos investigados, el/la fiscal solicitará audiencia de formulación de imputación.⁴⁹ Como resultado de las diligencias de versión libre, no sólo se han podido aclarar delitos de los cuáles la Fiscalía General de la Nación no había obtenido suficiente información, sino también se ha dado el caso de desmovilizados que han confesado hechos por los cuales habían sido absueltos en procesos anteriores a la versión libre.⁵⁰

3. Sobre las versiones 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, así como la cantidad de versionados 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 de 2005. No obstante, en las diversas versiones libres conjuntas no se ha observado la implementación de una metodología común. Por el contrario, la cantidad y variedad de la información confieren a cada diligencia su propia dinámica.⁵¹

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 32022, 21 de septiembre de 2009. M.P: Sigifredo Espinosa Pérez.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 31150, 12 de mayo de 2009. M.P: Augusto Ibáñez Guzmán.

⁴⁹ Alejandro Aponte Cardona (Área de Justicia), *Tercer informe, Parte I - El proceso penal de Justicia y Paz desde la práctica cotidiana: síntesis y diagrama de flujo*, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, septiembre de 2010, p. 22.

⁵⁰ Alejandro Aponte Cardona (Área de Justicia), *El proceso penal especial de Justicia y Paz: Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, Monográfico nº 2, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, 2011, p. 87.

⁵¹ Alejandro Aponte Cardona (Área de Justicia), *El proceso penal especial de Justicia y Paz: Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, Monográfico nº 2, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, 2011, p. 123.

Sin embargo, es importante resaltar los avances de las directrices de la Fiscalía General de la Nación en este sentido, toda vez que en Memorando 013 del 15 de febrero de 2011, del Jefe de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, se estableció como actividad de dicha Unidad, la realización de versiones libres conjuntas por regiones, con la participación de los miembros representantes y comandantes de bloques postulados a la Ley 975 de 2005. Ello, con el fin de que, al 31 de julio de 2011, se lograra la presentación del 100% de las solicitudes de audiencia de imputación ante los magistrados de Justicia y Paz, respecto de los postulados que no fueron extraditados, los comandantes postulados de los diferentes frentes y los extraditados que han continuado las diligencias de versión libre desde los Estados Unidos.⁵² Este objetivo, sin embargo, no ha sido finalmente cumplido, ya que según los datos del Comité Interinstitucional de Justicia y Paz, a 31 de julio de 2011, sólo se registraron 404 audiencias de imputación de las 1382 versiones libres concluidas⁵³.

Asimismo, existen diferentes situaciones que impiden que las versiones libres se lleven cabo en un tiempo específico, como consecuencia de las dilaciones constantes que se dan dentro del proceso. Por ejemplo: los cambios de fiscal que tienen lugar aun cuando no se han terminado las versiones libres; el aplazamiento de audiencias; la falta de comunicación entre la Fiscalía General de la Nación y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) para que se lleven a comparecer los desmovilizados el día y a las horas requeridas; e incluso, la reticencia a la hora de practicar audiencias colectivas de versiones libres.

En cuanto al Memorando 013 de 2011, este es consecuente con el consenso que se percibe sobre los beneficios de las versiones colectivas. Así, por ejemplo, el “Décimo Quinto Informe Trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (MAPP/OEA)”, resaltó que las versiones libres colectivas “constituyen la forma más idónea de reconstruir hechos como masacres, desplazamientos e incursiones armadas”.⁵⁴

Estos obstáculos tienen que superarse con la adopción de medidas tendientes a garantizar la permanencia de los/las fiscales en las investigaciones, y evitar los impactos negativos producto de sus traslados o remociones, sin perjuicio de las funciones administrativas de libre nombramiento y remoción propias de la Fiscalía General de la Nación; también, se deberán implementar medidas que faciliten la transición entre un/una fiscal y otro(a). Igualmente, con vistas a dar mayor agilidad a la

⁵² Memorando 013 del 15 de febrero de 2011 del Jefe de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz.

⁵³ Comité Interinstitucional de Justicia y Paz, 31 de julio de 2011.

⁵⁴ Ejemplos expuestos en el documento en referencia sobre esta cuestión, son los siguientes: (i) el enfrentamiento que ocasionó la muerte de aproximadamente 80 civiles en Bojayá (Chocó); (ii) la ofensiva paramilitar en contra de supuestos milicianos del frente 22 de las FARC que operaba en Cundinamarca; y (iii) la campaña político militar del Bloque Central Bolívar en contra del despeje de cuatro municipios del Magdalena Medio y Sur de Bolívar. “Décimo quinto informe trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (MAPP/OEA)”, 15 de abril de 2011, en: http://www.mapp-oea.net/documentos/ultimo_informe.pdf

diligencia de versión libre, ha de reforzarse la coordinación entre el INPEC y la Fiscalía General de la Nación.

4. Actores institucionales que intervienen en la versión libre

Unidad para la Justicia y la Paz de la Fiscalía General de la Nación

El artículo 33 de la Ley 975 de 2005 previó la creación de la Unidad para la Justicia y la Paz de la Fiscalía General de la Nación, cuya materialización se dio en septiembre de 2005. A partir de entonces, se inició su proceso de conformación: en diciembre de 2005 se designó al primer Fiscal Jefe de la Unidad y entre enero y junio de 2006, se asignaron fiscales procedentes de otras Unidades de la Fiscalía General de la Nación en asuntos afines, como derechos humanos, se dispusieron de los recursos económicos, logísticos y administrativos para llevar a cabo su trabajo.⁵⁵

El trabajo de la Fiscalía General de la Nación comenzó en el año 2006 con la compilación de la documentación e información sobre el número cercano a 34 grupos de autodefensas conocidos en el país (tanto las características del grupo, los lugares en los que actuó, los hechos delictivos cometidos, etc.), y sobre casos de desmovilizados bajo la Ley 782 de 2002. A cada fiscal le fue asignado el conocimiento de 3 ó 4 bloques. La primera lista de postulados presentada por el Gobierno Nacional el 17 de agosto de 2006 contenía 2.695⁵⁶ desmovilizados. Para agosto de 2011 la cifra ascendió a 4.895⁵⁷ postulados (4.253 de las AUC y 642 de otros grupos); situación que debería conducir a un aumento de fiscales. Sin embargo, actualmente resulta insuficiente el número de fiscales pertenecientes a la Unidad de Justicia y Paz.

Durante ese primer período, se inició la construcción de la base de datos de víctimas; de igual forma, se diseñaron los edictos emplazatorios y el formato de registro de hechos atribuibles a GAOML. Adicionalmente, la Unidad comenzó a trabajar en la búsqueda de los desaparecidos según la información facilitada por miembros de los bloques recluidos en las cárceles, a cambio de ciertos beneficios por colaboración con la justicia. De hecho, este es uno de los más reconocidos logros del proceso hasta ahora: a agosto de 2011, se han ubicado 3.451 fosas, en las que se han encontrado

⁵⁵ Hasta entonces, se contó con la importante contribución de la cooperación internacional, que proveyó desde impresoras hasta equipos de exhumación de cadáveres. Para un mayor análisis de la primera etapa de funcionamiento de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, así como del desarrollo de las primeras diligencias de versión libre, ver: Alejandro Aponte Cardona (Área de Justicia), *Informe de primera fase, Parte I - Área de Justicia*, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, 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.

⁵⁶ El 17 de agosto de 2006 la Oficina del Alto Comisionado para la Paz entregó las listas de postulados a Justicia y Paz con 2.695 nombres. 24 de ellos actuaron como miembros representantes con presencia en la Mesa de Diálogo del Gobierno Nacional con las AUC. La lista completa se encuentra en: http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/sne/2006/agosto/30/Reporte_Postulados_Consolidado_sin_solicitud.pdf

⁵⁷ Comité Interinstitucional de Justicia y Paz, Resumen matriz, 31 de agosto de 2011.

4.128 cadáveres, se han identificado de manera indiciaria 911 cuerpos y de manera plena 1.450, y se han entregado 1.318 restos a sus familiares.⁵⁸

En la práctica, no existe una estrategia común por parte de la Fiscalía General de la Nación, para abordar de forma estandarizada la versión libre y dirigir la participación voluntaria y espontánea del postulado. Mientras unos fiscales solicitan múltiples aclaraciones en lo narrado y exigen detalles, algunos otros, se limitan a recibir información general de acuerdo a lo que el postulado quiere apuntar.

Con base en los hechos descritos, y sin tener en cuenta cómo califique el delito el versionado, ni cómo legitime o auto-justifique su actuación, el/la fiscal debe dirigir la audiencia para construir la imputación que realizará frente a aquél, teniendo en cuenta la información adicional que pueda ser proporcionada por víctimas y organizaciones de la sociedad civil.⁵⁹

A agosto de 2011, la Fiscalía General de la Nación ha iniciado 2.777 versiones libres, habiéndose concluido 1.390 y estando 1.387 en curso. En las versiones se han enunciado más de 57 mil hechos, de los 291.341 mil documentados (principalmente homicidios, desplazamiento, desaparición forzada, reclutamiento, extorsión, secuestro y masacres), en los cuales había 69.373 víctimas. De ese número, los postulados han confesado 29.419 delitos, en los cuales estaban relacionadas 35.073 víctimas.⁶⁰

⁵⁸ Fiscalía General de la Nación, *Gestión de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*, 1º de enero de 2011. En este punto es importante resaltar las conclusiones sobre la efectividad del derecho a la verdad de las víctimas y las versiones libres en Justicia y Paz, contenidas en el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, de febrero 3 de 2011: “Aunque en 2010 se conocieron algunos avances, los derechos de las víctimas siguen sin ser plenamente satisfechos. El Grupo de Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación presentó cuatro nuevos informes que contribuyeron a satisfacer el derecho a la verdad. A pesar de este trabajo académico importante, el progreso en el marco de la Ley 975 de 2005 sigue siendo modesto: menos del 54% de los versionados, que constituyen aproximadamente el 4,5% de todos los desmovilizados¹³, ha contribuido al derecho a la verdad por medio de versiones libres. Aunque sus confesiones revelaron un número importante de homicidios, no permiten conocer plenamente la diversidad, el contexto y el carácter sistemático de los actos cometidos por las organizaciones paramilitares”. Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, documento A/HRC/16/22, 3 de febrero de 2011, párr. 38.

⁵⁹ Fiscalía General de la Nación, *Gestión de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*, 1º de enero de 2001. La Comisión Colombiana de Juristas, en su informe “Colombia: el espejismo de la justicia y la paz” de noviembre de 2007, señaló que, en el caso de alias “El Loro”, “el Fiscal manifestó que lo importante, a su juicio, para conceder los beneficios de la Ley 975, es que el paramilitar confiese. Además, el Fiscal limitó la participación de las víctimas”. En una versión libre adelantada en Bogotá en febrero de 2010, algunas víctimas que hicieron reclamaciones al versionado (ya que indicaron que éste 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”.

⁶⁰ Para un análisis de la participación de las víctimas en el proceso penal, en relación con la etapa de versiones libres, ver: Área de Víctimas, *Tercer informe, Parte IV - La contextualización del universo de víctimas y de sus expectativas en el marco de la Ley de Justicia y Paz*, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, septiembre de 2010, p. 22.

Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo

La creación de la Procuraduría Judicial para la Justicia y la Paz está prevista en el artículo 35 de la Ley de Justicia y Paz, aunque no fue formalmente establecida hasta 2009.⁶¹ Además del papel fundamental que cumple en la defensa y representación de las víctimas, el Ministerio Público ha tenido un papel importante en coadyuvar la labor de la Fiscalía General de la Nación en la diligencia de versión libre, por ejemplo, reaccionando ante el lenguaje empleado por los postulados para definir sus actuaciones y para proteger la dignidad de las víctimas y también para garantizar los derechos del desmovilizado.

Se observa la falta de una adecuada coordinación entre fiscales y procuradores delegados ante la Unidad de Justicia y Paz. No obstante, es importante resaltar algunos esfuerzos llevados a cabo en este sentido, como lo previsto en el artículo 7º de la Resolución 0-2296 de 2007 de la Fiscalía General de la Nación, que dispone que los/las fiscales deben facilitar y promover la intervención oportuna de los/las procuradores(as) delegados(as), especialmente al concluir el interrogatorio correspondiente a cada hecho confesado por el versionado, como también cuando hace señalamiento de terceros.⁶² En el mismo sentido destaca la cooperación entre ambas instituciones en el caso de una versión libre llevada a cabo en Bogotá en el año 2010, donde Fiscalía General de la Nación y el Ministerio Público fueron particularmente activos al interrogar a la versionada para que aclarara circunstancias de modo, tiempo y lugar de algunos delitos de violencia sexual de los cuales había tenido conocimiento antes de su postulación a la Ley 975 de 2005.

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. De hecho, su asistencia al postulado/a es requerida durante todas las etapas del proceso judicial. Así, el artículo 34 de la Ley 975 de 2005 establece, que esta entidad, debe garantizar tanto el derecho a la defensa material de los acusados, como la asistencia a víctimas, no sólo jurídica, sino también psicosocial.

En el desarrollo del proceso, sin embargo, se ha observado que algunos defensores ven dificultada la prestación de sus servicios de apoyo y asesoría por diversos factores, los cuales incluyen, la dificultad para conocer en detalle los casos que les han sido asignados y poder comunicarse con las víctimas para completar la información recibida, así como informarles sobre los avances de las diligencias. También el gran número de casos que llevan los defensores ha sido un problema notorio para adelantar una adecuada representación⁶³. No obstante, es menester resaltar el trabajo de

⁶¹ El artículo 28 de la Ley 975 de 2005 establece la intervención del Ministerio Público en el proceso, señalando que “el Ministerio Público intervendrá cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales”.

⁶² Artículo 7 de la Resolución 0-2296 de 2007 de la Fiscalía General de la Nación.

⁶³ En este punto es importante hacer referencia a una preocupación generalizada de fiscales y defensores, en el sentido de que algunos defensores sólo están siguiendo los casos, hasta la formulación de cargos, dado que al momento de la legalización deben sustituir poder a otros abogados próximos a las sedes de los Tribunales.

diversos defensores públicos que, pese a la precariedad de recursos, canales de comunicación con las víctimas y volumen de casos asignados, han hecho grandes esfuerzos por desarrollar su labor de la manera más diligente posibles.⁶⁴

Se destaca la adopción de estrategias para organizar el trabajo en la Defensoría del Pueblo, como el reparto de procesos por bloques, lo que permite que los defensores concentren sus actividades por zonas y estructuras armadas. Así mismo, y en el caso específico del proceso de restitución de tierras, se destaca la creación de una especie de sub unidad, integrada por abogados defensores especializados.

Sin embargo, se ha detectado que los defensores públicos por lo general están preparados para trabajar con postulados y no representando víctimas, al respecto resulta necesario que en las diferentes facultades del país y centros de formación se capacite de forma diferenciada a aquellos que van a representar víctimas y a aquellos que van a representar postulados. Mientras los primeros deben basar su representación en una estrategia de preguntas y contrapreguntas en versiones libres así como preparar a las víctimas; los que defienden a postulados basan su representación en la creación de una estrategia de confesión de hechos.

5. Problemas jurídicos y debates sobre las versiones libres

a) La participación de las víctimas en las versiones libres

Desde que se inició la aplicación de la Ley 975 de 2005, se debatió el grado y la forma de participación de las víctimas en las distintas etapas del proceso de Justicia y Paz. Así, como ha señalado el Área de Justicia del Observatorio de DDR y Ley de Justicia y Paz del CITpax, “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”.⁶⁵

Sobre la primera cuestión, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que, aun cuando las víctimas pueden estar presentes en la versión libre y manifestar sus inquietudes por medio de sus representantes, no pueden interrogar directamente al versionado, al considerar que la versión libre “no se caracteriza por la confrontación dialéctica entre el desmovilizado y las víctimas”, lo cual “es propio de la imputación y del juicio”.⁶⁶ Se debe advertir que con esto se pretende generar el espacio para que

⁶⁴ Al respecto la Procuraduría General de la Nación en su informe La Justicia Transicional en Colombia: Un proceso en construcción 2005-2010 “la Defensoría pública requiere de un número mayor de abogados, especialmente en lo relacionado con la representación judicial de las víctimas, previo análisis de las necesidades de orden regional, fundadas en el número de víctimas y la gravedad por la vulneración de sus derechos, en el mismo sentido para defensores públicos que representan a los postulados”

⁶⁵ Alejandro Aponte Cardona (Área de Justicia), *El proceso penal especial de Justicia y Paz: Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, Monográfico nº 2, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, 2011, p. 128.

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 27484, 2 de octubre de 2007. M.P: Augusto Ibáñez Guzmán.

sea la Fiscalía General de la Nación la que establezca la veracidad de lo confesado, así como evitar procesos de revictimización⁶⁷. Ello, claro está, teniendo en cuenta las inquietudes y los aportes de las mismas víctimas.⁶⁸

Sin embargo, en la práctica se presentan dinámicas que implican la revictimización al momento de realizarse la versión libre. Por ejemplo, las víctimas deben narrar varias veces, incluso antes de la audiencia, las actuaciones que debieron padecer ellas o sus familiares ante diferentes investigadores y fiscales, con el objetivo de poder ser reconocidos como tales; el desconocimiento del versionado de casos que las víctimas presentan, e incluso prácticas como la de utilizar el mismo micrófono en el cual acabó de hablar el desmovilizado, pueden generar temor en aquellos que comparecen en calidad de víctimas a las audiencias de versiones libres. Por ello, resulta necesario, al menos, garantizar que la audiencia a la cual la víctima asiste, se trate sobre el caso por el cual reclama sus derechos.

Sobre los requisitos y condiciones para la asistencia de las víctimas a la versión libre, sin perjuicio de volver posteriormente sobre el tema, se ha discutido el carácter de reservado de las diligencias, así como la posibilidad de ser puesta en conocimiento de la comunidad en general, por medio de transmisiones a través de los medios de comunicación. En cuanto a este aspecto, la jurisprudencia constitucional ha concluido que la versión libre en Justicia y Paz no es una actuación pública y que está sometida a reserva.⁶⁹

Finalmente, se hace énfasis en la necesidad de que los intervinientes puedan acceder a la información a cargo de la Fiscalía General de la Nación, la cual debe ser compartida con quienes están legitimados para intervenir en la actuación procesal; situación advertida por el Informe de la Procuraduría General de la Nación *La Justicia Transicional en Colombia: Un proceso en construcción 2005-2010*. Enfatiza el Órgano de Control que el proceso de Justicia y Paz debe ser público, siendo la reserva procesal una excepción para casos donde se expone la intimidad de las víctimas, como puede ocurrir con los niños, niñas y adolescentes, cuando se presentan víctimas por violencia sexual o cuando se trata de asuntos que ponen en riesgo la seguridad de las víctimas y su núcleo familias, de los postulados y sus familiares, de testigos, peritos, funcionarios judiciales y administrativos o a las propias actuaciones procesales en curso⁷⁰.

⁶⁷ La revictimización hace referencia directamente a un sujeto puesto en una condición no libre ni voluntaria sino dada por el ejercicio de otro poder, que ejerce fuerza o presión. Se trata de un alguien que ha sido víctima, pero el prefijo re, nos dice de la característica de esa condición su repetición. Por lo tanto, la re-victimización es una palabra derivada que hace referencia a la experiencia que victimiza a una persona en dos o más momentos de su vida. Comisión Interclesial de Justicia y Paz *Los efectos psicosociales de la revictimización*, 22 de septiembre de 2010, en: <http://justiciaypazcolombia.com/Los-efectos-psicosociales-de-la>, (última fecha de consulta 28.07.2011).

⁶⁸ Alejandro Aponte Cardona (Área de Justicia), *El proceso penal especial de Justicia y Paz: Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, Monográfico nº 2, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, 2011, p. 131.

⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-049, 24 de enero de 2008, M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁷⁰ Al respecto el artículo 37 de la Ley 1448 de 2011 contempla el derecho de la víctima, “siempre que lo solicite a ser oído dentro de la actuación penal, a pedir pruebas y a suministrar los elementos probatorios que tenga en su poder”.

Este procedimiento especial rompe el paradigma de una construcción de la verdad parcelada por cada interviniente. La obtención de la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas, así como la construcción de la memoria, sólo son posibles en un proceso de carácter abierto y público, respetando, asimismo, los principios de transparencia y control que deben regir todos los procesos judiciales. Ello sin perjuicio de las correspondientes reservas cuando el respeto a la intimidad y seguridad de los implicados así lo requiera.

Por último, la información obtenida en las versiones libres, cobra una importancia fundamental para la consecución de los objetivos de justicia, verdad y reparación, así como el derecho al debido proceso inherente a las víctimas. En este sentido, se considera como prioridad, en el marco del Sistema Interinstitucional de Justicia y Paz se garantice la inclusión diversificada del contenido de las versiones libres de forma articulada con la Red de información creada por la Ley 1448, asegurando de este modo la publicidad de todo el proceso.

Este sistema integrado debe dar cumplimiento al deber de información a las víctimas, servirá como base para la construcción de la memoria y podrá tener efectos judiciales en las investigaciones pertinentes, así como en materia de reparaciones. También deberá cumplir con el principio de publicidad del proceso, sin perjuicio de las limitaciones a que esté sometido para la protección del derecho a la intimidad de las víctimas y garantía de su seguridad.

Especial énfasis debe hacerse en la protección de la intimidad de las víctimas de violencia sexual, menores y víctimas (ya sean individuales o colectivas) especialmente vulnerables. Por lo que se refiere a las cautelas propias del sistema de información, se tendrá en cuenta el conjunto de Principios actualizado para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad de las Naciones Unidas⁷¹, así como en lo referente a los requisitos pertinentes para proteger la vida privada y la confidencialidad proporcionada a las víctimas y a otros testigos.

b) El plazo razonable para el desarrollo de las versiones libres

Un punto de debate alrededor del desarrollo de las versiones libres, ha sido el establecimiento de un plazo razonable para llevarlas a cabo. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la “versión libre se recibe hasta ‘...antes del vencimiento del plazo razonable a que alude el artículo 4º del Decreto 4760 de 2005, en concordancia con el 1º del Decreto 2898 de 2006’”.⁷²

Pero, la interpretación del término “plazo razonable” genera gran controversia por el hecho de que el “término de la recepción de la versión libre supone la disponibilidad de múltiples variables e hipótesis delictivas producto de las narraciones del versionado en la confesión, de los datos suministrados por las víctimas y de las actividades de indagación previas a la versión libre. Con toda esa información se deben reunir los

⁷¹ Organización de Naciones Unidas, documento E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de Febrero de 2005

⁷² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 30120, 23 de julio de 2008. M.P: Alfredo Gómez Quintero.

elementos probatorios para fundar los delitos confesados a través de las fuentes mencionadas y sus determinadores”.⁷³ No obstante, según el autor Kai Ambos, dichos actos previos y de indagación se realizan, como se dijo, en un plazo razonable:

“Este es un concepto que no está definido en la legislación colombiana, pero que ha sido considerado especialmente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Esta, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), ha indicado que la razonabilidad del plazo es un elemento integrador del debido proceso, sujeto fundamentalmente a 1) la complejidad del asunto, 2) la intervención de los sujetos procesales y 3) la intervención de autoridades judiciales. De acuerdo con esos criterios, el plazo razonable no solo abarca la idea de ‘término legal’, sino también, la de ‘tiempo prudencial’, lo que respecto de asuntos procesales penales implica un proceso sin dilaciones indebidas. De todos modos, la decisión concreta de si una cierta actuación o un procedimiento supera el plazo razonable depende de las circunstancias del caso, o sea, es una decisión *caso por caso*”.⁷⁴

Así, resulta, pertinente determinar qué podría entenderse como la razonabilidad del plazo, pues las versiones se han dilatado innecesariamente. Por ejemplo, en un caso el versionado llegó a narrar cinco veces los hechos ocurridos durante su pertenencia al GAOML durante casi dos años, retrasando las posteriores etapas del proceso. Por lo que en dicho caso no hubo un plazo razonable y pudo responder más a una descoordinación institucional o un cambio de fiscales. Además, de continuar la dilación de las versiones, podían llegar solicitudes, al momento de dictar sentencia por el cumplimiento de penas cumplidas, recobrando los desmovilizados la libertad. Allí, habría un criterio para afirmar que no existió razonabilidad en el plazo pues, dos años en una misma versión libre, representa una afrenta contra los derechos de las víctimas y un desgaste humano que pudo haber avanzado en otros procesos.

Sin embargo, la posición que en este diagnóstico se fija es que en el procedimiento especial de Justicia y Paz, los términos del mismo deberán ser perentorios, es decir, no pueden prorrogarse a lo largo del proceso y deben ser de estricto cumplimiento por parte de los operadores jurídicos. Por lo cual, exceder el plazo razonable, contraviene la perentoriedad.

Es comprensible la preocupación que muestran diversos funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, ante la posibilidad de limitar el tiempo para rendir las versiones libres, en aras de agilizar el proceso de Justicia y Paz.⁷⁵ No obstante, es precisa esa

⁷³ Kai Ambos, *Procedimiento de la Ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional*, GTZ, Bogotá, 2010, párr. 163.

⁷⁴ *Ibidem*, párr. 146.

⁷⁵ Esta misma posición se sostiene en el el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, de febrero 3 de 2011, donde se señala: “La Alta Comisionada reitera su recomendación de considerar una profunda revisión de la Ley 975. Esta debería incluir, entre otras cosas, establecer un tiempo límite para rendir versión libre”. Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, documento A/HRC/16/22, 3 de febrero de 2011, párr. 40.

agilización, teniendo en cuenta la experiencia acumulada y las circunstancias particulares concurrentes.

Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 1448 de 2011 sobre el Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a Víctimas, sería conveniente que, a los efectos de implementar y coordinar la política de Estado en materia de Justicia Transicional, se desarrollara un organismo o Comité que asumiera esa función con la debida participación y coordinación de los organismos implicados en ella.

6. Aspectos técnicos y administrativos que inciden sobre la diligencia de versión libre

En el transcurso de las versiones libres, no han sido pocas las veces en las cuales, pese a los esfuerzos institucionales, de las víctimas y muchas veces de los propios postulados, para llevar a cabo dichas diligencias de forma eficiente, ciertos aspectos técnicos y administrativos han incidido en su desarrollo, de tal forma, que las han dificultado.

Así, por ejemplo, se destaca la falta de asignación de suficientes recursos a la Fiscalía General de la Nación para que pueda llevar a cabo sus labores de investigación, teniendo en cuenta la magnitud y complejidad de la estructura y actuación de los grupos paramilitares. De igual forma, se destaca que el buen desarrollo de las diligencias depende de la puesta en marcha de una organización logística acorde con las normas que las regulan (decretos reglamentarios, resoluciones y memorandos internos). Según estas normas, para el desarrollo de las versiones se debe contar con una sala donde se realice la versión y otra destinada a las víctimas, con el propósito de garantizar que puedan observar en directo las diligencias y participar en el proceso. Adicionalmente, se prevé la posibilidad de transmitir las versiones libres a través de radio, televisión o Internet. La estructura creada en la sede de Medellín, es un buen ejemplo para seguir por parte de otras sedes que, como la de Cali, por ejemplo, y pese al esfuerzo de los fiscales locales, se encuentra en muy precarias condiciones.

En las salas de víctimas deben estar dos funcionarios encargados del registro de ingreso de personas y otros dos encargados del registro de los hechos que aún no han sido reportados, o de las víctimas que no han sido registradas en Justicia y Paz.⁷⁶ Además, el/la fiscal debe solicitar con suficiente tiempo de antelación, personal de seguridad (CTI o policía nacional), para proteger la intimidad y la seguridad de las

⁷⁶ Las mismas resoluciones de la Fiscalía General de la Nación son indicativas de que en algunas ocasiones la Fiscalía General de la Nación no cuenta con el personal suficiente para garantizar estos aspectos. Así, por ejemplo, con el objetivo de minimizar los problemas que suscita esta cuestión, el artículo 8 de la Resolución nº 0-2296 de 2007 de la Fiscalía General de la Nación consagra: “La programación simultánea de diligencias de versión libre y confesión en las diferentes sedes de la Unidad hará cada vez mas 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 aéreas de atención que demanda una versión sin descuidar las labores de investigación y verificación de los demás casos”.

víctimas. Las salas deben contar un proyector de video, un telón de proyección y un sistema de amplificación de sonido adecuado.

En este sentido, es importante tener en cuenta a las organizaciones sociales de mujeres que exigen la adopción de un modelo específico para la realización de las audiencias que versen sobre crímenes sexuales.

En varias diligencias, sin embargo, se observó que las salas de víctimas no eran lugares destinados exclusivamente para esa función o que había elementos que podían afectar su estado emocional (como cajas con restos óseos, como se constató en versión libre celebrada en Barranquilla en julio de 2008). Con carácter general se ha constatado que en 2007 y 2008, las víctimas asistieron principalmente a las versiones de líderes paramilitares (algunos de ellos, como Salvatore Mancuso, Ramiro Vanoy, Jorge 40 o Ever Veloza, hoy día extraditados en Estados Unidos desde 2008).⁷⁷

Para 2009, se habían obtenido en su mayoría confesiones parciales, en las cuales los postulados negaban hechos constitutivos de crímenes atroces o los justificaban como parte del accionar militar en medio de la guerra. Las víctimas consideraban, además, que el Estado no ponía en marcha acciones para restablecer la confianza de estas en las instituciones de investigación y juzgamiento, ni se concedieron apoyos económicos y de seguridad para garantizar su participación en el proceso.⁷⁸

En 2010, la asistencia de las víctimas a las diligencias disminuyó, probablemente debido a amenazas contra su seguridad, o por la dificultad para obtener los recursos materiales y la disponibilidad de tiempo para asistir a las diligencias.⁷⁹ Otra razón que puede explicar esta circunstancia, es el desgaste mismo del proceso.⁸⁰ Sobre este aspecto, una fiscal delegada en Medellín también destacó que esa disminución puede obedecer al hecho de que en algunos casos se ha optado por convocar a las víctimas específicas de los hechos que se abordarán y no como se hacía antes que se citaban en general a las víctimas de los postulados con el riesgo de que no se hiciera referencia a las conductas que los victimizó. Hasta julio de 2011 el número de víctimas que han participado en las versiones libres es de 54.005, mientras que aquellas que han realizado preguntas en esta misma diligencia es de 19.972, según datos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz.⁸¹

⁷⁷ Un análisis sobre la participación de las víctimas en el proceso de Justicia y Paz puede verse en Juan Felipe García (Área de Víctimas), *Segundo Informe*, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, 2009.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 16.

⁷⁹ Así ha sido constatado en las audiencias que se han monitoreado por parte de la MAPP OEA y el Observatorio Internacional del CITpax.

⁸⁰ Un fiscal delegado en la ciudad de Medellín indicó sobre esta cuestión que falta mayor apoyo y difusión interinstitucional para procurar la asistencia de las víctimas. Así, por ejemplo, propuso que las autoridades municipales y organismos de cooperación internacional podrían coadyuvar en el desplazamiento de las víctimas a los lugares de las diligencias o colaborar en las labores de retransmisión de las mismas a los lugares apartados.

⁸¹ <http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Index.htm> , página consultada el 17 de octubre de 2011.

Un mínimo porcentaje de las diligencias judiciales de versión libre observadas hasta 2008, iniciaron según el calendario previsto. Los retrasos, en general, se debieron a inconvenientes logísticos: habilitación y adecuación de las salas para retransmisión de sonido e imagen, mayor asistencia de la esperada a la sala de víctimas sin que existan espacios o medios para que puedan ingresar todas, y demoras en el traslado de los postulados desde los centros carcelarios donde se encuentran reclusos.

Las dificultades en la atribución de la competencia para investigar los hechos cometidos por postulados que han participado en varios bloques, genera cierta confusión entre las víctimas sobre todo cuando un mismo postulado es consultado sobre el mismo hecho en dos versiones diferentes. Para evitar estas distorsiones lo más aconsejable es efectuar la investigación por bloques o frentes, estrategia que permite profundizar en la naturaleza del fenómeno macrocriminal.

Para superar las dificultades que las víctimas tenían en un principio para acceder a los lugares donde se desarrollan las versiones, la Fiscalía General de la Nación ideó la figura de las retransmisiones en directo o diferido en ubicaciones geográficamente más cercanas a las víctimas. De las transmisiones de las versiones libres se colige, a manera de síntesis y teniendo en cuenta el monitoreo adelantado por la MAPP/OEA, que se pueden identificar las siguientes problemáticas o dificultades técnicas y administrativas principalmente: (i) la dificultad que presentan las víctimas para lograr acceder a muchas retransmisiones; (ii) las situaciones de seguridad de las víctimas; (iii) el incumplimiento del cronograma por dificultades para los traslados de los postulados por parte del INPEC; (iv) los problemas técnicos en las retransmisiones; y (v) la inseguridad de los mismos postulados y sus familias.

Es necesario establecer las adecuadas condiciones de seguridad para que las víctimas puedan asistir y participar en el proceso, teniendo en cuenta la persistencia de la violencia y amenazas contra ellas. De hecho, según Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (Codhes), entre marzo de 2002 y junio de 2011 han sido asesinados 50 líderes de víctimas.⁸² Siendo los casos más recientes el de Antonio Mendoza Morales, líder del proceso de restitución de tierras en el municipio de San Onofre, Sucre el 30 de junio de 2011⁸³ y el de Ana Fabricia Córdoba, asesinada en Medellín el 8 de junio.

⁸² Codhes, *Líderes y personas en situación de desplazamiento asesinadas del 1 de marzo de 2002 a junio 2011* en: <http://www.codhes.org/images/stories/pdf/cld%20asesinados%20junio%20i%20%202011.pdf>, (última fecha de consulta 14.10.2011).

⁸³ La Silla Vacía, *Los líderes de tierras que pretenden terminar como Ana Fabricia*, 26 de junio de 2011, en: <http://www.lasillavacia.com/historia/los-lideres-de-tierras-que-temen-terminar-como-ana-fabricia-cordoba-25339>, (última fecha de consulta 28.07.2011) y Comisión Interclesial de Justicia y Paz, *Asesinato de líder de tierras en San Onofre, Sucre*, 2 de julio de 2011, en <http://justiciaypazcolombia.com/Asesinato-de-lider-de-tierras-en>, (última fecha de consulta 28.07.2011).

7. Las versiones libres de postulados extraditados

En la Segunda Parte de este diagnóstico se profundizará en el impacto de las extradiciones de postulados sobre el proceso. Sin embargo, en este apartado se realiza una primera aproximación desde la etapa de la versión libre.

Con las extradiciones se han visto afectados los derechos de las víctimas, ya que muchos postulados no continuaron rindiendo versión libre –en ocasiones alegando su temor a que sus familias sean amenazadas o asesinadas por lo que confiesen –, o por la congelación de sus bienes por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos.⁸⁴ En este sentido se ha considerado, de hecho, que este fue el mayor golpe que, en términos de verdad, se le ha dado al proceso de Justicia y Paz.

En un primer momento, la continuación de las diligencias de estos postulados en el marco del proceso de Justicia y Paz era incierto, al punto que en su Informe Anual de 2009, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos manifestó “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”.⁸⁵

No obstante, poco a poco la Fiscalía General de la Nación ha empezado a registrar avances en el desarrollo de las diligencias y audiencias del proceso de Justicia y Paz desde los Estados Unidos. Así, por ejemplo, en el “Décimo Quinto Informe Trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (MAPP/OEA)”, la Secretaría General valoró “positivamente los avances en materia de cooperación judicial entre los Estados Unidos de América y la República de Colombia, con el fin de agilizar y facilitar las versiones libres, y la celebración de las audiencias judiciales en el marco del proceso de Justicia y Paz. Las reuniones entre fiscales colombianos y estadounidenses han servido para que estos últimos comprendan el proceso que se adelanta en Colombia y la importancia del mismo para la consecución de la paz y la reconciliación.

Además de ello, se destaca la importancia del contacto de algunos fiscales colombianos con los antiguos líderes de las AUC extraditados a los Estados Unidos ubicados, en su mayoría, en dos cárceles y la designación de un magistrado para coordinar las audiencias de éstos producto de un acuerdo entre la Corte Suprema de Justicia y el Gobierno de Colombia”.⁸⁶ Sin embargo, con el paso del tiempo la cooperación entre

⁸⁴ 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: Área de Políticas Públicas, *Segundo informe, Parte III - La extradición de los comandantes de las AUC y sus implicaciones en el proceso de Justicia y Paz*, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, noviembre de 2009, pp. 137-164, en: <http://www.toledopax.org/descargarfichero>.

⁸⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 2009, párrafo 42. OEA/Ser.L/V/II. Doc.51 corr.1, 30 de diciembre de 2009.

⁸⁶ “Décimo quinto informe trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (MAPP/OEA)”, 15 de abril de 2011, en: http://www.mapp-oea.net/documentos/ultimo_informe.pdf

Colombia y los Estados Unidos, a pesar del esfuerzo, no está avanzando de la manera esperada, y son las víctimas quienes ven vulnerados sus derechos a la verdad, justicia y reparación integral. Por eso, la Fiscalía General de la Nación a manera de estrategia, ha resuelto avanzar sobre los hechos que fueron confesados en Colombia antes de que dichos paramilitares fueren extraditados.

El desarrollo de las versiones libres de los extraditados presentan dificultades específicas, como las demoras que se han presentado por incumplimientos de horario en las diligencias y la escasa participación de las víctimas. Esto adquiere mayor importancia si se considera que los postulados extraditados eran los comandantes de los grupos, por lo que cuentan con información muy importante que incide en la verificación en la práctica del derecho a la verdad de las víctimas. Por ello, se enfatiza en el deber de continuar y apoyar las confesiones de los jefes paramilitares extraditados. Puede decirse, en atención a los múltiples problemas que ha afrontado el sistema judicial de Justicia y Paz, respecto de las confesiones de los extraditados, que hasta ahora ello no ha funcionado y que se requieren, con urgencia, adoptar medidas efectivas de cooperación entre los dos países, que la justicia norteamericana preste apoyo efectivo y real a las autoridades judiciales, a las víctimas, en general al proceso. Es un punto especialmente sensible al que las instituciones deben dar solución en el marco de la protección real del derecho de las víctimas a la reparación integral.

8. Propuestas para agilizar la etapa de versiones libres

Una vez identificados los principales obstáculos diagnosticados en la etapa de la versión libre tal y como está regulada en la Ley 975 de 2005, en este segundo apartado se aportan algunas ideas con el fin contribuir a la dinamización de la ley de Justicia y Paz.

Ya se ha expuesto, en cuanto al desarrollo de la versión libre y características de la misma, la existencia de algunos problemas de tipo técnico, como el debido registro de la información obtenida, pero también insuficiencia de instrumentos técnicos para el correcto desarrollo de la misma, así como problemas de demora y falta de agilidad de dicha diligencia.

Frente a los problemas identificados relativos al registro técnico y transmisión de las versiones libres, se propone dotar a las salas de versión libre de los elementos técnicos necesarios para grabar en audio y vídeo la diligencia y retransmitirlas con suficiente calidad a las víctimas, de modo que éstas tengan acceso a la información. Así mismo, se recomienda adoptar medidas tendentes a evitar situaciones de revictimización durante el desarrollo de la diligencia, como evitar narraciones repetitivas o disponer de salas separadas para víctimas y victimarios.

En segundo lugar y con el fin de evitar esas situaciones, es fundamental el desarrollo de un protocolo o plan metodológico para recabar con carácter previo a la celebración de la versión libre, la información requerida y así evitar repeticiones innecesarias. En este sentido y, en línea con el cambio o evolución que se propone para desarrollar las investigaciones enfocándolas hacia las estructuras nucleares, económico financieras y

actuaciones macrocriminales, de los grupos armados al margen de la ley que han creado un sistema de acción criminal masivo y sostenido en el tiempo contra sectores completos de población, en forma sistemática y generalizada, debe de otorgarse una atención especial, aplicando para ello un enfoque diferencial y de género, a aquellos crímenes que hasta ahora han estado más invisibilizados, como son los delitos de violencia sexual, reclutamiento forzado, esclavitud en el marco del conflicto, o aquéllos que han afectado a comunidades más vulnerables, indígenas, afrodescendientes y campesinas.

El desarrollo de las versiones libres colectivas se llevará a cabo bajo el mismo prisma y objetivos de agilización y obtención de información contrastada y fiable. Igualmente se aplicará el enfoque diferencial y de género en estas versiones libres colectivas. La realización de versiones libres colectivas por regiones o bloques podría evitar las constantes dilaciones que hasta ahora se han venido produciendo.

En cuanto a los actores intervinientes en la versión libre, se ha identificado que el número de fiscales actualmente existentes resulta insuficiente, por lo que se reconoce la necesidad de aumentar el número de los mismos con el fin de que exista un equilibrio con el crecimiento del volumen de seleccionados/as que se ha venido produciendo; así como establecer normas que limiten la movilidad y traslados de los miembros de la Fiscalía General de la Nación durante la práctica de diligencias de trascendencia, como la de versión libre, que tengan asignadas, con lo que se evitarían dilaciones y demoras. En este sentido, se propone la fijación de un tiempo mínimo durante el cual el fiscal queda adscrito a un puesto concreto, de modo que se garantice la continuidad y estabilidad de la diligencia. Ello sin perjuicio del libre nombramiento y remoción de fiscales que queda en manos de la Fiscalía General de la Nación.

Por otro lado, se sugiere el establecimiento de un mecanismo que facilite la transición en el caso de que se produzca un cambio de fiscal. En este supuesto, se recomienda la implantación de un tiempo de transición durante el cual ambos fiscales puedan compartir la información obtenida y de este modo el buen desarrollo de la diligencia no se vea afectado.

Por lo que se refiere al papel de los defensores, como se dijo en el apartado anterior, éstos deberán asistir a las víctimas, ejerciendo su representación judicial y la defensa material de las mismas. También es la Defensoría la que debe proveer protección a los testigos y peritos. Para evitar los problemas confrontados por los defensores en cuanto a carga de trabajo y falta de información, debería reformarse el sistema de trabajo de modo que los defensores se organicen por bloques de casos.

Por su parte, la Procuraduría General debería asumir la verificación de las condiciones de custodia de la persona a cargo del Ministerio de Defensa Nacional, ejerciendo así la función de control de garantías de los derechos del desmovilizado

La Procuraduría y la Defensoría, por las particulares características del daño colectivo, deberían asumir la acreditación y ocurrencia del mismo, de tal modo que las víctimas se vean asistidas en este complejo proceso.

También en relación al adecuado desarrollo de la diligencia de versión libre, se ha observado que en ocasiones las sesiones son divididas en varias jornadas, lo cual genera retrasos. Frente a esta situación, se plantea como solución la concentración de la diligencia en un solo día cuando ello sea posible.

Como antes se ha expuesto en este capítulo y a pesar de las reticencias de algunos fiscales, es imprescindible establecer plazos durante los cuales deben tener lugar las versiones libres, implementando transitoriamente, si fuera necesario, el número de fiscales, para, de esta forma, ofrecer una respuesta a la fijación del concepto de plazo razonable y armonizarlo con la perentoriedad que rige esta ley, a la luz de la experiencia acumulada por la praxis de Justicia y Paz hasta la fecha.

Así mismo, se considera que la garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y el debido proceso son la base del proceso de reconciliación nacional. Por ello, debe hacerse énfasis en la importancia de la participación de las víctimas en el proceso de justicia transicional. Esta participación se ve promovida en primer lugar por la posibilidad de que las víctimas aporten información para la construcción de la imputación por parte del fiscal. También las organizaciones de la sociedad civil podrán realizar aportes de información, en condiciones de una seguridad efectiva cuyo marco debe ser fortalecido en este proceso y extenderse a la protección de la intimidad y respeto a la confidencialidad de la información, cuando así sea requerido; con la debida asistencia de personal capacitado para que atiendan los eventuales incidentes que puedan presentarse por la tensión y estrés que se puede experimentar al hallarse la víctima frente al versionado, evitando en todo caso las situaciones de revictimización.

Capítulo III

Audiencia preliminar de formulación de imputación, aceptación de cargos y de control de legalidad sobre aceptación de cargos

Uno de los aspectos de la Ley 975 de 2005 que requiere mayor atención, con miras a su eventual reforma, es la estructura misma y la ejecución del proceso penal especial de Justicia y Paz que se encuentra regulado en dicha Ley. Así, luego de seis años de vigencia no sólo ha sido patente la necesidad de replantear la pertinencia de algunas etapas del proceso, sino que también se han puesto de manifiesto, entre otras, la importancia de fijar términos de carácter perentorio que su implementación exige, y la necesidad de desarrollar una estructura procesal más acorde con las estructuras de criminalidad a gran escala que son investigadas y juzgadas en el proceso de Justicia y Paz.

En este sentido, partiendo de la experiencia acumulada, se puede hacer una evaluación de las diferentes etapas que componen el proceso de Justicia y Paz, hasta la denominada audiencia de verificación de la legalidad de la aceptación de cargos, para, a partir de la identificación de las dificultades jurídicas y prácticas que se han presentado en el desenvolvimiento de las diferentes audiencias que integran el proceso penal especial, examinar las razones que fundamentan la pertinencia de reformar algunos aspectos del mismo.

1. La estructura procesal concebida en la Ley 975 de 2005

El procedimiento contemplado en la Ley 975 de 2005 está compuesto por dos etapas: “una administrativa y otra judicial, esta última formada por los ciclos preprocesal y procesal, que terminan con un fallo de condena si convergen los requisitos legales, beneficiándose al postulado con la imposición de una pena alternativa”.⁸⁷ De esta manera, en la etapa administrativa, a cargo del Gobierno Nacional, éste debe elaborar las listas de los miembros de los GAOML que hubieren decidido contribuir de manera efectiva al logro de la paz, de acuerdo con las disposiciones para tal efecto establecidas, entre otros, en el Decreto 4760 de 2005.⁸⁸ Por su parte, en la *fase preprocesal* de la etapa judicial –a cargo de la Fiscalía General de la Nación, se celebra

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 27873, 27 de agosto de 2007. M.P: Julio E. Socha Salamanca.

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de Casación Penal, Radicado N. 28040, 25 de septiembre de 2007. M.P: María del Rosario González de Lemus. Esta etapa tiene como “presupuesto la *desmovilización*, es decir, *el acto individual o colectivo de dejar las armas y abandonar el grupo armado organizado al margen de la ley, realizado ante autoridad competente*”. Álvaro Vargas et al., *Manual de procedimiento para Ley de Justicia y paz*, GTZ, Bogotá, 2009, pp. 226. Para un análisis sobre los problemas que se han presentado en la implementación de la fase administrativa contemplada en la Ley 975 de 2005, ver: Kai Ambos, *Procedimiento de la Ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional*, GTZ, Bogotá, 2010, p. 68 y ss. De igual forma y de manera exhaustiva, se cita el trabajo del área de justicia del observatorio internacional de DDR y la Ley de Justicia y Paz, (Alejandro Aponte, director del área), denominado: *El proceso especial de Justicia y Paz: alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, monográfico nº. 2, CITpax, Madrid-Bogotá, marzo de 2011.

la diligencia de versión libre y se elabora y desarrolla el plan metodológico, el cual se puede realizar sin que sea necesario culminar con la recepción de la versión.⁸⁹

Más adelante tiene inicio la *fase procesal*, la cual se desarrolla a través de distintas audiencias ante los/las magistrados(as) de Justicia y Paz.⁹⁰ Estas audiencias son, en su orden: (i) la *audiencia de formulación de imputación*, caracterizada por ser un acto de comunicación de la Fiscalía General de la Nación al postulado, en la cual el/la fiscal realiza la imputación fáctica de los cargos investigados, mientras el/la magistrado(a) de control de garantías ejerce un juicio de legalidad formal;⁹¹ (ii) la *audiencia de formulación de cargos*, en la cual la Fiscalía General de la Nación presenta el escrito de acusación y el imputado podrá aceptar los cargos presentados, como consecuencia de la versión libre o de las investigaciones en curso al momento de la desmovilización;⁹² (iii) la *audiencia de verificación de la aceptación de cargos* –la primera que se adelanta ante los magistrados con funciones de conocimiento de Justicia y Paz–, en la que se realiza un “control material de legalidad de la imputación penal que surge a partir de la aceptación de los cargos”;⁹³ y (iv) el *incidente de reparación integral* de los daños causados con la conducta criminal, el cual debe ser abierto por el/la magistrado(a) ponente en “la misma audiencia en la que la Sala del Tribunal Superior de Distrito judicial correspondiente declare la legalidad de la aceptación de cargos, previa, solicitud expresa de la víctima, o del/la fiscal del caso, o del Ministerio Público a instancia de ella”, para lo cual debe convocar a audiencia pública dentro de los cinco días siguientes.⁹⁴

Es importante señalar que, entre la audiencia de formulación de imputación y la audiencia de formulación de cargos, transcurre la *etapa de verificación de los hechos imputados*, que consiste en un plazo de sesenta días del que dispone la Fiscalía General de la Nación para adelantar, con el apoyo de la policía judicial, las labores de investigación y verificación de los hechos admitidos por el imputado, así como de aquellos de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia.⁹⁵ Igualmente, además de las diligencias procesales anteriormente referidas, pueden tener lugar otras audiencias preliminares en el proceso de Justicia y Paz, como son,

⁸⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 31788, 1º de julio de 2009. M.P: José Leonidas Bustos Martínez. Para un análisis detallado de la diligencia de versión libre en el proceso de Justicia y Paz, se recomienda ver el Capítulo II del presente informe.

⁹⁰ Un análisis práctico sobre la distribución de competencias en el proceso penal especial de Justicia y Paz, se encuentra en el texto ya citado de Alejandro Aponte Cardona (Área de Justicia), *El proceso penal especial de Justicia y Paz: Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, Monográfico nº 2, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, 2011, pp. 54-67.

⁹¹ Artículo 18 de la Ley 975 de 2005.

⁹² Artículo 19 de la Ley 975 de 2005.

⁹³ Corte Constitucional, Sentencia C-370, 18 de mayo de 2006, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa y otros. En la providencia citada, la Corte Constitucional agrega: “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”.

⁹⁴ Artículo 23 de la Ley 975 de 2005.

⁹⁵ Artículo 18 de la Ley 975 de 2005 y artículo 6 del Decreto nº 4760 de 2005.

entre otras, la *audiencia de imposición y decisión de medidas cautelares* sobre bienes y la *audiencia de solicitud y decisión de medida de aseguramiento*.⁹⁶

Una vez agotadas las etapas procesales reseñadas, la Sala de Conocimiento debe proferir sentencia, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley 975 de 2005. Así, como cierre “del procedimiento se tiene la audiencia de *sentencia e individualización de la pena*, en la que se exhiben los argumentos que fundamentan la declaración de responsabilidad penal, las penas principales y accesorias, la pena alternativa o las razones para no concederla, el contenido del fallo del incidente de *reparación integral* (...) y la declaratoria de extinción del derecho de dominio de los bienes entregados por el postulado”.⁹⁷

2. Dificultades propias de algunas audiencias del proceso penal especial de Justicia y Paz

a) Formulación de imputación

La audiencia de formulación de imputación es una de las llamadas “audiencias preliminares”, consagradas en el artículo 13 de la Ley 975 de 2005, y se encuentra regulada en el artículo 18 de esta Ley.⁹⁸ Dicha audiencia debe ser solicitada por el/la fiscal ante el/la magistrado(a) de control de garantías, con el objetivo de informar al postulado sobre la existencia de una investigación en su contra, por delitos en los cuales pudo tener alguna participación⁹⁹.

El artículo 18 de la Ley 975 de 2005, la describe como una imputación fáctica –por supuesto con elementos jurídicos relevantes–, surgida de la inferencia razonable de que el imputado es autor o partícipe de las conductas delictivas que se investigan, según lo indiquen los elementos materiales probatorios, la evidencia física o la información legalmente obtenida.¹⁰⁰

En palabras de la Corte Suprema de Justicia: “el fundamento argumentativo de la imputación debe comprender la relación de los hechos delictivos que son materia de investigación, los motivos por los cuales se le atribuye provisionalmente responsabilidad al postulado a título de autor o partícipe, que no pueden ser distintos a que su ejecución y consumación se llevó a cabo para y dentro de la organización

⁹⁶ Ver, en este sentido, el artículo 13 de la Ley 975 de 2005.

⁹⁷ Kai Ambos, *Procedimiento de la Ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional*, GTZ, Bogotá, 2010, p. xv.

⁹⁸ De acuerdo con el artículo 13 de la Ley 975 de 2005, en “audiencia preliminar se tramitarán los siguientes asuntos: (...) 5. La formulación de la imputación”.

⁹⁹ Artículos 17 de la Ley 975 de 2005, 5º del Decreto 4760 de 2005 y 9º del Decreto 3391 del 29 de septiembre de 2006, en: Álvaro Vargas et al., *Manual de procedimiento para Ley de Justicia y paz*, GTZ, Bogotá, 2009, p. 244.

¹⁰⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 27484, 8 de junio de 2007. M.P: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

armada ilegal, antes de su desmovilización, y la indicación del medio de prueba desde el cual se logra la inferencia”.¹⁰¹

Frente a esas imputaciones formuladas por la Fiscalía General de la Nación, el/la funcionario(a) de control de garantías no sólo debe verificar la pertenencia del postulado a un GAOML, su desmovilización conforme a los requisitos y finalidades dispuestos en la Ley de Justicia y Paz, y la comisión de los delitos *durante y con ocasión* de su militancia, sino también examinar críticamente el componente argumentativo que da cuenta de la *probable* responsabilidad penal del desmovilizado”.¹⁰²

Una vez individualizado el postulado, elaborada la relación de los hechos delictivos, constatada la pertenencia del mismo al grupo armado ilegal y las demás actuaciones referidas anteriormente, el/la magistrado(a) de control de garantías dará traslado al Ministerio Público, a los representantes de las víctimas y al postulado y su defensor, para que hagan las manifestaciones que estimen oportunas sobre la intervención y peticiones hechas por el/la fiscal.

Finalmente, cabe resaltar que “la imputación implica la interrupción de la prescripción de la acción penal, la *suspensión de los procesos abiertos en la justicia penal ordinaria* por hechos relacionados con la imputación en Justicia y Paz, y la posibilidad de imponer medidas de aseguramiento (detención preventiva) o medidas cautelares sobre los bienes del postulado para reparación de las víctimas”.¹⁰³

Problemas jurídicos propios de la audiencia de formulación de imputación

Imputaciones parciales

En principio, la Ley de Justicia y Paz dispone que la imputación de *todos* los delitos confesados por el postulado, en la versión libre, se realice en una misma audiencia. Sin embargo, en la práctica ha ocurrido que las versiones libres se desarrollan en varias sesiones, pero no siempre de manera continua, de tal forma que cuando los/las fiscales ya han documentado casos que han sido confesados, para poder avanzar con el proceso, se ha permitido imputarlos mientras la versión libre continúa sobre otros hechos.

Así, dadas las particulares características prácticas del proceso de Justicia y Paz –que en su mayoría han sobrepasado las previsiones normativas y obligado a idear soluciones que permitan que el proceso avance – en un momento crítico del proceso especial de Justicia y Paz, se impulsó la figura de las imputaciones parciales de hechos que hubieran sido suficientemente documentados, mientras continúan las versiones libres sobre otros hechos que no lo han sido. La aplicación de esta figura no ha estado

¹⁰¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 31788, 1 de julio de 2009. M.P: José Leonidas Bustos Martínez

¹⁰² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 31150, 12 de mayo de 2009, , M.P: Augusto Ibáñez Guzmán.

¹⁰³ Kai Ambos, *Procedimiento de la Ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional*, GTZ, Bogotá, 2010, p. 92.

exenta de discusión, especialmente en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que ha variado su posición sobre esta posibilidad.

A continuación se reseñan algunas decisiones de esta instancia judicial que dan cuenta del cambio jurisprudencial que la Sala ha asumido sobre la posibilidad de realizar imputaciones parciales en el marco del proceso penal de Justicia y Paz.

En una primera decisión, la Corte Suprema de Justicia estableció el 28 de mayo de 2008, la viabilidad de las imputaciones parciales, especialmente para poder imputar algunos delitos sin que antes se hubiere hecho con el delito de concierto para delinquir.¹⁰⁴ En consecuencia, la Sala avaló la aplicación de imputaciones parciales, siempre y cuando se tramitara paralelamente la imputación por el delito de concierto para delinquir.

Posteriormente, en el auto del 23 de julio del mismo año, la Sala de Casación insistió en la posición anteriormente referida, señalando que para las víctimas resultaba favorable la posibilidad de imputar parcialmente “en la medida que habrá un rápido pronunciamiento sobre verdad y justicia, logrando por esa vía una efectiva reparación sin dilaciones”.¹⁰⁵ De esta forma, no se verían afectados los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral por el hecho de investigar de manera aislada las diferentes conductas en que incurrió el postulado, pues, por el contrario, se evitarían aplazamientos innecesarios y “que hechos graves dejados de lado por razones distintas al propósito de callar u ocultar la verdad, puedan conocerse, verificarse y repararse”.¹⁰⁶

Es importante poner de manifiesto que en providencia del 16 de abril de 2009, la Corte Suprema de Justicia reiteró la procedencia de la figura de imputaciones parciales en el proceso de Justicia y Paz. Sin embargo, en esta providencia advirtió que los operadores jurídicos debían ser precavidos y cautelosos al utilizar la figura que se viene comentando, pues permitir el uso de la misma, no equivalía a abrir la posibilidad de que dicho uso se volviese general.¹⁰⁷

En este sentido, es importante reseñar el auto de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de 31 de julio de 2009, en el cual ésta matizó su postura, para recalcar el carácter extraordinario de las imputaciones parciales.¹⁰⁸ En dicho pronunciamiento, la Sala, consideró viables las imputaciones parciales, siempre y cuando se realizaran de manera extraordinaria y fueran precedidas por la imputación

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 29560, 28 de mayo de 2008. M.P: Augusto Ibáñez Guzmán.

¹⁰⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 30120, 23 de julio de 2008, M.P: Alfredo Gómez Quintero.

¹⁰⁶ *Ibidem*. Esta posición fue reiterada por la Corte en la siguiente providencia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 30955, 9 de febrero de 2009, , M.P: José Leonidas Bustos Martínez.

¹⁰⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado n° 31115, 16 de abril de 2009, , M.P: José Leonidas Bustos Ramírez.

¹⁰⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 31539, 31 de julio de 2009, M.P: Augusto Ibáñez Guzmán.

del delito de concierto para delinquir. De igual forma, estableció que, en el marco de la Ley de Justicia y Paz, no son admisibles las formulaciones de imputación que no involucren el delito de concierto para delinquir agravado que es entendido como delito base, es decir, como requisito incluso para acceder a la Ley de Justicia y Paz. Puede decirse que este es el condicionamiento más general, lo cual es consecuente, pero la Sala se da cuenta de que sin las imputaciones parciales, simplemente no es posible avanzar con el proceso.

Además de lo anterior, como condición se exige que las diversas actuaciones se unifiquen en el momento de la formulación de cargos. Aquella decisión implicaría que, llegada la etapa de formulación de cargos, se represara el proceso, puesto que sería necesario tener todos los delitos imputados en esta fase, en donde cabría un sólo acto de formulación.

Esta postura fue reiterada, por lo demás, en auto de 21 de septiembre de 2009, donde la Corte recalcó que “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”.¹⁰⁹ De manera lógica, debe entenderse que las mismas consideraciones sobre el carácter masivo del proceso, la imposibilidad de reconstruir todos los hechos, etc., que hacen imperiosas las imputaciones parciales, valen de hecho para las formulaciones parciales. Debe haber consistencia en las decisiones de la Sala para todas las etapas procesales; de lo contrario, se presenta un cuello de botella y no se avanza con el proceso. Para ello, conviene entender que la parcialidad constituye una excepcionalidad a la regla y debe responder a criterios investigativos y metodológicos y siempre motivados, por encima de utilizar la técnica como un medio de obtener mejores resultados estadísticos.

Al respecto, es pertinente que se incluyan patrones investigativos y de desarrollo de las audiencias colectivas que, además, de contribuir a la comprensión amplia de la macrocriminalidad se allana el terreno para arribar con mayor prontitud a las sentencias. Este diseño procesal respeta los propósitos de la justicia transicional y contribuye a la materialización de las aspiraciones de las víctimas y la sociedad a una tutela judicial efectiva. Así mismo, las investigaciones deberán conducir a determinar la estructura, modo de operación, comandantes, mandos medios y miembros cualificados así como los instigadores y financiadores. Mediante esta investigación y el ejercicio de la acción penal, se deberá atribuir responsabilidad por crímenes particularmente graves y manifiestos que correspondan a este patrón de comportamiento, y no por hechos en apariencia aislados o inconexos con dicho patrón.

Así mismo, el nuevo esquema que se propone de órganos judiciales colegiados de enjuiciamiento, que se explicará a fondo en la segunda parte de este documento, posibilitará una mayor celeridad en el desarrollo de las imputaciones parciales.

¹⁰⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 32022, 21 de septiembre de 2009, M.P: Sigifredo Espinosa Pérez.

Imputaciones y formulaciones de cargos parciales

En auto de 14 de diciembre de 2009, la Corte Suprema de Justicia abrió la posibilidad de imputar parcialmente y de realizar formulaciones de cargos parciales.¹¹⁰ Así, en dicha providencia, la Sala de Casación Penal, avaló otra vez las imputaciones parciales y las formulaciones parciales de cargos y llegó, incluso, a hablar, un vez más, de la posibilidad de dictar sentencias igualmente parciales. No obstante, a pesar de que en dicho pronunciamiento cambió su posición sobre la posibilidad de formular cargos parciales, el giro en sus pronunciamientos llevó a que, incluso, algunos fiscales se abstuvieran de “solicitar audiencias de formulación de imputación, mientras se aclaraba cuál era realmente la posición de la Corte al respecto”.¹¹¹

Posteriormente, la Sala de Casación Penal, en auto del 11 de marzo de 2010, se pronunció diferenciando las imputaciones parciales del principio de selectividad desarrollado en tribunales internacionales. En primer lugar, como se ha mencionado, la imputación parcial no implica que se deba dejar de investigar alguno de los actos delictivos cometidos por el postulado. Su función consiste, precisamente, en poder avanzar en el proceso sobre aquellos hechos que permitan su imputación por contar con los elementos materiales probatorios suficientes, y de los cuales la Fiscalía General de la Nación, fruto de su investigación, permita inferir una probabilidad de autoría o participación. Mientras que, bajo el principio de selectividad, al juez “le está dado escoger, a partir de criterios de relevancia, impacto social o representatividad, por cuál o cuáles de ellos habrá de formular imputación o cargos”.¹¹² Situación que no aplica para la imputación parcial, pues allí el juez deberá continuar la investigación sobre los demás delitos. En todo caso, opera y debe operar un mecanismo de selectividad bien entendido –no ligado a reproches de impunidad-, que tenga en cuenta las características del proceso mismo.

Frente al principio de oportunidad, la Sala manifestó que éste “opera en la Ley 906 de 2004 cuando el/la fiscal se halla ante los presupuestos legales para formular acusación, no obstante lo cual declina dicha posibilidad por alguna de las razones que consagra el artículo 324 del estatuto mencionado”.¹¹³ Por el contrario, las imputaciones parciales no implican no acusar, sino que la Fiscalía General de la Nación, al no lograr documentar adecuadamente algunos casos, procede a imputar aquellos suficientemente documentados. Ello, sin renunciar a la investigación o acusación de los demás delitos.

¹¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 32575, 14 de diciembre de 2009, M.P: María del Rosario González de Lemos.

¹¹¹ Alejandro Aponte Cardona (Área de Justicia), *Tercer informe, Parte I - El proceso penal de Justicia y Paz desde la práctica cotidiana: síntesis y diagrama de flujo*, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, septiembre de 2010, p. 30.

¹¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 32852, 11 de marzo de 2010. M.P: Jorge Luís Quintero Milanés.

¹¹³ *Ibidem*.

Imputaciones colectivas

Como se señaló con anterioridad, con el fin de respetar los principios de economía procesal y celeridad en Justicia y Paz, ha resultado necesaria y conveniente la realización de audiencias de imputación que tengan el carácter de colectivas. Esto le ha aportado agilidad a los procesos. Con esta medida, además, y poniendo en práctica las mismas estrategias de dinamización del proceso, se obtendrán resultados a menor plazo, con menos desgaste institucional, buscando una verdadera construcción colectiva de la verdad.

b) Etapa de verificación de los hechos imputados

En cumplimiento del programa metodológico presentado por la Fiscalía General de la Nación, con posterioridad a la etapa de formulación de imputación se tienen sesenta días para que ésta, con el apoyo de la policía judicial, realice labores de investigación y verificación de los hechos confesados por el postulado. Además, esta etapa está prevista para que la Fiscalía General de la Nación conozca de todos aquellos otros hechos que se encuentren dentro de su competencia. De igual manera, “el propósito de la etapa probatoria es el *cierre de las actividades de investigación y verificación* de los hechos confesados por el imputado y otros de los que se tenga conocimiento”.¹¹⁴

Por otro lado, en cuanto al término de sesenta días para investigar y verificar los hechos, el artículo 6º del Decreto 4760 de 2005 dispuso que dicho plazo podría ampliarse hasta el doble, previa solicitud del/la fiscal, imputado o su defensor.¹¹⁵ Llegado el plazo máximo de investigación, el/la magistrado(a) de control de garantías, previa solicitud del/la fiscal delegado(a), debe fijar la audiencia de formulación de cargos que, en todo caso, se llevará a cabo dentro de los 10 días siguientes al de la solicitud del/la fiscal.

Dilemas prácticos de la etapa de verificación de los hechos imputados

En el marco de los diversos procesos particulares, adelantados bajo la Ley de Justicia y Paz, se ha presentado una preocupación respecto del término fijado para investigar y verificar los hechos y actos cometidos por el imputado, puesto que los delitos confesados han desbordado la capacidad institucional. Se exigen “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 gran número, por ejemplo, exhumaciones de fosas comunes e identificación de restos mortales mediante pruebas de ADN”.¹¹⁶

¹¹⁴ Kai Ambos, *Procedimiento de la Ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional*, GTZ, Bogotá, 2010, p. 97.

¹¹⁵ Según el artículo 6º del Decreto N. 4760 de 2005, el plazo de investigación puede ser prolongado hasta el tope máximo autorizado por el artículo 158 del Código de Procedimiento Penal, es decir, ciento veinte días. *Ibidem*, p. 77

¹¹⁶ Alejandro Aponte Cardona (Área de Justicia), *El proceso penal especial de Justicia y Paz: Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, Monográfico nº 2, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, 2011, p. 169.

En el año 2006 la Corte Constitucional abordó la cuestión del término de los sesenta días de la etapa que se comenta.¹¹⁷ Para los demandantes, el término era inconveniente por cuanto en Justicia y Paz, la Fiscalía General de la Nación tendría menor capacidad investigativa que la prevista en el procedimiento penal ordinario, en el que los plazos establecidos son considerablemente más amplios y apropiados para las actuaciones que en el transcurso de los mismos se deben realizar.

La Corte Constitucional consideró que la norma no afectaba el derecho de las víctimas a la búsqueda de la justicia y la verdad, pues aquella hacía parte de una estructura particular que no debía ser comparada con el procedimiento ordinario. Además, aclaró que el término de los sesenta días comienza a correr desde la audiencia de formulación de imputación, mas no desde el momento en que se recibió la versión libre.¹¹⁸ Por tanto, el/la fiscal tendría, desde la versión libre, la obligación de investigar y recolectar información, con miras a determinar la probabilidad de certeza de los actos cometidos por el postulado.

A pesar de lo estimado por la Corte Constitucional, es importante resaltar que, de hecho –y de cara al momento actual–, independientemente del tiempo estipulado para la etapa de verificación de los hechos imputados, frente a las investigaciones sobre los delitos, existen múltiples dificultades para determinar las circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar de las conductas punibles. Por otro lado, la confesión del postulado en la versión libre no ha sido suficiente para determinar las responsabilidades directas o las víctimas determinadas.

Por tanto, con miras a una eventual reforma del proceso de Justicia y Paz, se debe plantear la pertinencia o no de que la Fiscalía General de la Nación investigue en detalle todas y cada una de las condiciones de modo, tiempo y lugar de diversos crímenes, cuando se cuenta con recursos escasos y se hace imposible en la práctica adelantar estas tareas de averiguación exhaustiva. (Se trata en muchos casos, además, de circunstancias más generales que pueden y deben ser ilustradas por una comisión de verdad, por ejemplo). Además, para la debida ejecución de la Ley, se deberá revisar los términos para el desarrollo de cada una de las etapas procesales, que dadas las especiales características del proceso deberán ser perentorios y de corta duración reforzados con las responsabilidades penales y disciplinarias a las que hubiera lugar ante su inobservancia injustificada.

Ante la falta de regulación de esta materia en la ley al haber sido un desarrollo jurisprudencial sería conveniente su reconocimiento legal.

¹¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa y otros.

¹¹⁸ *Ibidem*.

c) Audiencia de formulación de cargos

Como se señaló en apartados anteriores, la audiencia de formulación de cargos forma parte de aquellas llamadas audiencias preliminares.¹¹⁹ En la misma, realizada ante el/la magistrado(a) de control de garantías del Tribunal Superior del Distrito Judicial, éste/esta debe verificar el contenido del escrito de acusación presentado por la Fiscalía General de la Nación General y, posteriormente, el imputado podrá o no aceptar los cargos formulados.¹²⁰ Si decide aceptar dichos cargos, el imputado continuará dentro del proceso de Justicia y Paz y podrá aceptarlos parcialmente, caso en el cual, los no aceptados serán remitidos a la justicia penal ordinaria. En este sentido, el artículo 19 de la Ley 975 de 2005 establece que en la audiencia de formulación de cargos, el imputado podrá aceptar aquellos cargos presentados por la Fiscalía General de la Nación, como consecuencia de la versión libre o de las investigaciones en curso al momento de la desmovilización.

De esta manera, al aceptar los cargos, y declarada su legalidad, el/la magistrado(a) de control de garantías enviará la actuación a la secretaría de la sala que tenga las funciones de conocimiento.¹²¹ Por ello, aceptar cargos constituye primordialmente una ratificación de aquellos hechos imputados.

La Sala de Casación Penal, en auto del 21 de septiembre de 2009, estimó 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, advirtiendo que el control a realizar sobre los cargos formulados es no sólo formal, sino material y, desde luego, no se limita a verificar que la aceptación de los mismos por parte del postulado es libre, voluntaria, espontánea y asistido por su defensor”.¹²²

d) Aceptación parcial de cargos

Debe aclararse que el imputado podrá aceptar la totalidad o sólo una parte de los cargos formulados. En este caso, si los reconociera parcialmente, se declarará la ruptura de la unidad procesal y sólo se tramitarían a través del procedimiento de Justicia y Paz aquellos reconocidos. Ello significa que la investigación y el juzgamiento de los cargos no aceptados, habrán de regirse por la ley vigente al momento de la comisión de los hechos.

¹¹⁹ El control que deben realizar los magistrados en función de control de garantías en la audiencia de formulación de cargos, según lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, se debe limitar a verificar el contenido del escrito de acusación, a establecer si se ha satisfecho, de manera razonable, el presupuesto de tipicidad estricta de las conductas punibles y a determinar si se han precisado las categorías de atribución subjetivas en las que incurrió el desmovilizado.

¹²⁰ En el escrito de acusación se identifica y describe el GAOML, se individualiza el desmovilizado, se relatan los hechos jurídicamente relevantes y los daños causados con ellos, se describen los bienes y recursos efectuados con fines de reparación y se indican los elementos de conocimiento que soportan la formulación de cargos, debiéndose precisar, además, si se trata de hechos sistemáticos, generalizados o hechos ocurridos en combate.

¹²¹ Hoy en día dicha función corresponde a la sala de conocimiento del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá.

¹²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 32022, 21 de septiembre de 2009, , M.P: Sigifredo Espinosa Pérez.

Esta posibilidad resulta viable, pues la Sala de Casación Penal ha considerado que, a partir de la confrontación con la realidad colombiana, así como existen imputaciones parciales, pueden darse aceptación de cargos parciales e incluso sentencias parciales. Ello, teniendo en cuenta criterios de razonabilidad que la Fiscalía General de la Nación deberá exponer en cada caso.¹²³

Es importante poner de manifiesto, de otro lado, que la Sala de Casación Penal se pronunció en auto del 24 de marzo de 2010, sobre el hecho de si la aceptación parcial de cargos constituía una afectación a los derechos de las víctimas.¹²⁴ En este sentido, afirmó que el objetivo de dicha medida residía precisamente en facilitar los procesos de paz y de reinserción, de acuerdo con el artículo primero de la Ley 975, así como brindar celeridad y operatividad a la labor de la Fiscalía General de la Nación.

Con respecto al juez competente para presidir la formulación de cargos, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que se agota la intervención del/la magistrado(a) de control de garantías, cuando el desmovilizado se hubiere pronunciado en audiencia, sobre los hechos en la formulación de cargos, “de suerte que lo aceptado debe ser enviado a la Secretaría de la Sala del Tribunal Superior del Distrito Judicial a la que corresponda su conocimiento”.¹²⁵

La Corte Suprema de Justicia ha señalado, por lo tanto, que el/la juez competente para conocer de esta etapa, es el/la magistrado(a) de control de garantías, puesto que existen unos objetivos delimitados por la ley según los cuales aquella debe diferenciarse de otras etapas dentro del proceso.¹²⁶ Mientras que, por otro lado, la función de la Sala de Conocimiento consiste en convocar la audiencia pública donde se verificará la legalidad de los hechos imputados, “lo que equivale a un control de legalidad material, vale decir, del análisis de la coherencia de los cargos con la denominación jurídica hecha por la Fiscalía General de la Nación”.¹²⁷ Además, igualmente, de constatar que dicha aceptación de cargos por parte del desmovilizado fue libre y voluntaria.

¹²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 33665, 24 de marzo de 2010, , M.P: José Leonidas Bustos Martínez.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ La Corte Suprema de Justicia, en auto del 21 de septiembre de 2009, estimó que, entre otros, en la audiencia de formulación de cargos se debe: (i) identificar y describir al grupo al margen de la ley y las condiciones de desmovilización del imputado; (ii) la individualización del desmovilizado; (iii) realizar una relación clara y sucinta de cada uno de los hechos jurídicamente relevantes que se imputen directamente al desmovilizado; y (iv) relacionar clara y sucintamente los daños que la organización armada al margen de la ley colectivamente hubiere causado, circunscritos a los cometidos dentro del marco temporal y espacial. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 21 de septiembre de 2010, radicado nº 32022, M.P. Sigifredo Espinoza.

¹²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 33665, 24 de marzo de 2010, , M.P: José Leonidas Bustos.

Problemas propios de la audiencia de formulación de cargos

Acumulación de procesos parciales en la formulación de cargos

Como se reseñó anteriormente, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido una posición ambivalente, según la cual resulta necesario, para poder proseguir con la etapa de acusación, que en la audiencia de formulación de cargos se unifiquen las imputaciones que se hubieren realizado de manera parcial. Así, en auto del 9 de diciembre de 2009, la Sala de Casación Penal afirmó que aquello resultaba imprescindible “con miras al proferimiento de sentencias únicas e integrales”.¹²⁸ Allí, en consonancia con lo expuesto en un anterior pronunciamiento, del 21 de septiembre de 2009, señaló que “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”.¹²⁹

No obstante, con posterioridad, la Sala de Casación Penal evolucionó¹³⁰ y en el auto de 14 de diciembre de 2009, enfatizó la posibilidad de proseguir con las demás etapas procesales, aun cuando no se hubiere realizado formulación de cargos total, pues de lo contrario se afectaría la “reconstrucción conjunta de un cruento cuadro histórico de la realidad colombiana”.¹³¹ Se agrega, además, que de no permitirse el avance en las demás etapas en el proceso, se vulnerarían los principios de Justicia y Paz que precisamente se enmarcan en un contexto de justicia transicional. Como consecuencia de ello, se resalta la posibilidad de expedir o dictar sentencias parciales. Se entiende, por su puesto y lo reafirma la Sala en la parte final del auto del 11 de marzo de 2010, es de una medida de carácter excepcional, la posibilidad de dichas sentencias parciales. Pero es la única manera lógica de entender el proceso y de agilizarlo, pues, como se dice, si se aceptan imputaciones parciales, los mismos argumentos obran en función de la aceptación del carácter parcial de las otras instancias y de la sentencia.

e) La audiencia de verificación de la aceptación de cargos

De acuerdo con el artículo 19 de la Ley 975 de 2005, una vez realizada la audiencia de formulación de cargos, el/la magistrado(a) con función de control de garantías debe enviar lo actuado a la secretaría de la sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial a la que corresponda su conocimiento. Una vez recibida la actuación, la Sala de Conocimiento debe convocar a audiencia pública de verificación de aceptación de los cargos, “para examinar si la aceptación de cargos ha sido libre, voluntaria, espontánea y asistida por su defensor”.¹³²

¹²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado N. 32903, 9 de diciembre de 2009, M.P: José Leonidas Bustos Ramírez.

¹²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 3022, 21 de septiembre de 2009, M.P: Sigifredo Espinosa Pérez.

¹³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 33301, 11 de marzo de 2010, M.P: Alfredo Gómez Quintero.

¹³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 32575, 14 de diciembre de 2009, M.P: María del Rosario González de Lemos.

¹³² Artículo 18 de la Ley 975 de 2005.

Sobre esta audiencia, la Corte Constitucional ha señalado que, en la misma, “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”.¹³³ De esta forma, esta audiencia se convierte en una etapa donde el/la juez de conocimiento evalúa “la calificación jurídica (adecuación típica) de los hechos por los cuales se condenará al postulado, en donde también se deben valorar los elementos de prueba que permiten inferir la responsabilidad penal. En consecuencia, la intervención de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz no se puede limitar a la de ‘simple avalista’ de los cargos aceptados por el postulado, ya que en esa construcción conjunta de la verdad la administración de justicia está en la obligación de verificar, ya sea por iniciativa propia o en virtud de la controversia que planteen los intervinientes –en especial las víctimas y el Ministerio Público–, que la adecuación típica realizada corresponde con la realidad”.¹³⁴

Problemas propios de la audiencia de verificación de la aceptación de cargos

Es importante reseñar dos aspectos fundamentales sobre la audiencia de verificación de la aceptación de cargos, que inciden en el desarrollo mismo del proceso de Justicia y Paz; a saber: la pertinencia de esta etapa y las discusiones legales que se generan en la misma. En este sentido, sobre el primer aspecto, tal como ocurre con la audiencia de formulación de cargos, no se explica la pertinencia de duplicar los trámites en Justicia y Paz, en el sentido de que, en un primer momento, el/la juez de control de garantías debe controlar la legalidad de la formulación de cargos, mientras que en un segundo momento el/la juez de conocimiento debe verificar la legalidad material de los cargos. Este es un problema central.

Así, no se explica por qué los objetivos de la audiencia de formulación de cargos y aquellos de la verificación de la aceptación de cargos no se pueden realizar en un único momento y ante un mismo juez. Esto adquiere relevancia, por su parte, al poner de manifiesto dos cuestiones transversales a la luz de las cuales la duplicidad de trámites pierde sentido. En primer lugar, el hecho de que todo el proceso de justicia transicional concebido a partir de la Ley 975 de 2005, está fundamentado sobre la voluntad de los postulados para contribuir efectivamente hacia la paz y garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral; en este sentido, si los cargos formulados parten de la versión libre del postulado, no se explica por qué se requieren tantos momentos procesales para discutir la aceptación de cargos, verificar su legalidad y discutir la imputación, por citar algunos casos.

Son éstas cuestiones las que alargan innecesariamente el proceso y que bien podrían ser discutidas en una misma audiencia. Esto exigiría, por supuesto, mayor cooperación interinstitucional y de todos los intervinientes en el proceso – como lo son la Fiscalía

¹³³ Corte Constitucional, Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y otros.

¹³⁴ Alejandro Aponte Cardona (Área de Justicia), *Tercer informe, Parte I - El proceso penal de Justicia y Paz desde la práctica cotidiana: síntesis y diagrama de flujo*, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, septiembre de 2010, p. 35.

General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público, los representantes de víctimas y el mismo postulado - para preparar mejor las audiencias, darles mayor puntualidad, discutir de forma apropiada y organizada aquellas cuestiones que a juicio de las víctimas sean más relevantes, y delimitar de forma apropiada los contenidos a discutir y los espacios para realizar estas discusiones.

La segunda cuestión transversal, por su parte, es el hecho obvio de que, mientras las audiencias se dispongan en Justicia y Paz, más largo será el proceso, mayores recursos serán necesarios para su desarrollo y mayores posibilidades se abren para interponer recursos, entre otros aspectos. Ello choca con un proceso especial y transicional como lo es el de la Ley de Justicia y Paz.

Por otra parte, el problema generado en la audiencia de verificación de la legalidad de los cargos, con respecto a las discusiones que se han planteado en esta etapa, hace referencia a que, en la práctica, este momento procesal se ha convertido en una especie de “juicio”, con la particularidad, empero, de que la contradicción no se da realmente entre la defensa y el ente acusador, sino entre este último y los representantes de las víctimas. “Adicionalmente, los debates que se suscitan en ésta han abarcado aspectos que exceden lo directamente relacionado con la responsabilidad penal del postulado e incluyen temas macro, sobre desmovilización, rearme, acciones generales de la Fuerza Pública, situación actual de orden público e incluso sobre la actuación institucional de entidades estatales diferentes a la Fiscalía General de la Nación General de la Nación”.¹³⁵ Son temas que exceden los límites propios del proceso penal, lo cual, además, se manifiesta posteriormente en la sentencia.

Al respecto, la Fiscal General de la Nación consciente de la existencia del problema aquí formulado y sobre la necesidad de darles pronta solución propone en el Proyecto de Ley 096/11 (Cámara) que la formulación de cargos se realice ya no ante el funcionario encargado del control de garantías sino ante la sala de conocimiento, en una audiencia concentrada de formulación y aceptación de cargos, en la que, en caso de que el postulado acepte los cargos, se realizará también el control de legalidad y se anunciará el sentido del fallo. Con el mismo fin de reducir etapas y tiempos procesales, se elimina del artículo 13 el numeral sexto del texto original, relativo a la formulación de cargos, por considerar que ella debe efectuarse ante la sala de conocimiento y no ante el magistrado de control de garantías.

Si bien es cierto, que pasar de cuatro audiencias a dos reduce significativamente los tiempos, también lo es que se deben reforzar las garantías para que el postulado y su defensa ejerzan oportuna y eficazmente la defensa y la contradicción. En este sentido, estos sujetos deberán conocer con anterioridad los hechos por los que se les formulara imputación en audiencia y puedan prepararse para ella.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 36.

3. Problemas comunes a las diversas etapas del proceso penal especial de Justicia y Paz

A pesar de la estructura procesal aparentemente coherente y sencilla de la Ley 975 de 2005, relatada con antelación, las cifras de la Fiscalía General de la Nación a marzo de 2011, sobre el número de postulados que se encuentran cursando o han cursado cada una de las diferentes etapas del proceso, evidencian la necesidad de reformarlo, con el fin de darle agilidad y así garantizar con mayor eficacia los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. En este sentido, por ejemplo, durante la vigencia de la Ley de Justicia y Paz, a marzo de 2011: a) la Fiscalía ha presentado escrito de solicitud de audiencia de imputación de cargos contra 405 postulados; ha formulado solicitud de audiencia de formulación de cargos contra 174 postulados y ha presentado cargos en 91 casos hallándose los postulados a la espera de la realización de la audiencia de control de legalidad; b) por su parte, los órganos judiciales de Justicia y Paz, sólo han celebrado audiencias de legalización de cargos a 23 postulados¹³⁶; han cursado el incidente de reparación integral con cuatro postulados y sentenciado a cuatro personas en Justicia y Paz.

De las cifras expuestas, se desprende que, a medida que avanzan las etapas del proceso, la disminución de postulados que han terminado cada fase, es sustancial. Así, por ejemplo, de la totalidad de 405 postulados a quienes se les presentó escrito de solicitud de audiencia de imputación, tan sólo cuatro cuentan con sentencia –tres de las cuales, por lo demás, son parciales.

Una primera consideración crítica, común a todas las etapas procesales (tal como se señaló en el capítulo anterior), es la constante dificultad que se presenta para cumplir los distintos plazos consagrados en la Ley 975 de 2005, y normas complementarias. Por tanto, aun cuando los plazos en Justicia y Paz deben ser perentorios, en la práctica se constata que los mismos son continuamente prorrogados, la mayoría de las veces por “la cantidad de hechos que se deben investigar, la complejidad de las versiones rendidas por los postulados, la pluralidad de víctimas, los diversos tipos de dificultades logísticas (problemas de coordinación para el traslado de los procesados desde los sitios de reclusión, dificultades con la adecuación técnica de las salas de audiencia para la retrasmisión de las diligencias, etc.) y, además, los problemas que en líneas generales aquejan a la administración de justicia en Colombia”.¹³⁷

A esto se suma, como ya se ha dicho, la constante rotación y designación de nuevos fiscales en Justicia y Paz, que demora el cumplimiento de los términos mientras los nuevos funcionarios asumen los procesos, así como la falta de funcionarios judiciales –

¹³⁶ Fiscalía General de la Nación, *Gestión de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*, 31 de marzo de 2011. Es importante tener en cuenta, que sobre tres postulados que han completado el trámite del incidente de reparación integral, las sentencias proferidas han sido parciales. De igual forma, la sentencia de uno de estos postulados, la de Jorge Iván Laverde Zapata, al momento de redacción de este informe se encuentra en apelación ante la Corte Suprema de Justicia.

¹³⁷ Alejandro Aponte Cardona (Área de Justicia), *Tercer informe, Parte I - El proceso penal de Justicia y Paz desde la práctica cotidiana: síntesis y diagrama de flujo*, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, septiembre de 2010, p. 23.

en el momento de redacción del presente texto se cuenta tres salas de conocimiento: Medellín, Barranquilla y Bogotá.

Un segundo problema, presente en forma permanente a lo largo de las distintas etapas procesales, es la dificultad que han tenido algunos operadores judiciales para entender y asumir la dinámica propia de un proceso penal especial como es el de Justicia y Paz, frente al proceso penal ordinario. De esta forma, se ha perdido un valioso tiempo en discutir, en diversas instancias y por diferentes apelaciones de autos, las diferencias propias de los procesos creados en las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, con respecto al regulado en la Ley 975 de 2005. Así, en ciertas ocasiones se ha olvidado que este último responde a un modelo de derecho penal especial, como mecanismo concreto de justicia transicional y con su propia especificidad, hasta el punto de forzarlo para que obedezca o siga criterios propios del proceso penal ordinario, en un marco supuesto de paz consolidada cuando la realidad es que esa paz no existe y por ende los parámetros no pueden ser los que se pretenden.

En esta dirección y como un tercer aspecto que ha dificultado el avance de las distintas etapas del proceso concebido en la Ley 975 de 2005, se destaca la recarga, sobre el sistema penal, de competencias que no le corresponden, de forma tal que muchas veces –a pesar de esfuerzos llevados a cabo por la Fiscalía General de la Nación, para reconstruir los contextos de la macrocriminalidad en los que actuaron los miembros de los GAOML, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han realizado exigencias de investigación que son más propias de procesos penales ordinarios o de otros mecanismos de Justicia Transicional.

El sistema penal, a través de Justicia y Paz, asume así cargas que no le corresponden, al menos de forma exclusiva, tales como la construcción exhaustiva de verdad y memoria histórica, o el impulso de modelos con ajustes y gastos en materia de política social, particularmente a través del incidente de reparación y de la sentencia. En esta situación el/la juez penal se ve abocado(a) a asumir tareas propias de otras instancias ajenas al proceso penal, lo que puede incidir negativamente en el resultado; mientras que diversas dependencias del poder ejecutivo, no asumen dichas tareas más ligadas a una política general de reparación, que a la ejecución de las resoluciones judiciales, las disfunciones se mantendrán. Es de esperar que se implementen sistemas de correspondencia y complemento, en la perspectiva de la reparación, entre la Ley de Justicia y Paz y la Ley 1448 de 2011, llamada Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, para erradicar dichas disfunciones.

Es importante poner de manifiesto que los operadores jurídicos han ideado diversas soluciones para contrarrestar –en mayor o menor medida–, algunas de las dificultades anteriormente descritas. Así, por ejemplo, uno de estos recursos ha sido el realizar versiones libres, imputaciones y formulaciones de cargos colectivos, con el fundamento de que los hechos delictivos son responsabilidad de grupos colectivos, mas no de un solo individuo, atendiendo a la idea de *coparticipación criminal*.

En este sentido, el que las actuaciones se realicen de manera conjunta supone evitar la duplicidad de las diligencias y actuaciones, un mayor ahorro de tiempo y de esfuerzos

institucionales, así como menores desgastes para las víctimas porque, con ello, se elimina la posibilidad de que asistan a diferentes diligencias y actuaciones judiciales para escuchar de distintos postulados una misma versión, o versiones disímiles respecto de un mismo hecho. La realización de audiencias colectivas también supone un uso apropiado del principio de economía procesal.

Las referidas diligencias colectivas, como ya se ha dicho en el capítulo anterior, deben servir para la articulación de las investigaciones y la puesta en marcha de una estrategia sistemática de persecución que permita comprender y afrontar con solvencia el fenómeno macrocriminal. Es a través de estas de este tipo de actuaciones como se puede comprender mejor la génesis, constitución o formación, así como la estructura, línea de mando y prácticas generalizadas de la organización armada ilegal, aportando así al derecho a la verdad de las víctimas.

Otro mecanismo que se ha ideado para contrarrestar las dificultades que se presentan en las distintas etapas del proceso, han sido las imputaciones parciales, tratadas anteriormente.

Así mismo, otras soluciones que se han planteado, por lo menos desde agencias que siguen el proceso y sobre las cuales hay consenso –algunas de las cuales han sido implementadas mientras que otras no–, son, para citar algunos casos: (i) diseñar una estrategia global de investigación de los distintos procesos; (ii) “*mejorar el proceso de selección de postulados y casos a imputar*, haciendo énfasis en casos emblemáticos y postulados con posiciones claves en la estructura del GAOML, contribuyendo a una mejor visibilización de los patrones de victimización y de daños colectivos causados”; (iii) “*unificar los criterios para la tipificación de conductas delictivas*, de tal manera que se logre más congruencia en la forma como la Fiscalía imputa las conductas delictivas, asunto mucho más evidente a causa de la confusión conceptual sobre la tipificación de crímenes internacionales y su imputación (material)”; (iv) mejorar la coordinación inter-institucional e intra-institucional de los diferentes procesos; (v) “*garantizar la preparación adecuada de las audiencias*, especialmente frente a la víctimas garantizándoles la debida asignación de defensores, pues muchas veces la falta de representación de víctimas ha generado demoras en el desarrollo de las audiencias”; y (vi) mejorar la cooperación judicial entre Colombia y los Estados Unidos en los casos de los postulados extraditados.¹³⁸

4. Fusión de audiencias

Si bien la Corte Suprema de Justicia ha resaltado la importancia de la audiencia de formulación de cargos y su diferenciación del posterior control de legalidad de la aceptación de dichos cargos, en la práctica la diferencia no se ha materializado lo suficiente, por lo que –con miras a la reforma del proceso de Justicia y Paz–, se cuestiona la pertinencia de esta etapa. Lo anterior adquiere más relevancia si se considera que algunas audiencias de formulación de cargos se han prolongado largo

¹³⁸ Kai Ambos, *Procedimiento de la Ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional*, GTZ, Bogotá, 2010, p. xx y ss.

tiempo, mientras que en las mismas se repiten exposiciones e intervenciones que han tenido lugar en etapas anteriores, como por ejemplo en la formulación de imputación.

Un ejemplo concreto tuvo lugar con ocasión de la formulación de cargos de un postulado perteneciente al Bloque Central Bolívar. Al postulado le fue formulada la imputación por aproximadamente 9 hechos, sobre los cuales se formularon cargos en febrero de 2010. Durante esta última audiencia, por su parte, se constató que la exposición metodológica presentada por el/la fiscal, que incluía, entre otros, la génesis del grupo, requisitos de elegibilidad y estructuras a las cuales perteneció el postulado, fue casi la misma que la realizada en la formulación de imputación. Esto, en razón a que la misma jurisprudencia ha establecido exigencias muy similares para todas las audiencias en el marco del proceso de Justicia y Paz. En este sentido, es fundamental replantear este tipo de exigencias y que, en un minucioso seguimiento del principio de economía procesal, se limiten estos requerimientos con el fin de evitar duplicidad de actuaciones.

5. Otras audiencias

El artículo 13 de la Ley 975 de 2005, contempla la posibilidad de realizar audiencias preliminares, distintas a las anteriormente referidas, que atienden a propósitos propios dentro del esquema general del proceso penal especial de Justicia y Paz.¹³⁹ Algunas de las audiencias en alusión, son aquellas donde se tramita (i) 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, (ii) la adopción de medidas para la protección de víctimas y testigos, (iii) la solicitud y la decisión de imponer medida de aseguramiento y (iv) la solicitud y la decisión de imponer medidas cautelares sobre bienes. Ahora bien, por su importancia práctica, a continuación se hará referencia a las últimas dos audiencias preliminares reseñadas, con el propósito de establecer algunas dificultades prácticas suscitadas en las mismas.

Con el fin de agilizar todas estas audiencias y trámites, la actuación de los órganos colegiados de enjuiciamiento que se proponen, será determinante en este ámbito.

a) Audiencia de solicitud y decisión de medida de aseguramiento

El numeral 3 del artículo 13 de la Ley 975 de 2005, establece que la solicitud y la decisión de imponer medida de aseguramiento, se realiza a través de una audiencia preliminar. No obstante, valga aclarar que la solicitud de esta medida puede darse en el marco de la audiencia de formulación de imputación o en audiencia separada.¹⁴⁰ Ahora bien, para que pueda proceder la solicitud de medida de aseguramiento, es necesario que aquella responda a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

¹³⁹ Artículo 13 de la Ley 975 de 2005.

¹⁴⁰ De acuerdo con el artículo 18 de la Ley 975 de 2005, en la audiencia de formulación de imputación, el/la fiscal tiene la competencia de solicitar “al magistrado disponer la detención preventiva del imputado en el centro de reclusión que corresponda”.

Por su parte, en cuanto a las características de estas medidas, debe resaltarse su excepcionalidad y tener en cuenta lo previsto para tal efecto en el Código de Procedimiento Penal, toda vez que dicha medida es procedente en los casos descritos en el artículo 313 de dicho Código.¹⁴¹ Así, en auto el 9 de febrero de 2009, la Sala de Casación Penal determinó que los/las magistrados(as) deben constatar si de los elementos materiales de prueba ofrecidos por los/las fiscales, realmente se infiere razonablemente la probable autoría o participación del imputado, respecto de cada uno de los delitos que supuestamente sustentan la imposición de la medida.

A su vez, la Sala también ha señalado que no podría imponerse medida de aseguramiento, de configurarse las siguientes hipótesis: (i) la decisión carece totalmente de motivación, al omitirse las razones de orden fáctico y jurídico que sustenten la decisión; (ii) la fundamentación es incompleta, esto es, el análisis que contiene es deficiente, hasta el punto de que no permite su determinación; (iii) la argumentación que contiene es ambivalente, lo que quiere decir que esté sustentada en argumentaciones contradictorias o excluyentes, las cuales impiden conocer su verdadero sentido; o (iv) la motivación es aparente.¹⁴²

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, en otros pronunciamientos, ha considerado que la medida de aseguramiento no reviste un carácter excepcional, sino un paso lógico en el marco del procedimiento de Justicia y Paz. Así, por ejemplo, en auto del 9 de diciembre de 2010, se diferenció la medida de aseguramiento en la jurisdicción penal ordinaria de aquella impuesta en Justicia y Paz. En la primera, se da la excepcionalidad puesto que sólo procede de verificarse los supuestos de ley, mientras que la segunda “no solo es la única medida aplicable y se impone en todos los casos por disposición legal, sino que ciertamente dicha privación de la libertad es una anticipación de la pena que inexorablemente se impondrá en dicho proceso (...) en esta clase de procesos, la detención preventiva tiene una íntima relación con los derechos de las víctimas, ya que frente a la inminencia de que el tiempo previo a la condena que el desmovilizado permanece privado de la libertad, va a ser una parte de dicha pena, ya sea la alternativa o la ordinaria, las víctimas ven reflejadas en dicho período una parte del derecho que tienen a que el Estado investigue, capture y sancione a sus victimarios por las conductas punibles mediante las cuales fueron victimizadas”¹⁴³ y en auto de abril de 2011 insiste en que los objetivos de la medida de

¹⁴¹ En este mismo sentido y como añade el artículo 313 en el texto citado, procederá la medida “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”.

¹⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 30942, 9 de febrero de 2009, M.P: María del Rosario González de Lemos.

¹⁴³ Sobre este asunto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que en el proceso ordinario, regido por la presunción de inocencia, está latente la posibilidad de absolución y, por tanto, se le colocan límites a la detención preventiva. Sin embargo, en el proceso regulado por la Ley 975 de 2005, el desmovilizado, al solicitar su inclusión en el trámite para ser beneficiario de una pena alternativa a partir de la confesión de los delitos cometidos durante su accionar armado, “ha renunciado a la presunción de

aseguramiento previsto en el Código de Procedimiento Penal no tiene el mismo alcance y dimensión en el proceso transicional.¹⁴⁴

b) Medidas cautelares

Medidas personales

La aplicación de la medida de aseguramiento no ha estado exenta de debates, en el contexto del proceso penal de Justicia y Paz. La discusión más relevante sobre esta medida, por su incidencia práctica, es si resulta necesario imponerla por cada delito imputado a un postulado que ha confesado gran cantidad de delitos que hacen procedente la detención preventiva.

La Sala de Casación Penal, en auto del 9 de diciembre de 2010, estimó como necesaria la medida de aseguramiento para cada delito imputado, puesto que cada víctima debería saber que el desmovilizado está privado de la libertad por los actos delictivos que se cometieron contra ella. Además, de no imponerse la detención preventiva por cada delito imputado podría suceder que al modificarse la prueba en relación con la imputación inicial, se abra el espacio para una eventual revocatoria de la medida de aseguramiento, lo cual supondría una afrenta a los derechos de las víctimas.¹⁴⁵

Ante esto, se han generado debates a propósito de dicha concepción, pues el hecho de tener que imponer medidas de aseguramiento por cada delito que se le imputa al postulado, además de atentar contra el principio de economía procesal, ha dilatado dichas audiencias que tienen un carácter preliminar y generado incertidumbre sobre cómo proceder al momento de solicitar y de ordenar la detención preventiva. De hecho, en el mismo auto mencionado, que resuelve el recurso de apelación por la denegación de la medida adicional de aseguramiento por parte el/la magistrado(a) de control de garantías, adujo éste último que la medida no resultaba necesaria, pues el desmovilizado ya soportaba medida cautelar privativa de la libertad en la imputación inicial.

La cuestión planteada por la Corte Suprema de Justicia colombiana, ha sido ampliamente debatida en otros sistemas judiciales y presenta perfiles delicados por los resultados que puede producir, si no se toman las medidas adecuadas que eviten problemas de interpretación contradictoria.

Es claro que, cada hecho criminal de la naturaleza de los que aquí se tratan merece un reproche penal independiente y por ende, cada delito contra la vida debe tener una pena independiente en concurso real con todas las demás impuestas por otros tantos crímenes de similar naturaleza.

inocencia, que en el proceso ordinario pervive hasta la ejecutoria de la sentencia condenatoria y se enfrenta a la seguridad ineluctable de que se le impondrá una pena, a menos que sea excluido del proceso transicional". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 34606, 9 de diciembre de 2010, M.P: José Leonidas Bustos Martínez.

¹⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 36015, 27 de abril de 2011, M.P: Fernando Alberto Castro.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

En tales casos, cuando se trate de la adopción de medidas de aseguramiento personal (prisión preventiva) la decisión, cuando fuere estimativa, debería ser la misma, tanto por cumplimiento de los requisitos, como por razones de política criminal y reparación a las víctimas.

No obstante deben hacerse algunas consideraciones:

i) Cuando la investigación se produce en un solo procedimiento por todos los hechos, la cuestión no presenta dificultad, ya que tan solo existirá una medida y el abono del tiempo privado de libertad en sentencia, será en ese mismo ámbito;

ii) Cuando existen varias investigaciones en diferentes jurisdicciones y se decreta la medida de aseguramiento en este proceso especial y en otro ordinario por hechos diferentes: no habrá acumulación de tiempo y en cada caso se cumplirá la pena que corresponda con el abono particular de tiempo de la medida cautelar a la pena que se imponga, en cada caso;

iii) cuando en el marco de una misma jurisdicción como la de justicia y paz, se tramiten dos o más procedimientos contra una misma persona por hechos diferentes, en virtud de la doctrina de las imputaciones parciales, podrían adoptarse medidas cautelares en cada proceso, pero teniendo presente que el tiempo en prisión preventiva no podrá ser mayor al tiempo máximo de condena ni el abono que se haga podrá superar el total de pena que pueda imponerse (ocho años) aunque esta fuere menor. En este ámbito y con el fin de evitar duplicidades sería más operativo que, adoptada la cautelar en un proceso, no se adoptara en los demás, explicando las razones y exigiendo que, antes de cualquier modificación de la cautelar existente, y, siempre que nos movamos dentro del tiempo máximo de pena (ocho años) se comunique la situación para que el Fiscal solicite la medida ante el juez de garantías, en el otro proceso;

iv) en el caso de que el imputado, fuera expulsado del procedimiento y remitido a la jurisdicción ordinaria, el tiempo privado de libertad por aplicación de medidas cautelares, deberá abonarse a la pena que le corresponda en aquel en el que se hubiere adoptado;

v) si a pesar de sugerirse que no se adopten medidas cautelares en todos los casos (iii) se hubieren adoptado en varios, cuando pierda el derecho a la pena alternativa (hasta 8 años) dado que en justicia y paz tan solo existe un procedimiento, aunque con imputaciones parciales, y una sola pena máxima, no debería de abonarse en los demás en los que resultare condenado, para no resultar beneficiado en forma más ventajosa que lo habría sido en la jurisdicción ordinaria.

Medidas sobre bienes (reales)

Como se señaló con anterioridad, la audiencia de imposición y decisión de medidas cautelares sobre bienes, se encuentra contemplada, como una audiencia de carácter

preliminar, en el artículo 13 de la Ley 975 de 2005. Dicha audiencia, por su parte, tiene especial relevancia dentro del proceso de Justicia y Paz, puesto que la posibilidad de establecer medidas cautelares sobre bienes, ayuda a garantizar el derecho a la reparación de las víctimas. En palabras de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, “la imposición de medidas cautelares que cobijen a los bienes ofrecidos para la reparación de las víctimas, (...) está en estrecha vinculación con los derechos de las víctimas a obtener una reparación integral, especialmente en lo que toca con la restitución, a fin de que las cosas regresen a su estado original previo al de la violación, y al de recibir una indemnización que compense económicamente el daño causado (...) porque sólo a través de la imposición de tales medidas sobre los bienes ofrecidos se logra el cometido de garantizar que salgan de la esfera de disponibilidad del desmovilizado”.¹⁴⁶

En este sentido, las medidas cautelares tienen el fin de garantizar los efectos de la sentencia, específicamente en cuanto a la decisión sobre el incidente de reparación integral, al evitar que los postulados dispongan de los bienes objeto de reparación.¹⁴⁷

El artículo 15 del Decreto 4760 de 2005 reglamenta la imposición de medidas cautelares en el proceso de Justicia y Paz, estableciendo para tal efecto que el/la fiscal delegado(a) debe solicitarlas una vez establecidos los bienes del postulado. Acto seguido, dichas medidas deberán ser adoptadas “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”. De igual forma, el artículo que se comenta consagra, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, el deber de “adelantar las investigaciones y cruces de información que sean conducentes para determinar la existencia, ubicación y estado de todos los bienes cuya titularidad real o aparente corresponda a miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley y podrá solicitar al magistrado de control de garantías la adopción de medidas cautelares sobre los mismos”.¹⁴⁸

La imposición de medidas cautelares sobre bienes ofrecidos por los postulados para la reparación de las víctimas, no ha estado exenta de discusiones. De hecho, el tema de los bienes es uno de los más críticos y problemáticos e incide directamente sobre la reparación. A las dificultades de todo tipo ligadas a los miembros de las organizaciones ilegales, en cuanto a la escasa colaboración en la entrega de bienes, no se pueden agregar dificultades o trabas jurídicas inconsistentes con la lógica transicional. Un primer asunto que interesa poner de manifiesto, es aquel generado alrededor de los requisitos que debe acreditar el/la fiscal, ante el/la juez de control de garantías, con el fin de solicitar la imposición de medidas cautelares sobre bienes ofrecidos por los

¹⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 27873, 23 de agosto de 2007, M.P: María Rosario González de Lemos.

¹⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 33257, 24 de marzo de 2010, M.P: Javier Zapata Ortiz.

¹⁴⁸ Artículo 15 del Decreto 4760 de 2005.

postulados, cuando los mismos hubieren sido vendidos bajo presión, por debajo de su precio real, o se encontraren en cabeza de terceros de manera simulada.

Sobre este asunto, la Sala de Casación Penal ha señalado que –precisamente por el carácter de urgente de las medidas cautelares, cuyo propósito es sacar los bienes del comercio evitando que se comercialicen-, no se puede exigir que la Fiscalía General de la Nación realice “un detallado estudio respecto de la simulación de cada predio, de su carácter de lícito o ilícito, o de las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se realizó la tradición del bien o su negociación, pues entonces se haría nugatoria la medida”.¹⁴⁹ Ahora bien, la Sala también precisó sobre este punto que “no debe confundirse la sumariedad con la superficialidad”; así, “si bien es cierto que el magistrado de Control de Garantías ha de efectuar el juicio de verificación sobre los documentos llevados a su conocimiento, no está exonerado de hacer dicho análisis con prudencia y ponderación, verificando que dicho material reúna los requisitos mínimos (...) exigidos por la ley”.¹⁵⁰ Estos temas deben ser reglamentados en detalle en la reciente Ley de Víctimas, de tal forma que se aprovechen los avances de Justicia y Paz, al mismo tiempo que se eviten los mismos errores que en este proceso se han cometido.

Al respecto, es plausible la iniciativa de la Fiscal General de la Nación que ante la ausencia de una regulación específica en la Ley 975 de 2005 sobre la clase de bienes que pueden ser afectados o gravados dentro del proceso de justicia y paz y sobre el procedimiento que debe seguirse para lograr el aseguramiento de aquellos bienes con vocación de reparación y de restitución de los derechos de las víctimas, plantee que se regulen de manera expresa en la ley estos aspectos. Sin desconocer los significativos avances de la jurisprudencia a partir de los casos sometidos a su examen.

El sentido de regulaciones como estas están dirigidas, principalmente, a afectar prontamente los con vocación de reparación para las víctimas. Pero como bien lo dice, la Fiscal en su exposición de motivos es preciso contar con mecanismos y procedimientos claros y expeditos que permitan de manera efectiva la imposición de medidas cautelares y gravámenes sobre dichos bienes, a efectos de garantizar la reparación de las víctimas.

De acuerdo con el artículo 18 de la Ley 975 de 2005, en la audiencia de formulación de imputación el/la fiscal –además de realizar la imputación de los cargos investigados–, puede solicitar la adopción de medidas cautelares sobre los bienes para efectos de la reparación a las víctimas. Sin embargo, como se vio con anterioridad, dicha solicitud también puede ser tramitada a través de una audiencia preliminar, según lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 975 de 2005.

Así las cosas, ha surgido un debate en el marco del proceso penal de Justicia y Paz, acerca de la posibilidad de que el/la fiscal solicite la imposición de medidas cautelares en audiencia preliminar con anterioridad a la formulación de imputación. Sobre este

¹⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 33257, 24 de marzo de 2010. M.P: Javier Zapata Ortiz.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

aspecto, la Sala de Casación Penal se pronunció en el sentido de sostener la viabilidad de esta solicitud, al considerar que dichas medidas son procedentes aún en los eventos donde no se ha formulado la imputación, “porque afectando de esa manera los bienes ofertados se evita que el postulado o terceras personas en el futuro dispongan de ellos, cosa que no sucede si solamente se entregan los bienes para protección, administración y conservación al Fondo para la Reparación de las Víctimas, medida esta última que ciertamente no extrae del comercio los bienes ni suspende el poder de disposición de los titulares de la propiedad”.¹⁵¹

c) Tiempo para la adopción de medidas cautelares personales y reales

En el ámbito de las medidas de aseguramiento personal y real, debe optarse por una reforma que garantice más el resultado del procedimiento, sin forzar la jurisprudencia sentada en torno a esta cuestión. Así, ante la propuesta de que la FGN asuma la selección de los desmovilizados que aspiran a entrar en Justicia y Paz, esta debe solicitar una audiencia inicial de imputación, en un plazo perentorio no superior a 72 horas presentar los datos, documentos, testimonios grabados del desmovilizado, así como los que reúna en ese plazo ante el juez de garantías y solicitará la medida que corresponda, sin perjuicio de solicitar la ratificación o modificación en cualquier momento y siempre en la audiencia de imputación de cargos. De igual forma deberá solicitar la medida de aseguramiento real inmediata sobre aquellos bienes respecto de los cuales exista un riesgo inminente de desaparición, gravamen o disposición, sin perjuicio de hacerlo posteriormente en todos los demás casos con los requisitos marcados por la ley.

El sentido de estas recomendaciones es, hacer compatible el aseguramiento del seleccionado/a al procedimiento especial, impidiendo su huida o desaparición y prevenir la conservación de los bienes para garantizar que terceros puedan disponer de los mismos, frustrando los derechos de las víctimas. En todos los casos la autoridad judicial deberá verificar la vocación reparadora de los bienes. Aquellos bienes, que después de un estudio técnico se determine que la relación costo–beneficio de su administración, genera una pérdida a cargo del Estado o no pueden ser identificados o individualizados, no deberán ser tenidos en cuenta para reparar pecuniariamente a las víctimas.

¹⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 30442, 3 de octubre de 2010, M.P: Alfredo Gómez Quintero. Es importante señalar que, además de los problemas procesales analizados en el presente capítulo, alrededor de la imposición de medidas cautelares sobre bienes, en el marco del proceso de Justicia y Paz también se han generado debates sobre la restitución de los bienes y la cancelación de títulos. Sin embargo, estas discusiones son estudiadas en un capítulo específico del Informe atinente a líneas jurisprudenciales sobre temas especialmente álgidos.

Capítulo IV

EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL

El mecanismo procesal diseñado por el legislador para discutir lo relativo a la indemnización de los perjuicios, tanto en el Código de Procedimiento Penal (CPP) (artículo 102 y subsiguientes) como en la Ley de Justicia y Paz (artículo 23), es el incidente de reparación integral.

Dada la doble regulación, es preciso tener en cuenta que la legislación especial de la Ley 975 de 2005 prevalece, en lo que concierne a su ámbito específico de aplicación, sobre la general contenida en el CPP. No obstante, también es cierto que los rasgos más generales de una y otra normatividad son bastante semejantes.¹⁵²

Posiblemente la diferencia más relevante entre los dos regímenes, radica en que el trámite previsto en el CPP presupone la emisión, en cuanto al sentido del fallo, de una sentencia penal de carácter condenatorio, mientras que en la Ley 975 de 2005 ello no ocurre. Actualmente el incidente se tramita y decide antes de proferir la sentencia declaratoria de la responsabilidad penal. Este debe sustanciarse y resolverse en el interregno entre la audiencia de control de la legalidad, de la aceptación de los cargos y la audiencia de sentencia e individualización de la pena.

Pero, además, ello es así porque aparte de las distintas penas a que haya lugar (principal, accesorias, alternativa), y de los compromisos de comportamiento adquiridos por los condenados, en el fallo que resuma la actuación (artículo 24 de la Ley 975 de 2005), deben indicarse las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas e incluirse la orden concerniente a la extinción del dominio de los bienes destinados a la reparación.

A la fecha se han llevado a cabo seis audiencias de incidentes de reparación integral en el marco de los procesos penales especiales de Justicia y Paz, la MAPP/OEA monitoreó estas diligencias prestando especial atención a aspectos que van desde temas técnicos, metodológicos, logísticos y hasta observancia de garantías.¹⁵³

¹⁵² Realizando una revisión de las sentencias de la Corte Constitucional sobre el derecho de las víctimas y siguiendo un orden cronológico, se mencionan las siguientes: Sentencias de Constitucionalidad N° 293 de 1995, 163 de 2000, 916 de 2002, 228 de 2002, 805 de 2002, 570 de 2003, 899 de 2003, 014 de 2004 y 114 de 2004, 591 de 2005, 979 de 2005.

¹⁵³ El primer incidente fue el 13 de agosto de 2008, y el postulado, Wilson Salazar alias “El Loro”. El segundo, en el proceso de los postulados Edward Cobos Téllez y Uber Enrique Banquéz, se realizó el 26 de abril de 2010 y extendió hasta el 11 de mayo en la ciudad de Bogotá con tres puntos para la transmisión en Rosas de Mampuján, San Cayetano y Cartagena, en el departamento de Bolívar. El tercero, en el proceso de Iván Laverde alias “El Iguano” empezó el 7 de julio de 2010, ante la Sala de conocimiento del Tribunal de Justicia y Paz de Bogotá, y se extendió por casi tres semanas con transmisión a la ciudad de Cúcuta por 32 hechos delictivos. Y el cuarto se realizó los días 24 y 29 de junio del 2011 en el proceso de Aramis Machado ante la Sala de Conocimiento del Tribunal de Justicia y Paz de Bogotá.

Hasta el momento, el incidente de reparación integral sobre los hechos ocurridos en Mampuján, San Cayetano e Isla Mucura se ha destacado por varios motivos:

- En este espacio por primera vez se encontraron la totalidad de las instituciones con funciones y responsabilidades en el marco de la Ley de Justicia y Paz, a fin de exponer apreciaciones e investigaciones acerca del daño causado. Se dio un apoyo de la comunidad internacional significativo por parte de la MAPP/OEA, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados (ACNUR) y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).
- Se dio el acompañamiento a la comunidad de Mampuján por parte de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), regional Bolívar, quien tiempo atrás adelantó una labor de identificación del daño colectivo.
- Dado que la comunidad de Mampuján está organizada y que los hechos ocurridos en ésta población han sido ampliamente reconocidos, la construcción de la pretensión colectiva se dio de manera coordinada y fluida.
- Fue el punto de partida para la Procuraduría General de la Nación en torno a la identificación y sustentación del daño colectivo.
- A su vez, la Fiscalía General de la Nación en cabeza de la fiscal delegada de la Unidad de Justicia y Paz, estuvo en constante contacto con las víctimas desde una perspectiva de investigación judicial.
- Al menos 825 víctimas participaron a través de los tres puntos dispuestos para la trasmisión de la audiencia.
- Las víctimas percibieron positivamente la posibilidad de intervenir, manifestar sus sentimientos, pensamientos, reflexiones y pretensiones, realizar preguntas a los postulados y hasta contradecir las intervenciones de algunos funcionarios públicos que expusieron los planes y políticas públicas regionales y locales de apoyo y atención a población desplazada.

Así, en teoría el incidente de reparación se configura como una etapa de cierre real y simbólico, que facilita los encuentros entre víctimas y postulados. Si bien presenta momentos de confrontación, también permite poner fin a las discusiones para iniciar un proceso de reconstrucción conjunta. En la práctica se ha denotado una dilación en la fijación de la fecha para llevar a cabo dicho incidente de reparación, lo que ha hecho que la emisión de la sentencia se demore.

Con el fin de contribuir a la preparación de las víctimas para afrontar este escenario, la MAPP/OEA ha apoyado iniciativas en el norte de Tolima, Norte de Santander y norte de Cesar –Pueblo Bello–, en el que participan instituciones como la Defensoría del Pueblo, la CNRR y la Fiscalía General de la Nación.¹⁵⁴ Además, la MAPP/OEA ha venido

¹⁵⁴ La MAPP/OEA, la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía General de la Nación y la CNRR estructuraron de manera conjunta un proyecto piloto de acompañamiento a víctimas y articulación interinstitucional.

desarrollando iniciativas para el “Fortalecimiento organizativo de las comunidades desplazadas y retornadas” del corregimiento de Mampuján (María La Baja-Bolívar) y las veredas Las Brisas, Pela El Ojo, Aguas Blancas, Arroyohondo y Cassinguí (San Juan Nepomuceno-Bolívar).¹⁵⁵

1. Dificultades en el desarrollo de los incidentes de reparación integral

En el trámite y desarrollo de los incidentes se han evidenciado las deficiencias de las etapas anteriores del proceso. Así, la mayoría de las víctimas que han participado lo han hecho sin asistir a versiones libres o instancias procesales previas, llegando al incidente en condiciones de desconocimiento de sus derechos y sin conciencia del sentido, importancia y relevancia de la etapa procesal en la cual se hacían presentes, con excepción de las víctimas de Mampuján que contaron con acompañamiento previo de algunas instituciones como la Regional Bolívar de la CNRR, acciones de colectivos sociales y otras organizaciones académicas y no gubernamentales nacionales e internacionales, que les brindaron herramientas básicas pero importantes para afrontar esta etapa.

Las acciones dirigidas al acopio documental se han hecho con poco tiempo, irrumpiendo en las lógicas cotidianas de las personas y los problemas de articulación en el interior de las instituciones como la Defensoría del Pueblo, lo que ha hecho que se repitan trámites como autenticaciones de formatos y documentos, situaciones que han generado malestar entre las víctimas.

Para éstas, la información suministrada por las instituciones para afrontar la audiencia, es percibida como ligera y rápida. Sin embargo, se ha observado un conocimiento somero por parte de algunos líderes.

En la reciente audiencia de reparación integral del postulado Andrés Mauricio Torres León alias “Jesucristo”, Acción Social, como representante del Fondo de Víctimas,

Para esto se focalizó a las víctimas de 4 masacres (Cazadores – fosa común descubierta en el corregimiento de Méndez, en Armero – Guayabal el 17 Enero de 2003-, Pescadores - fosa común descubierta en el corregimiento de Méndez, en Armero – Guayabal en Enero de 2003-, Frías ocurrida en la vereda de Frías en el Municipio de Falán el 15 de septiembre de 2001 y Bucamba 1 ocurrida en La Dorada el 2 de febrero de 2002; Bucamba 2 ocurrida en La Dorada el 11 de febrero de 2003), del Frente Omar Isaza – FOI - de la Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio – ACMM -, teniendo en cuenta que a mediados del año 2009 era el frente más adelantado en las versiones libres y que para ese momento ya se había llevado a cabo una imputación de cargos (31 de julio de 2009, Fiscalía 2da Unidad Nacional de Justicia y Paz, Número único de radicación 110318000253200680005) contra el ex comandante general de las ACMM, Ramón María Isaza Arango alias “el Viejo”.

¹⁵⁵ Dicho proyecto aún se encuentra en curso y su objetivo es el “Fortalecer las iniciativas, dinámicas y prácticas organizativas de las comunidades desplazadas y retornadas”. La acción consiste en brindar herramientas sobre aspectos operativos y funcionales de organizaciones sociales orientados a la reactivación de lazos comunitarios, el restablecimiento de la confianza interpersonal y entre comunidades, y la generación de acuerdos y propuestas comunes. Para esto se busca dejar capacidades instaladas que promuevan el análisis y reflexión y se establezcan puentes con la institucionalidad y las organizaciones sociales que tienen presencia en el territorio, lo cual prepara a las comunidades para la fase de ejecución de la sentencia.

manifestó que la reparación que se debe realizar vía Ley de Víctimas y Restitución de Tierras debe ser reglamentada y hasta tanto no se resuelva en esta los montos tope, la entidad no se puede comprometer a hacer frente a los mismos. Por ello la Sala concluyó que Acción Social sólo reparará el monto que se establezca vía reglamentación de la Ley 1448 de 2011.

Finalmente, los incidentes practicados han dejado muchas lecciones en el sentido de que en buena parte, el éxito o fracaso de esta etapa del proceso, dependerá de la buena o mala preparación que hayan tenido las víctimas, de si estas conocen o no cuál es su papel en la diligencia, de cómo pueden participar en la misma, o qué pueden pretender como reparación y lo que posiblemente pueden obtener.

Es necesario para solventar estas dificultades crear un Sistema de Asesoramiento, tanto jurídico como psicológico a las víctimas, anterior al incidente de reparación y durante cada etapa del proceso, con lo cual se lograría una articulación interinstitucional y una capacitación adecuada a las víctimas. Para ello se puede utilizar la infraestructura institucional de los centros comunitarios de reconciliación que el Ministerio de Justicia y del Derecho pretende desarrollar.

Sólo en los días inmediatos a la celebración de las audiencias, la defensoría pública logró aumentar el número de víctimas acreditadas, así como las que contaban con apoderado judicial y aquellas que disponían de la documentación necesaria para justificar el daño ocasionado. Estas circunstancias contribuyeron a generar un riesgo cierto que puso en peligro la reparación, determinando que las demandas de las víctimas no se ajustaran a derecho y a las reales posibilidades de reparación que puede ofrecer la vía judicial.

La falta de suficientes defensores hace que se llegue a este extremo de tener que acreditar la condición de víctima días antes a la audiencia, con la indefensión real que ello supone y lo cual es incompatible con un verdadero proceso de justicia transicional, por lo que debe existir un número de defensores públicos adecuando para el número de víctimas.

A partir de la participación de las víctimas en las audiencias públicas de los incidentes, especialmente en el caso de Mampuján, San Cayetano e Isla Mucura, se ha constatado, no sólo la exposición y visibilización mediática de la comunidad, sino también las de los 7 líderes que viajaron a Bogotá para participar presencialmente en la audiencia, y ello, ha incrementado exponencialmente el nivel de riesgo debido a la publicidad de aquella y a las características de las declaraciones hechas frente a la Sala de Justicia y Paz que iban desde la denuncia de grupos ilegales en la zona hasta la participación de la Fuerza Pública en hechos victimizantes. Por lo que es vital la elaboración de plan de seguridad a estos líderes.

La Corte Suprema de Justicia expresó que la Procuraduría General de la Nación era la encargada de representar a las víctimas indeterminadas y por ende representarlas

colectivamente en el marco del proceso de Justicia y Paz¹⁵⁶. Esta participación de la Procuraduría General de la Nación, fue bastante discutida debido a una supuesta dualidad de funciones, ya que por un lado identificaba el daño colectivo a valorar y por otro lado ejercía las funciones de control judicial.

Tanto en el incidente en los casos de Mampuján como en el incidente de Jorge Iván Laverde en Cucutá, la CNRR ya había adelantado un estudio académico del daño y la reparación colectiva por lo que el trabajo de la Procuraduría fue de validación de dichos estudios a través de visitas *in situ* y reuniones con las víctimas¹⁵⁷. Sin embargo, el gran reto para la Procuraduría General de la Nación en el futuro será sustentar el daño colectivo en los siguientes incidentes. De hecho, la determinación con claridad sobre qué es el daño colectivo, constituye uno de los retos principales para todo el proceso de Justicia y Paz. Para ello la Procuraduría ha creado un grupo de trabajo interdisciplinario para poder avanzar en la determinación del daño a nivel colectivo en los subsiguientes procesos.

En los casos mencionados, también se evidenció que algunas víctimas presentaron crisis emocionales durante la transmisión de la audiencia, sin que se hubiera previsto un plan coordinado entre la Defensoría del Pueblo y la CNRR, a pesar de que ambas instituciones contaban con psicólogos, para afrontarlo.

La Ley 975 de 2005 es una norma de Justicia Transicional, y ello implica el protagonismo de las víctimas, cuyos derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral, deben quedar garantizados, y resolverse en el incidente de reparación integral, que tendrá lugar luego de que se haya pronunciado la sentencia en la que se declarará el daño, en línea con lo dispuesto en la Ley 906 de 2004 se lleve a cabo después de la sentencia, como se realiza en el sistema de procedimiento penal de dicha Ley. Esta modificación, quiere dar mayor protagonismo a las víctimas, mediante concretos mecanismos, diseñados al efecto, a fortalecer la posición de las víctimas durante el incidente de reparación, en la medida que para dicho incidente ya existe una sentencia que establezca la verdad de los hechos y la responsabilidad penal del imputado. Adicionalmente, ayudará a garantizar la agilización de los plazos y la producción de un número mayor de sentencias.¹⁵⁸

Otra dificultad que se ha presentado tiene que ver con la aplicación del artículo 42.2 de la Ley 975 de 2005, el cual establece “que 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, el Tribunal ordenará la reparación a cargo del Fondo de Reparación”.

¹⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 3198, 4 de agosto de 2009. M P: Alfredo Gómez Quintero.

¹⁵⁷ En Mampuján el estudio fue adelantado por Gides de la Universidad de San Buenaventura, en donde por medio de la aplicación de un instrumentos de recolección aleatoria de datos (aproximadamente 850 muestras), la conformación de grupos focales, registros fotográficos y entrevistas semi estructuradas, se llegó a la elaboración de un diagnóstico del posible daño causado, que sirvió de fundamento para la sustentación del daño colectivo y las recomendaciones para el caso particular.

¹⁵⁸ Proyecto de Ley 096/11 (Cámara), Fiscal General de la Nación, Exposición de Motivos

En interpretación de este precepto, más de 500 víctimas acudieron al tribunal a solicitar la reparación que creían les correspondía. Sin embargo, hasta la fecha todas las peticiones han sido rechazadas, siendo dos las causales más comunes las aducidas en el proceso con Radicado 28769 de la Corte Suprema de Justicia:¹⁵⁹

- i. La imposibilidad de determinar un nexo causal entre el hecho y el grupo de desmovilizados.
- ii. Que si bien el grupo se desmovilizó y no se conoce el autor del hecho, existen desmovilizados que están en el proceso de Justicia y Paz y se encuentran versionando, por lo que existe la posibilidad de que ellos confiesen el hecho o den luces para su investigación.

La problemática que se plantea tiene que ver con la suerte de las víctimas de bloques que en la actualidad no cuentan con desmovilizados postulados y que esperan ser reparadas conforme al artículo 42.2. La cuestión es si el derecho de estas víctimas debe quedar en suspenso a la espera de que los desmovilizados que se encuentran versionando esclarezcan o reconozcan el hecho, o si por el contrario es posible que ese derecho se les reconozca antes.

En este caso, a tenor de lo ya resuelto por la Corte Suprema de Justicia¹⁶⁰, si en el caso concreto se ha logrado demostrar el hecho, la relación causal entre la actividad del grupo y el daño, y si se acredita que el grupo se sometió a la ley y que fue postulado por el Gobierno Nacional, de modo que se pueda citar la declaración de responsabilidad penal o la legalidad de la aceptación de cargos y se este ante la oportunidad procesal definida en el artículo 23 de la Ley 975 de 2005¹⁶¹, la víctima o víctimas deberán obtener la satisfacción de su derecho a la reparación. Por tanto, aun cuando no se haya logrado individualizar al sujeto activo que realizó la conducta generadora del perjuicio o sin que la víctima haya podido identificar a un individuo concreto, si se demostró el daño y su nexo causal con las actividades del grupo armado ilegal beneficiario de la Ley de Justicia y Paz, la víctima será reparada.

Si la víctima fuera reparada y posteriormente se conociera el autor, la víctima obtendría la satisfacción de su derecho a la justicia dada la satisfacción previa de su derecho a la reparación. De esta manera, se prioriza la protección a las víctimas por parte del Estado, evitándoles eventuales desconocimientos o preterición en sus reclamaciones.

En función de garantizar al máximo los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral, y en línea con la jurisprudencia citada, se debe flexibilizar la interpretación que de esta disposición ha hecho la Corte Suprema de Justicia para que

¹⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 28769, 11 de diciembre de 2007. M P: María del Rosario González.

¹⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado N. 29642, Acta N° 130, 23 Mayo de 2008. MP: Yesid Ramírez.

¹⁶¹ Que se proponga en la misma audiencia en la que la Sala del Tribunal correspondiente declare la legalidad de la aceptación de cargos Artículo 23 Ley 975 de 2005.

las víctimas puedan ser reparadas en el caso de que el victimario no haya sido identificado pero se haya establecido el hecho, la relación causal entre la actividad del grupo y el daño.

Capítulo V

Contenido de la sentencia

El artículo 24 Ley 975 de 2005 definió, que en la sentencia condenatoria, de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley, se fijará la pena principal y las accesorias. Adicionalmente, se incluirán la pena alternativa, los compromisos de comportamiento por el término que disponga el Tribunal, las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas y la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación integral.

Para materializar el objetivo de la Ley de Justicia y Paz que es la reintegración de los individuos o colectivos de GAOML y la garantía de las víctimas a sus derechos de verdad, justicia y reparación integral; se le han encomendado a los estrados judiciales diversas tareas encaminadas al logro de dicha finalidad. Es por ello que la jurisprudencia de las Altas Cortes toma un papel importante en el diagnóstico de Justicia y Paz. Los desarrollos jurisprudenciales sobre la forma como debe ser aplicada la Ley han sido clave en el desenvolvimiento del proceso.

Debido a la complejidad y magnitud de los procesos el número total de sentencias proferidas a la fecha son 4, a saber: Wilson Salazar Carrascal alias “el Loro” del 31 de julio de 2009; Edwar Cobos Téllez “Diego Vecino” y Uber Enrique Banquez Martínez alias “Juancho Dique” del 27 de abril de 2011; Jorge Iván Laverde Zapata, alias “El Iguano” del 2 de diciembre de 2010; y Aramis Machado alias “Cabo Machado” del 29 de junio de 2011.

El 19 de marzo de 2009¹⁶², la Sala de Justicia del Tribunal Superior de Bogotá, en su función de Sala de Conocimiento profirió la primera sentencia en el marco del proceso de Justicia y Paz en contra de Wilson Salazar Carrascal alias “El Loro”. Posteriormente esta fue apelada ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que ordenó que se formulara la imputación relativa al concierto para delinquir agravado, y las otras atribuciones que surgieran de las indagaciones sobre los daños colectivamente causados por la organización -durante y con ocasión de la militancia del señor Wilson Salazar Carrascal-¹⁶³.

Posteriormente, el 29 de junio de 2010, la misma Sala de Conocimiento profirió sentencia condenatoria en contra de Edward Cobos Téllez alias “Diego Vecino” y Uber Bánquez Martínez alias “Juancho Dique”. Se los condenó a penas ordinarias de 39 y 38 años respectivamente por la masacre de 11 campesinos y 1081 víctimas directas de desplazamiento forzado en Mampuján el 10 y 11 de marzo de 2000¹⁶⁴, y como pena alternativa los condenó a 8 años de prisión. En cuanto se refiere a la reparación individual estableció el monto de 40 millones COP por persona por homicidio con un

¹⁶²Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogota, Sala de Justicia y Paz, Radicado N. 11001600253200680526. M P: Eduardo Castellanos Roso.

¹⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado n. 29560, de 28 de mayo de 2008. M P: Augusto J. Ibáñez Guzmán.

¹⁶⁴ Sentencia Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogota, Sala de Justicia y Paz, Radicado N. 110016000253200680077. M P: Uldi Teresa Jiménez López.

tope de 240 millones por núcleo familiar, descontando la reparación administrativa si se había otorgado con anterioridad, y 17 millones COP por desplazamiento, con un máximo de 120 millones por núcleo familiar. El Tribunal ordenó cuatro medidas para afrontar esta situación: a) Crear una subunidad en la Fiscalía General de la Nación para perseguir los bienes lícitos e ilícitos de los postulados, incluso las cuentas en el extranjero; b) Realizar la extinción de dominio a los bienes de los políticos condenados por concierto para delinquir; c) Identificar bienes y perseguir los que estén en poder o posesión de los herederos de desmovilizados muertos; y d) crear un impuesto especial para las empresas que colaboraron y se beneficiaron del paramilitarismo. El 27 de abril de 2011 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ratificó la sentencia de primera instancia haciendo algunas precisiones que se abordaran mas adelante.

La Corte Suprema de Justicia con esta decisión visualiza una problemática que debe ser manejada con detenimiento en cuanto a la coparticipación de financiadores, así como las estructuras utilizadas para tal fin y para el aprovechamiento de los beneficios ilícitos de la actividad armada ilegal y su reintroducción en el sistema lícito mercantil a través de mecanismos diseñados al efecto.

Posteriormente, el 2 de diciembre de 2010 Jorge Iván Laverde Zapata, alias “El Iguano”, ex comandante del Frente Fronteras del Bloque Catatumbo, fue condenado a una pena ordinaria de 40 años por 170 homicidios en 26 masacres y 4 asesinatos de funcionarios públicos en Cúcuta, Norte de Santander, y sus alrededores. La Sala de Justicia y Paz estableció como pena alternativa 8 años, la máxima establecida por la Ley 975/05¹⁶⁵.

Y finalmente, el 29 de junio de 2011 se profirió la cuarta sentencia en contra de Aramis Machado desmovilizado del Bloque Catatumbo quien fue condenado a una pena ordinaria de 424 meses de prisión que fue suspendida para imponerle la pena alternativa de 6 años por los dos delitos de fuga y concierto para delinquir agravado¹⁶⁶.

Se anticipa que el desarrollo institucional de acuerdo con las funciones adquiridas en la Ley de Justicia y Paz se ha ido trabajando sobre la marcha para acondicionar el número de procesos de los postulados con la capacidad humana institucional para el juzgamiento. Esta situación se ha visto reflejada en el tiempo que ha tomado resolver el recurso de apelación por parte de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia debido a que el recurso debe ser resuelto en la Sala Penal en pleno. El proceso se tornó lento contra de las expectativas de las víctimas a una tutela judicial efectiva.

Por ejemplo, en el caso de Mampuján, San Cayetano e Isla Mucura, la Corte tardó diez meses en decidir el recurso. La carga para resolver apelaciones de autos de primera instancia es significativa y pese al nombramiento de magistrados adicionales para Justicia y Paz el panorama parece mantenerse. Se valora positivamente la creación de las nuevas Salas de Conocimiento en Bucaramanga, Medellín y Barranquilla por medio

¹⁶⁵ Sentencia Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogota, Sala de Justicia y Paz, Radicado N. 110016000253200680281. M P: Uldi Teresa Jiménez López.

¹⁶⁶ Tribunal Superior Del Distrito Judicial de Bogota, Sala De Justicia y Paz, Radicado N. 110016000253200782790. M P: Alexandra Valencia Molina.

de los acuerdos de marzo de 2011 que buscaban descongestionar el sistema dándole agilidad a los trámites procesales. Sin embargo, después de varios meses no se ha logrado la descongestión aspirada, en parte, por la decisión de que los asuntos sobre los que ya se había abocado conocimiento deberán permanecer en el Tribunal de origen.

Adicionalmente, por razones poco convincentes, hasta la fecha, en el ámbito judicial, se ha optado por un sistema unipersonal de investigación y conocimiento, produciendo con ello, un bloqueo o atascamiento de las acciones judiciales, traducido en una llamativa ausencia de resultados y una falta de eficacia real frente al fenómeno criminal que ha redundado en una verdadera desprotección de los derechos de las víctimas.

Esta situación debe ser eliminada y atenuarse el perjuicio producido, sin responsabilidad de los operadores judiciales. A tal efecto, se deberían poner en funcionamiento Órganos Colegiados de Investigación y Conocimiento (que serán explicados con mayor detalle en la segunda parte de este documento) que con actividades y acciones coordinadas, simultaneas o sucesivas interactúen en las fases respectivas para lograr el objetivo perseguido en forma más rápida y eficaz. Este tema sobre cómo solventar el estancamiento del proceso se trata en el capítulo de Criterios de Selección y Priorización.

Finalmente, con el propósito de resolver algunos aspectos problemáticos que se han identificado después de más de seis años de aplicación de la Ley 975 de 2005, en términos de: agilidad, estancamiento de procesos, lentitud en la emisión de sentencias, satisfacción oportuna de los derechos de las víctimas, así como, para responder en forma más adecuada a lo que debe ser la investigación de los fenómenos criminales masivos; se requiere cambiar radicalmente la estrategia de investigación de crímenes internacionales a partir de la adopción de criterios de selección y priorización. Esta propuesta se desarrollará en la segunda parte de este Diagnóstico.

Por otro lado, para solventar algunos de los problemas de agilidad, estancamiento de procesos y la lentitud de emisión de sentencias en Justicia y Paz, así como para responder en forma más adecuada a lo que debe ser la investigación de los fenómenos criminales masivos, cuando estos se configuran como parte de un sistema generalizado y sistemático de crímenes diseñados, planeados y ejecutados por una organización como las Autodefensas Unidas en Colombia, se destaca la necesidad de cambiar radicalmente el enfoque de aquellas, de modo que, sin renunciar a la averiguación y sanción de lo sucedido, se prioricen los casos¹⁶⁷, seleccionando cuales deben ser objeto de investigación en primer término, así como quienes deben ser los sujetos activos en esa investigación. Es decir, por una parte, qué casos responden mejor a la dinámica macrocriminal diseñada por las AUC y cuales demuestran mejor esa realidad, así como cuáles recogen con mayor exactitud y precisión el modus operandi de la Organización; y, por otra, quiénes fueron los principales responsables que diseñaron la estrategia, su financiación y ejecución (comandantes, mandos medios o miembros

¹⁶⁷ Para mayor información ver capítulo de Criterios de Selección Priorización.

cualificados). Todo ello, sin olvidar a los financiadores para la comisión de los hechos ilícitos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de las Masacre de la Rochela Vs. Colombia¹⁶⁸ ha dicho que las investigaciones deben ir dirigidas a desvelar las estructuras criminales¹⁶⁹. Por lo que una estrategia de selección y priorización de casos ayudaría para comprender la magnitud del fenómeno macrocriminal y los resultados producidos, sin necesidad de una pormenorización y una exhaustividad de las circunstancias propias de investigaciones de la delincuencia individual que harían imposible una respuesta al fenómeno que se trata de combatir, en un tiempo mínimamente razonable y sin afectar la garantía del debido proceso.

Unas estructuras complejas, como las AUC, que demostraron, en el desarrollo de sus actividades ilícitas, un nivel de preparación, corrupción y organización extraordinaria a la vez que se vieron favorecidas por la propia acción obstruccionista y cómplice de algunas instituciones o corporaciones económicas y políticas, tal como se reconoce en varias sentencias, tanto de la Corte Suprema como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en muchas fases de su historia, imponen que la actuación frente a ellas se despliegue desde estructuras igualmente complejas. Así lo ha entendido la Fiscalía General de la Nación al disponer equipos de investigación para obtener mejores resultados en la misma.

Adicionalmente, considerando los problemas de celeridad que presenta el proceso en la actualidad, otra medida necesaria para darle impulso y agilidad al mismo estaría relacionada con el tema de los recursos. Cuyo régimen debería ser modulado de tal forma que los que se puedan resolver en forma inmediata y oral en la respectiva audiencia deberán hacer así. En tanto que la apelación únicamente deberá proceder contra sentencias y contra autos que tratan el fondo, sin necesidad de interponer un recurso de reposición. Las demás decisiones si necesitaren ser resueltas mediante recurso de reposición la decisión del mismo deberá hacerse de forma inmediata y oral en la audiencia. Adicionalmente, la apelación que se interponga contra sentencia o autos que resuelvan el fondo, se concederá en efecto suspensivo, y para los demás se les otorgará sólo en el efecto devolutivo.

1. De la Pena

a) Dosificación punitiva

En la decisión de Mampuján, San Cayetano e Isla Múcura la Sala de Conocimiento al ocuparse de la fijación de la pena ordinaria utilizó las reglas previstas en la Ley 599 de 2000 comparando el ámbito punitivo de cada uno de los delitos, esto con el fin de determinar la pena más grave, que en este caso se refería al homicidio agravado.

¹⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la masacre de la Rochela vs. Colombia sentencia de 11 de mayo de 2007 (fondo, reparaciones y costas), parrs. 158 y 194.

¹⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la masacre de la Rochela vs. Colombia sentencia de 11 de mayo de 2007 (fondo, reparaciones y costas), parrs. 158 y 194.

La determinación de la pena ordinaria se basó en el sistema de cuartos. Debido a que el homicidio está sancionado con una pena privativa de libertad de 25 a 40 años¹⁷⁰; en este caso después de definida la movilidad punitiva se dividió la pena en cuartos, uno mínimo, dos medios y uno máximo de acuerdo al artículo 61 del Código Penal de la siguiente forma:

1 cuarto	2do cuarto	3er cuarto	4to cuarto
300	345	390	435
			480 ¹⁷¹

También se menciona que “como la Fiscalía General de la Nación no imputó ninguna causal de mayor punibilidad de las previstas en el artículo 58 de la Ley 599 de 2000, la Sala se ubicó en el cuarto mínimo, es decir, en el ámbito de movilidad punitiva entre 300 y 345 meses”¹⁷². De esta forma, en la sentencia en primera instancia, considerando la intensidad del dolo y la gravedad de la conducta, se parte del máximo cuarto, es decir 345 meses para determinar el punto de partida de la pena (numeral 164 página 90 de la sentencia). Luego en el numeral 165 y por tratarse de un concurso homogéneo y heterogéneo de conductas punibles, el tribunal aumenta la pena en 117 meses para Uber y 123 para Cobos. Así con base en lo anterior, en el numeral 1 y 2 del resuelve se condena al postulado Edward Cobos a una pena privativa de 468 meses de prisión y a Uber a una de 462.

La Corte Suprema de Justicia decidió que por ser el proceso de Justicia y Paz un proceso particular, no todos los presupuestos de la ley ordinaria deben aplicársele. Por ello, resuelve en el numeral 13 no reconocer a los postulados rebaja de pena por confesión, aceptación de cargos ni colaboración con la justicia. En conclusión, la Corte no modificó en ningún momento la decisión proferida en primera instancia¹⁷³.

Una de las principales dudas era si la Sala de Conocimiento impondría pena alternativa, toda vez que la sentencia se refería únicamente a algunos de los hechos cometidos por estos dos postulados. En ese sentido, la Sala impuso una pena alternativa de 8 años a cada uno de los postulados, es decir, la máxima establecida en la Ley de Justicia y Paz, pero sin entrar en mayor análisis sobre la pertinencia de dictar la pena alternativa en una “sentencia parcial”. Situación que no es un problema en cuanto a que una vez culminadas todas las imputaciones parciales la sentencia será una sola, y no se podrá imponer pena alternativa mayor a 8 años, lo que quiere decir que así las sentencias parciales concedan como pena alternativa 8 años, la sentencia final concederá lo mismo.

Por otra parte, del fallo de primera instancia, así como del fallo y ratificación de segunda instancia surgen algunas cuestiones fácticas y jurídicas a ser analizadas.

¹⁷⁰ Código Penal, artículo. 104.

¹⁷¹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Radicado N. 110016000253200680077. M P: Uldi Teresa Jiménez López.

¹⁷² Aponte, A. (2011) *El Proceso Penal Especial de Justicia y Paz*. Bogotá: Cit Pax. Pg. 233.

¹⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Expediente N: 34.606, 19 de diciembre de 2010. M P: Leonidas Bustos Martínez.

Primero, la acumulación de penas impuestas en sentencias resultantes de imputaciones parciales; como las imputaciones parciales dan lugar a la ruptura de la unidad procesal y a la fragmentada formulación de cargos, por uno o algunos de los delitos que sucesivamente admita el desmovilizado y verifique la Fiscalía General de la Nación. En este caso se estaría ante el fenómeno previsto en el artículo 31 del Código Penal que, en consonancia con el 460 del Código de Procedimiento Penal, activará la acumulación de las penas, pero cuando aquella ha sido suspendida para sustituirla por la alternativa y se presenta una nueva condena cuya pena debe ser acumulada tanto a la pena ordinaria como a la pena alternativa, no es claro en qué proporción se debe dar el aumento determinado por la nueva acumulación, pero sin que la pena alternativa pueda sobrepasar los 8 años.

Lo anterior quiere decir que, una vez agotado el *quantum* punitivo máximo de la pena alternativa, es decir los 8 años, por efecto de la acumulación de penas correspondientes a imputaciones parciales, si sobrevienen otras condenas éstas tendrán peso punitivo en la pena ordinaria, según las previsiones del artículo 31 del Código Penal, pero carecerán de efecto en la pena alternativa porque no se podría incrementar más allá del límite máximo de los 8 años. Es entendible que las penas alternativas pueden ser cuantas imputaciones parciales sean, pero al final de la decisión de las varias imputaciones se le impondrá la pena alternativa máxima de 8 años, si fuere el caso.

Segundo, otro tema que generó controversia fue el *quantum* de la pena ordinaria de 468 meses de prisión. Según el defensor de Edward Cobos Téllez, esta pena ordinaria sería propia de un procesado vencido en juicio por lo que solicitó modificar la sanción impuesta al postulado. En ese sentido, el Tribunal habría obviado las rebajas de pena que implica la confesión y la colaboración con la justicia, y de llegar a perder los beneficios de la pena alternativa, perdería también los otorgados por la jurisdicción ordinaria y desconocido que el postulado Cobos se presentó voluntariamente ante las autoridades en virtud de un proceso de justicia transicional.¹⁷⁴

Este punto fue abordado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de la siguiente forma; aceptó que en Justicia y Paz opera la remisión "*para todo lo no dispuesto en la presente ley*" se aplican la Ley 782 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal. Sin embargo, afirma que ello no significa que en el procedimiento de la Ley de Justicia y Paz deban aplicarse ciegamente todas las normas contenidas en los precitados estatutos procesales.¹⁷⁵ "A este respecto, es necesario tener en cuenta que el trámite previsto en la Ley 975 de 2005 tiene una naturaleza y

¹⁷⁴ La defensa de Banquez pidió "redosificar la pena de 462 meses de prisión impuesta a su representado, por cuanto, indica, se le deben garantizar todos los beneficios judiciales. En desarrollo del principio de complementariedad, establecido en el artículo 62 de la Ley 975 de 2005, advierte, las normas de la Ley 906 de 2004 se aplican al trámite de justicia y paz. La esencia de este proceso, dice, radica en la confesión del postulado y, en ese orden, a su asistido le resultan aplicables el artículo 351 de la última codificación, relativo a una rebaja de hasta el 50% de la pena imponible por aceptación de cargos, así como la señalada para la confesión en la ley 600 de 2000." Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 34547. M P: María Del Rosario González de Lemos.

¹⁷⁵ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 34547. M P: María Del Rosario González de Lemos.

finalidades diversas a la ritualidad regulada en los códigos procesales contenidos en las disposiciones arriba señaladas.”¹⁷⁶

Además, el objetivo buscado con la pena en la legislación ordinaria tiene una función preventiva, a diferencia de la legislación de Justicia y Paz el anuncio de una pena tan benigna busca efectos “de invitación a la reconciliación sin mayor retribución, a la otra oportunidad, al ejercicio de la alternativa por una vida alejada de la violencia, a la restauración de las heridas causadas con su accionar delincencial, a la transición hacia una paz sostenible, posibilitando la desmovilización armada y la reinserción a la vida civil de los integrantes de aquellos grupos violentos”. De modo que “la referencia en la Ley 975 de 2005 a los criterios establecidos en la ley penal para tasar la sanción y la consagración en la primera de esas disposiciones del principio de complementariedad no implica, *per se*, que el postulado tenga derecho a obtener rebaja por razón de mecanismos posdelictuales previstos en la legislación ordinaria”¹⁷⁷.

En principio no deberían existir dificultades en aplicar las normas generales para la pena ordinaria, no así para la alternativa por cuanto ésta, parte de la base de un procedimiento que se basa en la verdad, de donde se infiere que no se deberían ofrecer tratos o arreglos procesales al postulado. La renuncia a los derechos que existen en el procedimiento ordinario (no incriminación) se compensa con la sensible disminución de pena alternativa que se produce en Justicia y Paz, pero si, finalmente, se aplica la pena ordinaria y la revocación de la alternativa no fuera por haber faltado a la verdad, constatada la colaboración, deberían regir los mismos beneficios que en el procedimiento ordinario.

Tercero, la sentencia de Iván Laverde Zapata siguió los mismos parámetros que la sentencia proferida para el caso de Cobos y Banquez, en cuanto a la dosificación punitiva, por lo que se le impuso la pena máxima alternativa de 8 años. Situación diferente a la presentada en la sentencia en primera instancia de Aramis Machado, pendiente de pronunciamiento de segunda instancia. En esta sentencia, la Sala de Conocimiento determinó que, debido a que el postulado sólo estaba siendo juzgado por fuga de presos, porte ilegal de armas y concierto para delinquir, su pena alternativa equivaldría a 6 años de prisión¹⁷⁸.

En el desarrollo de una estrategia de selección y priorización, casos como este puede no ser objeto de una eventual inclusión en el tramo de investigación de los más representativos, porque no hace referencia a mandos superiores, mandos medios o miembros cualificados, en tal caso las opciones, serían:

1) La Fiscalía General de la Nación General de la Nación podrá solicitar al juez o magistrado (a) que ejerza la función de control de garantías, la remisión de la investigación al procedimiento judicial de que trata la Ley 1424 de 2010.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 34547. M P: María Del Rosario González de Lemos.

¹⁷⁸ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Radicado N. 110016000253200782790. M P: Alexandra Valencia Molina.

Subsecuentemente, estos casos no podrán acceder o ser tramitados, por el procedimiento previsto en la Ley 1424 de 2010 en aquellos eventos en que se hubiera cometido concierto para delinquir como crimen internacional, si fuere tal el caso serán tramitados por el procedimiento de la Ley 975 de 2005, pero atendiendo a los criterios de selección y priorización establecidos.

2) En aquellos casos en los que el desmovilizado no hubiere cometido concierto para delinquir como crimen internacional y tampoco fuere apto para acceder al procedimiento de que trata la Ley 1424 de 2010, la autoridad penal judicial correspondiente deberá remitirlo a la jurisdicción ordinaria en donde, en su caso, se le podrán aplicar los beneficios de rebaja de pena que le correspondan por colaboración con la justicia. Y de todas formas, en cualquiera de los casos anteriores podrían ser complementados con el mecanismo no judicial de Comisiones de la Verdad.

b) Tiempo a partir del cual se debería contar la pena alternativa

La cuestión principal que se plantea en este ámbito es desde cuándo comienza a contar el tiempo de privación de libertad a efectos de computar el periodo máximo de pena alternativa que puede imponerse en el marco de la Ley de Justicia y Paz.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia de Mampuján, San Cayetano e Isla Mucura toma en cuenta la declaración de inexequibilidad del artículo 31 de la Ley de Justicia y Paz,¹⁷⁹ y toma en cuenta la aplicación del artículo 11 del Decreto 3391 de 2006 que establece que *“los miembros desmovilizados del grupo armado organizado al margen de la ley, que voluntariamente se pongan a disposición de las autoridades, podrán ser ubicados en los establecimientos de reclusión de justicia y paz administrados y definidos por el INPEC mientras se adelantan los procesos judiciales pertinentes de que trata la citada ley. El tiempo de privación de la libertad cumplido en estos establecimientos de reclusión, previo a que el magistrado de control de garantías profiera la respectiva medida de aseguramiento de conformidad con la ley 975 de 2005, se imputará al cumplimiento de la pena alternativa que corresponda”*. Y decide que los postulados tienen derecho a que se les tenga como parte cumplida de la pena el tiempo en el cual permanecieron en privación de la libertad en los establecimientos de reclusión de justicia y paz administrados y definidos por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), siempre y cuando la autoridad judicial encargada de vigilar y controlar la ejecución de la pena verifique el cumplimiento efectivo de la sanción. En todo caso, dicho tiempo no incluye el que permaneció en la zona de concentración.

¹⁷⁹ *“El tiempo que los miembros de grupos armados al margen de la ley vinculados a procesos para la reincorporación colectiva a la vida civil, hayan permanecido en una zona de concentración decretada por el Gobierno Nacional, de conformidad con la Ley 782 de 2002, se computará como tiempo de ejecución de la pena alternativa, sin que pueda exceder de dieciocho (18) meses.*

El funcionario que el Gobierno Nacional designe, en colaboración con las autoridades locales cuando sea el caso, será el responsable de certificar el tiempo que hayan permanecido en zona de concentración los miembros de los grupos armados de que trata la presente ley”. Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006.

Varios escenarios se presentan, ya que no hay una definición clara sobre a partir de qué momento las penas alternativas comienzan a contar: si ¿La pena debe computarse desde que se presentaron a la sede de La Ceja en Antioquia, centro Recreacional-ProSocial administrado por el INPEC desde agosto de 2006? o ¿Desde que fueron reclusos en la Cárcel de Máxima Seguridad de Itagui en diciembre de 2006? Y ¿Cuál es la suerte de los postulados que fueron acreditados y desmovilizados cuando estaban privados de la libertad?

De las diferentes alternativas, parece que debería optarse por aquella que establece el *dies a quo* en el momento en el que la persona queda a disposición del INPEC. Optar por otras alternativas más restrictivas como la del momento de adopción de la medida de aseguramiento no serían compatibles con las normas legales en vigor, salvo en los casos en los que las personas postulados estuvieran en prisión previamente por hechos diferentes a los que se le imputan en Justicia y Paz y fueron postulados en esa situación.

El planteamiento anterior, conduce a otro aspecto que implica un importante debate y es el que tiene que ver con la proximidad en el tiempo del cumplimiento de los primeros cinco años de privación de la libertad de algunos de los postulados a proceso de Justicia y Paz -La Ceja Antioquia 2006-, cifra que corresponde con la pena mínima fijada por la Ley 975 de 2005. Al respecto, existe una polémica sobre el riesgo que puede presentarse ante las solicitudes de libertad y la posibilidad de que varios de los desmovilizados, entre ellos varios ex comandantes, queden en libertad, con el agravante de que no se haya dictado sentencia y verificado la reparación a las víctimas.

Por un lado, cumplidos los primeros cinco años, difícilmente podría un postulado alegar pena mínima cumplida. El desmovilizado- postulado se sometió a la justicia con una expectativa de privación de la libertad que en todo caso no superaría los 8 años, además, no hay lugar a alegar causales de libertad; su sometimiento voluntario se hace por una expectativa de obtener un beneficio. No es una ausencia del legislador no haber fijado causales para otorgar la libertad por lo que no hay lugar a la remisión a la legislación ordinaria (específicamente al CPP).

Por lo que, el tiempo que debe tomarse como punto de referencia a efectos del cómputo de la prisión preventiva, no es el de cinco años (mínimo de la pena) sino el de ocho años (máximo posible de misma) aunque posteriormente las penas impuestas sean menores. Por consiguiente, no tiene relevancia alguna el hecho de que se hayan cumplido o estén prontos a cumplirse los primeros cinco años de privación de libertad, ni tampoco en los casos en los que estando en prisión previamente, se les aplicó la Ley de Justicia y Paz. En estos casos, la salida de prisión, se deberá producir, si no hubiera juicio previo o con él, al cumplirse la pena máxima posible.

Teniendo en cuenta lo anterior, la fecha a tener en cuenta sería la de agosto de 2006 en la que los postulados quedaron a disposición del INPEC en la Ceja en Antioquia. Esto significa que el periodo máximo de pena (ocho años) para los que entraron en agosto de 2006, se cumplirá en agosto de 2013 y, en ese caso, con o sin sentencia, deberán ser puestos en libertad.

Con esto, si la liberación se produce por el transcurso del período máximo de prisión (ocho años) sin decisión sobre la exclusión o no de Justicia y Paz, caso en el que la decisión fuera expulsión o aplicación de pena ordinaria, el afectado estaría en libertad con la carga negativa que ello comportaría para la credibilidad de la justicia y los derechos de las víctimas, amén de la posible fuga o reintegración a la actividad delictiva.

Por otro lado, si el postulado cuya presencia ante la administración de justicia se hace gracias a la desmovilización, y no hay procesos en su contra y pasan 8 años sin que se haya dictado sentencia, en este caso por mandato de la Constitución Política, artículo 29, y por las menciones que ha hecho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre “los plazos razonables para las decisiones judiciales” esta persona debería quedar en libertad, sin haber cumplido una pena. Sostener una privación de la libertad superior podría configurar una privación ilegal de la libertad. Pero sería una “libertad provisional” sujeta a lo que se decida en el proceso de Justicia y Paz. Por ejemplo, si después de los 8 años se dicta sentencia y se fija una pena alternativa, en este caso, se podrá solicitar pena cumplida; pero si por el contrario, por algún motivo no se hizo acreedor a la pena alternativa y se le impone una pena ordinaria, esta persona debe ser aprehendida y los 8 años deberán ser computados y descontados de la pena ordinaria. Finalmente, cumplidos los 8 años sin dictarse sentencia no se podrá alegar pena cumplida, porque es una providencia donde se analiza y otorga la pena alternativa y se verifica el cumplimiento de los presupuestos de la Ley 975 de 2005, antes es una mera expectativa.

Ante esta eventualidad, se debe optar con absoluta urgencia, en el sentido indicado más arriba, en este apartado, por poner en marcha una estrategia clara y definida que priorice los objetivos. Esto no significa que se abandonen los demás, y que evidencie, sin fisuras, la decisión de todas y cada una de las instituciones desde la independencia, pero sin olvidar que todas integran el Estado, para ofrecer una respuesta, desde el derecho, a las justas reivindicaciones de las víctimas de justicia, verdad y reparación y que responda a los estándares internacionales en la materia. Constituiría un hecho negativo para el proceso y contradice la doctrina de la Corte Constitucional sobre el plazo razonable el que algunos postulados quedarán en libertad, después de ocho años, sin haber recibido sentencia.

Es evidente el esfuerzo intenso que la de Fiscalía General de la Nación y la Judicatura están llevando a cabo para poder maximizar el trabajo y poder cumplir los objetivos y expectativas del proceso. Pero es cierto también, que ni la capacidad humana ni los recursos existentes alcanzan para poder llevar a cabo todas y cada una de las investigaciones y juzgamiento de los postulados a Justicia y Paz.

2. El daño individual y colectivo

En el ámbito de la reparación a las víctimas existen, según el criterio de la Corte Constitucional, tres tipos de daños, a saber: el individual, el de grupo, y el colectivo. El daño individual consiste en la lesión a un derecho subjetivo, o a un interés legítimo del

mismo; el de grupo refiere a una porción de individuos o a un grupo de individuos que reclaman la reparación; y el colectivo, que si bien no ha sido definido por la Ley 975 de 2005, sí fue abordado en el artículo 151 de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, que hace referencia a la reparación colectiva, así como los sujetos de esta reparación (Art. 152 Ley 1448 de 2011)

En sentencia de 2009 la Corte Suprema de Justicia citó a la Corte Constitucional, la cual estableciendo que “existen tres tipos de daños completamente diferenciables, a saber: el daño individual, que afecta derechos patrimoniales, extrapatrimoniales y fundamentales de un solo individuo identificado e identificable; el daño de grupo, que afecta a una porción de individuos o a un grupo de individuos que forman parte de una comunidad determinada o determinable; y el daño colectivo, que no afecta directamente a un individuo o a un grupo de individuos, pero sí a una comunidad determinada o determinable. La anterior clasificación resulta útil en cuanto en tratándose de delitos contra la administración pública, como en el *sub examine*, se configura un daño colectivo dado que la acción del servidor público afectó la finalidad de la función pública consistente en satisfacer con imparcialidad las necesidades generales de todos los habitantes y, un daño individual, en el caso específico de la concusión, la libre autodeterminación del ciudadano constreñido, de modo que la reparación del agravio tiene que consultar los intereses resarcitorios de la administración y del particular lesionado”¹⁸⁰.

Adicionalmente, la jurisprudencia, ha señalado que los derechos de los individuos tienen un papel protagónico, pero dichos derechos bajo algunas circunstancias no pertenecen sólo al individuo sino a una colectividad. Por tal motivo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “se puede concluir que la conducta punible produce daños en dos ámbitos, a saber: público y privado. El primero afecta el orden, la tranquilidad y la paz que sufre la sociedad como consecuencia de la conducta reprochable que condujo a infringir la Ley penal”.¹⁸¹

Al momento de determinar y probar el daño en el marco de la Ley 975 de 2005, se ha dado mayores dificultades en la esfera del daño que colectivo que en el individual. Ya que dicho daño conlleva una serie de circunstancias de difícil comprobación por las víctimas, entre estas circunstancias se encuentra: la ruptura del tejido social; el impacto en el liderazgo; la afectación de identidad cultural y tradiciones ancestrales; la naturalización de lógicas autoritarias y de violencia; y la alteración de los procesos de duelos colectivos e individuales. El daño colectivo tiene una víctima directa: la colectividad o comunidad, así que la afectación es a los miembros de la misma, tema que ha sido ratificado por las organizaciones de la Sociedad Civil, y ratificado por las experiencias de acompañamiento a víctimas en el marco de procesos judiciales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) ha considerado que existen diversas maneras de entender el daño colectivo, a saber: a) Cuando se cometen

¹⁸⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Expediente N: 30.978, 17 de marzo de 2009. M P: Yesid Ramírez Bastidas.

¹⁸¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Expediente N. 23.687, 29 septiembre de 2006. M P: Jorge Luis Quintero Milanés.

violaciones masivas de derechos humanos, como masacres en comunidades indígenas o mestizas y de grupos no ligados a una cultura o territorio; b) Cuando se cometen violación al derecho de propiedad de la tierra en comunidades indígenas, o casos que involucran derechos económicos y sociales; c) Cuando se cometen violaciones en centros penitenciarios, donde el carácter colectivo surge tanto del número de víctimas como del régimen de vida; d) incluso, la Corte IDH ha admitido casos donde ha considerado como colectivos por el *modus operandi* de carácter intencional y sostenido de agresión a un movimiento político, con múltiples víctimas en diferentes momentos.

En este orden de ideas, la Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han conocido casos de: i) Masacres de comunidades indígenas (caloto – Masacre del Nilo, Plan de Sánchez, Woiwana) u otras comunidades (Mapiripán, Pueblo Bello, El Aro y La Granja, Dos Erres); ii) Masacre de otros colectivos (19 comerciantes, La Rochela, Barrios Altos, Caracazo), incluyendo violaciones reiteradas a un grupo político en diferentes momentos (UP); iii) Comunidades indígenas con violaciones del derecho a la tierra (Awas Tingni, Yakye Axa y Sawhoyamaya); iv) Violaciones a un colectivo de derechos laborales (Cinco Pensionistas, Baena); y, v) Violaciones colectivas en régimen carcelario (Retén de Catia, Panchito López)¹⁸².

Algunas de las providencias han sido cuestionadas no sólo por los problemas jurídicos que enmarca el concepto de daño colectivo sino también por la exigencia a instituciones como la Fiscalía General de la Nación en la configuración de dicho daño, lo cual para algunos desborda el escrito de acusación. A su vez, la Procuraduría General de la Nación no había realizado la representación de víctimas colectivas, ya que no se encontraba entre sus funciones hasta que se produjo la orden de la Corte Suprema de Justicia.

Por su lado, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR) en el diseño y ejecución de proyectos pilotos de reparación colectiva, consideró que “los sujetos de reparaciones en el ámbito colectivo no son solo aquellas que tienen un componente ético, sino que había posibilidades de que las comunidades campesinas, por su factor de cohesión e identidad cultural pudieran considerarse como un sujeto colectivo por encima de cada uno de los miembros y que ese sujeto colectivo podría ser objeto de reparación, como es el caso de la comunidad del corregimiento de Mampujan”.¹⁸³ Sin embargo, no en todos los colectivos de víctimas en Justicia y Paz es fácil determinar esta cohesión de la comunidad, y no existe la institucionalidad para determinarlos.

Adicionalmente, en la decisión proferida para el caso de Mampuján, San Cayetano e Isla Mucura la Corte precisó la existencia de un daño individual y un daño colectivo. El *daño individual* como el soportado por una persona natural o jurídica que para ser objeto de indemnización debe ser además antijurídico y cierto. Este daño comprendido, tanto en su aspecto material como inmaterial, debe acreditarse con

¹⁸² Mapp-OEA, Documento de trabajo: Reparaciones Colectivas en el marco de la Ley 975 de 2005, ley de Justicia y Paz, mayo 2011.

¹⁸³ Ponencia Dr. Miguel Antonio Carvajal Pinilla. Conversatorio de Justicia y Paz “Daño Colectivo” 17 de noviembre 2010 en Valledupar. Organizado por: MAPP-OEA, CNRR y GIZ.

fundamento en pruebas y no atendiendo a criterios de equidad como lo determinó el Tribunal en primera instancia.

Y el *daño colectivo*, como “el padecido por una comunidad, con ocasión del quebranto de un derecho, interés o bien jurídico de carácter comunitario”, de modo que las reclamaciones indemnizatorias tienen lugar únicamente cuando las personas pertenezcan al conglomerado que soportó dicho daño. Además aclara que el listado de derechos e intereses colectivos contenidos en la ley 472 de 1998 no es taxativo.

A su vez, la Corte Suprema de Justicia manifestó que el Tribunal en primera instancia otorgó medidas de restitución, rehabilitación y no repetición, atendiendo a los estándares internacionales -particularmente a la forma de reparación concebida en las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, y siguiendo las recomendaciones y criterios de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia no abordó a fondo cómo debe ser acreditado el daño colectivo ni estableció los medios pertinentes (como si lo hizo respecto del daño individual) para obtener la reparación colectiva. Lo que si manifestó al respecto fue la necesidad de acoger el concepto de reparación transformadora,¹⁸⁴ con miras a rescatar el status democrático del grupo afectado.

Por otra parte, recuerda la Corte Suprema de Justicia que la falta de presupuesto nacional para cubrir las reparaciones individuales, no constituye un motivo para limitar los derechos de verdad, justicia y reparación integral. Aunque se presenta la problemática de la Ley 1478 de 2011 de la regla presupuestaria la cual indica que debe ser consultado el presupuesto de la Nación antes de tomar una decisión en temas de reparación, lo cual supedita la satisfacción efectiva de los derechos constitucionales al presupuesto nacional, Ley que en la actualidad se encuentra demandada.

Por otro lado, durante el acompañamiento a las víctimas en los incidentes de reparación que se desarrollaron en Norte de Tolima, Cúcuta y Mampujan, la MAPP/OEA pudo identificar que no hay claridad, ni unidad de criterios sobre temas claves como la reparación colectiva, la prueba de la existencia del daño colectivo y las medidas de reparación correspondientes.

En otros aspectos, en el tema de reparación de daño colectivo muestran que, aun cuando las funciones están claramente establecidas, los funcionarios no las desempeñan satisfactoriamente atendiendo al rol histórico que demanda un ejercicio de justicia transicional, y no se toma ninguna medida para garantizar el cumplimiento de las obligaciones, al igual que existe falta de articulación dentro de las mismas instituciones¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Como lo ilustran los autores Uprimny y Saffón ello ha de formar parte de una estrategia macro impulsada por el Gobierno para combatir los graves problemas socio-económicos que agobian tanto al país en general como a sus regiones en particular.

¹⁸⁵ Mapp-OEA Documento interno: análisis, hallazgos-retos y pautas de colaboración - proyectos de incidencia en justicia y paz, junio 2011.

Algunos de los problemas que presenta la identificación del daño colectivo pueden solventarse con la creación de un ente administrativo encargado para tal fin, el cual puede nutrirse de lo investigado por el Ministerio Público en la fase investigativa, en cuanto al daño colectivo refiere, y así dejarle a este ente la determinación y forma de reparación del mismo, contando por supuesto con la participación activa de las víctimas implicada y teniendo en cuenta el enfoque diferencial y de género. Esta información ayudará a los/las magistrados(as) a declarar el daño en sentencia, dejando la determinación y demás circunstancias del mismo a la fase de ejecución, en el incidente de reparación, bajo la vigilancia del Servicio único de Ejecución de Sentencias a cuyo frente estará un órgano colegiado de magistrados.

3. De la Reparación Integral

La Ley 975 de 2005 definió el derecho a la reparación como aquel derecho en cabeza de las víctimas y que comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición de las conductas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido reiterativa en afirmar, que es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional, que haya producido daño, comporta el deber de repararlo adecuadamente¹⁸⁶. En el caso de graves violaciones a los derechos humanos, esta comporta la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción, la garantía de no repetición, la reparación simbólica y la reparación colectiva.

Por su parte, las Naciones Unidas ha señalado la importancia de la reparación a las víctimas del conflicto armado y ha realizado un esfuerzo en recopilar y reforzar el respeto de unas garantías mínimas en materia de reparación a víctimas. Es así que mediante Resolución de la Asamblea General de 21 de marzo de 2006¹⁸⁷, se adoptaron los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos, y de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH), en los cuales se establece el derecho de las víctimas a acceder a la justicia y a una reparación plena que incluya las formas antes mencionadas.

La jurisprudencia de la CorteIDH reconoce la importancia de los procesos de Justicia Transicional para proteger los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral. Si bien para la CorteIDH es importante el concepto de reparación integral, el Tribunal Internacional ha avalado procesos de reparación en marcos de justicia transicional como suficientes para reparar violaciones a los derechos humanos. Igualmente, en el

¹⁸⁶ Caso la rochela, Caso La Cantuta, Caso del Penal Miguel Castro Castro, y Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros).

¹⁸⁷ Asamblea General A/RES/60/147, 21 de marzo de 2006. Resolución que aprueba los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves el derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”. Asimismo ver Naciones, Consejo Económico y Social, Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102, 18 de febrero de 2005.

caso de Colombia, ha reconocido que el país debe tener la oportunidad para implementar los mecanismos de justicia transicional de manera que se reconozcan adecuadamente los derechos de las víctimas, sin perjuicio, de la obligación “positiva” del Estado (inscrita en el deber de garantía¹⁸⁸) de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos¹⁸⁹ y procurar además el restablecimiento, si es posible, del derecho transgredido y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de derechos humanos¹⁹⁰.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha establecido algunos criterios para la reparación integral, por lo que para compensar el delito causado se requiere: i) la demostración del daño; ii) la verificación de su antijuridicidad; y iii) la constatación de que es imputable al postulado¹⁹¹. Pero, como la Ley 975 de 2005 guardó silencio sobre la manera en que se debe realizar esta reparación por parte de los operadores judiciales, se deberá acudir a otros estatutos y a la jurisprudencia nacional.

Adicionalmente, los supuestos establecidos por la Corte Suprema de Justicia en cuanto a los criterios de reconocimiento y liquidación de perjuicios son: a) el delito origina la obligación de reparar los perjuicios causados, b) los perjuicios son del orden material e inmaterial y c) los daños deben ser susceptibles de cuantificación económica (materiales y morales objetivados¹⁹²) deben probarse en el proceso y su cuantía dependerá de lo acreditado¹⁹³.

Es decir, los daños materiales han de ser demostrados al igual que su cuantía. En el caso de Mampujan, San Cayetano e Isla Mucura; la Corte Suprema de Justicia, para el daño emergente reconoció gastos funerarios, pérdida de bienes inmuebles y pérdidas de cosechas, bienes muebles y semovientes, con recibos de pago, escritura pública y juramentos estimatorios; respectivamente. Para el lucro cesante se estableció la presunción del salario mínimo para quien no probó o probó mal.

En cuanto al daño a la vida de relación, la Sala entiende que la modificación al proyecto de vida de las personas y familias por que fueron obligadas a salir de su entorno geográfico, social y cultural, está intrínsecamente inmersa en el tipo penal del desplazamiento forzado por cuanto las víctimas son puestas en una situación de

¹⁸⁸ Ver, entre otros, los siguientes casos de la CortelDH: *Caso Velásquez Rodríguez*; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*; *Caso De la Masacre de las Dos Erres*; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*.

¹⁸⁹ Ver, entre otros, los siguientes casos de la CortelDH: *Caso Velásquez Rodríguez*; *Caso Cabrera García y Montiel Flores*; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*.

¹⁹⁰ Ver, entre otros, los siguientes casos de la CortelDH: *Caso Velásquez Rodríguez*; *Caso Garibaldi Vs. Brasil*; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*.

¹⁹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 34547, 27 de abril 2011. M P: María del Rosario González de Lemos.

¹⁹² La jurisprudencia nacional distingue, como atrás se precisó, entre perjuicios morales subjetivados y objetivados. Por los primeros se entiende el dolor, sufrimiento, tristeza, angustia, miedo originados por el daño en la psiquis de la víctima y por los segundos, las repercusiones económicas que tales sentimientos puedan generarle. Esta última clase perjuicio y su cuantía debe probarse por parte de quien lo aduce. En tal sentido, su tratamiento probatorio es similar al de los perjuicios materiales, tal como fue expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-916 de 2002.

¹⁹³ En este sentido fallo del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Radicado N. 17175, 9 de marzo de 2011.

absoluta vulnerabilidad, dificultando su formación y consolidación como seres humanos dignos e iguales¹⁹⁴. Sin embargo, pese a este reconocimiento, en ningún caso la Corte Suprema de Justicia ordenó reparar este daño porque en su criterio ningún apoderado cumplió con la carga procesal de demostrar la configuración del mismo.

Para el daño moral la Corte Suprema de Justicia adoptó lo establecido por la CortelDH, por lo que para estos casos se presume la existencia del daño, y por ende no hay que probarlo. La CortelDH ha dicho que la emisión de la sentencia de condena constituye *per se* una forma de reparación, sin embargo, no es suficiente y se necesita una indemnización pecuniaria fijada conforme a equidad¹⁹⁵.

Por su parte, sobre los perjuicios inmateriales, consideró que el daño moral originado por el hecho del desplazamiento es incontrovertible pues, “abandonar abruptamente el sitio de residencia o domicilio dejando abandonadas parcela, casa y pertenencias, como única forma de huir del peligro y salvaguardar la vida ante amenazas injustas e ilegales de grupos armados al margen de la ley, causa dolor, miedo, terror, tristeza y desazón. Por ello, la indemnización apenas constituye un estímulo para mitigar sus efectos, en tanto no compensa el padecimiento sufrido”.¹⁹⁶ Así las cosas, la Corte acudió al criterio plasmado por el Consejo de Estado¹⁹⁷ en los casos de desplazamiento forzado en los cuales se ha fijado 50 S.M.M.L.V. como indemnización.

Se valoran como positivas las decisiones de la Corte en cuanto a; 1- la valoración de los bienes de las víctimas de desplazamiento forzado por medio de modelos baremo o diferenciados, para evitar abusos en la tasación de los perjuicios y preservar el principio de igualdad; 2- que se reconozca que la condición del víctima no depende de estar registrada en el SIJYP¹⁹⁸; 3- que la Corte llame la atención sobre el hecho de que

¹⁹⁴ En tal sentido, la Corte Constitucional en la sentencia T-1215 de 1997 señaló: “No existe duda sobre la violación continua de los derechos de las personas obligadas a migrar de su lugar de origen y cuya circunstancia de vulnerabilidad e indefensión es manifiesta. Los devastadores y trágicos efectos materiales de quienes se ven obligados intempestivamente a dejarlo todo con el único fin de proteger su vida e integridad personal, van acompañados del sentimiento de pérdida, incertidumbre y frustración que conlleva el desarraigo de sus bienes, de su tierra y de su entorno natural, pues, de alguna manera, impide que los afectados reconstruyan en el corto plazo su vida familiar, social, cultural, psicológica y económica”. Así mismo, en la sentencia T-721 de 2003 dijo: “También la Corte ha destacado que las heridas físicas y afectivas generadas por el desplazamiento, comportan traumas de toda índole de difícil recuperación, los que se agravan al tener que soportar las escasas o nulas posibilidades de acceder a una vida digna, que les ofrecen las ciudades, que los albergan en condiciones de hacinamiento e indigencia. Así mismo, habrá de señalarse que el desplazamiento –de acuerdo con los estudios realizados al respecto- conlleva abruptos cambios psicológicos y culturales en las mujeres, debido a que a éstas a menudo les corresponde asumir solas la reconstrucción del hogar en todos los órdenes, y ser el apoyo de los hombres enfermos e incapacitados, no pocas veces en razón de los mismos hechos que dieron lugar al desplazamiento, como también de niños y ancianos, atemorizados e inermes”.

¹⁹⁵ Corte IDH, *Caso Castillo Páez*, Sentencia de Reparaciones de 4 de septiembre de 1998, párr. 84.

¹⁹⁶ Así las cosas, la Corte acudió al criterio plasmado por el Consejo de Estado¹⁹⁶ en los casos de desplazamiento forzado en los cuales se ha fijado 50 S.M.M.L.V. como indemnización.

¹⁹⁷ Las sentencias hasta ahora emitidas por el Consejo de Estado sobre el tema de indemnización a desplazados son las siguientes: Radicado N. 2002-0004-01, 15 de agosto de 2007; Radicado N. 2001-00213-01, 26 de enero de 2006., ambas de la Sección Tercera.

¹⁹⁸ El Decreto 299 de 2010 establece que el SIJYP tendrá por objeto “mantener información oficial consolidada y en tiempo real de todos los componentes de la aplicación y desarrollo de la Ley 975 de 2005 8...)”. En consecuencia, “la información contenida en el sistema es fidedigna y puede servir de base

el/la juez penal no deba apersonarse de las políticas sociales de desarrollo, cuya competencia es gubernamental; y 4- se apoya la tesis sobre el enfoque de la reparación transformadora, como forma de compensar el daño sufrido por las víctimas que está tomando fuerza, que guarda relación lógica con los fines de la reparación integral en contextos a dar prioridad a la recuperación del tejido social y comunitario, y superar las condiciones que han dado paso a situaciones de exclusión o marginación.

La prueba de la existencia del daño, así como la situación de especial vulneración de las víctimas, es determinante, como se ha dicho, para que el Magistrado, en la sentencia pueda establecer la existencia del daño, y ser reparado con posterioridad en el incidente de reparación integral.

Considerando las modificaciones señaladas en lo que respecta al incidente de reparación, el cual, según se propone, se llevaría a cabo después de la sentencia, y tomando lo establecido por el Tribunal de Justicia y Paz, sobre la necesidad de establecer un sistema para que se haga seguimiento a la ejecución de la pena y la efectiva reparación de las víctimas, debería desarrollarse un mecanismo de control e impulso de ejecución integrado en un Servicio Único o común de Ejecución de Sentencias. Dicho Servicio de Ejecución de sentencias estaría compuesto por los órganos colegiados de magistrados, de los que se trata en el capítulo de Criterios de Selección y Priorización y se podría vigilar de esta forma el cumplimiento de la pena y las obligaciones impuestas a los condenados. A su vez, tramitar lo referente al Incidente de Reparación Integral.

a los funcionarios judiciales para sustentar sus decisiones, lo cual no quiere decir que sólo quienes aparezcan en esta base de datos pueden tener la calidad de víctimas.

Capítulo VI

Exclusión y Requisitos de Elegibilidad

El proceso penal especial de Justicia y Paz debe concluir con una sentencia condenatoria, sin embargo, por condiciones extraordinaria éste proceso puede terminar por exclusión o la renuncia del postulado a dicho trámite. La figura de la “Exclusión” consiste en el mecanismo por medio del cual la Sala con Funciones de Conocimiento de Justicia y Paz, decide expulsar del trámite previsto en la Ley 975 de 2005 al postulado –procesado o condenado-, por incumplimiento de uno de los requisitos de elegibilidad, o por faltar a las obligaciones impuestas, bien por la Ley, bien en la sentencia condenatoria. Mientras que el instituto de la renuncia se refiere a la finalización del proceso por el abandono que hace el postulado, expresa o tácitamente, de su pretensión de favorecerse de los beneficios de la Ley de Justicia y Paz.¹⁹⁹

Al respecto, la Ley de Justicia y Paz no establece con claridad cuáles son las causales de la exclusión, por tal motivo éstas han sido desarrolladas a través de la jurisprudencia pero tomando como base, en la mayoría de los casos, los artículos 10 y 11 de la Ley de Justicia y Paz. Estas causales tienen como consecuencia inmediata la separación definitivamente del postulado del proceso de justicia y paz²⁰⁰.

1. Causales de exclusión

La Corte Suprema de Justicia ha señalado en su jurisprudencia que “en el procedimiento de justicia y paz se distinguen claramente una fase administrativa, a cargo del Gobierno Nacional y concretamente dirigida a favorecer la desmovilización, para luego elaborar las listas de integrantes de los grupos ilegales postulados para recibir los beneficios de justicia y paz; y otra judicial, que comienza con la recepción de la lista de postulados en manos de la Fiscalía General de la Nación, mal puede el Gobierno Nacional, motu proprio, “ordenar” al fiscal General de la Nación que cese de inmediato toda actuación, como si el trámite judicial, gobernado por la independencia y autonomía de los funcionarios que lo adelantan, pudiera ser interferido sin miramientos”²⁰¹. Una vez el desmovilizado ha sido postulado para acceder a los beneficios de Justicia y Paz incluyéndose en la lista de la Fiscalía General de la Nación, tiene el derecho a que su caso sea analizado por el/la juez, cuya función debe ser la de

¹⁹⁹ La exclusión procede en cualquier etapa del procedimiento y constituye una decisión de carácter judicial, y en ese sentido concierne exclusivamente a los magistrados de las salas de justicia y paz de los tribunales superiores y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia cuando actúa como segunda instancia. Si el postulado fuere excluido del procedimiento de justicia y paz, el fiscal delegado remitirá todo el expediente a la autoridad en la justicia ordinaria que fuere competente de conformidad con la fecha de realización de las conductas investigativas.

²⁰⁰ A agosto de 2011 se registran cuatro exclusiones: Edison Valencia – Frente Nordeste del BCB-, Luis Arnulfo Tuberquia -Bloque Noroccidente Antioqueño-, Iván Roberto Duque –BCB-, y Rodolfo Morales Aguirre - Bloque Conquistadores de Yondó del Bloque Central Bolívar.

²⁰¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 30998, 12 de febrero de 2009. MP: Sigifredo Espinosa Pérez.

verificar los requisitos para acceder a los beneficios que otorga la Ley, y si no los cumpliere el/la juez justificará la razón de ser excluido.

El Gobierno Nacional no puede excluir a un postulado de la lista con el argumento de que sigue delinquiendo “cuando ni siquiera la norma establece cómo debe comprobar el Gobierno Nacional”²⁰². El juez debe fallar en observancia de los derechos fundamentales a la defensa técnica y al debido proceso. Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la única fórmula para establecer que una persona sigue delinquiendo es cuando exista una sentencia condenatoria en firme indicando dicho hecho, de lo contrario existe la presunción de inocencia la cual debe ser respetada”²⁰³. Por lo que ser solicitado en extradición no es razón suficiente para ser excluido de Justicia y Paz con el argumento de que el desmovilizado postulado ha continuado en actividades delictivas, como ocurrió en el caso de Manuel Enrique Torregrosa Castro.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia puntualizado sobre algunas causales de exclusión, a saber, la renuncia voluntaria del postulado al procedimiento, cuando dice que “Efectivamente, no se requiere decisión de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz para ordenar finalizar el trámite y remitir las diligencias a la justicia ordinaria, cuando el elegible renuncia voluntariamente (...) ya que constituye la pena alternativa un derecho, su beneficiario puede disponer de él sin que esa decisión menoscabe derechos de la sociedad y de las víctimas, toda vez que los delitos cometidos y sus autores serán investigados por la justicia ordinaria”²⁰⁴. Pero a ello se adiciona que de renunciar al trámite y a los beneficios, “el postulado después no podrá cumplir nuevamente con la totalidad de las exigencias relacionadas con su desmovilización por lo que se desconocen los derechos a la verdad y a la justicia que demanda el otorgamiento de los beneficios”.

Las renunciaciones voluntarias al proceso de Justicia y Paz por lo general responden a estrategias de algunos desmovilizados que hacen cálculos de posibles penas que les resulten más beneficiosas, esto ocurre también ante la incertidumbre y los problemas e indefiniciones desarrollados en otros capítulos y que generan escenarios de inseguridad jurídica. La renuncia al proceso de Justicia y Paz, si bien es facultativo del postulado, desvirtúa los objetivos que busca la Ley en materia de reintegración de los desmovilizados y garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral.

Otra causal de exclusión se halla en la renuencia a comparecer al proceso. El hecho de no comparecer a versiones libres sin justa causa después de tres citaciones, o una vez iniciada el postulado se ausenta de la misma o se rehúsa a cumplir con la finalidad de la diligencia, es decir, a absolver el interrogatorio del fiscal; constituye una manifestación tácita de renuncia al procedimiento señalado en la Ley 975 de 2005, que

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 29472, 10 de abril de 2008. MP: Yesid Ramírez Bastidas.

²⁰⁴ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 27873, 27 de agosto de 2007, MP: Julio E. Socha Salamanca.

a su vez, se configuran en un acto de condición para continuar en el proceso de Justicia y Paz, por lo que no llevarlos a cabo conlleva la exclusión del mismo.

Bajo estos presupuesto se excluyó a Luis Arnulfo Tuberquia alias “Memín” miembro representante del Bloque Noroccidente Antioqueño de las autodefensas. La Corte Suprema de Justicia expresó al respecto que “tras mantener una actitud renuente, el postulado ahora pretende, luego de haber sido capturado mediando información en el sentido de que continuaba delinquiriendo, acogerse al régimen previsto en la Ley 975 de 2005”²⁰⁵. En el caso de alias “Memín”, él fue citado tres veces a diligencia de versión libre no habiendo asistido. Así también, se dan casos donde se puede aplicar la figura de la exclusión, tal es el caso de la ex Concejal de La Dorada Maribel Galvis quien fue llamada a rendir versión libre en cuatro ocasiones²⁰⁶ o el caso de Ovidio Isaza alias “Roque” ex comandante del frente Jhon Isaza de las Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio quien fue llamado a versión libre en cinco ocasiones.²⁰⁷

2. Requisitos de elegibilidad

Quizá la forma de exclusión más compleja es aquella que viene dada por incumplimiento de algún requisito de elegibilidad establecidos en los artículos 10 y 11 de la Ley de Justicia y Paz y en el Decreto 423 de 2007.

Un primer análisis de los artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005 al hablar de la posibilidad de acceder a los beneficios que establece dicha norma, parecería que se trataría de los requisitos para la postulación, sin embargo, se ha entendido como aquellas condiciones que deben ser observadas para ser elegible para la obtención de la pena alternativa. Antes de proferirse sentencia de individualización de la pena, se debe verificar que el acusado cumpla con los requisitos de elegibilidad previstos para poder obtener los beneficios de la Ley 975 de 2005 para suspender la pena principal ante la imposición de una pena alternativa. La Corte Constitucional estableció, en la Sentencia C- 370 de 2006, que los requisitos a los que se refiere estos artículos son de accesibilidad y establece que a tiempo de ser admitido (postulado) no es necesario todavía que se cumplan todos los requisitos.

Si se analiza el texto del artículo 10, se observan requisitos estrechamente ligados pero con tiempos verbales diferentes que producen cierta confusión. La primera causal establece: *que el grupo armado organizado de que se trata se haya desmovilizado y desmantelado en cumplimiento de acuerdo con el Gobierno Nacional* parece ser la causal principal pero la causal número 4 establece *que el grupo cese toda interferencia al libre ejercicio de los derechos políticos y libertades públicas y cualquiera otra actividad ilícita*. La lógica da a entender que si una estructura armada se desmoviliza deja de existir. Se entendería que se refiere a futuras reorganizaciones de grupos, sin embargo, la próxima causa (5) nuevamente regresa a tiempo verbal pasado y establece

²⁰⁵ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 31181, 15 de abril de 2009, MP: María Del Rosario González.

²⁰⁶ 3 de enero, 6 de febrero, 13 de agosto y 6 de diciembre de 2007

²⁰⁷ 15 de febrero de 2007, 8 de julio de 2010, 23 de agosto de 2010, 22 de febrero de 2011 y 22 de marzo de 2011.

como requisito *que el grupo no se haya organizado para el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito*. Hasta ahora estas observaciones se refieren a aspectos semánticos importantes que deben ser tenidas en cuenta al momento de la labor interpretativa que de esta norma realiza el operador judicial. Otros temas, como la determinación de un criterio o un estándar para valorar posibles incumplimientos a los requisitos, presentan algunos desafíos como se expondrá a continuación.

Se entiende que una vez comprobado el incumplimiento de uno sólo de estos requisitos convierte al postulado en inelegible para obtener la pena alternativa, de ahí, la importancia de analizar estos requerimiento para determinar su alcance e interpretación ya que sí, de manera exegética se interpretan éstos, el número de excluidos por no satisfacer las exigencias previstas en la ley sería muy alto.

El reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia²⁰⁸, en el caso de Iván Roberto Duque Gaviria, alias “Ernesto Báez de la Serna”, proporciona elementos para un desarrollo efectivo de estos temas por parte de los operadores judiciales y en concreto del requisito del artículo 10.4.

En la citada providencia, la Corte señala que: “la elegibilidad entendida como la cualidad del desmovilizado trae consigo dos condiciones; la actitud del desmovilizado y el tiempo de entrega (...) la voluntad del desmovilizado no pueden ser meras intenciones sino que tiene que demostrarse con hechos”. Con esto, la elegibilidad se da en la medida en que se cumplan los requisitos de la Ley y lo establecido por la sentencia, en relación con la satisfacción de los derechos de las víctimas.

Adiciona la Corte que “la expulsión del candidato a ser beneficiado con la pena alternativa se puede producir por el incumplimiento de los requisitos de elegibilidad y por las obligaciones legales o judiciales; siendo uno de los efectos de tal decisión que una vez el desmovilizado sea expulsado del proceso previsto en la Ley 975 de 2005, se deje a disposición de los despachos judiciales que lo requieran; en donde no tendrá ningún valor la eventual confesión realizada por el justiciable en el expediente transicional pero no obstante, la información suministrada en la versión libre podrá ser considerada en la reconstrucción de la verdad histórica de lo sucedido con el accionar paramilitar”²⁰⁹.

En dicho caso, la Fiscalía General de la Nación argumentó que el desmovilizado siguió delinquirando después de su postulación ya que al parecer, apoyado por los miembros del “Frente Cacique Pipintá” (no desmovilizado), por la vía de la intimidación a los votantes, continuó alterando el mapa electoral de los municipios del norte del departamento de Caldas. La solicitud de exclusión entonces no se da por el hecho de seguir delinquirando, ya que la Corte ha dicho que hasta que no exista sentencia condenatoria sobre el hecho punible no es posible afirmar dicha actuación, pero sí es una causal de exclusión faltar a la verdad, debido a que en la versión libre no relató

²⁰⁸ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 34423, 23 de agosto de 2011. MP: José Leonidas Bustos Martínez.

²⁰⁹ *Ibidem*.

dichos hechos, incumpliendo entonces con la principal obligación legal, como era la de relatar de manera cierta y completa todo lo acontecido durante su accionar paramilitar.

La Corte insiste en que el derecho a la verdad va ligado con la posibilidad de conocer las razones, los hechos, los responsables, los auspiciadores, la financiación, los la forma, los sitios, el momento, y en general todo aquello que esclarezca la situación victimizante. Por lo que se necesita a) una confesión completa y veraz, b) colaborara con el esclarecimiento de los hechos, c) aceptar los cargos, d) aceptar la responsabilidad, e) participar activamente en la reconstrucción de la memoria histórica.

Por otra parte, el requisito establecido en el numeral 10.2 establece que se *deben haber entregado todos los bienes producto de la actividad ilegal*, la Sentencia C-370 de 2006 estableció que también debían entregarse los bienes lícitos pero siempre que exista una sentencia judicial al respecto; en ese sentido, si bien la redacción no es clara en el entendido que no se sabe quién es el sujeto, la Corte Constitucional habla del desmovilizado. La verificación del cumplimiento de este requisito deberá valorar que los bienes de que se trate no sean de aquellos personalísimos o que se tengan para la satisfacción de necesidades vitales para la subsistencia humana.

El requisito del numeral 10.3 establece *que el grupo ponga a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la totalidad de menores reclutados*²¹⁰, al respecto se hace la siguiente consideración: ateniéndose al texto de la norma éste constituye un requisito de elegibilidad condicionado a una obligación del bloque o, en su caso, al miembro representante pero que podría interpretarse que dicha obligación puede predicarse de todos los miembros del grupo. A la fecha ninguno de los casos con sentencia ha sido sometido al escrutinio de este requisito, sin embargo, a futuro resulta necesario la definición de una responsabilidad personal en cabeza de la persona que tenía poder de decisión y conocimiento del alcance delictivo para que el resto de postulados de la misma estructura no vean truncadas sus aspiraciones de acceder a los beneficios de que trata la norma 975.

Similar análisis se sugiere hacer con respecto al numeral 10.6 que dispone como otro requisito que se *liberen las personas secuestradas, que se hallen en su poder*, e informe sobre la suerte del paradero de las personas desaparecidas²¹¹.

Sobre el cuarto requisito que establece que *el grupo cese toda interferencia al libre ejercicio de los derechos políticos y libertades públicas y cualquiera otra actividad*

²¹⁰ De acuerdo con lo previsto en la Ley 975, la entrega de menores por parte de los desmovilizados no comporta la pérdida de los beneficios: "Artículo 64. *Entrega de menores*. La entrega de menores por parte de miembros de Grupos armados al margen de la ley no serán (sic) causal de la pérdida de los beneficios a que se refieren la presente ley y la Ley 782 de 2002".

²¹¹ Numeral 10.6 declarado Exequible, por los cargos examinados, por la Corte Constitucional mediante sentencia C 370 de 2006. 18 de mayo de 2006, Magistrados Ponentes Drs. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, 'en el entendido que también deben informar en cada caso sobre la suerte de las personas desaparecidas'.

ilícita, es importante determinar criterios claros de valoración ya que si la apreciación se remite a las condiciones de seguridad de la zona o a posibles rearmes en los lugares donde el grupo desmovilizado operaba muy pocos grupos pasarían por el examen.

En la Sentencia del postulado Salazar Carrascal, el Tribunal de Conocimiento ponderó que existen informes de Organismos Internacionales que ponen en duda la real desarticulación de las estructuras paramilitares en el país porque algunos de los desmovilizados han vuelto a rearmarse o a fomentar la creación de bandas delincuenciales que atentan contra los derechos humanos haciendo referencia al Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia en 2006, 2007 y 2008. El Tribunal, también, hace mención al XIV Informe Trimestral de la MAPP/OEA presentado por el Secretario General de la OEA, donde se expuso la situación del Sur del Cesar, región donde operó Salazar²¹². La valoración de este requisito de elegibilidad debe tener en cuenta el nexo causal entre el accionar del desmovilizado y la zona donde operó ya que muchos de ellos llevan varios años presos y sin ingerencia en la zona, que en varias ocasiones puede presentar situaciones de inseguridad.

En todos los casos la justicia tiene amplias posibilidades para acceder a información obtenida por medios no judiciales sobre el desarrollo del conflicto armado en los territorios. Esta información puede estar soportada en las Organizaciones la sociedad civil, los organismos internacionales, los órganos de control y por las mismas víctimas, entre otras.

En conclusión y considerando los argumentos de la Fiscal General de la Nación, en su Proyecto Ley mediante el cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005 radicado en el mes de septiembre de 2011; es imperiosa la necesidad de excluir de la lista de postulados a aquellos que no ha sido posible ubicárseles o lograr su comparecencia, los que voluntariamente desisten de someterse al proceso de justicia y paz o expresan libremente su decisión de no continuar en el proceso y a quienes no satisfacen los requisitos de elegibilidad establecidos en la ley, tan pronto se acredita esta situación.

Depurar el universo de postulados contribuirá a imprimir una mayor fluidez a las actuaciones, en la medida en que el esfuerzo de los diferentes equipos de trabajo de fiscales y magistrados de justicia y paz se podrá concentrar en aquellos casos en que los postulados realmente estén colaborando eficazmente con la reconstrucción de la verdad, a favor de la reparación de tantas víctimas que esperan, por fin, saber lo ocurrido con sus seres queridos

²¹² XII Informe del Secretario General de la OEA ante el Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz, que reza: *“Una dinámica similar ocurre con las víctimas en el sur del Cesar, donde al temor generado por la presencia de facciones armadas ilegales, se le suma el control que tienen sobre instancias la familia Prada13/ y el grado de control social. Especialmente en San Martín, las víctimas relatan que en el momento de diligenciar los formatos de hechos atribuibles, los funcionarios municipales se rehúsan a escribir los nombres de posibles perpetradores – miembros de la familia Prada”*.

SEGUNDA PARTE: Dificultades para la implementación de la Justicia transicional en Colombia

Capítulo VII VIGENCIA DE LA LEY 975 DE 2005

La Ley 975 de 2005 estableció en su Artículo 2 que el ámbito de interpretación y aplicación de la norma sería para “hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos armados organizados al margen de la ley”, a su vez estableció en el artículo 72 que la Ley se aplicaría “únicamente a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia”, es decir, antes del 25 de julio de 2005.

En febrero de 2009, la Corte Suprema de Justicia determinó que la Ley 975 de 2005 sólo se aplicaría para hechos cometidos con anterioridad a su fecha de promulgación. El argumento central fue que el texto del artículo 72 era claro, por lo que no se puede desobedecer su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu.

En su momento, el Gobierno Nacional presentó un Proyecto de Ley para prorrogar la Ley 975 de 2005 y en la exposición de motivos señaló que la idea del proyecto era eliminar el límite temporal de la ley, ya que esto “pone un obstáculo a la materialización de un valor fundamental de nuestra sociedad, prioridad de este Gobierno y finalidad de la Ley 975 de 2005, cual es el de la realización de la paz”. Adicionalmente, consideró que la actual vigencia de la Ley impide el acceso de las víctimas, en igualdad de condiciones, a los derechos reconocidos por la ley²¹³. Los derechos de las víctimas están garantizados en la Constitución Política, la Legislación Nacional y los Tratados Internacionales, y estos no se circunscriben a la aplicación de la Ley de Justicia y Paz. La extensión de la vigencia sería además un incentivo, que lejos de facilitar condiciones para la paz, premia la comisión de delitos frente a una posible rebaja permanente y sustancial de penas para los delitos más atroces²¹⁴. Dicho proyecto de ley fue archivado por no culminar el tránsito legislativo completo.

Asimismo, este criterio está fundamentado en el artículo 26 del Decreto 4760 de 2005, pero se ha insistido 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”²¹⁵.

Según la Alta Consejería para la Reintegración: (i) Los postulados a Justicia y Paz, miembros de las AUC y FARC, serían 4.539, según la Fiscalía General de la Nación; (ii) al

²¹³ http://www.observatorio.derechoshumanosypaz.org/descargar_alerta.php?id=8 El Proyecto de ley para ampliar la vigencia de justicia y paz: Una rebaja de penas permanente para los delitos más graves.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ Aponte Cardona, A. (2011) *El Proceso Penal Especial de Justicia y Paz alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*. Bogotá: CITpax. Pg. 43.

menos 376 guerrilleros postulados y 120 autodefensas cometieron delitos después del 25 de julio de 2005; (iii) 868 postulados se desmovilizaron antes de esta fecha; y (iv) 4.015 postulados no están confesando hechos después del 25 de julio de 2005.

A la vista de estos datos oficiales, tendríamos que el 39% de los postulados que están versionando quedarían excluidos de la aplicación de la Ley; al menos 3.662 hechos atribuibles a los GAOML se habrían cometido después de la fecha señalada por la Corte; y, el 80% de las AUC y más de 14.000 guerrilleros se habrían desmovilizado después de la mencionada fecha.²¹⁶

Si bien, las desmovilizaciones colectivas de las autodefensas concluyeron con la desmovilización del Bloque Elmer Cárdenas en agosto de 2006, la Oficina del Alto Comisionado para la Paz adelantó un proceso de paz con el Ejército Revolucionario Guevarista (ERG) en agosto de 2008. En el acuerdo de Paz se establece que dicho proceso es adelantado en el marco de las Leyes 1106 de 2006 y 975 de 2005 y expresa que “tanto los miembros desmovilizados del grupo que así decidan, como los miembros de la organización que se encuentran privados de la libertad al momento de la desmovilización, serán postulados por el Gobierno Nacional a la Ley de Justicia y Paz”²¹⁷. Los 12 postulados del ERG, ante la inminente posibilidad de que delitos cometidos por el grupo después del 25 de julio de 2005 hasta su desmovilización no sean cobijados por la Ley de Justicia y Paz, más allá del acuerdo expreso, decidieron el 1 de julio de 2011, “no comparecer más a ningún escenario judicial hasta que el Gobierno cumpla con el compromiso adquirido de reformar la Ley de Justicia y Paz con el fin que dichos delitos puedan ser cobijados”²¹⁸.

1. Situación actual

Con la interpretación de las Altas Cortes de que la sola pertenencia al GAOML constituye concierto para delinquir agravado con fines de paramilitarismo, 39.000 desmovilizados tendrían que ser capturados y procesados por la justicia penal ordinaria²¹⁹. Sin perjuicio de la aplicación de la Ley 1424 de 2010, en los casos en los que proceda, a partir de la interpretación que de los argumentos de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de esta ley se hagan.²²⁰

La comprensión de los argumentos de la Corte una vez se conozca sentencia por escrito es fundamental. Además, esta decisión estuvo precedida de una votación estrecha al interior de la Corte que vale la pena tener en cuenta.

El proceso de Justicia y Paz, es un marco jurídico, reconocido como válido y legítimo para los fines que la justicia transicional pretende, en la medida de lo posible, debe

²¹⁶ Información presentada en Power Point por la Alta Conserjería para la Reintegración, julio 2011.

²¹⁷ Artículo 2 del Acuerdo de Paz firmado entre el Gobierno de Colombia y los miembros representantes del Ejército Revolucionario Guevarista en la verdea Alto Guaduas del municipio de Carmen de Atrato el 2 de agosto de 2008

²¹⁸ Carta de los postulados del ERG a la Fiscal General de la Nación de Julio 1 de 2011.

²¹⁹ Información presentada en Memo Vigencia de la ley de Justicia y Paz por Alta Conserjería para la Reintegración, julio 2011.

²²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C 771, 13 de octubre de 2011

salvaguardarse su aplicación y desarrollo. Por ello, es preciso decidirse si es imprescindible reformarlo o no y cuáles serían sus consecuencias.

Por otra parte, la indefinición del escenario legal, supone un grave problema de inseguridad jurídica, no sólo para los desmovilizados que, probablemente, irían a engrosar las filas de las Bandas Criminales (BACRIM), ante lo que consideran un incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones y compromisos asumidos, sino también para las víctimas que verían interrumpida la única vía abierta para la obtención de la verdad, a través de las declaraciones de los desmovilizados; de la reparación, a través de la restitución de sus derechos materiales y morales; y de la justicia, porque la administración de la misma se dilataría indefinidamente, hasta hacerla irrelevante.

Algunas posturas como la del Ministerio Público señalan que “una interpretación sistemática y teleológica de las normas expedidas con el fin de pacificar la nación nos condujo a concluir que los beneficios de la Ley 975 deben extenderse a todos los hechos delictivos cometidos antes de la desmovilización, si éstos tienen relación temporal y causal con el accionar del grupo armado al margen de la ley, sin importar que la fecha de perpetración del mismo fuera posterior a la de la vigencia de la Ley”²²¹. Adicionan que todos los delitos cometidos con ocasión y durante se hizo parte del grupo armado al margen de la ley son los mismos, y no es lógico diferenciarlos mediante una fecha establecidas por el legislador, por lo que las víctimas también deberían ser diferenciadas, lo que las pone en una situación de desigualdad.

2. Consecuencias de la calificación del concierto para delinquir con fines de paramilitarismo como un delito de lesa humanidad

La Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, han dado relevancia al concierto para delinquir agravado, elevándolo a la categoría de crimen contra la humanidad. Al darle autonomía y categoría de crimen internacional, el concierto para delinquir pasa a ser el delito base que da sentido y cobertura a toda la actividad delictiva de los GAOML, en relación con el ámbito de aplicación de la ley de Justicia y Paz. Es decir, lo relevante y decisivo para incluir a los componentes de esos grupos en el ámbito de la Ley (artículo 72) sería que aquellos lo estuvieran en el momento de entrada en vigor de la Ley 975 de 2005 (el 25 de julio de 2005) aunque no hubieran cometido crímenes concretos contra la humanidad. La cuestión surge, cuando la desmovilización se produce después de dicha fecha y los desmovilizados tienen en su haber crímenes cometidos con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la ley.

La Corte Suprema de Justicia es clara, cuando distingue entre crímenes de ejecución permanente (concierto para delinquir, utilización de uniformes, porte de armas) y los de ejecución instantánea (homicidios, asesinatos, secuestros, desapariciones). Los primeros, si comenzaron su ejecución antes de la entrada en vigor, quedan incluidos

²²¹ El Proceso Penal de Justicia y Paz desde la intervención del Ministerio Público, 2010. <http://es.ictj.org/images/content/1/9/1968.pdf>

en su ejecución posterior, y los segundos, si se ejecutaron después de aquella vigencia quedan fuera y deben ser reportados a la justicia penal ordinaria.

Este planteamiento, aparentemente claro, queda enturbiado con la teoría de las Cortes de otorgar, en todos y cada uno de los casos, categoría de crimen contra la humanidad al concierto para delinquir agravado, crimen de ejecución permanente, lo que significaría que todos los desmovilizados quedarían dentro de Justicia y Paz por este crimen, pero a su vez se excluirían todos los crímenes de ejecución instantánea cometidos después del 25 de julio de 2005, los cuales serían remitidos a la justicia penal ordinaria.

Si se opta por esta postura, acorde con la calificación del delito base como crimen contra la humanidad, la prueba a establecer sería la de la pertenencia o no de los desmovilizados al grupo con anterioridad al 25 de julio de 2005, de modo que los que sí estuvieran integrados antes de esa fecha y así se acredite, deberán incluirse dentro del proceso de Justicia y Paz aunque hayan delinquido después de la mencionada fecha, hasta el momento de la desmovilización; por el contrario, si la integración ha sido posterior, formando nuevos grupos los componentes quedan fuera de la aplicación de la norma respecto de todos y cada uno de los hechos que hubieran cometido antes o después de aquella fecha.

Con el propósito de clarificar el argumento, se puede resumir así: los desmovilizados antes o después del 25 de julio de 2005, con pertenencia y acciones anteriores, quedan dentro; los desmovilizados después del 25 de julio de 2005 con pertenencia anterior y actividad posterior hasta el momento de la desmovilización, quedan dentro; los desmovilizados después del 25 de julio de 2005 con pertenencia posterior a esta fecha y actividad posterior quedan fuera; y los desmovilizados después del 25 de julio de 2005, con pertenencia posterior a esa fecha y con actividad anterior del grupo, quedan fuera de la Ley 975.

Si, por el contrario, se opta por la no catalogación del concierto para delinquir agravado como crimen contra la humanidad en todo caso, los hechos posteriores a la entrada en vigor quedarían fuera y el concierto para delinquir agravado sería catalogado como crimen común y podría desplegar unos efectos diferentes sobre los desmovilizados no postulados, que tendrían que acogerse a las normas ordinarias de colaboración.

Sobre la misma problemática, la Corte Suprema de Justicia había señalado en 2009 que “desafortunado resulta entonces el argumento que sostiene que la Ley 782 de 2002 prorrogada por la Ley 1106 de 2006 que dio un plazo para las desmovilizaciones de los miembros de los grupos armados ilegales hasta diciembre de 2010, imponiendo una interpretación amplia del artículo 72 de la ley 975 de 2005 para que, sin consideración alguna a la época de la ocurrencia de las conductas punibles, los futuros desmovilizados se beneficien de las prerrogativas de la Ley de Justicia y Paz. Sostener semejante desafuero equivale a extender una patente de corso a los miembros de los grupos armados al margen de la ley que hoy continúan delinquiendo en todo el territorio nacional, para que hasta el 21 de diciembre de 2010 ejecuten toda suerte de

actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio u homicidios fuera de combate contra inermes habitantes del territorio patrio y sólo pueda aplicárseles una pena simbólica”²²². Obviamente si se acoge la interpretación anterior de integración previa a julio de 2005 en el grupo ilegal armado, tales circunstancias no se producirían por cuanto se establecen dos fechas claramente diferenciadas, la de entrada en vigor de la Ley (25 de julio de 2005) y pertenencia anterior, y fecha de la desmovilización y hechos anteriores a la misma por quienes estaban integrados en el grupo antes del 25 de julio de 2005.

Por otra parte, también existía una problemática en cuanto a los delitos de ejecución permanente a lo que la corte señaló en 2010 que “en relación con ese género de comportamientos permanentes, lo relevante es que... *“el primer acto se haya producido con anterioridad a la vigencia de la ley 975 de 2005”*, es decir, con ocasión de la pertenencia del desmovilizado al grupo armado ilegal, lo que evidentemente ocurrió en el caso sometido al estudio de la Corte, en el cual tanto el concierto, como el porte ilegal de armas y el uso ilegal de uniformes (tal como se observó en el acto de desmovilización) revisten ese carácter dados su inicio antes del 25 de julio de 2005 y su culminación el día de la desmovilización”.²²³

La Corte Suprema de Justicia reiteró en 2011 su línea interpretativa según la cual los hechos cobijados por la Ley 975 de 2005 son los cometidos durante y con ocasión de la pertenencia al grupo armado siempre y cuando hayan ocurrido antes del 25 de julio de 2005 y hasta el momento, no existen razones que modifiquen esta línea de interpretación, teniendo en cuenta que el objetivo del legislador fue evitar que se siguiera delinquir después de la promulgación de la Ley²²⁴. Siguen siendo válidos aquí los argumentos expuestos para contradecir la postura de la Corte, amparándonos en su propia doctrina sobre el concierto para delinquir agravado

Ante la problemática que plantea la interpretación de las Cortes, diversas soluciones se han explorado. Una de ellas señala la opción de dejar abierta la puerta para que la Ley sea aplicada a hechos ocurridos con anterioridad a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley; por lo que se otorgarían los beneficios de pena alternativa a aquellos que en el pasado se desmovilizaron y también para los que se desmovilicen en el futuro. Dicha propuesta permitiría solucionar la situación de aquellos que se desmovilizaron después del 25 de julio de 2005, no se excluirían los hechos ocurridos después de dicha fecha y se garantiza el acceso a todas las víctimas de estos grupos. Sin embargo, tendría un inconveniente en cuanto a dejar la puerta abierta a futuras desmovilizaciones, ya que se estaría dando licencia futura a los miembros de grupos armados ilegales para delinquir. Esta postura, quedaría cerrada con la interpretación antes expuesta de la pertenencia anterior a 25 de julio de 2005 al grupo ilegal armado.

²²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 30999, 24 de febrero de 2009. MP: Alfredo Gómez Quintero.

²²³ Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Penal, Radicado N. 33610, 13 de Mayo de 2010. M P: Alfredo Gómez Quintero.

²²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sal de Casación Penal, Radicado N. 36103, 4 de mayo de 2011. M P: María del Rosario González de Lemos.

También, se ha considerado la posibilidad de que por vía legislativa se derogue el artículo 72 de la Ley 975 de 2005, y se cree un nuevo artículo que señale que la Ley se aplicará a conductas punibles ocurridas con anterioridad a la fecha de vigencia de esa nueva ley. Pudiendo ser beneficiarios de una pena alternativa aquellos que se desmovilizaron con posterioridad al 25 de julio de 2005 hasta la vigencia de la nueva ley. Con esta posibilidad se soluciona el problema de aquellos que desmovilizaron después del 25 de julio de 2005 sin admitir futuras actuaciones delictivas; pero con el inconveniente de que en un tiempo, de persistir las mismas circunstancias, reviviría la discusión sobre la necesidad de ampliar el término de la nueva ley o de otra normatividad.

Si la solución no se obtuviere vía jurisprudencial, podría optarse por modificar la ley tomando diversos elementos, y tendiendo en cuenta los diferentes casos que en la actualidad se visualizan. Es decir, tendría la norma que establecer:

- i. Las personas que se hubieren desmovilizado individual o colectivamente con anterioridad a la fecha establecida por la nueva normatividad, pueden acceder al procedimiento de Justicia y Paz, por hechos cometidos con anterioridad a la fecha de su desmovilización siempre y cuando su pertenencia al grupo armado ilegal haya sido con anterioridad al 25 de julio de 2005, lo cual solucionaría los casos de los desmovilizados que en la actualidad se desmovilizaron con posterioridad a la Ley 975 de 2005 y que por ende cometieron delitos después de esta fecha. Dicha opción excluiría a las BACRIM teniendo en cuenta que este es un grupo nuevo creado con posterioridad al 25 de julio de 2005.
- ii. Los desmovilizados que al momento de la promulgación de la nueva normatividad, que perteneciendo a grupos armados ilegales con anterioridad al 25 de julio 2005, y no se encontraren postulados a la Ley 975 de 2005, sólo podrían solicitar la postulación al procedimiento dentro del año siguiente a la vigencia de la nueva ley. Lo cual abre la puerta para nuevas desmovilizaciones.

Capítulo VIII

El tratamiento del delito político en el proceso penal especial de Justicia y Paz y situación jurídica de desmovilizados

En el presente capítulo se aborda el estudio de temas particularmente polémicos al interior del proceso penal especial de Justicia y Paz, debatidos en providencias de las Altas Cortes en Colombia así como en otros escenarios. Para tal efecto, se analizan varias cuestiones que hacen referencia al tratamiento dado a la conducta de conformar o hacer parte de grupos de autodefensa, concebidos tanto como delito común u ordinario como en el horizonte del delito político en el marco de la justicia transicional establecida con ocasión de la Ley 975 de 2005. De esta forma, se estudia el debate en torno a la configuración del delito de sedición en la conformación o pertenencia a grupos armados de autodefensas. Igualmente, la naturaleza y consecuencias de la calificación del delito de concierto para delinquir agravado como delito de lesa humanidad. Por último, se aborda la polémica en torno a la aplicación del principio de oportunidad a los combatientes rasos desmovilizados de las autodefensas no postulados a la Ley de Justicia y Paz.

El marco jurídico existente al momento de las desmovilizaciones era el fijado por la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las Leyes 548/99, 782/02 y 1106/07. Esta normativa permitía el otorgamiento de unos beneficios en función de la desmovilización, entre ellos, un trato jurídico más benigno frente a la respuesta penal ordinaria (indulto, cesación de procedimiento, resolución inhibitoria, preclusión de la investigación) pero dichos beneficios no se podían extender a aquellos que hubieran ejecutado conductas constitutivas de actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio u homicidio.

Para los delitos no incluidos en la Ley 782 de 2002, diferentes a los políticos, el Congreso de la República expidió la Ley 975 de 2005. Esta norma, en su control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, SC-370/06, fue declarada inexecutable en su Artículo 71 por vicios de procedimiento en su formación y se fija que los comportamientos que con base en dicha normatividad se tipificaron en su momento como sedición pasan nuevamente a la denominación de concierto para delinquir que traen los ordinales 2ª y 3ª del artículo 340 de la Ley 599 de 2000.

1. La actividad de conformación de grupos de autodefensas, en tanto delito común

La Ley 975 de 2005, en su artículo 71, introdujo una novedosa, pero a su vez polémica consideración para la tradición jurídico-penal colombiana, en lo que concierne a la variación de la nominación penal de la conducta de *pertenecer* o *conformar* grupos armados al margen de la ley.²²⁵ Se trata de una adición por la cual se entiende como

²²⁵ El artículo 71 del texto original de la Ley 975 de 2005, dispone agregar al tipo penal de sedición el siguiente inciso: "También incurrirá en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos

responsable del delito político de sedición, a todo aquel que conforme o pertenezca a un grupo armado al margen de la ley, cuya finalidad sea impedir de manera transitoria y mediante el empleo de las armas el libre funcionamiento del régimen constitucional y legal²²⁶. Sin embargo, dicho artículo fue declarado como inconstitucional por la Corte Constitucional en la Sentencia n° C-370 de 2006 por vicios de fondo. En la tradición colombiana se ha entendido el delito político como aquel cometido por quien pertenece a un grupo guerrillero, el hecho de ligarse la actuación paramilitar a acciones que entorpecen mas no que pretenden sustituir el régimen constitucional o legal vigente es una concepción ajustada a nuevas realidades.

a) El reconocimiento legal de la causa política de las autodefensas

Hasta la fecha de la promulgación de la Ley 975 de 2005, era costumbre bien decantada por los jueces y tribunales nacionales juzgar conforme al delito de *concierto para delinquir agravado* la conducta delictiva de conformar, organizar, promover, fomentar o financiar grupos paramilitares. Ello, toda vez que, mediando un acuerdo común de empresa criminal se realizaban ilícitos múltiples, considerados como graves violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH).

Con la promulgación y entrada en vigencia de la Ley 975 de 2005 y, por consiguiente, del Art. 71 de la misma, cambió de forma abrupta la calificación jurídica de la sedición –ampliando el verbo rector del tipo penal a las conductas de *pertenecer o conformar* grupos armados ilegales–. Por esta razón, la Sala de Casación Penal tuvo que dirimir conflictos negativos de competencia fundados en la variación legal de la denominación jurídica de la conducta²²⁷.

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”.

²²⁶ Es importante aclarar que el Código Penal vigente no define el concepto de delito político. Sin embargo, en Colombia existe una larga tradición de aplicación de este delito, el cual ha entendido como tal a los delitos de rebelión, sedición y asonada, para darles un trato privilegiado. De hecho, diversas normas hacen referencia a la noción de delito político, aunque no lo definen; éste es el caso del numeral 17 del artículo 150 de la Constitución Política del Estado, mediante el cual se autoriza al Congreso para conceder amnistías. Igualmente, los artículos 16 y 18 del Código Penal, hacen referencia a la noción de delito político al regular la extraterritorialidad de la ley penal y la extradición, respectivamente. Para ahondar en este punto, se cita el trabajo de Iván Orozco Abad, *Combatientes, Rebeldes y terroristas. Guerra y Derecho en Colombia*, segunda edición, editorial Temis, 2004. Igualmente, y más referido al impacto de estas conductas en la población civil, a partir de la jurisprudencia colombiana, se cita el texto de Alejandro Aponte Cardona, *Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia*, en: Derecho Penal y criminología, Universidad Externado de Colombia, N° 81, mayo-agosto de 2006, pp. 15-46.

²²⁷ De acuerdo con la Sala de Casación Penal: “con ocasión de las colisiones suscitadas entre jueces penales del circuito especializado y jueces del circuito, que el delito de concierto para delinquir haya desaparecido del catálogo de conductas punibles que contiene el Código Penal. No. Lo que ocurre es que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 975 de 2005, hacia atrás esa específica modalidad comportamental, en tanto que estuviera orientada a obstaculizar el normal funcionamiento del orden constitucional y legal, dejó de concebirse como un concierto para delinquir agravado, y pasó a integrar la descripción típica del punible de sedición”. Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado n° 21944, 18 de mayo de 2006, M.P. Edgar Lombana Trujillo.

Así, en las primeras providencias sobre esta cuestión, la Sala de Casación Penal analizó la modificación introducida por el legislador de considerar la conformación y/o pertenencia a grupos armados organizados al margen de la ley, como un delito político. En su razonamiento, la Sala consideró como violación injustificada al principio de igualdad el dar un tratamiento diferenciado de delincuente político a uno de los bandos y no al otro, en desarrollo del conflicto armado²²⁸.

En este sentido, advirtió la Sala que, “se establece un privilegio inaceptable para los autores de delitos comunes que pertenecen a un grupo armado al margen de la ley en los términos de la Ley 975 de 2005, frente al resto de la delincuencia organizada que comete los mismos delitos pero que no está adscrita a uno de tales grupos. (...) Las víctimas de los delitos comunes o de lesa humanidad cometidos por estas agrupaciones al margen de la ley, podrían ver disminuidas sus posibilidades de reclamar una adecuada justicia si se reconoce a tales delincuentes un carácter político que los haría acreedores a beneficios tales como el indulto y la amnistía”²²⁹.

Una de las grandes discusiones en las primeras providencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el artículo 71, radicó en el hecho de delimitar desde el punto de vista dogmático el delito de sedición de otras conductas punibles, tales como el *concierto para delinquir agravado*.

En consecuencia, la Sala puntualizó en reiterada jurisprudencia que la sedición: “sólo abarca las situaciones en que los grupos armados al margen de la ley (llámese guerrilla o autodefensas) obran con la finalidad de interferir el orden constitucional y legal, atacando exclusivamente la operatividad de los poderes públicos. (...) [La calidad de delincuentes políticos] no los deja a salvo de que se les pueda procesar por delitos comunes ejecutados con desbordamiento de los límites razonablemente aceptados para el delito político”²³⁰.

Por esta razón, la equiparación de los delitos de sedición y concierto para delinquir no fue absoluta, toda vez que no se generalizaron todas las eventualidades del concierto agravado, pues no se hizo extensiva a las situaciones en las cuales los grupos al margen de la ley no obraren “con la finalidad de interferir el orden constitucional y legal”²³¹.

Desde un inicio, la Sala dejó en claro que no todos los delitos en que hubieren podido incurrir las autodefensas (o guerrillas), serían subsumidos por acciones propias del delito político. Antes bien, todos aquellos delitos que no tuvieran una relación

²²⁸ En el marco del conflicto armado considera la Sala que “la nueva tipología que recoge la pertenencia a grupos de guerrilla o autodefensa como propia del delito de sedición en el referido artículo 71, se explica en el orden en que el proceso de paz sitúa en cada uno de los extremos a una y otra fuerza en conflicto” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado nº 24803, 7 de febrero de 2006, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

²²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado nº 24222, 18 de octubre de 2005, M.P.: Sigifredo Espinoza Pérez.

²³⁰ *Ibidem*.

²³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado nº 24226, 18 de octubre de 2005, M.P.: Marina Pulido de Barón.

necesaria de medio a fin²³², siendo su objetivo exclusivo la interferencia en el régimen constitucional y legal (delitos conexos), serían objeto de un nuevo juicio de adecuación típica, dejando intacta la posibilidad de aplicar en concurso otros delitos como el *concierto para delinquir agravado*²³³. Por ello, la mera pertenencia al grupo armado ilegal no era suficiente para determinar si el actor incurrió simplemente en el delito de sedición o si dicha acción estaba inmersa o comprendida en otro delito, por lo cual se excluyó todo juicio *a priori* y resultó necesario hacer, en cada caso, un análisis de tipo teleológico concreto de la conducta para adecuarla correctamente en el respectivo tipo penal²³⁴.

La aplicación del delito de sedición estaba condicionada, únicamente, conforme lo preceptuaba el artículo 71, al levantamiento efectivo del grupo armado ilegal que tuviere como objetivo directo la interferencia en el libre funcionamiento del régimen constitucional y legal (se entenderá, en todo caso, la dificultad para separar, en la realidad fáctica, *la sola pertenencia* de otras conductas). Como ha sido tradición en Colombia, es muy difícil concebir la rebelión en “estado puro”.

La ley y la jurisprudencia, no obstante, han separado el delito de rebelión de aquellos delitos que constituyen hoy crímenes internacionales en la perspectiva de procesos de paz y de concesión de amnistías e indultos. La base para tal separación, fue la noción de delitos atroces que en la historia jurídica del país estuvo ligada a los denominados “actos de ferocidad y barbarie” que, justamente, hacían que los actores ligados a la rebelión no pudieran ser amnistiados o indultados cuando cometieren dichos actos que hoy hacen parte del código penal vigente.

Con el concierto para delinquir, el tema se vuelve más complejo: no existe en realidad, de acuerdo con la estructura típica de los delitos de rebelión y de sedición, un concierto material heterogéneo con el concierto para delinquir. La acción de concertarse, que constituye este delito, está incorporada de hecho en su estructura típica. Analizar la tradición colombiana en perspectiva, puede servir para hallar nuevos caminos para incorporar actores ilegales a la vida civil.

²³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado nº 25114, 28 de febrero de 2006, M.P: Marina Pulido de Barón.

²³³ *Ibidem*, Con relación a la posibilidad de concebir dualidad de conductas punibles, dijo la Corte: “Resulta de interés primordial para el Estado, (...) diferenciar entre quienes obran de consuno para interferir el régimen constitucional o legal vigente, de quienes se conciertan para operar como grupos armados para cometer delitos de terrorismo, narcotráfico, secuestro, extorsión, conformar escuadrones de la muerte, o de sicarios, delitos atroces, enriquecimiento ilícito, violaciones al D.H y D.I.H. Los primeros tienen fines políticos, en tanto que éstos últimos carecen de ese propósito, sin embargo, ambas modalidades delictivas estaban consagradas en el artículo 340 del C.P.”. Complementa en otra providencia estableciendo que cuando “se presenten situaciones en las que la sedición que podría pregonarse se encuentra acompañada de actos de barbarie, terrorismo, infracción al derecho internacional humanitario, narcotráfico, entre otros, ya no se trata de la sedición de que trata el artículo 71 de la Ley 975 de 2005, sino que se cobija bajo el delito de concierto para delinquir”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado nº 24351 15 de diciembre de 2005, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

²³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado nº 24219, 18 de octubre de 2005, M.P: Yesid Ramírez Bastidas y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado nº 24351, 15 de diciembre de 2005, M.P: Jorge Luis Quintero Milanés.

En una providencia de octubre de 2005, se desarrolla la idea del concurso del delito de sedición junto con el concierto para delinquir agravado: “La conducta tal y como está prevista en el artículo 340-2 ídem, debe ejecutarla un colectivo criminal para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, cualquiera sea el motivo que los reúna en la empresa criminal. Así por ejemplo, a esta descripción típica correspondería el proceder de las autodefensas que interfieran el orden constitucional o legal ilícitamente, como incidir en la postulación de una persona a una corporación pública o cargo de elección a nivel local, o disputar ilegalmente a la autoridad militar o de policía y su competencia para restablecer o mantener el orden y la seguridad en un territorio, como cuando combaten a quienes agreden al Estado para derrocar al gobierno o modificar sustancialmente el régimen constitucional, o compartir con el grupo armado información para interferir la acción de las autoridades de policía o militares, por citar algunos ejemplos, y, también, corresponde a dicha ilicitud la conformación de grupos que obraran por motivos diferentes, diversos a los políticos, que no tengan por objeto interferir el monopolio del Estado en lo relacionado con el régimen constitucional y legal”²³⁵.

Posteriormente, un aspecto controvertido sobre el artículo 71 de la Ley 975 de 2005, fue la determinación del orden constitucional y legal, como bien jurídico protegido por el delito de sedición. En una providencia de febrero de 2006, la Sala indicó que aún bajo el anunciado propósito de las autodefensas, “de pretender la vigencia del orden jurídico constitucional y legal, procurarlo con el empleo de las armas y sin una real subordinación al mismo, involucra, precisamente, un elemento impeditivo de su libre funcionamiento y entonces un atentado contra dicho bien”²³⁶.

b) Tensiones respecto de la aplicación del artículo 71 de la Ley 975 de 2005

Fue tal la controversia alrededor del artículo 71 de la Ley 975 de 2005, que desde comienzos del año 2006, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió no aplicar la disposición en referencia, junto con el artículo 70 de la Ley 975 de 2005, a través del uso de la figura de excepción de inconstitucionalidad consagrada en la Carta Política, por su posible inconformidad sustancial con la Constitución²³⁷. Se argumentó contra tal disposición, la violación del principio de unidad de materia y de las normas rectoras del derecho penal, como el principio de proporcionalidad y de igualdad, entre otros²³⁸.

²³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado nº 24226, 18 de octubre de 2005, M.P: Marina Pulido de Barón y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado nº 24351, auto de 15 de Diciembre de 2005, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

²³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado nº 24803, 7 de febrero de 2006, M.P: Alfredo Gómez Quintero.

²³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado nº 24761, 19 de enero de 2006, M.P: Sigifredo Espinosa Pérez y Alfredo Gómez Quintero.

²³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado nº 24803, 7 de febrero de 2006, M.P: Alfredo Gómez Quintero. Al respecto es ilustrativo la aclaración de voto del magistrado Sigifredo Espinosa Pérez y el reiterado salvamento de voto del magistrado Álvaro Orlando Pérez Pinzón, quien considera a la Ley 975 de 2005 inconstitucional en su totalidad.

Ahora bien, muchas de las tensiones creadas alrededor del delito de sedición, en la Ley 975 de 2005, se explican en tanto que una de las características ligadas a la comisión de acciones que constituyen delito político es la posibilidad de que quienes las cometen puedan beneficiarse con indultos, hecho que, de acuerdo con la Ley 782 de 2002 puede ser adoptado en el marco de una negociación de paz impulsada por el Gobierno Nacional²³⁹.

El diseño original de la Ley de Justicia y Paz, contemplaba inicialmente la salida del indulto y reintegración a la vida civil de combatientes procesados sólo por hechos constitutivos del delito de sedición, es decir, por la sola pertenencia al GAOML, toda vez que el campo de aplicación material de la ley estaba reservado para conductas constitutivas sobre todo de crímenes internacionales.

La inconstitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 975 de 2005

El 18 de mayo del 2006, la Corte Constitucional en Sentencia C-370, declaró inexecutable por vicios de forma en el trámite de su aprobación, los artículos 70 y 71 de la Ley 975 de 2005. De igual forma, la Corte indicó que la sentencia produciría efectos sólo hacia el futuro y que, por ende, no afectaría situaciones ya consolidadas bajo la normatividad que perdió vigencia²⁴⁰. Por su lado, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia permitió en el lapso desde la declaratoria de inconstitucionalidad hasta una providencia de 11 de julio de 2007, la aplicación del delito de sedición en virtud del principio de favorabilidad²⁴¹.

En dicho Auto del 11 de julio de 2007, la Corte Suprema de Justicia asumió una posición contraria y radical a la sostenida en anterior jurisprudencia. Reabrió el debate que parecía zanjado sobre el tratamiento de la sedición en la Ley 975/05, y adoptó un nuevo criterio, según el cual era manifiesta la violación a la Constitución y a los Tratados Internacionales, el calificar la conformación y pertenencia a grupos de autodefensas como delito político.

De manera enfática afirmó la Corte que, “la Carta Política, la cual junto con el Código Penal, la Jurisprudencia y la Doctrina nacionales y comparadas, diferencian al delincuente político del común, de donde se desprende que al darles la Ley 975 de 2005 tratamiento punitivo similar, ataca valores superiores como la justicia, el orden justo, la seguridad ciudadana y jurídica, los fines de la pena, la resocialización del

²³⁹ Artículo 19 de la Ley 782 de 2002 que modifica el artículo 50 de la Ley 418 de 1997.

²⁴⁰ Encontró la Corte Constitucional que en “el trámite impartido a los artículos 70 y 71 de la Ley 975 de 2005 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 nº C-370, 18 de mayo de 2006, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa y otros.

²⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado nº 21944, 18 de mayo de 2006, M.P: Edgar Lombana Trujillo.

delincuente y la igualdad (por equipar a los que natural y jurídicamente son completamente distintos)”²⁴².

Para dar mayor peso a su argumentación, la Sala comparó –esta vez desde el punto de vista dogmático de la teoría del delito – el delito político con el delito común, en lo que se refiere al bien jurídico tutelado, acción típica, dolo, sujeto pasivo, culpabilidad, fines e impacto en la comunidad²⁴³. Se entiende que los esfuerzos de la Sala estuvieron directamente encaminados a esclarecer la dicotomía entre el delito político y el delito común como entidades que “se repelen entre sí y son excluyentes”, de manera que elimina la posibilidad de una especie de concurso entre sedición y *concierto para delinquir*, más aún, en su versión de concierto para delinquir *agravado*²⁴⁴. Es decir, la pertenencia, como concierto para delinquir, quedaba por fuera de la órbita del delito de sedición y no generaría consecuencias relacionadas con la aplicación de la Ley 782 de 2002.

Reafirmando el criterio de que los grupos de autodefensas, más que “salvadores de la patria”, fueron concebidos bajo lógicas perversas que no apuntaban a un bien común, sino a la gestión de negocios egoístas que involucraba la comisión de graves y masivas violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario como el desplazamiento forzado, la tortura, el genocidio, la desaparición forzada, el homicidio en persona protegida, entre otras tantas conductas²⁴⁵.

La Corte Suprema de Justicia suma un argumento de derecho penal internacional a su juicio, en el sentido de que el Estado no puede incumplir sus obligaciones internacionales de investigar y juzgar las violaciones a los derechos humanos que tengan lugar dentro de su jurisdicción; menos aún aquellas que, por su carácter contextual –ejecutadas de modo sistemático y generalizado contra la población civil– puedan ser catalogadas como crímenes de lesa humanidad.

Con este pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad material del artículo 71 de la Ley de Justicia y Paz, la Sala Penal cerró toda posibilidad de aplicar, con base en el principio de favorabilidad, el delito de sedición para aquellos postulados a los trámites y beneficios de la Ley 975 de 2005. Las decisiones de las Altas Cortes sobre la constitucionalidad del artículo 71 obligaron a las ramas del poder público a rediseñar el instrumento de justicia transicional para adaptarlo a la Constitución y los estándares internacionales. En especial, se hace referencia a la difícil situación de vacío normativo

²⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado n° 26945, 11 de julio de 2007, M.P: Yesid Ramírez Bastidas.

²⁴³ En cuanto a su repercusión social, dijo la Sala Penal: “Uno de los postulados fundamentales del ordenamiento jurídico está dado por el principio de proporcionalidad que en punto del delito político y el concierto para delinquir no autoriza que las consecuencias jurídicas para uno y otro punible sean iguales, pues de cara a la sociedad siempre será más disvaliosa la conducta del delincuente común”. *Ibidem*.

²⁴⁴ A este respecto sostuvo la Corte que “resulta impensable que una misma conducta ontológicamente considerada puede adecuarse a dos modelos delictivos diversos, dependiendo de factores extraños a los que deben orientar su definición como delito y el proceso de adecuación típica propiamente dicho”. *Ibidem*.

²⁴⁵ Para Sala, la extradición de jefes paramilitares por cargos de narcotráfico es un hecho que revela los fines, la dinámica y función de la organización criminal paramilitar. *Ibidem*.

en la regulación de los combatientes rasos. Hay que anotar que todo el proceso de DDR y las políticas públicas relacionadas con este se han visto afectadas por esta decisión.

2. El concierto para delinquir agravado como crimen de lesa humanidad

Luego de haber asumido un papel activo y protagónico en la aplicación de la Ley de Justicia y Paz, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 10 de abril de 2008, retomando jurisprudencia y doctrina internacional, formuló una nueva consideración: interpretó y calificó el *concierto para delinquir agravado*, tipificado en el artículo 340-2 del Código Penal, como crimen de lesa humanidad. El artículo en alusión establece el agravante punitivo para los acuerdos criminales que tengan como objeto la realización de conductas consideradas como crímenes del orden internacional –v.gr, la desaparición forzada, el genocidio, la tortura, el desplazamiento forzado, homicidio por motivos políticos, etc.

Antes de proceder al análisis que hizo la Sala Penal sobre este tema, es menester aclarar que, en el derecho penal internacional, el delito de lesa humanidad se caracteriza por un elemento contextual de generalidad y/o sistematicidad en el ataque contra la población civil²⁴⁶. Se advierte que, como podrá verse a lo largo del razonamiento de la decisión, la Corte no tuvo en cuenta la ocurrencia del elemento contextual dentro de la controvertida calificación del delito de *concierto para delinquir agravado* como crimen de lesa humanidad. En todo caso, este delito no constituye un crimen internacional, como no lo es el narcotráfico o el delito de terrorismo, por ejemplo. Se puede, por supuesto, por interpretación judicial, decidir que el concierto para delinquir, el narcotráfico o cualquier delito, es un delito de lesa humanidad pero ello, a su vez, puede interpretarse como una extensión judicial de una norma en detrimento del reo y de la interpretación restrictiva que debe presidir la aplicación de las normas penales.

En la providencia de abril de 2008, la Sala de Casación Penal decidió otorgar la categoría de crimen de lesa humanidad al mero acuerdo, confines de paramilitarismo, que tiene como finalidad la realización de las conductas constitutivas de delitos de lesa humanidad. Siguiendo esta nueva interpretación, la sola convención para cometer crímenes catalogados como de lesa humanidad, sin necesidad de la consumación posterior de las conductas concertadas, dependiendo sólo de la constatación de dicho propósito, transforma por sí misma el concierto en una conducta típica de lesa

²⁴⁶ Se trae como ejemplo, a nivel de tratado internacional, el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional que define el crimen de lesa humanidad como todo acto cometido “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”; acto que puede ser el exterminio, el asesinato, la esclavitud, la tortura, la deportación, la violencia sexual, y cualquier otro acto inhumano “de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”. A nivel de jurisprudencia internacional, el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, desarrollando las condiciones de aplicación del artículo 5 de su Estatuto que tipifica el crimen contra la humanidad, consideró necesario que los actos perpetrados contra la población civil ocurrieren como consecuencia de un ataque generalizado o sistemático. Ver Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Fatmir Limaj y otros*, Sala de Primera Instancia, sentencia del 30 de noviembre de 2005, párr.180-183.

humanidad. De acuerdo con esta consideración, no importa saber tanto el modo de ocurrencia (generalidad o sistematicidad) de los hechos constitutivos de violaciones a los derechos humanos de la población civil sino sólo concretar la finalidad de cometer esa clase de delitos en la resolución de la empresa criminal. A continuación, se expondrán los argumentos que la Corte utilizó para llegar a esta polémica conclusión.

a) Protección a los derechos de las víctimas

Citando el precedente jurisprudencial de la efectividad de los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y ante la solicitud de extradición de un postulado por cargos de narcotráfico, la Sala Penal atribuyó al delito de *concierto para delinquir agravado* una gravedad inusitada. Lo cual le permitió hacer un ejercicio de ponderación a favor de los derechos de las víctimas, dejando como consecuencias, para el caso en concreto, la imposibilidad de extradición del procesado (concepto desfavorable) y la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena del delito²⁴⁷.

El apremio de brindar protección a los derechos de las víctimas –que han resultado desamparadas en los casos anteriores de extradición de desmovilizados– junto con el esfuerzo de dotar de eficacia el proceso transicional de Justicia y Paz, además de otros hechos complejos de la coyuntura nacional, incidieron en la decisión de la Sala.

b) Derivación de la jurisprudencia y tratados de derecho penal internacional

La Sala Penal acoge en apoyo de su tesis algunas resoluciones de tribunales de otros países o internacionales, en particular la Sentencia de la Corte Suprema Nacional de Argentina en el caso Arancibia Clavel del año 2004 y del Tribunal Penal de Ruanda. Sin embargo, en éste último, el Tribunal se refiere más bien a formas de participación y a equiparación de formas imperfectas que al delito de mera integración que supone el de concierto para delinquir que aquí se valora²⁴⁸. En el primer supuesto, es cierta la afirmación de que se considera la asociación para delinquir como crimen de lesa humanidad, pero más que a los efectos que aquí se debaten, se argumenta para justificar la imprescriptibilidad de la conducta. Los hechos se remontan al asesinato del general Carlos Prats y su esposa Sofía Cuthbert en 1974 cometidos por fuerzas de seguridad en la ciudad de Buenos Aires, es decir, “por las mismas agencias de poder punitivo, pero huyendo del control y contención jurisdiccional”²⁴⁹.

El hecho de que en el ámbito internacional, exista una tendencia a la equiparación del castigo de las formas imperfectas, entre las que se incluiría el mismo propósito de delinquir, no obstaculiza la tesis que aquí se mantiene, sino que puede complementarse con la de la Corte Suprema de Justicia colombiana.

²⁴⁷ Implicación que señala la Sala como consecuencia de la entrada en vigencia del Estatuto de Roma de la CPI y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

²⁴⁸ Cámara I, sentencia de 27 de enero de 2000, Fiscal v. ALFRED MUSEMA, Caso No. ICTR 96-13-T

²⁴⁹ Ricardo Lus Lorenzetti y Alfredo Jorge Kraut (2011). *Derechos Humanos: justicia y reparación*. Editorial Sudamericana, pg. 138

En su argumentación aludió la Sala a decisiones de tribunales nacionales e internacionales que han traspuesto la naturaleza de crimen de lesa humanidad al *concierto para delinquir agravado* en los últimos años, con el fin de afirmar que,²⁵⁰

“Para llegar a considerar a los responsables de *concierto para delinquir* como autores de delitos de lesa humanidad deben estar presentes los siguientes elementos:

(i) Que las actividades públicas de la organización incluyan algunos de los crímenes contra la humanidad;

(ii) Que sus integrantes sean voluntarios; y

(iii) Que la mayoría de los miembros de la organización debieron haber tenido conocimiento o ser conscientes de la naturaleza criminal de la actividad de la organización”.²⁵¹

Además, según la Sala Penal, los tratados y convenios internacionales suscritos por el Estado Colombiano permiten derivar la calificación de crimen de lesa humanidad del *concierto para delinquir agravado*; conclusión a la que arribó luego de revisar las obligaciones adquiridas a este respecto en cinco de estos instrumentos relativos a la prevención y juzgamiento de crímenes internacionales²⁵². Destacó, a manera de ejemplo, la Sala Penal, el artículo 3 de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, que dispone el castigo en particular, entre otros actos, a la asociación para cometer genocidio²⁵³.

La Sala, en su argumentación, hizo también alusión a otra clase de disposiciones que no refuerzan sus argumentos, por cuanto lo que allí se establece es la represión de formas de coautoría y participación en los crímenes de lesa humanidad que claramente se distinguen del delito de concierto para delinquir²⁵⁴.

²⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 29472, 10 de abril de 2008, M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Para un examen más detallado del razonamiento en la jurisprudencia internacional con respecto a tal consideración, y en conclusión contraria, ver salvamento de voto del Magistrado Humberto Sierra Porto en, Corte Constitucional, sentencia n° C-936, 23 de noviembre, 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 29472, , 10 de abril de 2008, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

²⁵² De acuerdo con la Sala Penal, el artículo 25 (d) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, es concluyente para caracterizar el *concierto para delinquir agravado* como delito de lesa humanidad, toda vez que ordena castigar a quien: “d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen”.

²⁵³ Dispone el artículo 3 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio: “Serán castigados los actos siguientes: a) El genocidio. b) La asociación para cometer genocidio. c) La instigación directa y pública a cometer genocidio. d) La tentativa de genocidio. e) La complicidad en el genocidio”.

²⁵⁴ En este sentido ver Kai Ambos (2010), *Procedimiento de la Ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional*, GTZ, Bogotá. Por ello se ha dicho que aquí, previamente, que resolviendo el tema del concurso, se hace innecesaria la conversión del concierto en delito de lesa humanidad

Para ilustrar lo anterior, se trae como ejemplo el artículo 4 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que establece: “1. Todo Estado Parte velará porque todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura”²⁵⁵.

Se observa con estas citas, que la Corte equipara, indistintamente, la tentativa de cometer crímenes de lesa humanidad y sus variadas formas de autoría, con el delito de *concierto para delinquir agravado*, conclusión no exenta de críticas, no sólo por los argumentos que esgrime para ello, sino también por las profundas consecuencias que ello trae para el derecho penal en general. La conclusión y mención al derecho internacional en abstracto, que la Corte hace, es discutible, máxime si se tiene en cuenta que se omite la referencia al elemento contextual como constitutivo del delito de lesa humanidad²⁵⁶.

La configuración del crimen de pertenencia o de integración en una organización armada o terrorista o la colaboración con la misma como tipos penales con entidad propia no pueden considerarse crímenes contra la humanidad por sí mismos, aunque, sí los hechos concretos que cometen los miembros de la organización dependiendo del elemento contextual y la sistematicidad a los que alude el artículo 7 del Estatuto de Roma.

Se precisa que los integrantes del grupo actúen cumpliendo esos parámetros en hechos determinados, sin que pueda extenderse este concepto (crimen contra la humanidad) a la mera pertenencia, salvo cuando así esté expresamente establecido, como en el caso de la asociación para cometer delito de genocidio y cuando vaya asociado a un crimen de esa naturaleza en el caso concreto.

No debe confundirse, en este contexto, lo que es el principio de jurisdicción penal universal, que en ciertos países impone la obligación de perseguir delitos como los de terrorismo o el concierto para delinquir para cometer delitos contra la humanidad en tanto participen de la naturaleza de crímenes internacionales, con su traslado a la categoría de crímenes de lesa humanidad por sí mismos o de genocidio. La naturaleza jurídica de la integración en una organización armada o terrorista, por sí sola, no conlleva su catalogación como crimen contra la humanidad sino que precisa para ser catalogada como tal, de la asociación al hecho concreto demostrado la acción criminal de lesa humanidad, no de la organización, sino del individuo.

²⁵⁵ Entre los otros ejemplos están el artículo 3 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

²⁵⁶ “En este sentido, cabe especificar que el término *generalizado* hace referencia a la naturaleza de larga escala del ataque, así como el número de víctimas, mientras que *sistemático* alude más a la naturaleza organizada de los actos de violencia y a la improbabilidad de que los mismos hubiesen ocurrido aleatoriamente”. Alejandro Aponte (2011), *Persecución penal de crímenes internacionales: diálogo abierto entre la tradición y el desarrollo internacional*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Fundación Konrad-Adenauer, primera edición, pg. 35.

Por lo demás, la utilización en el ámbito de la responsabilidad penal individual de una organización o de mecanismo similar para cometer delitos de genocidio, crímenes de guerra o contra la humanidad, es una de las formas de comisión posibles de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 del Estatuto de Roma. Lo anterior, no significa que la pertenencia al grupo sin imputación de hechos concretos y sin actividad acreditada del imputado o imputados, dirigida a la comisión o favorecimiento, sea delito en sí mismo incluido en el Estatuto, sino una forma de participación delictiva que sería la de contribuir a la comisión de delitos previstos en éste.

El concurso y formas de autoría mediata en estructuras de poder harían innecesaria la conversión del concierto para delinquir en delito de lesa humanidad con entidad propia.

En este sentido es conveniente recordar la tesis que sostienen los magistrados de la Corte Constitucional que salvaron su voto en la SC 939 de 2010: “En conclusión: en el estado actual del (i) derecho internacional de los derechos humanos; (ii) el derecho internacional humanitario; y (iii) el derecho penal internacional, la asociación para delinquir (*conspiracy*), no es un crimen de lesa humanidad autónomo, sino una forma de participar en la comisión del mismo. La única excepción existente es el caso de la asociación para cometer genocidio. De tal suerte que, se estimó que la jurisprudencia penal argentina no resultaba aplicable para la resolución del caso concreto”²⁵⁷.

Como puede evidenciarse con las decisiones de las Altas Cortes, el tema no es pacífico y, antes bien, reviste una complejidad que impone una carga de argumentación considerable, para suscribir la adhesión a una u otra posición. Resulta, en rigor, más exhaustivo el examen que presentó la posición minoritaria de la Corte Constitucional sobre el estado del arte a nivel internacional de las posibilidades de atribuir el carácter de delito de lesa humanidad al concierto para delinquir agravado. En cualquier caso, en este trabajo, se opta por una posición intermedia que se acomoda mejor a la realidad de los textos internacionales invocados y que no exacerba la sanción penal ampliándola en detrimento del reo.

Además, de las mencionadas consecuencias advertidas por la Corte sobre la consideración de lesa humanidad del delito de concierto para delinquir agravado, y siguiendo la jurisprudencia de la misma, es relevante señalar que hubo exclusión del delito político y sustitución por el *concierto para delinquir agravado* para aquél que perteneciere al grupo armado irregular de autodefensa, se impondría el hecho de que todos los desmovilizados *deberían* poder ser acogidos en el trámite procesal de la Ley de Justicia y Paz. Pero la ley de justicia y paz no está diseñada para el *desmovilizado*

²⁵⁷ En aquella oportunidad, la Corte Constitucional tuvo que dirimir un caso en el que la determinación del *concierto para delinquir agravado* como crimen de lesa humanidad resultaba necesario para fundamentar uno u otro sentido de la decisión. La dificultad del tema generó la disidencia de 4 magistrados que suscribieron la tesis antes reseñada, elaborada por el magistrado derrotado en la ponencia inicial. Ver el salvamento de voto del Magistrado Humberto Sierra Porto en Corte Constitucional, sentencia nº C-936, 23 de noviembre de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

raso, por esta razón, se ha enfatizado aquí el hecho de que la decisión ha acarreado consecuencias directas sobre todo el proceso de DDR.

3. Combatientes rasos y la inseguridad jurídica en torno a su desmovilización

La inconstitucionalidad del artículo 71 de la Ley de Justicia y Paz, como se ha venido reseñando, conllevó la supresión de la consideración de sediciosos a los combatientes rasos. Ellos, en un principio, no tenían responsabilidad penal por delitos diferentes a los relativos a la conformación y pertenencia a grupos irregulares alzados en armas. Es decir, por no tener jerarquía en la organización criminal y no tener indicio en su contra por la comisión de crímenes internacionales, los combatientes rasos sólo podían ser responsables, en principio y sin perjuicio de que se demostrara lo contrario a lo largo de la investigación penal, por la sola pertenencia a la GAOML.

Al no ser el sólo delito de *concierto para delinquir* y, particularmente, en su carácter de agravado, objeto de aplicación material de la Ley de Justicia y Paz –no obstante la calificación como crimen de lesa humanidad hecha por la Sala Penal y confirmada posteriormente en un fallo dividido de la Corte Constitucional–, como tampoco es sujeto de dicha ley, quien es responsable del mismo para ser acreedor del indulto y otros beneficios judiciales de la Ley 782 de 2002 (por la exclusión del delito político), se abría paso a una situación incierta de vacío legal para miles de desmovilizados²⁵⁸.

A continuación, se hace una reconstrucción de los debates y salidas, en los que participaron las tres ramas del poder público, para hacer frente a un problema que impacta directamente el proceso de reintegración a la vida civil de los desmovilizados rasos que ascienden en número y cantidad considerable²⁵⁹.

a) El principio de oportunidad como alternativa plausible

Ante el vacío legal enunciado, sumado al riesgo de reincidencia en el crimen generado por la pérdida de confianza de los desmovilizados en el proceso de paz al que habían accedido, el Congreso expidió como solución la Ley 1312 de 2009 en la que se incluía una nueva causal para aplicar el principio de oportunidad. En realidad se trataba de

²⁵⁸ La Sala Penal había dispuesto para entonces como esencial la imputación del delito de concierto para delinquir agravado como delito base en los procedimientos de justicia y paz. Ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado nº 31539, sentencia del 31 de julio de 2009, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

²⁵⁹ Las fuentes divergen en las probables cifras del número de personas desmovilizadas que se encuentran en esta situación; así algunos dicen que van desde los 14.821 (Fiscalía General de la Nación, unidad para la justicia y la paz, informe para la Corte Constitucional, ver Corte Constitucional, sentencia nº C-936, 23 de noviembre de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) pasando por los 17.000 (medios de comunicación, en <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-236477-corte-constitucional-habria-tumbado-principio-de-oportunidad>) hasta los 19.000 (Informe de ponencia para el segundo debate en Cámara al Proyecto de Ley nº 342 de 2008, Cámara, y 261 de 2008, Senado, febrero de 2009, ponencia mayoritaria, Gaceta 217 de 2009). El problema de la certitud del número está, entre otras causas, en que la imputación del concierto para delinquir es *provisional* en tanto no se descubra, por los diferentes medios de prueba disponibles, responsabilidad penal por la comisión de otros delitos.

dos causales relacionadas con el tema más general, una directamente, que se estudiará a continuación, y otra relacionada con los testafierros, respecto de la cual no hubo pronunciamiento desfavorable de la Corte Constitucional.

La salida era la siguiente: suspender el ejercicio de la acción penal de los procesos ordinarios para aquellos desmovilizados no postulados, que manifestaran con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no hubieren investigaciones penales en su contra por delitos cometidos antes o después de su desmovilización, con excepción del delito de concierto para delinquir, que sólo para ese efecto, subsumía los tipos penales de *utilización ilegal de uniformes e insignias* y el *porte ilegal de armas y municiones*.²⁶⁰

El principio de oportunidad, aunque por supuesto el tema es polémico, podría representar una opción en la que la tríada verdad, justicia y reparación propia del proceso transicional, adquiere un renovado sentido. Con base en el concepto de oportunidad reglada se le permitía al operador judicial de acuerdo con los criterios establecidos en la ley (política criminal), hacer uso discrecional de la acción penal, según el juicio de selectividad y priorización que se imponía en cada caso en concreto²⁶¹. Así, el operador judicial cargaba con una gran responsabilidad en el momento de ponderar y atribuir valoración a cada uno de los componentes de la tríada, pues era él quien, primeramente y luego del aval de juez de garantías, debía procurar el equilibrio armónico entre verdad, justicia y reparación con sujeción a las directrices de política criminal.

Para acceder a las consecuencias diversas de aplicación de la causal introducida por la Ley mencionada, el desmovilizado debía cumplir con todos los requerimientos de la administración de justicia, entre los cuales se rescata la reparación integral del daño ocasionado a las víctimas, manifestaciones públicas de arrepentimiento y colaboración en la desarticulación de grupos armados al margen de la ley. La idoneidad de la conducta del desmovilizado era evaluada, primero por el/la fiscal delegado(a) dentro del periodo de prueba, y terminado el plazo, proseguía la decisión sobre el beneficio judicial, siempre sujeta al control judicial y a la posibilidad de impugnación de las víctimas en tanto se considerara el incumplimiento de las obligaciones asumidas²⁶². El archivo de la diligencia no suponía la imposibilidad de reapertura en caso de constatarse la falta en alguna condición para acceder al beneficio, v.gr, la posible autoría o participación en una conducta punible diferente a la inicialmente considerada.

²⁶⁰ Ley 906 de 2004, Artículo 324, numeral 17 modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009.

²⁶¹ Con relación a las pautas que permiten la procedencia del principio, la Corte Constitucional afirmó que “la renuncia a ese deber de persecución debe estar fundada en criterios de: (i) insignificancia; (ii) interés de la víctima; (iii) formas alternativas de satisfacción de intereses colectivos y (iv) colaboración con la justicia”. Ver Corte Constitucional, sentencia nº C-936 del 23 de noviembre de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁶² Ley 1312 de 2009, Artículos 3, 4 y 5.

b) Debate crítico en sede de constitucionalidad: la inexecutable de la causal 17 de aplicación del principio de oportunidad

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-936 de 2010 ya mencionada, resolvió por votación de 5 contra 4, declarar inexecutable la aplicación del principio de oportunidad para los desmovilizados rasos que no tuvieran responsabilidad penal por delitos diferentes al concierto para delinquir. Esta votación manifiesta, además, la ardua tarea que significa hallar consenso no sólo social sino institucional en torno a salidas posibles para la desmovilización de actores. Demuestra lo difícil que es legislar en medio de los dilemas propios de las tensiones entre guerra y derecho, entre guerra y política. En esta ocasión, el intérprete de la Constitución consideró que la causal 17 que consagraba los presupuestos para la aplicación del principio, eran “vagos, ambiguos y oscuros”, lo que generaba una contrariedad irremediable del amplio poder discrecional del órgano investigativo con el principio de legalidad tal como está dispuesto en el estatuto superior. Para llegar a esa conclusión, la Corporación partió de una concepción del principio de oportunidad como *excepción* del principio de legalidad cuyo ámbito exige tener claros lineamientos de precisión que restringen de manera adecuada su aplicación por parte del operador judicial. Es por supuesto, un punto de partida muy debatible, ya que es más consistente concebir dicho principio como continuidad del principio de legalidad y, en todo caso, como expresión misma de la legalidad.

Además, en la mencionada providencia, el ala mayoritaria de la Corte Constitucional se adhería a la postura compartida también por la Corte Suprema de Justicia, según la cual el *concierto para delinquir agravado* sería un crimen de lesa humanidad. Aplicar el principio de oportunidad en dicho supuesto sería equivalente a abogar por la impunidad respecto de conductas que se entienden como graves violaciones a los derechos humanos sobre las cuales existen vinculantes obligaciones internacionales de investigar y juzgar.

Así, continuando con la supuesta ambigüedad de la causal, declaró la Corte que la concesión del beneficio por parte del órgano investigativo se haría de manera masiva e indiscriminada, desconociendo los propósitos del mismo, y en claro detrimento de los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Añade la Corte, que dentro de un proceso de justicia transicional, el legislador acudió a un instrumento jurídico-procesal de la política criminal ordinaria que no permite dar solución a problemas de profunda connotación política como lo es la búsqueda de salidas para la paz²⁶³. También sería ésta una conclusión muy criticable, tal como lo acentúa el salvamento de voto, pues precisamente hay una diversidad de decisiones

²⁶³ Es llamativo el argumento contrario sobre este punto expuesto en el salvamento de voto de la sentencia en mención, en la que dice: “Es errado y contraevidente señalar que el principio de oportunidad no es un instrumento apto para ser utilizado en un proceso de paz. Toda la argumentación contenida en la sentencia C-370 de 2006 que constituye precedente vinculante para esta misma Corte, consideró como acorde a la Constitución utilizar figuras e instituciones judiciales propias de procesos penales e incluso la reducción punitiva. Este argumento llevado al absurdo supone que existen figuras jurídicas propias de justicia transicional y otras que no”. Ver salvamento de voto del Magistrado Humberto Sierra Porto en, Corte Constitucional, sentencia nº C-936, 23 de noviembre de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

posibles, en el ámbito político-criminal, que deben tener su origen en problemas graves de coyunturas políticas. De otra manera no se entiende la obligación legal de aplicar el principio de acuerdo con la política criminal que nadie la ha restringido a casos normales de la vida nacional y que justamente es asediada por la excepcionalidad.

El ala minoritaria de la Corte tomó uno por uno los argumentos expuestos en la ponencia aprobada para debatirlos y de esa manera proponer mejor una exequibilidad condicionada referente a un elemento puntual que refuerza los derechos de las víctimas, en cuanto permite dar publicidad al universo de víctimas aún desconocidas de los desmovilizados a quienes se les podría dar aplicación el beneficio judicial. Adelantando un análisis desde el punto de vista historiográfico del desarrollo de la regulación en Justicia y Paz, concluyó el salvamento de voto, en que no era coherente que jefes y cabecillas –juzgados por crímenes de lesa humanidad–, tuvieran una pena alternativa máxima y benévola de ocho años mientras que el combatiente raso podría quedar sujeto a una pena ordinaria entre los ocho y dieciocho años.

A contrario sensu de lo establecido por la mayoría de la Corte, el grupo minoritario indicó que, en efecto: “(1) la norma perseguía el propósito de racionalizar la utilización del aparato estatal en la persecución penal (el número de desmovilizados lo atestigua); (2) el propósito de asegurar un orden justo, proporcionaba espacios para que se respetaran los derechos de las víctimas; y (3) se trataba de una norma que no desconocía el principio de legalidad en tanto que las causales o supuestos para aplicar el principio de oportunidad eran claras y precisas”²⁶⁴.

Por último, y al margen, de las consecuencias en materia de confianza legítima de la sociedad y principalmente de los desmovilizados en el estado y en los futuros procesos de paz, la decisión conduce a las siguientes paradojas:

(i) No se les puede aplicar a los desmovilizados el indulto en los términos previstos en la Ley 782 de 2002 y en el Decreto 128 de 2003 porque según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia del 11 de julio de 2007. Rad. 26.945) los crímenes cometidos por los grupos paramilitares o de autodefensa no pueden ser calificados como delitos políticos, son delitos comunes y por ende, resulta improcedente las concesiones de amnistías o indultos. Pero tampoco se les puede aplicar el Principio de Oportunidad dentro de los procesos que adelanta la Fiscalía General de la Nación porque este principio es un instrumento que está previsto para la delincuencia y los delitos comunes y no para procesos de paz o de regularización.

(ii) El resultado de impedir que los desmovilizados, los miembros rasos de grupos armados ilegales no puedan ser beneficiarios del indulto, ni del Principio de Oportunidad, supone que existe un trato favorable para los responsables y máximos cabecillas de estos grupos (a los cuales sólo se les puede imponer como pena máxima 8 años por el delito de concierto para delinquir y otros delitos incluso de lesa humanidad), en cambio a los subalternos, se les debe imponer como mínimo 8 años y hasta 18 únicamente por el delito de concierto para delinquir (art. 340 Código Penal).

²⁶⁴ *Ibidem*.

En esta línea, la solución intermedia que se propone aquí, haría factible la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad sin mayores restricciones a los desmovilizados rasos, en tanto no se les demuestre su participación en hechos calificados de lesa humanidad. Tan sólo sería necesaria la reorientación matizada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

c) Promulgación de la Ley 1424 de 2010 y declaración de exequibilidad el 13 de octubre de 2011

Ante la imposibilidad de aplicar el principio de oportunidad a los desmovilizados no postulados a la Ley 975 de 2005 el Congreso de la República expidió una nueva Ley que regula actualmente la situación de los desmovilizados rasos que tienen responsabilidad penal únicamente por los delitos de *concierto cierto para delinquir, simple o agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, y porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de defensa personal*. Esta nueva Ley propone desarrollar un marco normativo de justicia transicional, con el objetivo de contribuir a la paz y a la satisfacción de las garantías de verdad, justicia y reparación²⁶⁵. La citada norma fue demandada por vicios de inconstitucionalidad el 11 de marzo de 2011, esta demanda fue interpuesta por el Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado y la Comisión Colombiana de Juristas bajo el argumento de que establece mecanismos que obstaculizan la investigación y efectiva sanción de las graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos cometidas los miembros de grupos armados ilegales .

Tomando distancia de las otras salidas fallidas, la Ley prevé el inicio del procedimiento de investigación y enjuiciamiento ordinario consagrado en la Ley 906 de 2004, que termina con la sentencia condenatoria declarando la responsabilidad penal por cualquier delito del que pueda probarse autoría y/o participación en el curso del proceso, originando por esa razón, antecedentes judiciales. Los beneficios jurídicos se establecen sólo para aquellos desmovilizados que estén siendo procesados por los delitos antes mencionados (ámbito de aplicación material de la ley), luego de haber suscrito un acuerdo de contribución de *verdad histórica* y reparación con el Gobierno Nacional o su delegado en el que manifiestan su compromiso por escrito con el proceso de reintegración a la sociedad y con la contribución al esclarecimiento de la conformación de los grupos armados irregulares, el contexto general de su participación, y todos los hechos o actuaciones de que tengan conocimiento en razón de su pertenencia al mismo²⁶⁶. La suscripción del acuerdo debe efectuarse antes del 29 de diciembre del 2012 fecha perentoria establecida por la ley.

La información que surja como fruto de los acuerdos suscritos entre desmovilizados y el Gobierno Nacional será recolectada, analizada, sistematizada y difundida por el mecanismo no judicial para la contribución a la verdad y memoria histórica, operado

²⁶⁵ Disposición que se agrega para superar uno de los argumentos que conllevaron a la declaratoria de inconstitucionalidad de la causal 17 para la aplicación del principio de oportunidad, ver Ley 1424 de 2010, artículo 1

²⁶⁶ Ley 1424 de 2010, Artículo 3.

por el Centro de Memoria Histórica creado por la Ley de 1448 de 2011 (denominada Ley de víctimas y Restitución de Tierras)²⁶⁷. El 13 de octubre la Corte Constitucional declaró exequible la Ley 1424 de 2010 haciendo la salvedad que la información que surta del mecanismo no judicial no podrá ser utilizada como prueba en la justicia ordinaria cuando se refiera al propio afectado, las personas a las que se refiere el artículo 33 de la Constitución Política y los desmovilizados del mismo grupo ilegal armado.

En efecto, la norma referida establecía en el artículo 4, que —a diferencia de lo que sucede con las versiones libres en la Ley de Justicia y Paz— la información que de allí resulte no tendrá ningún valor de prueba judicial en los procesos que se adelanten en contra del desmovilizado o de terceros²⁶⁸.

Si bien este mecanismo no judicial no contiene el nombre de Comisión de la Verdad, la opinión pública la ha asemejado a algo parecido, sin embargo, y tal como se expresa en el capítulo referido a Criterios de Selección y Priorización, el mecanismo creado por esta ley es totalmente insuficiente y no puede alcanzar la categoría de una verdadera Comisión de la Verdad. Como mecanismo complementario de la acción de la justicia penal Naciones Unidas las describe y que, en todo caso, deben tener como finalidad: “1. establecer la verdad y dejar atrás la historia de silencio y negación de un pasado violento y doloroso; atender y promover los derechos de las víctimas; 3. reunir pruebas que conduzcan al enjuiciamiento de los responsables de las violaciones; 4. determinar las responsabilidades institucionales y recomendar las reformas necesarias para evitar la repetición de las violaciones; 5. promover la reconciliación y reducir las tensiones resultantes de los períodos de violencia”²⁶⁹ y 6. Garantizar la participación efectiva de las víctimas en el desarrollo de las sesiones. Por tanto, el mecanismo previsto en la referida Ley 1424 debería implementarse hasta abarcar, al menos las finalidades referidas; de no hacerse así, se corre el riesgo de que se genere una mayor frustración cuando los resultados del mecanismo no judicial sean irrelevantes.

Los “beneficios judiciales” que incorpora la Ley y que los distingue de los intentos de solución pasados, están relacionados con aspectos puntuales de la etapa de juzgamiento del procedimiento penal ordinario y del cumplimiento de la pena. Son ellos la suspensión o abstención de solicitar, según sea el caso, la orden de captura, la abstención de imponer medida de aseguramiento, y la suspensión de la ejecución de la pena, una vez se ha proferido condena por los delitos relacionados con la pertenencia al GAOML.

²⁶⁷ Decreto 2244 de 2011, Artículo 1.

²⁶⁸ Las confesiones y testimonios de los jefes paramilitares en las versiones libres han permitido la recolección de información valiosa, cuando no medios de prueba, que permiten atribuir responsabilidad penal a líderes políticos, empresarios, y miembros de las fuerzas armadas, que tuvieron autoría y/o participación en la conformación de grupos armados de autodefensas. De esta manera, el artículo 2 del Decreto 2244 de 2011 ordena que el centro de memoria histórica “no podrá asumir funciones jurisdiccionales, ni interferir en procesos en curso ante fiscales, jueces o autoridades disciplinarias. En consecuencia, (...) no podrá atribuir, determinar, publicar, ni mencionar responsabilidades penales individuales”.

²⁶⁹ Gómez Méndez, M. (2005) Comisiones de la verdad: ¿qué tanto aportan a la verdad, la justicia y la reconciliación?.. Bogotá: OASIS. Pg. 59.

Para acceder a estos beneficios, luego de haber suscrito el acuerdo y de cumplir con las obligaciones que de allí emanan, el desmovilizado debe, además: (i) estar inscrito y cursar o haber cursado la ruta del proceso de reintegración social y económica diseñado por el gobierno nacional; y (ii) no haber sido condenado a título de dolo por delitos diferentes de los consagrados en la ley con posterioridad a la fecha de la desmovilización. Las consecuencias jurídicas serán decretadas por la autoridad judicial competente a petición de la Alta Consejería para la reintegración social y económica. Cabe resaltar que, conforme lo establece la ley, la providencia por la cual se conceden los mencionados beneficios es un auto de sustanciación, por lo que no admite recurso alguno²⁷⁰.

La suspensión de la ejecución de la pena está condicionada, además de los requisitos ya mencionados para acceder a los beneficios judiciales a la realización de trabajo social con la comunidad que lo acoja de acuerdo al proceso de reintegración, a la reparación integral del daño a las víctimas en la medida de sus posibilidades, y a observar, en general, buena conducta. Este beneficio se decidirá en un periodo de prueba igual a la mitad del tiempo de condena y, cumplido éste, se procederá a decretar la extinción de la pena, siempre que el desmovilizado cumpla con las obligaciones derivadas de la suspensión de la ejecución de la pena²⁷¹. Por último, resulta importante señalar que, conforme lo dispone el artículo 9 de la Ley que se comenta, toda vez que se verifique el incumplimiento de las obligaciones y deberes genéricos para acceder a los beneficios jurídicos estipulados se procederá a la revocatoria del beneficio a petición de cualquier entidad contemplada en la ley que lo constate.

d) Decretos que reglamentan la Ley 1424 de 2010.

En junio 28 de 2011 se expidieron cuatro decretos reglamentarios de la Ley 1424 de 2010. De estos, tres fueron expedidos en virtud de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República (2246, 2247 y 2248) que confería el numeral 2 del artículo 10 de la Ley 1424 de 2010, y uno, en virtud de las facultades constitucionales y legales (2244). Y el 19 de julio se expidió el Decreto 2601 que crea y reglamenta el procedimiento para la suscripción del "Acuerdo de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación", así como la verificación de requisitos para efectos de la solicitud y otorgamiento de los beneficios jurídicos de que trata la Ley 1424 de 2010.

El primero de ellos es el Decreto 2244 del 28 de junio de 2011, el cual adiciona funciones al Centro de Memoria Histórica. Así, con el objetivo de contribuir a la verdad, se le otorgan facultades para recolectar, clasificar, sistematizar, analizar y preservar información que surja en el marco de los acuerdos alcanzados con los

²⁷⁰ Ley 1424 de 2010, Artículos 6 y 7.

²⁷¹ Las obligaciones de acuerdo al artículo 8 de la Ley 1424 de 2010 son: "1. Informar todo cambio de residencia. 2. Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la sentencia, cuando fuere requerido para ello. 3. No salir del país sin previa autorización del funcionario que vigile la ejecución de la pena. 4. Observar buena conducta".

desmovilizados partes en la Ley 1424²⁷². Se estipula, además, el carácter no sancionatorio ni jurisdiccional del Centro de Memoria Histórica y, en virtud del principio de coordinación, las entidades estatales deberán colaborarle en el cumplimiento de sus funciones²⁷³. Podrá también el Centro, solicitar información a la Unidad Nacional de Justicia y Paz “con el propósito de contribuir a la construcción progresiva de la memoria histórica que garantice el derecho a la verdad, a la justicia, a la reparación y la no repetición”²⁷⁴. Por otro lado, se exceptúan del deber de denuncia a los funcionarios y contratistas del Centro de Memoria Histórica que tuvieren conocimiento de hechos enmarcados dentro la Ley 1424 de 2010²⁷⁵. Finalmente, “el Centro de Memoria Histórica tomará las medidas necesarias para velar por que los procedimientos que adelante en cumplimiento del presente decreto no pongan en riesgo la vida y la integridad personal de los entrevistados”²⁷⁶.

El segundo Decreto es el 2246, el cual modifica la estructura de la Procuraduría General de la Nación. Su fin es el de brindar atención a los desmovilizados no postulados por el Gobierno Nacional al proceso de Justicia y Paz, además del apoyo a las víctimas del conflicto, adicionando numerales a diferentes artículos del Decreto 262 de 2000²⁷⁷. Se busca brindar orientación y apoyo a las víctimas en los trámites que estas requieran para ver satisfechos sus derechos a la verdad, justicia y reparación, y la posibilidad de adoptar medidas para evitar la suplantación o reclamación ilegal de las mismas²⁷⁸. En cuanto a las funciones de los procuradores delegados, estipula la posibilidad de que estos puedan intervenir tanto en cuestiones relacionadas con la Ley 975 de 2005, como aquellas relacionadas con el procedimiento de la Ley 1424 de 2010, tales como: el trámite de casación ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la actuación como Ministerio Público en asuntos relacionados con restitución de tierras y de Justicia y Paz, intervención en los procedimientos penales de la Ley 957 de 2005 y la Ley 1424 de 2010, entre otras²⁷⁹. Por último, en su artículo 3, se contempla la atención a las personas desmovilizadas no postuladas al proceso de justicia y paz por parte de los procuradores judiciales.

En tercer lugar, el Decreto 2247 modifica la planta de personal de la Procuraduría General de la Nación creando en el despacho del procurador: 10 cargos para asesor, 2 para procurador delegado, 50 para procurador judicial I y II respectivamente, 35 para otros asesores, 50 para sustanciador grado 11 y 25 para sustanciador grado 9²⁸⁰.

El cuarto de los decretos es el 2248 de 2011, el cual modifica la planta de la Fiscalía General de la Nación creando: 2 cargos para Fiscal Delegado ante Tribunal del Distrito, 10 para delegados ante jueces penales del circuito, 170 para delegados ante jueces

²⁷² Decreto 2244 de 2011, artículo 1.

²⁷³ *Ibidem*, Artículo 3

²⁷⁴ *Ibidem*, artículo 4.

²⁷⁵ *Ibidem*, artículo 5.

²⁷⁶ *Ibidem* artículo 6.

²⁷⁷ El Decreto 262 del 22 de febrero de 2000 el cual modifica la estructura de la Procuraduría General de la Nación.

²⁷⁸ Decreto 2246 de 2011, Artículo 1.

²⁷⁹ *Ibidem*, artículo 2.

²⁸⁰ Decreto 2247 de 2011 Artículo 1l

penales del circuito especializado, 35 para Asistente de Fiscal I y II, 40 para Asistente de Fiscal III, 95 para Asistente de Fiscal IV, 70 para Asistente Judicial IV, 217 para investigadores criminalísticos VII, 14 para Profesional Especializado I, 7 para Profesional Especializado II y 31 para Profesional Universitario III.²⁸¹

Y el último es el Decreto 2601 que reglamenta lo concerniente a la delegación y establecimiento del trámite correspondiente para la suscripción del “Acuerdo de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación” de que trata la Ley 1424.

El Decreto asigna la labor de suscripción y trámite del Acuerdo antes mencionado a la Alta Consejería para la Reintegración, quien por medio de sus funcionarios y conforme a lo establecido en los artículos 6º y 7º del mismo, deberá confirmar el cumplimiento cabal de toda una serie de requerimientos que serán plasmados en el “Formato único para la verificación previa de requisitos”, para lo cual es necesario establecer que el desmovilizado no cometió con anterioridad y con ocasión del conflicto armado delitos diferentes a aquellos de los que trata la Ley 1424; e igualmente, que con posterioridad a su desmovilización tampoco ha incurrido en cualquier otro delito doloso, pues de ser así será excluido del trámite establecido y con ello de los beneficios que se le otorga. Dicho formato deberá diligenciarse a más tardar el día 28 de diciembre de 2011; Proporcionado por la Alta Consejería Presidencial para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas.

Tan pronto se verifiquen los requisitos, ambas partes –el desmovilizado y la ACR– entrarán a suscribir el Acuerdo y una vez dicho documento cuente con ambas firmas se entenderá perfeccionado. A partir de allí, el Gobierno Nacional remitirá copia de los documentos pertinentes a las autoridades judiciales respectivas para que suspendan las órdenes de captura vigentes y prescindan o revoquen las medidas de aseguramiento que se hayan decretado a nombre del desmovilizado.

Adicionalmente, cuando éste demuestre que está en imposibilidad económica de indemnizar a las víctimas se dispondrá lo concerniente en la Ley 1448 para la reparación de las mismas. Al respecto, debe tenerse en cuenta que los beneficios económicos que el ex combatiente haya recibido con ocasión a su participación en el proceso de reintegración no serán tenidos en cuenta, mientras que su participación en los proyectos de servicio social estarán dirigidas a garantizar las medidas de satisfacción y de no repetición que contribuyen a la reparación integral de las víctimas.

Finalmente, con posterioridad a la concesión de beneficios, la ACR continuará monitoreando el cumplimiento de los requisitos ya mencionados, para en caso tal proceder a la revocación o suspensión de los éstos por los motivos antes mencionados, o bien, porque se ha demostrado su renuencia a colaborar con el proceso de esclarecimiento de la verdad en pro de la Memoria Histórica.

En el momento actual, a pesar de la declaratoria de exequibilidad, la indefinición es grande y sobre todo existen algunos riesgos para el éxito y consolidación de esta normativa: (1) las dificultades de su implementación; (2) la posible falta de recursos

²⁸¹ ibídem.

suficientes para el buen funcionamiento de todo el mecanismo teniendo en cuenta el actual período de habilitación de la Ley 1424 de 2010 (1 año); (3) la dificultad de contratar, formar y posibilitar la entrada, en condiciones adecuadas, en el ejercicio de sus funciones de todo el personal a contratar por la Procuraduría y la Fiscalía dentro del plazo de vigencia de la Ley 1424 de 2010; (4) la falta de convocatoria de la mayoría de los desmovilizados por la ausencia de una campaña masiva a nivel nacional; (5) el corto plazo que tienen los desmovilizados para diligenciar el "Formato Único para la verificación previa de requisitos".

e) Reflexiones sobre algunos puntos críticos de la Ley 1424

La Ley 1424 de 2010 y sus normas reglamentarias y complementarias traen una regulación que se añade al conglomerado normativo de la justicia transicional²⁸². Resulta importante dilucidar cuales pueden ser las problemáticas que se pueden presentar con la aplicación de la ley toda vez que sus instituciones y mecanismos se encuentran íntimamente entrelazados y en situación de interdependencia con las demás disposiciones que regulan el proceso de tránsito a la paz de los grupos armados al margen de la ley. En este sentido es importante hacer algunas observaciones sobre ciertos puntos críticos que merecen reflexión para llegar así a un razonamiento que permita dotar de eficacia y coherencia los instrumentos recientemente creados.

i. Las víctimas no reparadas por los desmovilizados y la responsabilidad residual del Estado

De acuerdo con las disposiciones de la Ley 1424 de 2010, el desmovilizado tiene la obligación de resarcir integralmente a sus víctimas para acceder a los beneficios judiciales contemplados en la ley entre los cuales está la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Si en el curso del proceso penal el denunciado demuestra su imposibilidad económica para hacer la reparación este requisito se le dejará de exigir para gozar del beneficio antes mencionado²⁸³. El Decreto 2601 de 2011, al reglamentar este punto, estableció que en caso de insolvencia económica del desmovilizado, las víctimas que se hayan acreditado como intervinientes o partes dentro del proceso penal –recuérdese que es el proceso penal ordinario, Ley 600 de 2000 o Ley 906 de 2004– tendrán derecho a la indemnización administrativa subsidiaria del Estado. Para estos efectos, dispone el decreto reglamentario que una vez se haya comprobado la imposibilidad o insuficiencia de la indemnización por parte del desmovilizado, la

²⁸² En la parte considerativa del texto legal, se afirma que la Ley 1424 de 2010 es “uno de los instrumentos que integran el modelo nacional de justicia transicional del que hacen parte la Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz), la Ley 1421 de 2010 (Ley de Orden Público) y la Ley 1448 de 2011 (Ley de Víctimas) entre otras”.

²⁸³ El artículo 7 de la Ley 1424 de 2010 dispone que “la autoridad judicial competente decidirá (...) la suspensión condicional de la ejecución de la pena (...) una vez se verifique el cumplimiento de los siguientes requisitos: (...) 3. Reparar integralmente los daños ocasionados con los delitos por los cuales fue condenado dentro del marco de la presente ley, a menos que se demuestre que está en imposibilidad económica de hacerlo”.

autoridad judicial ordenará a la autoridad administrativa competente la evaluación para la inscripción en el registro único de víctimas creado por la Ley 1448 de 2011²⁸⁴.

Con esta regulación se detectan –al parecer– dos cuestiones que pueden ir en contradicción con los lineamientos y pautas jurisprudenciales sobre reparación administrativa y responsabilidad residual y no subsidiaria del Estado por daños generados por los grupos armados irregulares con ocasión del conflicto armado colombiano.

La primera de ellas está relacionada con la calidad de víctima y su inscripción en el “registro único de víctimas”, una vez se ha demostrado judicialmente la incapacidad del procesado para indemnizar de manera integral el daño provocado. La calidad de víctima o parte civil se adquiere con la acreditación dentro del proceso penal de un daño ‘real, concreto y específico’ sufrido como consecuencia de una conducta punible²⁸⁵. Por consiguiente, si la condición de víctima se prueba en el transcurso del proceso no sería necesario cumplir otro trámite y bastaría para la inclusión en el registro de víctima con la mera comunicación judicial.

La reglamentación en este punto resulta problemática por cuanto las víctimas pueden ver entorpecidas la efectividad de sus derechos a la indemnización integral por el daño sufrido. Este obstáculo de inscripción administrativa para las víctimas de los desmovilizados que se acojan a los beneficios de la Ley 1424 de 2010 no encuentra justificación y antes dilata de manera irrazonable e inconstitucional el procedimiento de reclamación que pueden intentar por exigir una verificación de hechos que ya se han demostrado en el proceso judicial. El juez penal de conocimiento, en el ámbito de su competencia es quien hace el examen de los hechos y las pruebas para declarar la existencia de una determinada situación v.gr la existencia de un daño real, cierto, y específico²⁸⁶.

Con estas consideraciones cabe entonces afirmar que la reglamentación ideal habría sido la consagración de la facultad del juez para hacer la inscripción directa al registro

²⁸⁴ El artículo 10 del Decreto nº 2601 de 2011 dispone: “Verificación del requisito de reparación. Cuando el desmovilizado demuestre que está en imposibilidad económica de indemnizar los daños ocasionados con los delitos por los cuales haya sido condenado en el marco de la Ley 1424 de 2010, las autoridades judiciales ordenarán a las autoridades administrativas correspondientes la evaluación del registro de las víctimas que se acrediten como partes o intervinientes dentro del proceso en el Registro Único de Víctimas de conformidad con los artículos 155 y 156 de la Ley 1448 de 2011”.

²⁸⁵ Sobre la constitución en parte civil en la Ley 600 de 2000 ver Corte Constitucional, sentencia nº C-228 del 3 de abril del 2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett; y sobre el concepto de víctima en la Ley 906 de 2004 ver Corte Constitucional, sentencia nº C-516 del 11 de julio de 2007, M.P: Jaime Córdoba Triviño.

²⁸⁶ De acuerdo con lo establecido en el artículo 156 de la Ley 1448 de 2011, el procedimiento de registro es necesario para acceder a las medidas de atención, asistencia y reparación contempladas en la Ley de víctimas, con independencia de su reconocimiento de calidad de víctima. El registro tiene como finalidad determinar las características de los hechos victimizantes y el grado de vulneración de los derechos de las personas que intentan la inscripción, para lo cual se faculta de poderes de investigación a las autoridades administrativas competentes. Esta misma situación debe ser establecida por el juez penal de conocimiento que conoce de la pretensión de reparación de las personas que han visto perjudicados sus derechos como consecuencia de las conductas punibles que le compete juzgar.

único de víctimas una vez se hubiese comprobado la existencia del daño real, cierto y específico. De esta manera se daría cumplimiento a los principios de celeridad y eficiencia de la función administrativa al limitarse a investigar y verificar sólo los hechos que no han sido demostrados en sede judicial y no se estaría adelantando dos veces la misma tarea.

Otro de los puntos que la reglamentación ha desconocido es la modulación constitucional de la responsabilidad residual del Estado para reparar a las víctimas de los delitos cometidos como consecuencia del conflicto armado colombiano. La Corte Constitucional al revisar el tema de la reparación y en particular la indemnización a cargo de los desmovilizados acogidos al trámite especial de la ley de justicia y paz consideró que antes de acudir a la arcas del Estado para indemnizar el daño en caso de insolvencia de quien está obligado a reparar, se debía acudir a los miembros del bloque o frente al que perteneció el desmovilizado en virtud de la responsabilidad civil solidaria²⁸⁷. Por ello, antes de intentar la indemnización administrativa los demás miembros del bloque o frente debían aportar bienes de su patrimonio personal para cubrir la reparación y sólo en caso de que no fueren suficientes se podría exigir la indemnización del Estado. Tal consideración ha sido desconocida por la reglamentación de la Ley 1424 de 2010.

De cualquier modo resulta difícil encontrar casos en los que, como consecuencia de los delitos del ámbito de aplicación material de la Ley, se produzcan daños ‘reales, concretos, y específicos’, que sean autónomos y carezcan de relación con otras conductas punibles cometidas por el desmovilizado en el contexto del conflicto armado²⁸⁸. De acuerdo con la ley, si se encuentra responsabilidad, en efecto, por hechos diferentes a la sola pertenencia al grupo armado irregular, el desmovilizado quedará excluido de la posibilidad de acceder a los beneficios jurídicos contemplados por la Ley 1424 de 2010, y podrá por ello acogerse al proceso penal especial de la Ley 975 de 2005²⁸⁹. Las meras conductas punibles que no produzcan daño no generan la obligación de reparar. De todo lo anterior se sigue que aquellos desmovilizados condenados sólo por los delitos del ámbito de aplicación material de la ley, no tendrían responsabilidad, en principio, de hacer reparación en forma directa (sus delitos no producen víctimas), y sólo deberían responder –siguiendo la doctrina constitucional– de manera solidaria y subsidiaria por los daños probados atribuidos a sus demás compañeros de frente o bloque.

ii) El papel del Centro de Memoria Histórica

Por otro lado, resulta de particular importancia detener la atención en la función del Centro de Memoria Histórica en relación con los nuevos instrumentos de justicia

²⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa y otros.

²⁸⁸ El artículo 1 de la Ley 1424 de 2010 indica que la ley se aplicará sólo a aquellos “desmovilizados de los grupos armados organizados al margen de la ley, que hubieran incurrido únicamente en los delitos de concierto para delinquir simple o agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, y porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de defensa personal, como consecuencia de su pertenencia a dichos grupos”.

²⁸⁹ Ver las causales de revocatoria de los beneficios jurídicos de la Ley 1424 de 2010 en los artículos 12 y 13 del Decreto nº 2601 de 2011.

transicional recientemente expedidos. Una de sus principales funciones de esta entidad consiste en recolectar, organizar, sistematizar, y publicar la información que surja como fruto de los acuerdos de contribución a la verdad y la memoria histórica. En cumplimiento de las obligaciones que emanan del acuerdo (cuya suscripción es requisito *sine que non* para el acceso a los beneficios jurídicos de la Ley 1424 de 2010), los desmovilizados deben dar información que permita esclarecer el motivo de la conformación de los grupos organizados al margen, el contexto general de su participación, y todos los hechos o actuaciones de que tengan conocimiento en razón de su pertenencia²⁹⁰.

La información que los desmovilizados se obligan a aportar al Centro de Memoria Histórica en desarrollo de los compromisos adquiridos –de acuerdo con la regulación actual del decreto reglamentario– no es causal de acceso a los beneficios jurídicos, sino causal de revocatoria de los mismos²⁹¹. Basta, pues, la sola promesa de cumplir con el deber de revelar la información que la ley exige para obtener el beneficio jurídico buscado y cualquier incumplimiento en este tema en particular se verificará sólo en un desarrollo posterior.

El decreto reglamentario estipula que es el Centro de Memoria Histórica el que certifica la renuencia del desmovilizado para participar en los procedimientos adelantados por esta entidad. Es tal la atribución del Centro de Memoria Histórica que incluso puede solicitar directamente al juez competente la revocatoria de los beneficios jurídicos en caso de no participación o participación insatisfactoria del desmovilizado. Tal como se puede observar, esta entidad tiene a su cargo un papel fundamental dentro del sistema de justicia y paz: le compete, entre otras funciones, la primera evaluación sobre el grado de contribución al cumplimiento de las obligaciones adquiridas relativas al derecho a la verdad de las víctimas para con ello poder disfrutar de los beneficios de la Ley 1424 de 2010. La elaboración y convocatoria de los planes y programas que apunten al descubrimiento de los hechos que exige la ley le permitirá al Centro de Memoria Histórica tener criterios para establecer y verificar la efectiva participación de los desmovilizados, y por ende, no ejercitar la denuncia de revocatoria de beneficios jurídicos.

El Centro de Memoria Histórica cuenta con alto grado de discrecionalidad para establecer estas pautas de evaluación. Según norma expresa contenida en el decreto-ley que regula su funcionamiento, la entidad en mención no cumple una función jurisdiccional²⁹². No obstante, se le confiere a ella determinar cuál es en concreto la extensión de la obligación de brindar información sobre los puntos que la ley exige para no revocar el beneficio concedido v.gr. la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Se reafirma con esto su responsabilidad capital en la construcción de la

²⁹⁰ Ley 1424 de 2010, art. 3 y del Decreto 2601 de 2011, artículo 4

²⁹¹ Los artículos 12 y 13 del Decreto nº 2601 de 2011 establecen las normas sobre la revocatoria de los beneficios jurídicos.

²⁹² La norma se refiere a la prohibición de usar la información obtenida como fruto de los acuerdos de contribución a la verdad, en los procesos judiciales bien sea contra el desmovilizado o terceros que puedan resultar implicados. Por ello el Centro de Memoria Histórica no podrá señalar responsabilidades de ningún tipo y sus funcionarios están eximidos del deber de denuncia en relación la función que cumplen dentro de la entidad. Ver artículos 2 y 5 del Decreto-Ley nº 2244 de 2011.

verdad de lo ocurrido en el conflicto armado, así como en la evaluación, en cada caso en concreto del grado de cumplimiento de los deberes a los que se comprometen los desmovilizados.

4. Consecuencias de la declaración de exequibilidad de la Ley 1424/2010 en la sentencia de la Corte Constitucional C-771/11 del 13 de octubre de 2011

a) Declaraciones contra terceros implicados

En relación con la función del Centro de Memoria Histórica, la Ley 1424 de 2010 y sus normas complementarias disponen que la información que surja del acuerdo de contribución a la verdad y la memoria histórica no tendrá valor alguno de prueba judicial²⁹³. Este aspecto ha sido alterado por la sentencia de la Corte Constitucional de 13 de octubre de 2011, que ha declarado parcialmente exequible la Ley 1424 en el sentido de que no se podrá utilizar el material obtenido como prueba en contra del propio desmovilizado que se acoja al mecanismo, sus familiares incluidos en el artículo 33 de la Constitución política de Colombia (cónyuge, compañero permanente, consanguíneos dentro del 4º grado, afines dentro del 2º grado y primero civil) y los desmovilizados del mismo grupo ilegal armado; pero sí servirá, al menos como denuncia, como también todos los datos, documentos o instrumentos, para los demás terceros; de donde se infiere que el Fiscal deberá iniciar las acciones penales correspondientes si considera que existe mérito suficiente para ello.

Ante esta decisión que establece que “las afirmaciones o hechos que se comuniquen a la comisión de verdad histórica no afectan a quienes las hagan, ni a sus familiares hasta en cuarto grado de consanguinidad, ni a otros integrantes del grupo del cual se desmovilizó”, el concepto y alcance de GAOML merece una reflexión a la luz de las dinámicas estructurales y dispositivos operacionales de los mismos.

Para efectos de esta prohibición en el marco de la Ley 1424 el concepto de “grupo del cual se desmovilizo” deberá entenderse de forma restringida respecto de la unidad militar más cercana. En el marco de esta interpretación no se puede esperar que un desmovilizado conozca de las operaciones de otras facciones que perteneciendo, incluso, al mismo bloque o frente tenían un mando que gozaba de cierto grado de autonomía y discrecional para actuar. Pensar en una definición que incluya solamente a miembros de la guerrilla y de autodefensas significaría desconocer la historia y la forma como estas estructuras actuaban con particularidades en cada uno de los territorios; situación que se ha ido develando a partir de las versiones libres en justicia y paz, de la labor de los investigadores de la fiscalía y de diversos ejercicios de recuperación de memoria histórica.

Para la aplicación de la Ley 1424 se propone una definición de grupo armado ilegal en el siguiente sentido:

²⁹³ Ley 1424 de 2010, Artículo 4

Grupo armado al margen de la ley (GAOML): Se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley aquel grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes, columna, compañía u otras modalidades de esas mismas organizaciones donde existiendo conocimiento de las operaciones actúen bajo la dirección de un mando responsable y ejerzan control sobre una parte del territorio que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

Por tanto en el concepto de terceros no exentos (art 4. ley 1424 de 2011) se incluirán no sólo los financiadores, instigadores, funcionarios, políticos, empresarios y aquellos altos responsables y miembros de los bloques a los que el desmovilizado no hubiese pertenecido o que perteneciendo no se acredite su conocimiento efectivo de las actividades y siempre que no hubiere participado en las mismas. También los de su grupo, estructura, frente o bloque que no se hubieren desmovilizado o que desmovilizados no estén en justicia transicional, o hayan renunciado a la aplicación de la ley 975, o hayan sido expulsados del proceso que se regula en la misma. Y ello porque el concepto “desmovilizado” tiene sentido si se continua el proceso de justicia transicional; también en relación con los bienes, cuentas, valores o depósitos, sociedades, personas interpuestas, etc., aunque se refieran a personas desmovilizadas del mismo frente, estructura urbana, contraguerrillas y redes de apoyo en el caso de los paramilitares, o compañía columna, frente o bloque en el caso de las guerrillas, que el beneficiado. Dichas personas físicas o jurídicas tiene su propia personalidad y capacidad jurídica diferente a aquellas de los que formen parte de las mismas. En el caso de las segundas y diferente en todo caso en el de las primeras.

Por lo demás, esta declaración, no puede, en ningún caso, considerarse como declaración en contra de los desmovilizados, que se referirá siempre al ámbito de la posible responsabilidad penal y no a otros diferentes.

Los funcionarios del Centro de Memoria, con acceso a la información en fase judicial de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, que reciban la información, en estos casos, deberán ponerla a disposición de la fiscalía y ésta, en todo caso, deberá reclamarla para decidir sobre la apertura de investigación penal. En este punto el artículo 4 del Decreto N°2244 de 2011 deberá modificarse, después de la sentencia de la Corte.²⁹⁴

b) Otras consecuencias de la declaración de constitucionalidad de la Ley 1424 de 2010 de 29 diciembre

La sentencia de la Corte Constitucional que declara la constitucionalidad de la Ley 1424 puede producir consecuencias inesperadas sobre el proyecto de acto legislativo 094/11 (Cámara) por el que se pretende introducir una modificación a la constitución

²⁹⁴ Decreto- 2244 de 28 de junio de 2011. Art. 4

política de Colombia para incluir en ella la denominada Justicia Transicional (artículo transitorio 66)

Aunque, el texto completo de la Sentencia no se conoce todavía, los párrafos y lineamientos adelantados en el comunicado del 14 de octubre son suficientes para afirmar que lo que persigue el Acto Legislativo ya está concedido por esta Sentencia.

En efecto, en su documento la Corte alude a todos y cada uno de los elementos que se refieren a la denominada justicia transicional, destacando su naturaleza excepcional respecto de la justicia ordinaria, su aplicación en el marco de graves violaciones de derechos humanos y como forma de superar situaciones de conflicto o postconflicto para conseguir en aras de la paz social que los hechos no vuelvan a repetirse. También, señala que la Justicia de transición busca dar respuesta en un contexto democrático al derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, conjugándolos en el marco excepcional de que se trata y por ende con una interpretación diferente, en el que la balanza se inclina más en favor de la verdad y la reparación que por la justicia penal retributiva.

La Corte precisó que: “como ya lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional en ocasiones anteriores (sentencias C-370/06 y C-1199 de 2008), el alcance y contenido de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, sobre los cuales se sustentan los cargos de inconstitucionalidad formulados, podría en casos concretos presentar algunas diferencias dependiendo de si los hechos punibles de cuya comisión ellos se derivan han de investigarse y juzgarse dentro de un contexto que pudiera denominarse ordinario, o en cambio concurren circunstancias bajo las cuales resultaría válida la aplicación de instituciones de justicia transicional, las que por su misma naturaleza han de considerarse excepcionales. Se trata de un sistema o tipo de justicia de características particulares, que aspira a superar una situación de conflicto o postconflicto, haciendo efectivos en el mayor nivel posible, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas frente a un pasado de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, teniendo como límite la medida de lo que resulte conducente al logro y mantenimiento de la paz social. En este sentido, la justicia transicional se ocupa de procesos mediante los cuales se realizan transformaciones radicales a una sociedad que atraviesa por un conflicto o postconflicto, que plantean grandes dilemas originados en la compleja lucha por lograr un equilibrio entre la paz y la justicia. El propósito fundamental es el de impedir que hechos acaecidos en el marco de un conflicto vuelvan a ocurrir, motivo por el cual su función se concentra en el conocimiento de la verdad y en la reparación, buscando así dar respuesta a los problemas asociados a un conjunto de abusos en contra de los derechos humanos, en un contexto democrático y aplicando medidas de naturaleza judicial o no judicial, a los responsables de los crímenes”²⁹⁵.

En la misma línea el texto de la Corte habla de la “implantación excepcional en un Estado de medidas de justicia transicional” que deben ser compatibles con el marco

²⁹⁵ Corte Constitucional, Comunicado de Prensa N. 41. Del 14 de octubre de 2011. <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2041%20comunicado%2014%20de%20octubre%20de%202011.php>

constitucional y afirma que aunque “en la Constitución Política de 1991 no existe una referencia específica a la justicia transicional, sí se encuentran al menos, tres alusiones de las cuales puede admitirse la implantación excepcional de tales medidas. La más notoria e importante es la frecuente mención a la paz (preámbulo, arts. 2, 22 y 95 C.P.), como uno de los objetivos principales del Estado colombiano y como prominente valor constitucional que se traduce en la existencia de derechos y deberes ciudadanos encaminados a hacer posible y sustentable, tanto en el presente como en el futuro, tan anhelada necesidad. A ello se suman, las abundantes y reiteradas referencias a la paz como propósito central del Derecho Internacional, especialmente en el preámbulo de los instrumentos constitutivos de los principales organismos internacionales, entre ellos, la Carta de las Naciones Unidas y la Carta de la Organización de Estados Americanos, como también en la Declaración Universal de Derechos Humanos, los cuales forman parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Carta Política”²⁹⁶.

También habla de las amnistías e indultos para delitos políticos como herramientas de justicia transicional y, por último, de la política criminal del Estado como valor constitucional que permite que siempre que se respeten la proporcionalidad, la razonabilidad y no se infrinjan expresas prohibiciones constitucionales; la mayoría de los preceptos procesales o penales no tendrán aquel rango y dependerán de los que desarrollen quienes tienen el cometido de diseñar aquella política en el Estado. “Desde esta perspectiva -concluye- resulta entonces posible asumir que la implantación de mecanismos propios de la justicia transicional es una alternativa válida dentro del marco constitucional, cuando concurren especiales circunstancias que justifican la adopción excepcional de este tipo de medidas”²⁹⁷.

De lo anterior y del resto del documento, se desprende que la Corte asume que la justicia transicional es un concepto o mecanismo amparado por la Constitución Política Colombiana en los tres sentidos fundamentales expuestos (libertad, amparo en los tratados internacionales y como instrumento de política criminal), por lo que se infiere la innecesidad de un reconocimiento expreso. En segundo lugar, recuerda que es la Corte Constitucional la que marca los límites del desarrollo ordinario de ese mecanismo constitucional en función de las circunstancias concretas y del texto legal correspondiente, como en este caso lo hace respecto del concierto para delinquir, aunque sea agravado y los demás delitos referidos en la Ley 1424, y por tanto indica que este tiene que ser el camino citando expresamente la ley 975 de 2005 de Justicia y Paz.

También se desprenden otras cuestiones del máximo interés. La Corte anuncia que los crímenes que cita la ley se declaran comprendidos en la exequibilidad de la misma si no van asociados a crímenes contra la humanidad. Es decir, en el caso del concierto para delinquir asociado a un crimen contra la humanidad solo podrá ser resuelto a través de lo dispuesto en la Ley de Justicia y Paz o vía legislación Ordinaria. Con esto parece que se inclina por asumir la postura más acorde con el derecho penal internacional, los precedentes y la jurisprudencia internacional en el sentido de que el

²⁹⁶ *Ibídem*

²⁹⁷ *Ibídem*.

crimen de concierto para delinquir agravado solo tendrá naturaleza de crimen contra la humanidad cuando a quien se impute también haya cometido dichos crímenes en alguna de las formas de participación admitidas por el derecho.

Por último, no debe olvidarse que la cita que se hace a las amnistías e indultos, y precisamente por los diferentes ejemplos que cita y por la propia configuración constitucional de estas categorías, se excluyen cuando se intenten referir a crímenes contra la humanidad, genocidio o de guerra.

En conclusión, si hasta antes de la decisión de la Corte había discusión sobre si la Constitución Política de Colombia reconocía la justicia transicional como un concepto y mecanismo aplicable en el país, a partir de esa fecha no cabe la menor duda y por ende es innecesario su reconocimiento expreso. Así mismo, será el legislador ordinario el que establezca las pautas y desarrollo de ese mecanismo a través de la legislación correspondiente guardando los límites fijados por la Corte Constitucional.

Con lo anterior, debería incidirse en la acumulación de esfuerzos desde los diferentes sectores del Estado en dotar a Colombia de una legislación integral de justicia transicional que responda al principio básico que sustenta la misma, dar respuesta adecuada al derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral contribuyendo a las garantías no repetición de los hechos.

Capítulo IX

Situación carcelaria y penitenciaria de los postulados de justicia y paz privados de la libertad

El sistema carcelario y penitenciario ordinario parte del presupuesto de la captura del preso y la dualidad del castigo/resocialización en el que la mayoría, si no todos, los sistemas carcelarios se adscriben. En Colombia, el marco jurídico que regula el sistema carcelario y penitenciario esta normado en la Ley 65 del 19 de agosto de 1993 que le otorga facultades al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), para ejecutar las penas privativas de libertad.²⁹⁸ Por otro lado, la medida de privación de la libertad en la Ley de Justicia y Paz, sólo fue establecida en dos artículos específicos que tratan sobre los establecimientos de reclusión. El primero, bajo el entendido que dichos establecimientos quedan sujetos integralmente a las normas jurídicas sobre el control penitenciario.²⁹⁹ El segundo, sobre el tiempo de permanencia en las zonas de concentración.³⁰⁰

Durante los diálogos entre el Gobierno Nacional y las AUC, la discusión sobre el sitio de reclusión y ejecución de la pena privativa de libertad fue recurrente. Sin embargo, éste no quedó plasmado en el texto de la Ley 975 de 2005 ni en sus Decretos Reglamentarios.³⁰¹ No obstante, según el ex Alto Comisionado para la Paz, Luis Carlos Restrepo, nunca hubo pacto; de acuerdo a testimonios de miembros representantes,³⁰² se acordó en las negociaciones la posibilidad de cumplir dichas penas en colonias agrícolas³⁰³ que son centros de reclusión de enseñanza agropecuaria para personas de extracción campesina.

²⁹⁸ También conocido como Código Penitenciario.

²⁹⁹ El artículo 30 establece que “El Gobierno Nacional determinará los Establecimientos de Reclusión para los beneficios de la misma, los cuales deben reunir las condiciones de seguridad y austeridad propios de los Establecimientos administrados por el INPEC, en el entendido que dichos establecimientos quedan sujetos integralmente a las normas jurídicas sobre el control penitenciario”.

³⁰⁰ La Ley de Justicia y Paz estableció que para el tiempo de reclusión, se computaría inclusive el lapso en las Zonas de Ubicación Temporal. Sin embargo, la Sentencia C-370 de 2006 de la Corte Constitucional establece que dicho tiempo no podrá ser computado.

³⁰¹ El proyecto presentado por el congresista Carlos Moreno de Caro establecía la reclusión en granjas agrícolas.

³⁰² De acuerdo a Edward Cobos “El tema de las colonias agrícolas fue un compromiso; un compromiso tanto con el comisionado, como con el ministro Sabas Pretelt; la adecuación de las colonias se daría en cinco sitios geográficos donde se concentrarían los desmovilizados: 1) en el Magdalena Medio, para los de Puerto Boyacá y Cundinamarca; 2) en el Bajo Cauca antioqueño, para el Bloque Central Bolívar; 3) en los Llanos Orientales, para el Bloque Centauros, Meta y Vichada (Alianza Oriente); 4) en la costa Caribe, para las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (ACCU) y el Bloque Norte; 5) y en el Urabá, para el Bloque Élmér Cárdenas” (Observatorio DDR Universidad Nacional. Privación de la libertad de excombatientes de las Autodefensas postulados a la Ley de Justicia y Paz. Mayo 2011).

³⁰³ Observatorio DDR Universidad Nacional. *Privación de la libertad de excombatientes de las Autodefensas postulados a la Ley de Justicia y Paz*. Mayo 2011

1. Discusiones suscitadas en torno a la reclusión de los desmovilizados

El 18 de abril de 2006, el Gobierno Nacional anunció que el centro penitenciario de Urrá³⁰⁴ sería la primera cárcel que albergaría a 604 postulados de Justicia y Paz.³⁰⁵ Esta noticia fue recibida con beneplácito por los desmovilizados, ya que Urrá constituía una colonia agrícola a donde fueron llevados ex patrulleros, en su gran mayoría. Sin embargo, durante el año 2009, estos internos fueron gradualmente trasladados a otros centros, hasta que en diciembre del mismo año, se decretó el cierre de dicha colonia agrícola y los postulados fueron llevados a diferentes cárceles del país, situación que desencadenó una protesta airada de éstos.

Por su parte, los ex comandantes de las autodefensas fueron recluidos desde finales de julio de 2006 en el centro vacacional de Prosocial en la Ceja (Antioquia), bajo custodia del INPEC³⁰⁶. El 1° de diciembre de 2006, se realizó un operativo en el que 58 ex comandantes de bloques y de frentes fueron trasladados desde Prosocial, a la cárcel de Itagüí (Antioquia)³⁰⁷.

Posteriormente, a medida que la cantidad de postulados iba incrementándose, y el INPEC iba identificando postulados privados de la libertad en otras cárceles, se hizo necesaria la apertura de otros pabellones de Justicia y Paz³⁰⁸. Así, se organizaron pabellones en Barranquilla y Bogotá en un inicio, y posteriormente se reglamentaron condiciones especiales de reclusión en la que se establecen circunstancias como el derecho que tienen los miembros representantes a tener un computador y celular al interior del centro, y la posibilidad de solicitar estas mismas prerrogativas a quienes por su condición de comandante (no representantes), necesiten dichos instrumentos a fin de facilitar la reconstrucción de hechos. La reconstrucción de la verdad y la preparación de las audiencias plantean la necesidad de mantener la exclusividad de dichos pabellones para postulados pero también procurar que postulados de un mismo bloque estén recluidos en un mismo pabellón así como la posibilidad de reunirse con personas, que estando en libertad, puedan aportar a la reconstrucción de la verdad.³⁰⁹

³⁰⁴ Municipio de Tierralta en el departamento de Córdoba

³⁰⁵ El Tiempo. 19 de abril de 2006.. En <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1992368> revisado por última vez el 4 de agosto de 2011.

³⁰⁶ La apertura de dicho centro se dio en medio de duras críticas, ya que un “centro vacacional” no reunía las condiciones de un centro de reclusión, ni las condiciones de austeridad y seguridad que reza el artículo 30 de la Ley 975/05

³⁰⁷ Revista Semana. 1 de diciembre de 2006. En <http://www.semana.com/on-line/sorpresivo-traslado-jefes-para-ceja-carcel-itagui/98646-3.aspx>.

³⁰⁸ El Inpec expidió el Acuerdo 006 de 17 de agosto del 2006, mediante el cual se ordena crear establecimientos “para recluir a las personas que se acojan a la Ley 975 de 2005, en Córdoba, Chocó, Cesar, Magdalena, Meta y Antioquia”. A partir de ese momento, se introdujo la clasificación “JP” (Justicia y Paz) para los pabellones destinados a albergar postulados a los beneficios de esa ley. Por la nota al pie, el lector podría asumir que lo que se va a citar es el artículo 30 de la Ley 975.

³⁰⁹ También se ha establecido que los miembros representantes no sean esposados al momento de ser trasladados del centro carcelario a los juzgados y de los juzgados a los centros. Acuerdo 02 del 2 de junio de 2009 y la resolución 06305 del 26 de junio de 2009.

A julio de 2011, se registran 1846³¹⁰ internos y existen dos centros carcelarios exclusivos para postulados: El Espinal (Tolima) y Chiquinquirá (Boyacá), mientras hay 12 pabellones en las cárceles de: Itagüi (4), Barranquilla (2), Montería/Las Mercedes (1), Bogotá La Picota (2), Cúcuta (1), Bucaramanga (1) y Palmira (1). También existen 17 internos en un patio en Valledupar. Sin embargo, este no fue reconocido como pabellón especial de Justicia y Paz a pesar que la dinámica es muy similar al resto de los pabellones³¹¹.

Supuestamente, todos los postulados deberían estar recluidos en pabellones de Justicia y Paz de mediana seguridad, sin embargo, en ocasiones se les aplica el régimen de alta seguridad y la decisión de trasladarles a los pabellones demora meses, a partir de la postulación, con el riesgo que para su seguridad, supone el estar mezclados con presos “comunes”. Para subsanar esto es necesario y urgente que se fije un plazo breve y perentorio para que el INPEC, desde la notificación de la postulación o selección, adopte las medidas de traslado que prevengan aquellos riesgos y que a los pabellones se les aplique el régimen que corresponde. Mientras tanto el Instituto deberá realizar las gestiones necesarias para brindar seguridad al interno.

2. Particularidades de la reclusión en Justicia y Paz

El Secretario General de la OEA en su presentación del XIV Informe Trimestral de la MAPP/OEA al Consejo Permanente, expresó que un proceso con características transicionales requiere de normas excepcionales en todos sus ámbitos, incluido el ámbito de lo penitenciario y carcelario.³¹² En ese sentido, se entiende que los requerimientos de un sistema carcelario tradicional deben ser flexibles a la luz de la especialidad que Justicia y Paz, por diferentes razones:

- Los postulados ingresan en prisión por su entrega voluntaria y sometimiento a un proceso de justicia transicional por delitos particularmente graves, que eleva el riesgo de seguridad respecto de los internos comunes
- La expectativa o materialización de rebajas sensible de penas, puede suponer, así mismo un riesgo respecto de los demás internos “no beneficiados”
- Dada la naturaleza de los crímenes y su carácter masivo y la obligación de confesión total de los mismos, se precisa de unas condiciones más flexibles y diferentes en el centro carcelario para, en unión de los demás desmovilizados, reconstruir la verdad
- Para obtener la misma finalidad deben disponer de medios técnicos básicos, habida cuenta que se trata de la reconstrucción de cientos o miles de hechos.
- La dinámica y magnitud del proceso exige que los postulados sean llamados a participar de diligencias judiciales constantemente

³¹⁰ Datos INPEC.

³¹¹ La designación de Valledupar como pabellón de Justicia y Paz se encuentra en estudio por parte del INPEC.

³¹² Décimo Cuarto Informe Trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (MAPP/OEA)”, 26 de abril de 2010, en: <http://www.mapp-oea.net/documentos/informes/XIVInglis.pdf>.

- Debido a que a los postulados se les impone una pena alternativa no descontable, la lógica de la redención a través de actividades o buena conducta resulta descontextualizada
- Asegurar las condiciones de seguridad de ex comandantes de GAOML, que llevan una trayectoria larga y compleja de ilegalidad, es más complicado

En ese sentido, el INPEC reglamentó un régimen interno diferente al establecido en las normas carcelarias tradicionales³¹³. Una primera “prerrogativa” implica la posibilidad de que los postulados puedan tener un día más de visita que el resto de la población carcelaria.³¹⁴ Por otro lado, existe mayor laxitud para el ingreso de medios magnéticos de grabación o de almacenamiento de datos electrónicos, con el fin de que preparen su participación en las diferentes audiencias de Justicia y Paz, estas condiciones especiales se suman a la posibilidad de que el/la fiscal asignado solicite el ingreso de celular y portátiles con el fin de avanzar en los proceso de confesión voluntaria. A pesar de que estas circunstancias especiales han sido reglamentadas y socializadas por la Dirección Técnica del INPEC, todavía existen muchos guardias que se rehúsan a brindar este trato diferencial e inclusive se han reportado daños por parte de la guardia a medios magnéticos. Esto se da debido a que no ha existido una sensibilización generalizada de la importancia del proceso de Justicia y Paz ante la guardia del INPEC, que ha sido formada para tratar con presos “comunes”.

Por otro lado, se evidenció que hasta el 2010 las 10 mujeres desmovilizadas de las AUC internas postuladas al proceso, no gozaban de dichas condiciones especiales. Después de que su situación fue visibilizada el INPEC restableció dichas condiciones a las mujeres.³¹⁵

El 15 de mayo de 2009 se expidió el Decreto 1733 que dispone que “es necesario facilitar las condiciones que permitan a los miembros representantes y a los postulados de los grupos armados colaborar con los objetivos de la Ley 975 del 2005”. Esta norma crea un Comité Técnico Interinstitucional de coordinación y seguimiento conformado por la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, los Ministerios del Interior y Defensa y el Alto Comisionado para la Paz. A la mesa técnica de este comité fue invitada al MAPP/OEA para acompañar algunas visitas de revista durante el 2009 y 2010. La dificultad de articulación de las instituciones y la dificultad de reuniones periódicas, llevó a que el INPEC fuese el organismo encargado de tomar la mayor cantidad de decisiones.

Si bien se han tratado de solucionar estos problemas a través de la creación de una Coordinación de Justicia y Paz dentro del INPEC, continúan presentándose problemas logísticos sobre todo en las remisiones físicas de los internos hacia los Tribunales y a la Fiscalía General de la Nación. En algunas ocasiones, ex comandantes son llevados en furgones de aquel organismo de manera simultánea con otros presos “comunes”, esposados, sin alimentación para diligencias judiciales extenuantes; situación que ha

³¹³ Resolución N. 06305 de 2009

³¹⁴ Mientras los presos “comunes” tienen derecho de visita los días sábado y domingo, los postulados pueden ser visitados miércoles, sábado y domingo.

³¹⁵ Las 10 mujeres postuladas se encuentran en los centros de Bogotá/Buen Pastor, Chimitá y Medellín.

derivado en diferentes incidentes³¹⁶ La argumentación del INPEC es la carencia de recursos económicos debido a que dicho instituto no recibe ningún tipo de presupuesto adicional para las remisiones de Justicia y Paz. La solución para ello podrá ser la asignación de una partida presupuestal diferenciada por parte del Ministerio de Hacienda al INPEC destinada a las remisiones de Justicia y Paz en función de las necesidades reales del proceso.

Si bien la reglamentación del régimen carcelario y penitenciario corresponde al INPEC, resulta necesario establecer ciertos criterios por vía legislativa que expresen la connotación transicional de las normas penitenciarias para evitar posibles modificaciones por vía reglamentaria que desdigan el espíritu del proceso.

3. El proceso de resocialización de los desmovilizados

En la actualidad el sistema carcelario y penitenciario se basa en un modelo de resocialización ligado a la redención de pena. Dicha resocialización está básicamente destinada a delincuentes comunes y está basada en actividades educativas y formación para el empleo que, si bien, pueden ser aplicados en Justicia y Paz, presentan las falencias propias de un sistema con sobrepoblación penitenciaria y carencia de presupuesto.

El INPEC y la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, con el apoyo de la MAPP/OEA, adelantaron el proyecto “Formulación del plan de atención integral a postulados a la Ley de Justicia y Paz privados de libertad como aporte a la reconciliación nacional”, en el patio ERE3 de La Picota.³¹⁷ Este modelo ha sido citado como positivo durante el incidente de reparación integral de Iván Laverde alias “El Iguano”, como una iniciativa que debe complementarse y, de ser el caso, replicarse en otros centros carcelarios.

El INPEC, atendiendo a recomendaciones, avanzó en la contratación de psicólogos exclusivamente para los pabellones de Justicia y Paz, que han venido trabajando desde el 2009. Sin embargo, resulta urgente avanzar con la creación de un modelo único de resocialización que tenga como fin el restablecer el tejido social y los vínculos entre las víctimas, las comunidades y los desmovilizados, incluyendo la realización de proyectos productivos o de capacitación vocacional. Para ello, ante la falta de recursos del INPEC, se impone la adopción de las correspondientes medidas presupuestarias por el Ministerio de Hacienda para que pueda materializarse un verdadero proceso de

³¹⁶ Tal el caso de la remisión de José David Velandia alias “Steven”, junto con delincuentes que él persiguió en el marco de una limpieza social en municipios del Norte del Tolima. Por otro lado, la gran cantidad de remisiones de internos postulados, colapsaron el presupuesto destinado a las remisiones del total de la población carcelaria del país.

³¹⁷ En el marco de esta labor, se realizaron acciones para la consolidación de los perfiles básicos que elabora la CNRR en materia de perdón y reconciliación, partiendo de los aportes que hacen los postulados en su compromiso con la búsqueda de la verdad. La iniciativa tripartita busca avanzar hacia un modelo único de resocialización al que fue invitada la Alta Consejería para la Reintegración, y que aporta en la construcción del mismo. Se estableció que la segunda fase debía adelantarse en la cárcel Modelo de Barranquilla.

resocialización integral, que hasta la fecha, seis años después de la entrada en vigor de la Ley, sigue sin estar estructurado.

Por otro lado, es evidente que la gran parte de los internos postulados provienen de extracción campesina por lo cual sería muy conveniente que, con fines de resocialización, se pudieran establecer colonias agrícolas para el cumplimiento de la pena, sin posibilidad de sustitución por otros mecanismos de cumplimiento externos y en la medida de lo posible y siempre que el curso del proceso lo permita, dichos centros deberían estar próximos al área familiar del interno, con el fin de potenciar la reagrupación familiar.

4. Problemáticas en torno a la seguridad en los centros de reclusión en Justicia y Paz

Como puede fácilmente colegirse, es en el ámbito de la seguridad de los internos en los centros reclusorios donde se producen los mayores problemas.

Debido a la propia dinámica de la vida en prisión, se ha constatado la aparición de “caciques” o “jefes”, que no necesariamente eran comandantes antes de la desmovilización. Las constantes denuncias de amedrentamientos y cobros dentro del centro y las denuncias de algunos casos de corrupción por parte de la guardia y dirección, llevaron al INPEC a tomar la decisión del traslado de los internos de Picaleña (Tolima) a El Espinal con excepción de los “caciques” o “jefes visibles” que fueron llevados a otros centros carcelarios. En El Espinal se acondicionó el centro penitenciario exclusivamente para Justicia y Paz. A partir de dicho traslado masivo la situación de inseguridad disminuyó ostensiblemente.³¹⁸

Otro factor de inseguridad consiste en que muchos capturados, acusados de formar parte de las BACRIM, están postulados a Justicia y Paz, por lo que cuando son reseñados por el INPEC solicitan su traslado a uno de los pabellones de Justicia y Paz. El problema, entre otros, es que en muchas ocasiones, ellos logran ser capturados por información de postulados que se encuentran en dichos centros carcelarios, lo que genera un alto riesgo para éstos últimos. Por esto el INPEC, y a pedido del Ministerio del Interior y de Justicia, está remitiendo a dichos postulados, acusados de estar integrados en bandas criminales, a la cárcel de máxima seguridad de Cóbbita (Boyacá).

Por otro lado, existen patios que presentan condiciones más favorables que otros en cuestión de salubridad y de hacinamiento, estos patios son el patio 1 de Itagüí, ERE3 de La Picota y patio 1 de Barranquilla, que se contraponen a la situación de hacinamiento de los patios 5 y 6 de Itagüí, ERE4 de La Picota y Patio Central de Barranquilla. La situación de hacinamiento por lo general viene acompañada de dinámicas de inseguridad, consumo de drogas y alcohol así como de “venta de celdas”. Resulta preocupante la situación de hacinamiento en la cárcel de Chiquinquirá, centro

³¹⁸ Sin embargo todavía existen dificultades de salubridad y falta de proyectos de resocialización en El Espinal.

que alberga a los postulados de la guerrilla; seis de sus siete patios presentan un alto grado de hacinamiento. Además, de la precaria adecuación de algunos de los sitios donde están reclusos los postulados.

Casos que revelan inconvenientes en la seguridad carcelaria y de los postulados

Existen diversos casos en los que la dinámica de confesión de algunos internos aumenta su inseguridad y la de sus familias, por lo que, respecto de los mismos, se precisa tomar medidas extraordinarias. Para ellos, el INPEC ha dispuesto Unidades de Reclusión Especial (URE), aisladas y de extrema seguridad, como en el caso de Daniel Rendón Herrera alias “Don Mario” quien, después de su captura, involucró miembros de la Fuerza Pública con el accionar de las Autodefensas³¹⁹.

Por similares razones, existe un gran riesgo de inseguridad personal para postulados, como Armando Lugo alias “Cabezón”, cuya familia se encuentra amenazada, y un hermano resultó asesinado supuestamente por las confesiones realizadas, en el marco de diligencia de versión libre, en contra de políticos del Valle del Cauca. Actualmente, Lugo se encuentra recluso en un pabellón de alta seguridad de Popayán.

El caso de Luis Miguel Hidalgo “Ratón”, es aún más complejo. Este desmovilizado, involucró en diligencias de Justicia y Paz a guardias del INPEC quienes habrían colaborado con las autodefensas a cometer delitos desde y dentro de las cárceles. Actualmente, Hidalgo se encuentra recluso en el pabellón de Alta Seguridad de la Cárcel Modelo y expresa constantemente el temor por su integridad.

La postulada ex guerrillera de las FARC, Elda Neyis Mosquera, alias “Karina”, fue recluida en la Brigada XVII del Ejército, por supuestos problemas de seguridad. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que durante muchos años ella combatió a dicha brigada y, en alguna medida, sus confesiones pueden verse mediatizadas por sus condiciones carcelarias.

En casos de necesidad de aislamiento, se establece que la autoridad carcelaria puede determinar la reclusión en Unidades de Tratamiento Especial. Sin embargo, en muchos casos las estancias en estos “calabozos” dura meses en los que deben convivir con internos “comunes” que ponen en riesgo la seguridad personal del postulado interno; para ello resulta necesario asignar Unidades exclusivas para Justicia y Paz con el fin de mantener las poblaciones carcelarias separadas.

El homicidio de Diego José Martínez Goyeneche, miembro representante del Bloque Tolima,³²⁰ que tuvo lugar el 22 de junio de 2009 en la cárcel de La Picota, constituye un ataque a la línea de colaboración con el proceso de Justicia y Paz y representa un claro

³¹⁹ Dummar de Jesús Guerrero alias “Carecuchillo” también se encuentra en una celda de aislamiento (Unidad de Reclusión Especial) a petición del fiscal asignado a su caso argumentando cuestiones de seguridad. Elkin Casarrubia estuvo durante el 2009 y 2010 recluso en una Unidad Especial dadas las confesiones que involucran a miembros de la Fuerza Pública con masacres cometidas por las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá y por el Bloque Calima.

³²⁰ Martínez fue envenenado con cianuro.

fallo en el sistema de seguridad y de investigación, por cuanto, casi dos años y medio después, no se ha establecido ninguna responsabilidad. Si a ello se añaden otras dos muertes de postulados registradas en cárceles como las de Uberney Ocampo el 11 de mayo de 2011, y Jhon Freddy González Isaza el 8 de junio de 2011, quien después de un estudio de seguridad había sido trasladado a la ciudad de Barranquilla el 6 de junio, se puede afirmar que la situación es preocupante.

A lo anterior hay que añadir, que hasta la fecha, se registran seis fugas en Justicia y Paz, la primera fue el 18 de febrero de 2007 cuando Erlint Pino se fugó de la cárcel de Urrá. El 2 de julio de 2008, Juan Manuel Borre alias “Javier” se fugó de la misma cárcel, luego de ser recapturado, fue trasladado a la cárcel de Barranquilla y propició una nueva fuga el 26 de abril de 2011, cuando era trasladado de una diligencia de exhumación al centro penitenciario, posteriormente fue recapturado y a pesar de ello, sigue rindiendo versiones libres. Jairo Martínez también se fugó de la cárcel de Urrá el 21 de abril de 2008.

Carlos Alberto Palencia González alias “Visaje” presuntamente se fugó en la ciudad de Montería cuando éste era trasladado el día 10 de noviembre de 2010 por los guardianes Jhon Roa Peñaranda e Iván Martínez Rodríguez desde el Aeropuerto de los Garzones a la cárcel Las Mercedes procedente de Cúcuta. Todavía no se conoce del paradero de alias “Visaje”.

La fuga más nombrada fue la de Dummar de Jesús Guerrero alias “Carecuchillo”, quien junto con el postulado Rahomir Rodríguez alias “Tribilín”, se fugó del patio ERE3 de La Picota el 25 de febrero de 2010, provocando el rechazo de los internos de dicho patio que veían la acción de “Carecuchillo” como desleal a Justicia y Paz. El Gobierno Nacional estableció una recompensa a favor de quien diera información de los prófugos y dos meses después los postulados fugitivos fueron recapturados.

El pasado 18 de julio se dio un intento de fuga de dos presos de la cárcel de Barranquilla. Tras dicho intento Ordany de Jesús Ramos Alcázar alias “44” fue abatido cuando un guardia al percatarse del hecho le disparó letalmente. En dicho hecho fue herido el postulado Jader Luis Morales Benítez.

En todas las situaciones de fuga, la opinión pública y las hipótesis de investigación que se manejan, presuntamente está presente la participación de guardias del INPEC. Los internos también expresan que existe un alto nivel de planificación.

Por lo expuesto, resulta inaplazable un estudio en profundidad de estas situaciones y la habilitación de unas exhaustivas medidas de seguridad y la imposición de las sanciones que correspondan por los incumplimientos y eventuales casos de corrupción de servidores públicos. El INPEC tiene la obligación de asegurar no sólo la integridad física, sino también de que puedan continuar aportando todos los datos que la ley les impone y que dan sentido a la Justicia Transicional en Colombia. La credibilidad del sistema y la verdadera reparación a las víctimas exigen que estos fallos desaparezcan y que se investiguen y descubra a los responsables de tales hechos.

Casos que revelan inconvenientes en la seguridad de guardias y funcionarios.

Igualmente, constituye motivo de preocupación la situación de seguridad de los guardias y funcionarios del INPEC. En lo que corre del 2011, tres funcionarios guardias de dicho organismo asignados a Justicia y Paz han sido asesinados. El inspector de la Picota Alexander Veloza fue asesinado el 28 de enero. Veloza estaba a cargo de la seguridad de la Unidad de Reclusión Especial donde se encontraba recluso Dummar de Jesús Guerreño, quien días antes había sido encontrado con una visita irregular en su celda. También fueron asesinados en Montería el Dragoniante William Sánchez (12 de marzo de 2011) y el Drag. Juan Carlos Chauí Cueter en Barranquilla (16 de abril de 2011). Al igual que en el apartado interior, la investigación de estos casos y de la eventual implicación de desmovilizados internos en ellas, debe convertirse en una prioridad por el efecto contaminador que pueden tener en el desarrollo del proceso de Justicia y Paz.

Capítulo X

Extradiciones: afectación a la verdad, a la justicia y a la reparación integral

Ningún aparte de la Ley 975 de 2005 o de su normativa concordante previó la posibilidad de extraditar a los postulados paramilitares inmersos en el proceso de Desarme, Desmovilización y Reintegración (DDR) con el Gobierno Nacional. La extradición de varios de los ex comandantes de dichas estructuras hacia los Estados Unidos a partir del año 2008, abrió la preocupación sobre sus implicaciones en el proceso de Justicia y Paz, así como, para las investigaciones sobre parapolítica, los procesos adelantados ante la justicia ordinaria y, en especial, para las investigaciones referidas a graves violaciones a los derechos humanos.

A agosto de 2011, han sido solicitados en extradición 31 postulados a la Ley Justicia y Paz de los cuales 29 fueron efectivamente extraditados a los Estados Unidos.³²¹ Sólo seis de los ex comandantes paramilitares extraditados continúan participando en el proceso de Justicia y Paz. Quienes aún participan de dichas diligencias, lo han hecho de forma irregular, enfrentando diversos obstáculos, que van desde falencias técnicas y logísticas para realizar los actos procesales pertinentes, hasta un profundo temor por la suerte de familiares y representantes judiciales, dadas las repercusiones de sus declaraciones en los procesos tramitados en Colombia.

Si bien la problemática fundamental, en este punto, gira en torno a la necesidad de buscar mecanismos concretos de cooperación judicial que faciliten la participación efectiva de los extraditados en los diferentes procesos en los que tienen importante información que aportar o bien porque deben cumplir con sus deberes de verdad y reparación integral a las víctimas. La legitimidad de la extradición es en sí misma problemática y su tratamiento no ha sido uniforme. Determinar si en este contexto, la extradición es una estrategia válida para la lucha contra la criminalidad organizada obliga a valorar adicionalmente el papel de privilegiar la persecución de delitos de narcóticos sobre crímenes sistemáticos y generalizados contra la población civil³²².

De ahí que, en primer lugar, se aborden los desarrollos jurisprudenciales sobre los criterios para la autorización o rechazo de una solicitud de extradición y, en segundo

³²¹ Informe Matriz Comité Interinstitucional de Justicia y Paz a 31 de agosto de 2011

Salvatore Mancuso, Guillermo Pérez Alzate, alias Pablo Sevillano, Miguel Ángel Mejía Múnera, alias 'El Mellizo', Ramiro 'Cuco' Vanoy, Diego Fernando Murillo Bejarano, alias 'Don Berna' y Éver Veloza, alias 'HH'.

³²² "La extradición desconoce el interés prevalente del Estado y la sociedad colombiana de que se investigue, enjuicie y sancione penalmente a los responsables de delitos graves conforme al derecho internacional, afecta el funcionamiento de la administración de justicia y restringe la efectividad del procedimiento judicial previsto en la Ley de Justicia y Paz, ha vulnerado los derechos de las víctimas de crímenes graves a la verdad, la justicia y la reparación" (Segundo informe del Observatorio CITpax pág. 137 ss. En: http://www.toledopax.org/uploads/CITpax_Segundo_Informe_Observatorio_DDR_Ley_Justicia_y_Paz_Colombia_noviembre_2009.pdf)

lugar, se analicen los obstáculos más relevantes que impiden una correcta participación de los excomandantes paramilitares ya extraditados y, previsiblemente, de los que sean próximamente entregados a la justicia norteamericana.

1. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: argumentos para retrotraer algunos procesos de extradición

El sentido y alcance de los conceptos de extradición relativos a paramilitares vinculados al proceso de justicia y paz no ha sido un tema pacífico en el seno de la Corte Suprema de Justicia. A la fecha es posible identificar tres etapas que dan cuenta, por una parte, de la evolución de los requisitos para su concesión –en una tendencia hacia la incorporación de múltiples condicionamientos para garantizar estándares mínimos de verdad, justicia y reparación- y, por otra, de las fuertes tensiones entre el órgano judicial y el ejecutivo sobre deberes y competencias en esta materia³²³.

En una primera etapa (hasta septiembre de 2008), tienen lugar las primeras solicitudes de extradición donde se debate la entrega de postulados paramilitares al gobierno de los Estados Unidos. Estas solicitudes se hacen respecto de Manuel Enrique Torregrosa Castro, alias “Chan”³²⁴, Carlos Mario Jiménez Naranjo, alias “Macaco”³²⁵, así como la extradición colectiva de 13 jefes paramilitares, entre ellos Hebert Veloza García alias “H.H.”³²⁶.

En su momento, ciertos sectores argumentaron que *“la extradición fue un mecanismo ideado desde un comienzo como expresión de la impunidad por parte del Gobierno Uribe, para restar las posibilidades de que estos jefes paramilitares confesaran las relaciones entre las estructuras paramilitares y el Estado colombiano”*³²⁷.

En esta etapa la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se caracteriza por la revisión formal de los requisitos contenidos en el Código de Procedimiento Penal, de

³²³ A modo ilustrativo el Salvamento de Voto de la Magistrada María del Rosario González de Lemos en, Concepto del 02 de abril de 2008, Radicado N. 28643., reiterado continuamente en otras decisiones “Considero que con los fundamentos expuestos, la mayoría deja de lado el debido proceso que gobierna el trámite de extradición, soslaya que en virtud de lo establecido en el artículo 189 de la Carta Política el Presidente de la República es el encargado de “dirigir las relaciones internacionales” y, de paso, lo releva de sus responsabilidades como “Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa”, según lo establece el mismo precepto constitucional [...] aunque no estoy de acuerdo con la extradición de ciudadanos colombianos sometidos a la Ley de Justicia y Paz, en cuanto de ello se deriva vulneración para los derechos de las víctimas, conceptúo que tal decisión no corresponde ser adoptada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sino que ella es del resorte exclusivo del Presidente de la República.”

³²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Concepto del 05 de diciembre de 2007, Radicado N. 28508.

³²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Concepto del 02 de abril de 2008, Radicado N. 28643.

³²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Concepto del 31 de julio de 2008, Radicado N. 28503.

³²⁷ Comunicado público: a los tres años de extradición campea la impunidad, MOVICE, http://www.movimientodevictimas.org/index2.php?option=com_content&task=view&id=910&pop=1&page=0&Itemid=1

tal manera que primero verificaba la validez formal de la documentación presentada; la demostración plena de la identidad del solicitado; el respeto al principio del *non bis in ídem*; la equivalencia de la providencia dictada en el extranjero; y, cuando sea del caso, el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos (artículo 502). Una vez hecho ese primer examen, la Corte conceptuaba favorablemente tras constatar que se cumplían los demás requisitos formales del Código, a saber: (i) que se tratara de hechos cometidos con posterioridad al 17 de diciembre de 1997 (Constitución Política, artículo 35 y Ley 906 de 2004, artículo 490); (ii) que no se tratara de delitos políticos (Constitución Política, artículo 35 y Ley 906 de 2004, artículo 490); (iii) que el hecho que la motivara también estuviera previsto como delito en Colombia y reprimido con una sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro (4) años (Ley 906 de 2004, artículo 493-1); y (iv) que por lo menos se hubiera dictado en el exterior resolución de acusación o su equivalente (Ley 906 de 2004, art. 493-2).

Frente a la afectación que podría generar la extradición al proceso de Justicia y Paz, la Sala estableció que la simple desmovilización o inclusión dentro de la lista de postulados a la Ley 975 de 2005 no era suficiente para que el trámite de extradición no se llevara a cabo.³²⁸ Adicionalmente, si bien la Corte precisó que no tenía competencia para entrar a considerar el trámite de la Ley 975 de 2005³²⁹, afirmó que el mero hecho de la extradición no era motivo para excluir a un postulado del proceso, siendo inadecuado pronunciarse sobre ello pues el concepto sobre la extradición no tiene la potencialidad de dirimir tales cuestiones³³⁰.

No obstante, reconoció que los compromisos adquiridos por el postulado en virtud de su vinculación a la Ley 975 de 2005 seguían en pie y por tanto para la Corte el procesado debía continuar colaborando efectivamente con el esclarecimiento de la verdad y la reparación a las víctimas, teniendo en cuenta que “las víctimas tienen derechos fundamentales en orden a garantizar (i) la efectiva reparación por el agravio sufrido, (ii) la obligación estatal de buscar que se conozca la verdad sobre lo ocurrido, y (iii) un acceso expedito a la justicia, pues así se prevé por la propia Constitución Política, la ley penal vigente y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad”³³¹.

La obligación de ceñirse a una revisión formal y circunscribir el concepto a dichos criterios, en opinión de la Corporación, era clara. En consecuencia, un pronunciamiento en otro sentido, sería contrario a lo previsto en las Sentencias C-1106 de 2000³³² y C-1266 de 2005³³³ de la Corte Constitucional, relativas a la competencia del Alto Tribunal en materia de extradición.

³²⁸ Corte Suprema de Justicia, Radicado N. 29559, 22 de abril de 2008. MP: Dr. Julio E. Socha Salamanca.

³²⁹ Del 15 de diciembre de 2007, radicación 28505.

³³⁰ La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó el auto del 12 de marzo de 2008 proferido por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla dentro del proceso seguido contra el postulado Manuel Enrique Torregrosa Castro.

³³¹ Corte Suprema de Justicia, Radicado N. 29472, 10 de abril de 2008. MP: Dr. Yesid Ramírez Bastidas.

³³² “El acto mismo de la extradición no decide, ni en el concepto previo, ni en su concesión posterior sobre la existencia del delito, ni sobre la autoría, ni sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió el hecho, ni sobre la culpabilidad del imputado, ni sobre las causales de agravación o disminuyentes punitivas, ni sobre la dosimetría de la pena, todo lo cual indica que no se está en

En una segunda etapa jurisprudencial (septiembre de 2008 a agosto de 2009), se puede distinguir que a medida que se presentan obstáculos para efectuar las audiencias de versión libre del proceso de Justicia y Paz, se dilataban las etapas de dichas causas y aumentaba la desaprobación generalizada a la extradición colectiva efectuada por el Gobierno Nacional. Proliferaron en ese momento los reparos y censuras por la “pérdida de la verdad” sobre los hechos cometidos por los paramilitares, la imposibilidad de reparar a las víctimas por la carencia de identificación de bienes y la probabilidad de obtener una justicia parcial y fragmentada.

El 8 de julio de 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre dicha situación recordando que la imputación de graves violaciones a los derechos humanos debe prevalecer sobre otro tipo de acusaciones y que el Estado debe asegurar que los procedimientos que se desarrollan fuera de Colombia no interfieran o entorpezcan las investigaciones de las graves violaciones ocurridas.³³⁴ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos manifestó a su vez “que esta 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. La extradición impide la investigación y el juzgamiento de graves crímenes por las vías establecidas por la Ley de Justicia y Paz en Colombia y por los procedimientos criminales ordinarios de la justicia colombiana. También 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. Asimismo, este acto interfiere con los esfuerzos por determinar los vínculos entre agentes del Estado y estos líderes paramilitares.”³³⁵

La Corte Suprema de Justicia respondió a los requerimientos domésticos e internacionales, retomando los salvamentos de voto emitidos en la fase anterior y estableciendo una serie de criterios abiertos para emitir sus conceptos. En particular, consideró que de existir riesgo de vulneración de los derechos de las víctimas como consecuencia de la extradición, el concepto debería ser desfavorable o favorable condicionado, y aclaró que incluso cuando medie un concepto favorable las

presencia de un acto de juzgamiento, como quiera que no se ejerce función jurisdiccional[...]Por esto y no por otra razón-, es que la intervención de la Corte Suprema de Justicia en estos casos, se circunscribe a emitir un concepto en relación con el cumplimiento del Estado requirente de unos requisitos mínimos que ha de contener la solicitud, los cuales se señalan en el Código de Procedimiento Penal”

³³³ Donde se reiteró el carácter formal de la evolución que debe librar la Corte Suprema de Justicia “Ahora bien, nótese que si bien hay una coincidencia parcial respecto de los preceptos constitucionales señalados como vulnerados (esencialmente el derecho al debido proceso) la estructura de las acusaciones en uno y otro proceso es completamente diferente. Mientras en la sentencia C-1106 de 2000, el peso de la demanda gravitaba sobre el carácter formal del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en esta oportunidad el actor fundamenta su acusación en la existencia de una comisión legislativa relativa que deja por fuera del estudio de la Corte Suprema de Justicia aspectos relevantes para el ejercicio del derecho de defensa de la persona solicitada en extradición.”

³³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resolución del 8 de julio de 2009, Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Párrafo 41

³³⁵ Comunicado de Prensa N° 21/08 “CIDH expresa preocupación por extradición de paramilitares colombianos”.

autoridades judiciales tienen la obligación de esclarecer los hechos delictivos que el postulado hubiera cometido con ocasión y durante su pertenencia al grupo armado ilegal.

La responsabilidad de la Corte ya no se agota en la emisión del concepto, pues debe además velar por el pleno respeto de las garantías fundamentales, cometido predicable no sólo frente al requerido sino también frente a terceros cuyos derechos de esa índole, en casos concretos, pueden verse afectados.³³⁶ En salvamento de voto se señaló que en virtud de su papel de garante de derechos fundamentales, la Corte debería inexorablemente conceptuar de manera negativa a la petición de extradición si considerara que se están vulnerando los derechos de las víctimas³³⁷.

Adicionalmente, el Tribunal determinó que si bien contar con la presencia del requerido en extradición no es la única forma de dar efectividad a estos derechos de las víctimas, corresponde al Estado establecer recursos legales y materiales para que estos cumplan con sus obligaciones³³⁸; valoración que también debería hacer el Ejecutivo al momento de solicitar y ordenar la extradición.³³⁹ En materia de extradición, dijo la Corporación “no sólo se deben tener en cuenta los tratados internacionales relativos al instituto de la colaboración internacional en aras de la lucha contra la criminalidad, sino que también aquéllos que se refieren a las garantías tanto de los extraditables como de las víctimas.”³⁴⁰

Finalmente, la tercera etapa (de agosto de 2009 a la fecha) se inicia con el caso López Medina, en el que la Corte Suprema de Justicia modifica su tendencia de emitir conceptos favorables pero condicionados, para ahora pronunciarse de forma negativa sobre su concesión. Señaló que “la experiencia reciente demuestra que extradiciones concedidas y ejecutadas por el Estado han permitido que en los procesos de Justicia y Paz se paralice el conocimiento de la verdad, dado que los postulados extraditados no han podido seguir confesando los crímenes cometidos. Y así, las víctimas están quedando sin saber la verdad y la sociedad sin garantías de no repetición.”³⁴¹

Entre febrero y mayo de 2010, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia profirió tres conceptos negativos frente a las solicitudes de extradición a Estados Unidos de los postulados Edwar Cobos Téllez, Daniel Rendón Herrera y Fredy Rendón Herrera.³⁴² Según la Corte, con la extradición de jefes paramilitares “(i).[s]e

³³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de segunda instancia, 22 de abril de 2008, radicación 29559.

³³⁷ *Ibidem*. Salvamento de voto: magistrados Dr. Alfredo Gómez Quintero y Dr. Augusto Ibáñez Guzmán.

³³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 30140, 29 de septiembre de 2008, M.P: Yesid Ramírez Bastidas.

³³⁹ Corte Suprema de Justicia, Radicado N. 29298, 23 de septiembre de 2008, M.P: María Del Rosario González de Lemos.

³⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 29299, 15 de mayo de 2008, M.P: Jorge Luis Quintero Milanés.

³⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 30451, 19 de agosto de 2009, M.P: Yesid Ramírez Bastidas.

³⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 32568, 17 de febrero de 2010, , M.P: Leónidas Bustos Ramírez; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 32786,

vulnera el espíritu de la Ley 975 de 2005. (ii). [s]e desconocen los derechos de las víctimas. (iii). [s]e traumatiza el funcionamiento de la administración de justicia colombiana. Y, (iv). [l]a gravedad de los delitos cometidos por el ciudadano pedido en extradición es menor respecto de los delitos que se le imputan en Colombia”³⁴³. En definitiva, si se efectuara la extradición, “(i) se vulnerarían las obligaciones internacionales del Estado colombiano dirigidas a la lucha contra la impunidad respecto de los delitos de lesa humanidad, y (ii) resultarían gravemente afectados los derechos de las víctimas y la sociedad colombiana que quedarían sin posibilidades de conocer la verdad y obtener reparación por los crímenes cometidos por los grupos paramilitares.”³⁴⁴ 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.

La Corte reitera que se deben privilegiar los derechos de las víctimas de delitos de lesa humanidad perpetrados por grupos armados organizados al margen de la ley, máxime dado que la gravedad de los hechos atribuidos en el extranjero “palidece frente a los delitos de genocidio, homicidio en persona protegida, desaparición y desplazamiento forzados, tortura y otros, cometidos durante las últimas décadas por los miembros de los grupos paramilitares desmovilizados”³⁴⁵.

No obstante, la Corte define una serie de supuestos en los que el postulado debe ser extraditado en todo caso. En particular, los eventos en que el requerido en extradición: “(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 en el proceso transicional, (iv) incumpla las obligaciones y compromisos derivados de la pena alternativa, u ocurra cualquier supuesto similar a los anteriores” desaparece la justificación para no extraditarlo.³⁴⁶ En el Caso Eder Pedraza Peña la Corporación verificó el cumplimiento de los presupuestos anteriores y rindió concepto favorable de extradición.³⁴⁷

Finalmente, si bien es cierto que el procedimiento de extradición en principio no admite “segundas instancias” o “revisiones”, también lo es que hace parte del mundo de las relaciones internacionales en el que los márgenes de negociación y discusión son amplios si hay voluntad política. Las limitaciones pueden ser más a nivel interno, pero del *lado* colombiano serían menores si se comprueba que dichas extradiciones *no debieron haber tenido lugar*. Tal vez, el mayor desafío sería conseguir que la justicia – que no el ejecutivo- norteamericana aceptara archivar o posponer las causas que se cursan contra los desmovilizados.

17 de marzo de 2010. M.P: Javier Zapata Ortiz; y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 32794, 4 de mayo de 2010. M.P: Augusto Ibáñez Guzmán.

³⁴³ Corte Suprema de Justicia, Radicado N. 30451, 19 de agosto de 2009, M.P: Yesid Ramírez Bastidas

³⁴⁴ Ibidem.

³⁴⁵ Concepto negativo del 17 de febrero de 2010, radicado 32568.

³⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicación N. 32786, 17 de marzo de 2010. M.P: Javier Zapata Ortiz

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 33306, 28 de julio de 2010, M.P: María Del Rosario González De Lemos

2. La facultad discrecional del Ejecutivo para diferir las extradiciones

Atendiendo a las consideraciones hechas por la Sala de Casación Penal al negar las solicitudes de extradición de postulados, el Gobierno de Colombia buscó reglamentar la materia a través del Decreto 2288 de 2010 el cual se ha mostrado insuficiente.

En dicha reglamentación se dispuso que cuando se presente solicitud de extradición de personas vinculadas a GAOML, “el Gobierno, en uso de la facultad discrecional diferirá 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 juzgados dentro del marco normativo establecido por la Ley 975 de 2005”; y (iv) “[existieren] víctimas por esos hechos”.

La discrecionalidad del ejecutivo se ve entonces reafirmada sin que éste haya definido criterios claros sobre cuándo procede o no la entrega diferida de un postulado en la práctica. De ahí, que persista una percepción de inseguridad jurídica y se haya generado cierta desconfianza entre quienes siguen vinculados activamente al proceso.

3. Los desafíos actuales para una efectiva participación de los extraditados en justicia y paz

La necesaria contribución de los ex jefes paramilitares a los procesos de Justicia y Paz en curso se ha visto comprometida por obstáculos de diversa índole. En general, la falta de acuerdos idóneos en materia de cooperación judicial hace que una vez efectuada la entrega del postulado a autoridades foráneas se pierda toda capacidad de exhortar al procesado en el cumplimiento de sus deberes frente a la Ley 975 de 2005.

Si bien la posición de la Corte Suprema de Justicia en la actualidad es la de negar las solicitudes de extradición de postulados a la Ley, lo cierto es que además de los procesados que ya se encuentran en los Estados Unidos, en ciertos supuestos -de no colaboración, exclusión de las listas de postulados o no otorgamiento de la pena alternativa- aún es procedente la extradición. Por tanto, es imperioso emprender estrategias para que los procesos de justicia y paz –en el caso de los postulados extraditados- y otros procesos ordinarios -por parapolítica o violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario, en el caso de futuros extraditados, tal como sucedió con los ya extraditados-, puedan seguir su curso.

a) Obstáculos procesales y normativos

La renuncia voluntaria a permanecer en el proceso establecido en la Ley 975 es una de las principales dificultades. Como se ha dicho, sólo algunos de ellos continúan participando. Entre otras razones, se han visto disuadidos por los excesivos retrasos en las audiencias, la imposibilidad de comunicarse con los ex miembros de su bloque para

la recopilación de información, los riesgos para sus familiares y representantes judiciales, así como la ausencia de beneficios concretos en los juicios adelantados en Colombia o en los que determinaron su extradición a EEUU³⁴⁸.

En todo caso, cuando no median renunciaciones expresas, es evidente la reducción en el número de versiones libres realizadas después de la extradición y, en el marco de las mismas, en el número de hechos confesados por los postulados extraditados. En efecto, son ilustrativos los casos de Salvatore Mancuso y Hernán Giraldo Serna pues ambos habían realizado en Colombia 15 versiones libres al momento de su extradición (13 de mayo de 2008), el primero de ellos en año y medio y el segundo en once meses; pero después de ser extraditados, en los últimos tres años sólo han realizado 10 audiencias. También son llamativos los casos de Carlos Mario Jiménez, Ever Veloza y Rodrigo Tovar Pupo quienes no registran versiones libres a partir de su entrega a las autoridades de los Estados Unidos, habiendo participado en 9, 57 y 15 versiones respectivamente antes de su extradición.³⁴⁹ Además, de las dificultades técnicas y logísticas que vician todo empeño por retomar los procesos, de nuevo, en la mayoría de los casos persiste el desinterés sobre los resultados del proceso, así como la preocupación por la falta de garantías para sus familiares y apoderados judiciales en Colombia.

De otra parte, realizar una versión libre u otra audiencia con un procesado en los EEUU requiere de grandes esfuerzos en términos humanos, económicos y judiciales, lo que ha generado constantes aplazamientos y reprogramaciones de las diligencias con la consecuente dilación en los términos legales del procedimiento.

Finalmente, se suma a lo anterior la inmensa dificultad para que las autoridades colombianas accedan a la información de los juicios realizados a los extraditados en los EEUU.³⁵⁰ Tampoco existen canales de comunicación fluidos que permitan socializar en el exterior los avances y resultados de los procesos que se cursan en Colombia.

Como es de esperar, entre otros, la falta de acceso de las víctimas a los procesos³⁵¹, incluida la falta de claridad sobre los procedimientos para acceder a las confesiones de los extraditados; la absoluta prioridad que tienen los procesos adelantados ante la

³⁴⁸ En este sentido, dice el artículo “Los nuevos obstáculos para llegar a la verdad de los parados extraditados”: “en septiembre del 2009, Mancuso anunció su decisión de retirarse del proceso. Tres días antes, ‘Don Berna’ había anunciado lo mismo. Las razones que argumentaron para retirarse fueron que les retrasaban múltiples audiencias sin explicación; no podían comunicarse con sus antiguos subordinados para reconstruir los hechos; sus familiares fueron víctimas de amenazas en Colombia. En octubre 16 del 2008, Ramiro Vanoy Ramírez también suspendió su participación en el proceso de Justicia y Paz después de que cuatro de sus hijos fueron secuestrados y su sobrino fue asesinado” En: <http://www.lasillavacia.com/historia/7595>

³⁴⁹ Según cifras de la Página Web de la Fiscalía General de la Nación.

³⁵⁰ ICTJ Programa Colombia, Rescatar el sentido estratégico. Apuntes y recomendaciones para encarar la crisis de la Ley de Justicia y Paz. 14 de Junio de 2011. Pg. 14.

³⁵¹ De los 30 jefes paramilitares encarcelados en los Estados Unidos, sólo pueden consultarse los procesos de 13 de ellos. Entre los accesibles al público de ex integrantes de las AUC reconocidos están los de Salvatore Mancuso, Guillermo Pérez Alzate alias ‘Pablo Sevillano’, Juan Carlos Sierra Ramírez alias ‘El Tuso’, Ramiro Vanoy Ramírez alias ‘Cuco Vanoy’, Francisco Javier Zuluaga alias ‘Gordo Lindo’ y ‘Don Berna’. Los demás son procesos cerrados al público. En : <http://www.lasillavacia.com/historia/7595>

justicia ordinaria en EE.UU frente a los procesos de Justicia y Paz; y la ausencia de garantías para los familiares y apoderados judiciales de los extraditados que están amenazados en Colombia³⁵², han generado un impacto negativo en los procesos de justicia y paz, hasta el punto que es posible afirmar que se ponen en tela de juicio los derechos de las víctimas de ese proceso en general.

En efecto, el impacto de las extradiciones frente a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación ha sido devastador. Primero, los logros obtenidos gracias a las declaraciones en Colombia de los jefes paramilitares posteriormente extraditados, en términos de reconstrucción judicial de la verdad fueron vitales. Además, de permitir el paulatino esclarecimiento de graves crímenes y la identificación de responsables, los postulados respondieron a las preguntas formuladas por las víctimas acerca de las motivaciones y las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los delitos y dieron las claves para desvelar los nexos que mantenían dichas organizaciones con las élites políticas colombianas.³⁵³ La falta de continuidad en las declaraciones de los extraditados, en tanto personas que estuvieron al mando de las estructuras, afecta gravemente la posibilidad de reconstruir los hechos e incluso de judicializar con éxito las causas y, consecuentemente, el derecho a la verdad del que son titulares las víctimas.

Segundo, la extradición de postulados con una posición alta en la jerarquía de la estructura de las ex AUC desconoce el interés prevalente de la sociedad colombiana en la investigación, enjuiciamiento y sanción de los responsables de delitos graves contra los derechos humanos y el DIH, y da prioridad a delitos menos lesivos como aquellos relacionados con narcóticos.³⁵⁴ El derecho a la justicia es así gravemente vulnerado.

Finalmente, no sólo el procedimiento judicial previsto en la Ley de Justicia y Paz, sino también, el funcionamiento de la administración de justicia se ha visto afectada, pues además de restarle legitimidad a los ingentes esfuerzos de diferentes agencias estatales por retomar y viabilizar las disposiciones de la Ley 975 de 2005, se genera un mayor número de trámites y requisitos para adelantar cualquier actividad judicial auspiciando el estancamiento de los procesos. Representa además una traba al regular devenir de los procesos, pues dilata términos, hace engorrosas las diligencias y lesiona

³⁵² En este sentido se ha expresado en reiteradas ocasiones, entre otros, la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz (CIJP).

³⁵³ Debe tenerse en cuenta que en E.U. no son reconocidas como víctimas a menos que lo sean por los delitos relacionados con el narcotráfico. El informe elaborado por la escuela de derecho de Berkeley, antes mencionado, se denuncia que los fiscales norteamericanos por lo general han rechazado la intervención de las víctimas colombianas, y les restringen la posibilidad de informarse sobre cómo van los procesos.

³⁵⁴ De esos 13 procesos conocidos, solo se ha dictado sentencia para 8 de ellos, que van entre los 6 y 30 años en prisión, por delitos relacionados con el narcotráfico. En este sentido es ilustrativo el siguiente relato: "Antes de ser extraditado, en versión libre, 'Cuco Vanoy' declaró haber participado en 235 homicidios y fue acusado de múltiples asesinatos, secuestros; apróximadamente 3.522 personas se han registrado como víctimas de sus tropas. 'Vanoy' fue sentenciado a 24 años de prisión. 'Pablo Sevillano' fue sentenciado 17 años, y había confesado 120 asesinatos antes de ser extraditado. Aproximadamente, 1.660 personas se registraron como víctimas de su bloque. Y 'Don Berna' fue condenado a 30 años, y 11.300 personas se registraron como víctimas de sus tropas." En <http://www.lasillavacia.com/historia/7595>

la posibilidad de acceder a los soportes necesarios para la tramitación exitosa de los litigios.

Es evidente que los avances logrados con las confesiones de los/as seleccionados/as en las versiones libres en Colombia -respecto de masacres, violaciones de derechos humanos, asesinatos de sindicalistas, maestros y defensores de derechos humanos, corrupción, fraudes electorales, nexos entre funcionarios públicos y paramilitares- se vieron gravemente afectados por las extradiciones. De hecho, hay quienes han afirmado que la posibilidad de que Colombia conozca la verdad sobre las violaciones de derechos humanos cometidas por los paramilitares depende en gran medida de que cuente con la colaboración de Estados Unidos en relación con los/as seleccionados/as extraditados.³⁵⁵

Para superar esta obstaculización al esclarecimiento de la verdad, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia ha apoyado la tesis de limitar al máximo las extradiciones, privilegiando los derechos de las víctimas de crímenes de lesa humanidad sobre otro tipo de crímenes de menor impacto. Si se quieren garantizar los derechos de las víctimas de verdad, justicia y reparación integral y avanzar en el proceso de reconciliación nacional, se debería adoptar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia.

Por otro lado, en cuanto los beneficiarios de la Ley ya extraditados, la ausencia de un acuerdo formal de cooperación judicial con los Estados Unidos; la falta de incentivos por parte de la justicia norteamericana para que los paramilitares revelen detalles de los crímenes; así como el acceso limitado de fiscales y jueces colombianos a los procesados, serían los principales obstáculos para los que es clave buscar alternativas.

Para afrontar tales dificultades se hace necesario buscar mecanismos de cooperación judicial que faciliten la participación de los postulados en los procesos de Justicia y Paz, el acceso de las autoridades colombianas a la información en manos de las autoridades estadounidenses, la entrega o incautación de los bienes con destino al Fondo para las víctimas y la repatriación postulados una vez éstos hayan cumplido su pena en el extranjero, de modo que se continúe con la construcción de la verdad y las víctimas no vean vulnerados sus derechos. Sería además recomendable el acompañamiento y asesoría de organismos o instituciones internacionales que, con su experiencia y capacidad de presión, pudieran facilitar la firma de dichos acuerdos. El alcance de la firme decisión del Estado colombiano y especialmente del Presidente de la República, debe materializarse en la exigencia de un compromiso claro y definitivo por parte de las autoridades judiciales norteamericanas en la cooperación con los jueces y fiscales de Justicia y Paz

Cabe resaltar algunas de las recomendaciones del informe “Truth Behind Bars. Colombian Paramilitary Leaders in U.S. Custody”, elaborado en febrero de 2010 por la Facultad de Derecho de la Universidad de Berkeley, relacionadas con los incentivos que los EE.UU. deberían dar a los paramilitares extraditados: “Los Estados Unidos

³⁵⁵ “Truth Behind Bars. Colombian Paramilitary Leaders in U.S. Custody”, International Human Rights Law Clinic, Facultad de Derecho, Universidad de Berkeley, Febrero de 2010, en: <http://www.law.berkeley.edu/files/IHRLC/Truthbehindbars.pdf>

deben alentar activamente a los líderes extraditados a testificar sobre los delitos internacionales por ellos cometidos. En definitiva, se hace urgente profundizar en la labor pedagógica que desde algunos sectores –sobre todo de la sociedad civil- se ha iniciado para que la administración de justicia y los jueces norteamericanos conozcan la naturaleza, magnitud e impacto de los procesos que se llevan en Colombia contra los extraditados y la necesidad de establecer canales que permitan adelantar con éxito tanto las causas nacionales como las que determinaron la extradición.

Para tratar de superar las situaciones de escasa participación, renuncias expresas y desinterés de postulados, y con el objetivo de exhortarlos a cumplir con sus deberes de acuerdo con la Ley, se podría establecer un mecanismo de incentivos a su participación y consecuencias jurídicas para los que decidan no cumplir con sus obligaciones. Así mismo, y como se ha mencionado anteriormente, uno de los principales factores que han obstaculizado la participación de los extraditados en el aporte de información es la cuestión de la seguridad de sus familias. En este sentido, se debería establecer un mecanismo de protección de las familias de los postulados extraditados.

Por otro lado, dadas las dificultades de tipo logístico, técnico y económico, la participación de las víctimas en los procesos de los responsables de violaciones de los Derechos Humanos que se encuentran extraditados se ve seriamente obstaculizada. Es necesario establecer los medios para que las víctimas puedan participar en los procesos, a través, por ejemplo de traslados temporales a Colombia de los extraditados o el empleo de medios técnicos que les permitan hacer un seguimiento de las diligencias. Se recomienda también la implantación de un sistema de asistencia legal a las víctimas cuyos victimarios se encuentren extraditados.

Finalmente, habrá que seguir el desarrollo de la primera demanda que se interpuso en los EE.UU en junio pasado con base en el *Alien Tort Claims Act* y el *Torture Victim Protection Act*, leyes que permiten la reparación de daños por delitos de tortura y, en general, “violaciones de normas internacionales” por la vía civil. En concreto, se interpuso una demanda contra alias “Macaco” ante el tribunal federal de Miami por los delitos de tortura, ejecución sumaria, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.³⁵⁶ De ser aceptada y avanzar, la causa debe socializarse y ser usada como modelo para que otras víctimas de los grupos paramilitares puedan solicitar reparaciones civiles en los EE.UU en procesos contra los extraditados.

³⁵⁶ Al respecto, según el Tercer Informe del Observatorio Internacional sobre el proceso de DDR y la ley de Justicia y Paz, en el apartado titulado “Demandas civiles en Estados Unidos contra los líderes paramilitares extraditados”: “El *Alien Tort Claims Act*, establece de manera muy general que cualquier persona independientemente de su nacionalidad o lugar de residencia, podrá interponer acciones civiles ante tribunales federales cuando haya sufrido un daño que sea consecuencia de un acto [delictivo] en violación de las normas de derecho *internacional*. [...]La Ley de Protección de Víctimas de Tortura (*Torture Victim Protection Act*), promulgada en 1992, [y que] ampara también a estadounidenses cuando el daño producido sea fruto de torturas o ejecución extrajudicial o sumaria.” CITpax, 2010 (pág. 131 ss). En:

http://www.toledopax.org/uploads/Tercer_Informe_CITpax_Observatorio_DDR_Ley_Justicia_Paz_septiembre_2010.pdf

Capítulo XI

Enfoque de género y diferencial

Para que el derecho de todas las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral se vea satisfecho, y de este modo avanzar en el proceso de reconciliación nacional que la Ley 975 de 2005 persigue, es necesario situar a las víctimas en el centro del mismo.

Sin embargo, las *víctimas* no constituyen un conjunto homogéneo, sino que cada víctima, ya sea individual o colectiva, tiene unas circunstancias particulares, ha sido afectada de modo diferente por el conflicto armado y concibe la reparación de modo distinto. Por ello, es fundamental aplicar los enfoques de género y diferencial a todo el marco de Justicia y Paz si lo que se quiere es garantizar tales derechos.

Así, mientras que el enfoque de género permite analizar cómo hombres y mujeres experimentan la violencia y el conflicto de forma diferente y visibilizar determinadas situaciones y crímenes hasta ahora ocultos (entre ellos violencia sexual, prostitución, vejaciones, esclavitud sexual, torturas, resocialización diferenciada por sexos...), el enfoque diferencial es una herramienta que sirve para reconocer que existen individuos o grupos de población que son más vulnerables y sobre los que, además, se han concentrado violaciones masivas de derechos humanos. Ambos enfoques se interrelacionan proporcionando un análisis más profundo y rico en el marco de Justicia y Paz, por ello serán tratados en un solo capítulo.

Este capítulo está dividido en dos partes. En la primera de ellas se tratan la violencia de género y sexual, otros aspectos del enfoque de género y el enfoque diferencial. En la segunda parte se identifica la problemática existente relacionada con ambos elementos y se proponen algunas directrices para reforzar la aplicación de los mismos.

1. Violencia de género y conflicto armado interno

En lo relativo a la violencia de género y sexual, existe un consenso a nivel internacional en cuanto al uso de la violencia contra la mujer como arma de guerra en el marco de conflictos armados. Así, la resolución 1820 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas³⁵⁷ enfatiza que el uso de la violencia sexual, cuando es utilizada como una táctica de guerra o cuando es parte de un ataque sistemático contra población civil, puede significativamente aumentar las ya de por sí devastadoras consecuencias del conflicto armado. En esta misma resolución, el Consejo de Seguridad reconoce que la violación y otras formas de violencia sexual pueden constituir crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad o incluso crímenes conexos con el genocidio. Así mismo, la resolución subraya la responsabilidad de todos los Estados de poner fin a la impunidad y de enjuiciar a los culpables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, especialmente los relacionados con la violencia sexual y de otro tipo contra las mujeres y las niñas y, a este respecto, destaca la necesidad de excluir esos crímenes de las disposiciones de amnistía. En esta misma línea, el Estatuto de

³⁵⁷ Organización de Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, Resolución S/RES/1820 (2008)

Roma³⁵⁸ califica los crímenes de violencia sexual como crímenes de lesa humanidad y como crimen de guerra.

Por otro lado, y en lo que a la participación de las mujeres en la resolución del conflicto armado se refiere, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en su resolución 1325³⁵⁹, reconoce la necesidad urgente de aplicar una perspectiva de género en los procesos de paz, tomando en consideración las especiales necesidades de mujeres y niñas en cuanto a la rehabilitación, reintegración y reconstrucción post-conflicto. Así mismo, dicha resolución señala la necesidad de adoptar medidas que apoyen las iniciativas de paz de las mujeres y comunidades indígenas, y que involucren a las mismas en la implementación de los mecanismos de paz, así como adoptar medidas que aseguren la protección y respeto de los derechos humanos de las mujeres y niñas.

Ya en el contexto nacional, si bien Colombia cuenta con notables avances en materia normativa frente la violencia de género, desde la entrada en vigencia de la Ley 248 de 1995 que incorpora la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, así como la Ley 1257 de 2008, que establece normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, los avances en la incorporación de procedimientos y estrategias para hacer posible la materialización de los derechos de las mujeres en las instancias judiciales, ejecutivas y sociales no se presentaban en igual forma.

En el marco del conflicto armado en Colombia, según la Comisión Colombiana de Juristas, entre enero de 2002 y diciembre de 2008, por lo menos 1657 mujeres perdieron la vida, fuera del combate entre actores armados, a causa de la violencia sociopolítica³⁶⁰. De ellas, 1508 fueron víctimas de homicidio y 208 fueron desaparecidas forzosamente. En el mismo periodo por lo menos 315 mujeres murieron en combate o fueron víctimas de fuego cruzado. Durante el mismo periodo de análisis se registró que, por lo menos, 373 mujeres fueron víctimas de homicidio en 69 masacres.

El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (INML) registra 16.916 casos de agresiones sexuales de mujeres en Colombia durante el año 2010³⁶¹. De ellos, 34 fueron cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas y de Policía, 12 por miembros de un grupo guerrillero, 8 por integrantes de las bandas criminales y 4 por miembros de pandillas.

El INML reporta haber conocido 665 hechos de violencia sexual cuyas causas están asociadas al conflicto armado, entre 2004 y 2009. Aunque el sistema de registro de la violencia sexual ha mejorado, el INML ha señalado que tiene un cubrimiento de apenas

³⁵⁸ Artículo 7.1g del Estatuto de Roma, A/CONF.183/9, 17 DE JULIO DE 1998.

³⁵⁹ Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, Resolución S/RES/1325 (2000)

³⁶⁰ http://www.redsemlac.net/web/index.php?option=com_content&view=article&id=875:colombia-sociedad-civil-pide-nueva-visita-de-relatora-de-la-onu-sobre-violencia-contra-la-mujer&catid=53:violencia-de-genero&Itemid=72, página consultada el 19 de octubre de 2011

³⁶¹ http://www.medicinalegal.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=243:familiares-y-seres-queridos-mayores-agresores-sexuales-de-mujeres-en-colombia&catid=7:comunicaciones&Itemid=8, página consultada el 17 de octubre de 2011.

el 65% de la población del país. De los casos de delito sexual registrados por el INML en los que se reporta que el presunto autor genérico es uno de los grupos que participan en las hostilidades se establece que: a la Fuerza Pública se le atribuye el 73,7%, a los grupos guerrilleros el 18,5%, y a los grupos paramilitares el 7,7%.

A pesar de que formalmente los grupos paramilitares dejaron de existir, el INML registró, entre 2004 y 2008, 16 casos de violencia sexual atribuibles a “paramilitares-autodefensas”; y durante 2009, siete casos a “bandas emergentes”

Así mismo, el referido Instituto, registró entre 2004 y 2008, 534 casos que necesitaban un estudio forense y que podían corresponder a tácticas de guerra, por estar vinculados con un secuestro o con un enfrentamiento armado. Las estadísticas muestran que todos los grupos involucrados en el conflicto han sido supuestamente responsables de violencia sexual (INMLCF, “Mujeres valoradas por violencia sexual física, Colombia 2004-2008”, 24 Marzo 2010).

En abril de 2008, la Corte Constitucional de Colombia dictó un auto en el que describe la violencia sexual en la lucha armada y establece los requisitos para la protección de las mujeres desplazadas por la misma causa. La información enviada por la Corte Constitucional a la Fiscalía General de la Nación incluía 183³⁶² casos de violencia sexual contra 195 mujeres adultas y 56 niñas. El 28,7 % de las víctimas reportadas en este anexo fueron menores de edad³⁶³.

Por su parte la Comisión Inter Americana de Derechos Humanos (CIDH) denunció en 2006 el uso de la violencia sexual como arma de guerra por parte de grupo armados contra sus enemigos, para obtener información, aterrorizar, castigar, intimidar y someter a mujeres y miembros de sus familias y comunidades³⁶⁴. En 2010, un informe posterior concluyó que los grupos armados seguían usando la violencia sexual contra las mujeres³⁶⁵.

La violencia sexual también ha sido usada como parte del ataque contra los y las defensores de los derechos humanos, líderes y lideresas indígenas o de comunidades, como medio de imponer reglas de comportamiento a la población civil, y, en general, como forma de atacar a civiles. La Corte Constitucional de Colombia, en su opinión del 004/2009, concluyó que las mujeres indígenas son víctimas de prostitución forzosa y violencia sexual como tácticas de guerra.

³⁶² IX Informe sobre violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia, Comisión Colombiana de Juristas, 2009, página 34.

³⁶³ Corte de Constitucionalidad, Sala Segunda, Auto N° 092, 14 de abril de 2008, Protección de los derechos fundamentales de las mujeres víctimas del desplazamiento forzado por causa del conflicto armado,.

³⁶⁴ Informe Especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Las mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*, OEA/ser.L/V/II. Doc. 67, 18 de Octubre de 2006, párrafo 55.

³⁶⁵ Informe Anual de Seguimiento *Las Mujeres Frente a la Violencia y Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*, 2009, Ch. V, párrafo 11

Según INTERMON y OXFAM, 489.687 mujeres, entre 2001 y 2009 y entre 15 y 44 años, fueron víctimas directas de violencia sexual. De estas el 82,15% no denunciaron. En ese mismo período, 94.565 mujeres fueron víctimas de violación; 7754 de prostitución forzada; 26353 de embarazo forzado; 27058 de aborto forzado; 19.422 de esterilización forzada y 175.873 de acoso sexual, todas ellas en un muestreo de 407 municipios en los que existía presencia de actores armados³⁶⁶.

2. Violencia contra comunidades indígenas y afrodescendientes y el conflicto armado interno.

En los últimos 10 años, los indígenas han padecido un notorio incremento de la violencia relacionada con el conflicto armado. Los pueblos indígenas de Colombia, han proclamado en forma permanente su neutralidad en el conflicto armado interno que vive el país y, hasta el día de hoy, están demostrado un compromiso activo por la paz. Los territorios que ocupan tienen alto valor estratégico para los actores armados, además de que las riquezas naturales que atesoran les hacen objetivo inmediato de ataques y masacres como los acontecidos últimamente en el mes de julio de 2011 en Toribio y otros municipios en el departamento del Cauca.

Así mismo y por su especial vinculación a la tierra por sus costumbres ancestrales, el desplazamiento y despojo de sus tierras es especialmente relevante. Los indígenas desplazados en el interior de Colombia a causa del conflicto armado interno están alrededor de 70.000. Si se tiene en cuenta que según el censo general de DANE en 2005 la población indígena total en Colombia se calcula en 1.378.884 personas, 20% de la población es desplazada. Entre el 2004 y el 2008 se desplazaron 48.318 personas pertenecientes a pueblos indígenas. La Organización Nacional de Indígenas de Colombia (ONIC) calcula que las cifras pueden ser mayores teniendo en cuenta que muchos indígenas no tienen acceso al registro, debido a la lejanía de sus tierras o porque no hablan español o no conocen el sistema nacional de registro. En el periodo entre 1998 y 2008, la ONIC reportó el asesinato de 1,980 indígenas. Según la Organización Nacional Indígena de Colombia, en 2010 fueron asesinados 122 indígenas, 10 desaparecieron y 1.146 fueron forzados a desplazarse. En este año, el pueblo indígena que ha vivido mayores y profundas afectaciones en razón del conflicto armado es el pueblo Nasa (Cauca), el cual alcanza un total de 45 indígenas asesinados durante 2010, seguido de los Awá (Nariño y Putumayo) con 25 indígenas asesinados³⁶⁷.

En enero de 2009, la Corte Constitucional de Colombia profirió un auto, según el cual el Estado debía asumir la protección de las comunidades indígenas de las amenazas que sufrían porque, según la Corte, esos pueblos son el blanco de todos los grupos, las fuerzas del Gobierno incluida. Entre las violaciones de derechos humanos contra las comunidades indígenas se incluyen asesinatos planificados de sus miembros y especialmente los líderes, con el fin de intimidar a la población, provocar el desplazamiento de un individuo, una familia o un grupo, represalias por oponerse a la

³⁶⁶ OXFAM, Sexual Violence in Colombia, 9 September 2009

³⁶⁷ http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Colombia/Situacion_Colombia_-_Pueblos_indigenas_2011

presencia de grupos armados en su territorio, o permitirlo. Los indígenas también sufren la ocupación de sus lugares sagrados, confinamientos, controles sobre la movilidad de personas y bienes, controles de comportamiento, prostitución forzada, violencia, acoso y abuso sexual.

El programa de la presidencia de la República para los derechos humanos registra en el periodo de abril de 2010 un total de 27 homicidios de indígenas y en el de 2011 un total de 40. Ello evidencia un incremento en el 48% de un año a otro.

Según la Organización Colombiana de Comunidades Indígenas (ONIC), entre 2002 y 2009, fueron asesinados un millar de miembros de la misma en Colombia. Los grupos más afectados por estos asesinatos son los Nasa, Wayúu, Kankuamo, Awá y Embera Chamí. Un 15% fueron mujeres y niños. En el mismo periodo, 176 miembros de comunidades indígenas habrían sido víctimas de desapariciones forzadas, 187 de violencia sexual y tortura y 633 de detención arbitraria (según datos del ONIC).

En similar situación, aunque las estadísticas son más escasas, se encuentran las comunidades afrocolombianas que continúan siendo afectados de manera desproporcionada por el conflicto armado interno. En especial, sus vidas y sus derechos territoriales y culturales están amenazados por la presencia de actores armados en sus territorios.

3. Enfoque de género y diferencial en la Justicia Transicional

La Ley 975 de 2005 incorporó en algunos de sus artículos el enfoque de género y diferencial, teniendo en cuenta los especiales grados de vulnerabilidad que confrontan ciertos colectivos. Así, en su artículo 38, referente a la protección de víctimas y testigos, la Ley establece que (en lo referente a las medidas y acciones para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y testigos), los funcionarios “tendrán en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género y la salud, así como la índole del delito, en particular cuando éste entrañe violencia sexual, irrespeto a la igualdad de género o violencia contra niños y niñas”³⁶⁸. A continuación, la Ley establece que se dará capacitación especial a los funcionarios que trabajan con este tipo de víctimas. La Ley también establece cautelas en el acceso a los archivos con el fin de proteger el derecho a la intimidad de las víctimas de violencia sexual y de las niñas, niños y adolescentes víctimas de los grupos armados al margen de la ley. Sin embargo, ésta es la única disposición en la que se prevé la aplicación de un enfoque diferencial y de género, de modo que otros aspectos del proceso como son los mecanismos de prueba, la modalidad de testimonio, la conceptualización de la reparación, la necesidad de personal capacitado o los programas de resocialización diferenciados de acuerdo con el sexo del postulado, no son objeto de regulación de la Ley 975.

Por su parte, la Ley 1448 de 2010, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno, amplía el marco

³⁶⁸ Artículo 38 de la Ley 975 de 2005

normativo de protección a las víctimas de delitos de violencia sexual y de género. En este sentido, la Ley establece disposiciones que regulan la asistencia de personal capacitado a las víctimas de violencia sexual y de género, el acompañamiento por personal especializado y la atención psicosocial y salud integral a las víctimas. Así mismo, establece unos principios específicos de prueba en casos de violencia sexual, una modalidad especial de testimonio y los derechos de las niñas, niños y adolescentes víctimas de todo tipo de violencia sexual. Es de destacar, especialmente, el establecimiento de un protocolo “para la investigación de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, en el que se contemplen medidas jurídicas y psicosociales y aspectos como el fortalecimiento de las capacidades de los funcionarios para la investigación, el trato, la atención y la asistencia a las víctimas durante todas las etapas del procedimiento, y acciones específicas para la atención de las mujeres, niños, niñas y adolescentes víctimas”³⁶⁹.

Si bien desde la entrada en vigor de la Ley 975 de 2005 se ha registrado “un avance significativo en el señalamiento de un número importante de hechos delictivos cometidos por las organizaciones paramilitares, así como el hallazgo de un creciente número de fosas comunes derivadas de largos años del accionar de estos grupos criminales”³⁷⁰, y, aunque los delitos confesados se corresponden en gran medida con los denunciados por las víctimas, se destaca el escaso número de delitos de violencia sexual, tanto enunciados como posteriormente confesados. Sobre este último punto, particularmente, se ha señalado que “el tema de la violencia sexual ha resultado especialmente complejo para su verificación legal y análisis”.³⁷¹

En este sentido, y de acuerdo con los datos obtenidos por la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, a 31 de julio de 2011 sólo se habían confesado 55 delitos de violencia sexual, de un total de 26.026 delitos confesados³⁷². Sin embargo, los delitos de carácter sexual denunciados ascienden a 788 (el 0.2% del total de delitos denunciados), según los datos manejados por el Comité Interinstitucional de Justicia y Paz³⁷³. Esta diferencia entre el número de delitos sexuales confesados y los denunciados hace evidente la tesis de que los delitos de este tipo no están siendo objeto de la información proporcionada por los postulados en los procesos de Justicia y Paz. Por otro lado, en las ocasiones en las que se ha producido la confesión de crímenes sexuales y de género, se ha planteado la cuestión de si se trata de una práctica sistemática y organizada, o de comportamientos individuales fuera del marco del conflicto armado en Colombia. Así, algunas organizaciones de mujeres han sido muy críticas con la inactividad de la Fiscalía para formular la imputación por los delitos de violencia sexual como crímenes de lesa humanidad³⁷⁴. Sin embargo, los datos expuesto y obtenidos por organizaciones internacionales desvelan que la

³⁶⁹ Parágrafo del artículo 38 de la Ley 1448 de 2011.

³⁷⁰ Gustavo A. Guerra Lemoine (editor), *Justicia y seguridad para las víctimas del conflicto armado. Análisis con perspectiva de género*, Iniciativa de Mujeres Colombianas por la Paz, Bogotá, 2009, p. 29.

³⁷¹ Gustavo A. Guerra Lemoine (editor), *Justicia y seguridad para las víctimas del conflicto armado. Análisis con perspectiva de género*, Iniciativa de Mujeres Colombianas por la Paz, Bogotá, 2009, p. 29.

³⁷² <http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Index.htm>, página consultada el 13 de octubre de 2011.

³⁷³ Comité Interinstitucional de Justicia y Paz, Matriz de Justicia y Paz, 31 de agosto de 2011.

³⁷⁴ Corporación SISMA Mujer, *Comentarios sobre el informe “Nuevos Escenarios para la Paz y la Justicia: Informe y recomendaciones”*, septiembre de 2011.

práctica es sistemática y común a todos los actores armados y, el ocultamiento, una de las características del proceso.

La escasez de ejemplos así lo demuestra. Así, en la versión libre de Jhon Jairo Esquivel Cuadrado, alias “El Tigre”, éste declaró que se habían producido violaciones, y aceptó el delito por omisión declarando que “no se pudo controlar el personal”. En este mismo sentido, otro postulado, Edgar Ignacio Fierro Flores también confesó la violación y asesinato de otra mujer, alegando que “no hacía parte de las políticas de la organización participar en esa clase de hechos y quienes lo hacían eran inmediatamente considerados objetivos y ajusticiados”³⁷⁵.

Se constata, por tanto, la invisibilización de este tipo de delitos por diversas razones: reticencia por parte de las víctimas a denunciar, negativa a confesar crímenes sexuales por parte de los postulados y su caracterización como conductas individuales y no parte de una violación sistemática de los derechos humanos contra un grupo de víctimas en particular. En este punto, además, se constata la necesidad de indagar sobre hechos constitutivos de otro tipo de delitos sexuales, como formas de esclavitud ligadas a la trata de personas, prostitución forzada, vejaciones, reclutamiento ilegal, crímenes contra niños y niñas y otros. Se trata de crímenes que han permanecido ocultos.

Con el objetivo de solventar estas situaciones de invisibilización que conllevan la impunidad de quien ha cometido este tipo de crímenes, se debe actuar en concordancia (y esto para la investigación y sanción nacional de crímenes internacionales es fundamental), con el denominado *enfoque diferencial* que, aplicado a dicha investigación, adquiere especial relevancia. Se destaca este énfasis que se da hoy al tema en la Unidad de Justicia y Paz y que corresponde a una política de la fiscal general de la Nación. En esta línea, y a pesar de que la ley se basa en la versión libre de los postulados, cuando se trata de este tipo de crímenes la proactividad del fiscal tiene que ser clara e indagar directamente y por vías indiciarias, sobre la comisión de tales delitos, dada la indefensión en la que se encuentran las víctimas y el desvalor agravado de la acción criminal.

Es un tema especialmente sensible, igualmente, para las agencias internacionales que apoyan el proceso, como es el caso del Programa de fortalecimiento a la justicia, con énfasis en justicia transicional, impulsado por el PNUD y que maneja un “fondo canasta” de apoyo a Justicia y Paz. Al respecto, además, diferentes organizaciones como la Iniciativa de Mujeres por la Paz (IMP) y la Comisión Colombiana de Juristas, han encaminado sus investigaciones y trabajos reconociendo las implicaciones sociales y políticas que para las comunidades indígenas, afrodescendientes, las mujeres y niños, entre otros, ha tenido el conflicto armado.³⁷⁶

³⁷⁵ <http://verdadabierta.com/justicia-y-paz/versiones-seccion/529-graves-casos-de-abuso-sexual-del-bloque-norte>, página consultada el 13 de octubre de 2011.

³⁷⁶ Para profundizar sobre investigaciones dentro de un enfoque diferencial se recomiendan las siguientes publicaciones de la Comisión Colombiana de Juristas; *Justicia Transicional desde abajo y con perspectiva de género*, Bogotá, 2010; *Restitución de tierras para las Mujeres Víctimas del conflicto armado*, Bogotá, 2010; *Etnorreparaciones: la justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas*

Como se expuso en el apartado anterior, el enfoque diferencial y de género ha de estar presente en todas las medidas que afecten tanto a las víctimas como a los desmovilizados. Es necesario que todos los funcionarios e instituciones involucradas en el marco de Justicia y Paz estén capacitados para la aplicación de este enfoque, pero además se plantea como necesario el desarrollo de herramientas que permitan hacer efectiva la aplicación de dichos enfoques. Es decir, las falencias diagnosticadas en estos campos no se deben únicamente a la falta de instrumentos normativos, sino precisamente a la necesidad de realizar una interpretación coherente e integral de los instrumentos nacionales e internacionales ya existentes, de modo que se logre establecer un sistema de protección y garantías de los derechos de las mujeres y minorías étnicas.

En primer lugar, frente a la invisibilización de delitos sexuales o de género se ha observado la necesidad de desarrollar un plan metodológico por parte de los/las fiscales que facilite la indagación de dichos crímenes internacionales, y que tenga en cuenta el especial impacto del conflicto sobre determinados grupos de población más vulnerables.

Por otro lado, a la hora de investigar, judicializar y sancionar, se debe dar prioridad a los casos que por su impacto masivo tienen una magnitud especial, como son aquéllos en los que la comisión de crímenes de género o contra determinadas poblaciones se ha configurado como una violación sistemática de derechos humanos. De igual modo, la policía judicial, al investigar sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron las conductas punibles atribuibles al grupo armado organizado al margen de la ley debería aplicar este enfoque diferencial y de género.

Así mismo, se ha observado por la necesidad de establecer mecanismos de representación especializada jurídica y atención psicológica para las víctimas, de modo que éstas encuentren el amparo necesario para ejercitar sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral. Se trata de dar un verdadero acompañamiento a las víctimas, y no un mero asesoramiento en materias procesales o probatorias. La capacitación de los servidores públicos por un lado, la preparación y formación en sus derechos de las víctimas por otro, así como el trabajo a desarrollar por los/las fiscales en este campo, son todos ellos aspectos de un sistema integral de género y diferencial en el mecanismo de Justicia y Paz.

También se ha detectado la necesidad de reforzar la aplicación del enfoque diferencial y de género cuando se trata de la protección de las víctimas, no sólo de su integridad física sino también de su intimidad, aplicando las pertinentes medidas de cautela con respecto a la difusión de la información aportada por ellas o sus victimarios, especialmente cuando se trate de delitos de tipos sexual. Esta protección diferenciada debería también extenderse a los testigos, peritos y familiares de víctimas, cuando se trate de personas o grupos de personas especialmente vulnerables. Al respecto, la Procuraduría General de la Nación en su informe: *La Justicia Transicional en Colombia:*

y comunidades afrodescendientes, Bogotá 2011; y *Justicia y seguridad para las víctimas del conflicto armado. Análisis con perspectiva de género*, Iniciativa de Mujeres Colombianas por la Paz, Bogotá, 2009.

Un proceso en construcción 2005-2010, concluye que el programa de protección no tiene criterios de género y de enfoque diferencial y, en consecuencia, no han sido incorporados en la operación del programa. Situación que no permite cumplir con lo ordenado por la Corte Constitucional y dar una respuesta específica a cada caso, sobre todo tratándose de mujeres, niños, mujeres víctimas de violencia sexual, a tal punto que las autoridades, en aplicación del artículo 25 del Decreto 1737 de 2010, referido a la asistencia inicial, han ubicado a grupos familiares, compuestos por mujeres, menores de edad (niños y adolescentes), en sitios que atentan contra la dignidad y respeto de los solicitantes de protección.

Además de la protección de la integridad e intimidad de las víctimas, se deben evitar las situaciones de revictimización que se han venido produciendo en el desarrollo de las distintas diligencias. En este sentido, evitar la repetición de narraciones por parte de las víctimas, la confrontación directa entre el victimario y la víctima (salvo cuando la víctima decida lo contrario), promocionar la confianza de la víctima en las instituciones o establecer la posibilidad de elegir el sexo de la autoridad que toma declaración, entre otras, son medidas que se deben adoptar para evitar crear un daño adicional e innecesario para las víctimas, especialmente cuando se trate de delitos de violencia sexual.

Partiendo de la idea de que la cuestión diferencial y de género debe regir todos y cada uno de los aspectos del marco de Justicia Transicional, la reparación a las víctimas debe igualmente tomar en consideración las particulares características de la víctima o grupos de víctimas, asumiendo que la reparación puede tener connotaciones diferentes dependiendo de quién ha sufrido el daño. Así, se ha observado que las distintas comunidades y pueblos (indígenas, afrodescendientes, raizales y comunidades ROM y otros) interpretan la reparación a su daño de modo diferente, y por ello la ley debe dar respuesta a los diversos modos de entender la satisfacción de este derecho. La aplicación del enfoque diferencial a la reparación del daño debe ser completada con la adopción de medidas de reparación especializadas para las víctimas de violencia sexual, también en el caso de las reparaciones colectivas por crímenes sexuales contra un grupo social de mujeres en particular, en el marco de un proceso de concertación con las mismas.

Por último, el enfoque diferencial y de género ha de aplicarse también cuando de los seleccionados/as se trate. En este sentido los programas de resocialización previstos en la Ley 975 de 2005 deberían también aplicar estos enfoques, de modo que se asegurara la adecuada reinserción de los postulados tomando en consideración sus particulares circunstancias. El mismo criterio podría aplicarse cuando de la protección de los seleccionados/as se trata.

Desplazamiento forzado y enfoque de género

Según los datos aportados por Acción Social, desde 1997 hasta este 2011 el número de personas que han sido desplazadas forzosamente asciende a más de 3 millones. Sin embargo, el número de delitos de desplazamiento forzado confesados a julio de 2011 se reduce a 7.493, según datos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la

Paz³⁷⁷. También según los datos manejados por Acción Social, ha habido 16.159 nuevos desplazados en lo que va de año. De ellos, 8.007 son mujeres y 8.152 hombres. Pero, además, entre estos nuevos desplazados 301 son indígenas, 2.065 afrocolombianos, 91 gitanos ROM y 8 raizal.³⁷⁸

El desplazamiento forzado constituye un crimen de lesa humanidad según el artículo 7 del Estatuto de Roma. Sin embargo, y a pesar de constituir una de las violaciones de derechos humanos más graves, ha carecido del reconocimiento de crimen autónomo, siendo la mayor parte de las veces tratado como crimen conexo con otros (como el genocidio o las masacres).

En el escenario de Justicia y Paz, si bien la Fiscalía prioriza la investigación de los desplazamientos masivos, estas investigaciones siguen respondiendo a una lógica de averiguación de hechos aislados. Según el tipo de investigación macrocriminal que se propone, la acción de los fiscales deberá de ir dirigida a determinar la relevancia que el desplazamiento forzado tiene como instrumento de consolidación del propio grupo armado organizado al margen de la ley. Se hace necesario, por tanto, en el caso del desplazamiento, que se investigue como delito principal el plan que tenía un determinado grupo armado al desplazar y/o despojar de la tierra a la víctima.

La aplicación del enfoque de género al crimen del desplazamiento forzado permite visualizar las especiales implicaciones que este fenómeno tiene para las mujeres, así como las dificultades que éstas afrontan para la reparación del daño.

Según diversos estudios, el porcentaje de desplazamientos forzados de mujeres en Colombia estaría alrededor del 50%³⁷⁹. Los factores de mayor incidencia de este fenómeno se manifiestan en el incremento de mujeres cabeza de hogar debido a la pérdida de sus maridos, mayores efectos traumáticos por el desarraigo en el caso de las mujeres campesinas, mayor afectación de desempleo en las mujeres que en los hombres y mayor vulnerabilidad de cara a la violación de sus derechos específicos, particularmente los sexuales y reproductivos.³⁸⁰

En este sentido, una de las consecuencias del desplazamiento forzado es el cambio de posición entre hombres y mujeres, lo que tiene repercusión tanto en la vida pública como en la privada de las personas. Así, “las mujeres adquieren nuevos roles, lo que produce una quiebra entre el mundo de las ideas imperante y la realidad concreta. La estructura social que yace en la ideología de la sociedad colombiana no cambia al mismo tiempo que las circunstancias vividas por el desplazamiento”³⁸¹.

³⁷⁷ <http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/index.htm> , página consultada el 9 de octubre de 2011.

³⁷⁸ <http://www.accionsocial.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=295&conID=556> , página consultada el 19 de octubre de 2011.

³⁷⁹ Corte Constitucional, Auto 092 de 2008 de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004

³⁸⁰ Donny Meertens, *Género, Desplazamiento, Derechos* en <http://www.piupc.unal.edu.co/catedra01/pdfs/DonnyMeertens.pdf>

³⁸¹ María Dolores Gandolfo (2007), *Roles de Género y Desplazamiento Interno en Colombia*. Buenos Aires , Centro Argentino de Estudios Internacionales

El reconocimiento de esta afectación diferencial a las mujeres en situación de desplazamiento tiene como hito la Sentencia T-025 de 2004, emitida por la Corte Constitucional y que enfatiza la necesidad de consultar la opinión de las mujeres en la definición de programas de atención humanitaria, así como la importancia de eliminar y superar visiones asistencialistas ya que reproducen prácticas discriminatorias. Por otro lado, el Auto 092 de 2008, de seguimiento a dicha sentencia, parte de la base del impacto desproporcionado que el desplazamiento forzado tiene sobre las mujeres, así como la discriminación a la que se ven sometidas.

En dicho Auto también se establece el concepto de restitución del mínimo, es decir, que las mujeres desplazadas deban recibir, por lo menos, las mismas prestaciones por parte del Estado que los hombres que están desplazados. El Auto 092 constituye “un reconocimiento a la voz de las mujeres que parece quedarse en hacer visible la problemática sin dar mayores soluciones”³⁸².

Consecuentemente con lo anteriormente expuesto es necesario que las nociones de la Sentencia T-025 de 2004 así como del Auto 092 de 2008 se vean reflejadas e interiorizadas en el accionar que se da bajo el marco de la Ley 975 de 2005, 1424 de 2010 y 1448 de 2011.

³⁸² Calvo Ocampo, Fabiola. *Mujeres desplazadas en Colombia* Consultado el: http://www.c3fes.net/docs/sin_nosotrascolombia.pdf

Capítulo XII

CRITERIOS DE SELECCIÓN Y PRIORIZACIÓN

Transcurridos seis años de vigencia e implementación de la Ley 975 de 2005 han quedado en evidencia la existencia de falencias y problemáticas que han desnaturalizado el objetivo de la Ley, generado una clara desconfianza en el sistema y la cada percepción de que tal sistema no es recuperable. Sin embargo, siendo cierto que la situación es delicada, acudir a otras soluciones representaría un riesgo mayor de impunidad real. Este análisis, pretende, partiendo de esa realidad ofrecer algunas soluciones para evitar que el colapso temporal, se convierta en parálisis definitiva.

En este sentido, junto a la falta de conocimiento de la verdadera envergadura del paramilitarismo y la ausencia de un análisis en profundidad de los mecanismos necesarios para hacerle frente desde la Justicia y demás Instituciones del Estado, la inexistencia de una estrategia de investigación definida desde el principio, solo suplida por el esfuerzo voluntarista de los que lo han realizado, ha concluido en una realidad que dista mucho de ser la deseada y que no responde, desde luego, al reto planteado por la ley. Una vez más se ha cumplido la máxima de que una ley sin el acompañamiento necesario para su pronta y eficaz aplicación, se convierte en un mecanismo contraproducente y desolador.

La cuestión se centra entonces en conseguir ahora que esas deficiencias se superen partiendo de la experiencia acumulada en los seis años de vigencia y una vez definidos los contornos reales del problema, tanto en los ámbitos subjetivo (número de víctimas afectadas, número de victimarios) y objetivo (delitos cometidos, naturaleza de los mismos, bienes intervenidos) como en el de la reparación individual y colectiva de las víctimas.

En este sentido, resulta imprescindible abordar la cuestión de la investigación en forma diferente, lejos de los mecanismos tradicionales de identificación y configuración de los elementos de los crímenes individuales. El abordaje debe ir dirigido a desentrañar el núcleo de las organizaciones, sus estructuras, sus sistemas de financiación, sus máximos responsables, los que realmente dirigían las acciones, sus miembros cualificados, sus financiadores; porque todos ellos configuran la realidad de su actividad macrocriminal. Con un sistema de estas características, se podrá establecer, sin excesiva dificultad, a la vista de la experiencia acumulada, el modus operandi por bloques o por masacres y se identificarán los perfiles de los crímenes cometidos, sin necesidad de descender a cada uno de los casos particulares que forman el conjunto.

La mecánica compleja de la organización criminal, debe ser descubierta para neutralizarla en su integridad, priorizando los recursos humanos y materiales y hacerlo desde estructuras igualmente complejas y coordinadas. Por supuesto que para alcanzar este objetivo, los responsables con conocimiento de los ámbitos a los que se extendía la acción criminal deben colaborar a construir la verdad integral y probada, acompañándola con la entrega e identificación sin restricciones de los bienes afectados. Esa, junto con el deber de reparar individual y colectivamente a las víctimas es la obligación que deben cumplir los victimarios. El incumplimiento de estos márgenes dará

lugar a la pérdida inmediata y total de beneficios y al sometimiento de los afectados al sistema ordinario. La aplicación de la ley de Justicia y Paz, no puede, ni debe ser una ley de ida y vuelta, ni un instrumento de aprovechamiento ilegal por parte de quienes no quieren contribuir ni a la justicia ni a la paz.

Con estas prioridades, dirigidas solucionar la falta de agilidad, el estancamiento del proceso, la lentitud en la emisión de sentencias y la insatisfacción de los derechos de las víctimas; se proponen dos medidas principales.

1. Criterios de selección y priorización de casos a ser investigados

La Fiscalía debería orientar sus esfuerzos y equipos de fiscales a la investigación del fenómeno macrocriminal, con arreglo a criterios de priorización y selección establecidos legalmente, y, en todo caso, desde este mismo momento, de acuerdo con los propios criterios actuales de investigación dirigir los esfuerzos al estudio de aquellos casos que respondan a las pautas antes enunciadas. Entre los que deberían priorizarse, desde luego, los juicios frente a los máximos responsables, la investigación de los bloques por casos o masacres cometidas. Si bien la ley está hecha para favorecer a quien se someta a ella, es necesario cuidar cualquier aspecto que este favoreciendo la impunidad. La manera como la sociedad percibe cada decisión y la reacción de las víctimas son claves en el éxito de un proceso de justicia transicional.

Con el objetivo de contribuir a la agilidad y éxito del proceso, podrían considerarse los criterios establecidos por la Oficina de la Fiscalía³⁸³ de la Corte Penal Internacional sobre la selección de crímenes. La Fiscalía de la CPI evalúa la gravedad del hecho considerando elementos cuantitativos y cualitativos basados en circunstancias y hechos, a saber:

- i. La escala del crimen: en cuanto a número de víctimas, daños causados sobre todo psicológicos y a la integridad personal de las víctimas o familiares, y a su entorno geográfico o desplazamiento temporal. Se mira la intensidad de la violencia sobre la población.
- ii. Naturaleza del crimen: que refiere a elementos específicos de la ofensa como asesinatos, violaciones y crímenes sexuales y de violencia de género, también los cometidos contra niños, y la imposición de condiciones a la comunidad que lleven a la destrucción de la misma.
- iii. La forma de comisión del delito: puede ser evaluada a la luz de, entre otros, los medios empleados para perpetuar el crimen, el grado de participación y la intención en su comisión, en la medida en que los crímenes fueron sistemáticos o como resultado de un plan u organización política o de otra manera el resultado de los abusos de poder o del cargo oficial, y los elementos de especial crueldad, como la vulnerabilidad de las víctimas, los motivos de discriminación, o el uso de la violación y violencia sexual como un medio para destruir las comunidades.

³⁸³ Fiscalía – Corte Penal Internacional. Documento Política de Examen Preliminar, 4 octubre de 2010. http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9FF1EAA1-41C4-4A30-A202-174B18DA923C/282515/OTP_Draftpolicypaperonpreliminaryexaminations04101.pdf

iv. El impacto de los crímenes: se evalúan, entre otras, sus consecuencias en la comunidad local o internacional, incluidas las sociales a largo plazo, los daños económicos y ambientales, delitos cometidos con el objetivo o consecuencia del aumento de la vulnerabilidad de los civiles, o otros actos cuyo propósito principal sea aterrorizar a la población civil.

Tomando estos criterios, y los que están siendo trabajados por la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio de Justicia y del Derecho en la actualidad, se deben establecer unos criterios claros de selección y priorización de casos. Como criterios de selección podría tenerse en cuenta los siguientes: 1) la posición jerárquica relevante del postulado o grado de coparticipación criminal, es decir, los comandantes, mandos medios, miembros cualificados, financiadores, determinadores del crimen del grupo armado organizado al margen de la ley, y 2) la forma de comisión del delito.

La figura del miembro cualificado debe entenderse como aquel que sabía o conocía de la comisión del hecho punible como parte de un plan sistemático, con un dominio sobre el mismo, o como aquel al que le fue encargado la organización y distribución de tareas de dicho hecho.

Serán seleccionados aquellos crímenes internacionales que hayan producido desplazamientos forzados, masacres, violencia de género, y violaciones contra minorías étnicas, niños, niñas y adolescentes, defensores de derechos humanos, periodistas o autoridades judiciales, por el hecho de su profesión, raza, edad, género o etnia.

Una de las actividades delictivas que normalmente desarrollan los grupos armados ilegales es la de propiciar el desplazamiento masivo de personas como una estrategia para la ocupación de tierras, control del territorio, y en definitiva para asegurar el desarrollo de la propia acción armada. Esto implica que la persecución e investigación de este tipo de crimen internacional no debe responder a parámetros que se utilizan para detectar y sancionar desplazamientos ocasionales que afecten a personas individuales o familias, sino aquellos otros que impone la propia dinámica de la organización criminal como parte de la acción global que despliega para obtener los fines propios anteriormente mencionados.

La primera sentencia en la que se recoge un estudio del crimen de desplazamiento en el proceso de la ley de Justicia y Paz para asegurar parte del territorio con la concreta finalidad de atacar a un grupo guerrillero es en el caso de Mampujan³⁸⁴.

Como criterios de priorización podrían considerarse: a) la representatividad del crimen cometido, en cuanto al impacto que caso en la población, y b) la magnitud de los efectos de crímenes de connotación masiva especial.

La selección y priorización de casos no implica que se eximan de responsabilidad los casos restantes, deben tomarse decisiones claras para que este sistema no conduzca a

³⁸⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado N. 34547. Del 27 de abril de 2011. MP: María del Rosario González

impunidad, y por ende a un reproche social. Los casos no seleccionados para ser tramitados conforme al proceso penal especial de Justicia y Paz, es decir, los comandantes, mandos medios, miembros cualificados, financiadores, determinadores del crimen del grupo armado organizado al margen de la ley, deberían ser enviados al trámite previsto por la ley 1424 de 2010, siempre y cuando cumplan con el objeto establecido en su artículo 1. Es decir, aplica para “delitos de concierto para delinquir simple o agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, y porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de defensa personal, como consecuencia de su pertenencia a dichos grupos”.

La zona gris o casos que no entrasen en uno u otro mecanismo de justicia transicional, señalados anteriormente, deberían ser remitidos a la justicia penal ordinaria, pero dicha jurisdicción debería considerar su cooperación con la justicia para poder obtener un beneficio de rebaja de pena.

A lo largo de los seis años de vigencia de la ley de Justicia y Paz así como de las sentencias dictadas por la justicia colombiana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha constatado la participación de miembros de la fuerza pública (militares y policía), autoridades y servidores públicos, en las diferentes acciones criminales a las que se refiere esta norma. Esta realidad no permite que se incluya a tales personas como servidores de un Estado Democrático y de Derecho en el marco de la justicia transicional; por lo que su eventual responsabilidad tendrá que resolverse en la jurisdicción ordinaria. No obstante, resulta muy relevante la colaboración de los mismos con la justicia para descubrir todo el fenómeno de la violencia generado por el conflicto armado interno en Colombia, y consecuentemente deberían proveerse los mecanismos necesarios para que esa colaboración se traduzca en los beneficios penales a que haya lugar por su contribución a la determinación de la verdad y a la reparación de las víctimas.

a) Mecanismos no judiciales

En todo caso, debería crearse un verdadero mecanismo no judicial, como una Comisión de la Verdad, como instrumento complementario a todo proceso, ya sea en Justicia y Paz, proceso de la Ley 1424 de 2010 o en justicia penal ordinaria para estos casos específicos.

El conjunto de principios de Naciones Unidas sobre lucha contra la impunidad establece los términos generales en lo que debería instituirse una Comisión de la Verdad, al respecto, dice “A los efectos de estos principios, la frase “comisiones de la verdad” se refiere a órganos oficiales, temporales y de constatación de hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años”.³⁸⁵

La importancia de estas Comisiones de la Verdad es la garantía del derecho a saber, conocer la verdad sobre los acontecimientos ocurridos, circunstancias de modo, tiempo

³⁸⁵ Organización de las Naciones Unidas, *documento E/CN.4/2005/102/Add.1*, 8 de Febrero de 2005.

y lugar, y motivos por los cuales se perpetró el crimen, así como la ubicación de las personas asesinadas o desaparecidas. Por lo que en “la mayor, medida posible, las decisiones de establecer una comisión de la verdad, su mandato y determinar su composición deben basarse en ampliar consultas públicas en las cuales deberá requerirse la opinión de las víctimas y los supervivientes. Deben realizarse esfuerzos especiales por asegurar que los hombres y las mujeres participen en esas deliberaciones en un pie de igualdad. Teniendo en cuenta la dignidad de las víctimas y de sus familias, las investigaciones realizadas por las comisiones de la verdad deben tener por objeto en particular garantizar el reconocimiento de partes de la verdad que anteriormente se negaban”³⁸⁶.

De acuerdo con los principios de Naciones Unidas, la Comisión de la Verdad debe ser independiente, imparcial, con una competencia clara y un mandato preestablecido teniendo en cuenta que la Comisión de la Verdad no reemplaza a la justicia penal, ni civil ni administrativa, sino que es un mecanismo complementario a todas.

La verdad no es suficiente, porque si desaparece la noción de culpabilidad, desaparece el principio de responsabilidad. Por eso las soluciones basadas exclusivamente o en forma principal en la reconciliación, dejan sin resolver la cuestión del indicador del arrepentimiento y su verosimilitud, básico para dotar de sentido reparador a estas Comisiones. En este sentido, parece más consistente la opción de una Comisión que actúe en modo complementario a la justicia penal, no sólo reconociendo la necesidad de ésta sino interactuando con la misma para completar sus posibles insuficiencias.

Debido a las limitaciones que tienen los órganos judiciales de investigación, la Comisión de la Verdad actúa de forma complementaria en el sentido de “1. establecer la verdad y dejar atrás la historia de silencio y negación de un pasado violento y doloroso; atender y promover los derechos de las víctimas; 3. reunir pruebas que conduzcan al enjuiciamiento de los responsables de las violaciones, en su caso (Perú); 4. determinar las responsabilidades institucionales y recomendar las reformas necesarias para evitar la repetición de las violaciones, y 5. promover la reconciliación y reducir las tensiones resultantes de los períodos de violencia”³⁸⁷.

Los derechos de las víctimas por estos crímenes se garantizan, aun cuando no en su totalidad, con la determinación de la identidad del responsable, la consecución del reconocimiento público y oficial de los hechos, y obtención de la reparación correspondiente³⁸⁸.

Según Amnistía Internacional, en el documento en el cual analiza la práctica de las 40 comisiones de la verdad establecidas en todo el mundo entre 1974 y 2010, se señala que en “los últimos años se ha desarrollado un debate sobre la posibilidad de “ocuparse” de los crímenes de derecho internacional utilizando mecanismos no judiciales de rendición de cuentas, como comisiones de la verdad. Basándose en la distinción entre justicia

³⁸⁶ Ibídem. Artículo 6.

³⁸⁷ Gómez Méndez, M. (2005) *Comisiones de la verdad: ¿qué tanto aportan a la verdad, la justicia y la reconciliación?*. Bogotá: OASIS. Pg. 59.

³⁸⁸ Ibídem. Pg 62.

“punitiva” y justicia “restaurativa”, algunos observadores sostienen que los países tienen la oportunidad de decidir “qué tipo de justicia” aplicar, que pueden optar por no iniciar investigaciones y enjuiciamiento por crímenes como genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra y, en lugar de ello, centrarse en procesos de búsqueda de la verdad y reconciliación comunitaria. El establecimiento de comisiones de la verdad (comisiones de investigación encargadas de examinar crímenes sistemáticos del pasado) se ha considerado a menudo como una alternativa al inicio de investigaciones u enjuiciamientos por crímenes de derecho internacional ante los tribunales nacionales”³⁸⁹.

Sin embargo, señalan que: “Aunque pueda haber distintas formas de rendición de cuentas, sólo hay un tipo de justicia: la justicia basada en el respeto, la protección y la promoción del derecho de las víctimas a la justicia, a la verdad y a una reparación plena. Las investigaciones de Amnistía Internacional muestran que la justicia “punitiva” y la justicia “restaurativa” (esto es, la justicia penal y los mecanismos de búsqueda de la verdad) no son mutuamente excluyentes, sino complementarias. Aunque una comisión de la verdad efectiva puede ser adecuada durante un tiempo para cumplir la obligación del Estado de respetar, proteger y promover el derecho de las víctimas a la verdad, no es una alternativa al inicio de investigaciones y enjuiciamientos por crímenes de derecho internacional”³⁹⁰.

Entre las conclusiones del documento de Amnistía Internacional se encuentran: i) que la *práctica de las comisiones de la verdad rechazan la concesión de amnistías por crímenes de derecho internacional en relación con procesos de búsqueda de la verdad*; ii) que la *práctica de las comisiones de la verdad permite la concesión de amnistías en relación con procesos de búsqueda de la verdad sólo si las amnistías no se aplican a los delitos de derecho internacional*; iii) y que la *práctica de las comisiones de la verdad apoya rotundamente el inicio de enjuiciamientos por crímenes de derecho internacional*.

Algunas experiencias internacionales ayudan a evidenciar las ventajas y las dificultades que conlleva la creación de una Comisión de la Verdad, para que su informe final sea exitoso o un fracaso. Desde el punto de vista práctico el mandato de la Comisión debe ser detallado, teniendo en cuenta que su competencia y profundidad de investigación dependerá de este.

En el caso de Guatemala, el Gobierno y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG) creó la Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH), cuyo mandato incluía la investigación de violaciones a los derechos humanos y los actos de violencia en el marco del conflicto armado, lo que permitió que se investigaran los hechos cometidos por las fuerzas gubernamentales y por los particulares, se incluyó entonces todo tipo de crimen, lo cual constituyó un mandato amplio que permitió conocer la verdad de los hechos de forma extensa.

³⁸⁹ Amnistía Internacional. (2010) Documento *COMISIONAR LA JUSTICIA, LAS COMISIONES DE LA VERDAD Y LA JUSTICIA PENAL*. Madrid: EDAI. Pg. 1-3.

³⁹⁰ *Ibidem*.

En el caso de la Comisión Nacional de la Verdad y Reconciliación (CNVR) en Chile, el mandato fue limitado, solo se facultó a la Comisión para investigar violaciones a los derechos humanos que tuvieran como consecuencia la muerte o desaparición, por lo que excluyó de su competencia la tortura y detenciones ilegales siendo estas las principales violaciones cometidas durante la dictadura, por lo que impidió que la sociedad chilena conociera la verdad sobre estos hechos.

Que la Comisión pueda develar lo que realmente aconteció depende no solo del mandato, sino de factores como el tipo de atribuciones que les sean conferidas, tales como la capacidad para que puedan solicitar la asistencia de la fuerza pública, para que comparezcan como testigo, acceder a documentación requerida, contar con el apoyo institucional; entre otros.

El éxito de la Comisión también depende del contexto político, social, y jurídico en los que opere. Por ejemplo, en los casos de Guatemala, Chile y Argentina se abstuvieron de develar la identidad de los responsables del crimen, lo que tuvo como consecuencia que no fuera satisfecho el derecho de las víctimas, por temas de política pública o por considerar que esto era competencia de los jueces. Aun cuando, en el caso de Chile y Guatemala hubo un reconocimiento público por las instituciones y poderes comprometidos con las violaciones, a su vez estuvo acompañado de solicitudes expresas de perdón a las víctimas. En el Salvador se permitió conocer el nombre del responsable no obstante la presión ejercida por el ejército para que esta información no fuera develada³⁹¹.

En el caso de Sierra Leona, el Gobierno y el Frente Revolucionario Unido (FRU) concertó el Acuerdo de Lomé para lograr un arreglo a la situación del conflicto armado en Sierra Leona. Entre las disposiciones de dicho acuerdo se encontraba la creación de una Comisión de la Verdad y la Reconciliación para que afrontará el problema de impunidad, rompiera el círculo de violencia, y proporcionará un foro que permitiera a las víctimas y victimarios expresar sus sentimientos frente a las violaciones a los derechos humanos, y así se dibujará una imagen clara del pasado con el fin de alcanzar la curación y reconciliación nacional³⁹². Este caso es interesante considerando que dicho Acuerdo otorgó un indulto total al Cabo Foday Sankoh, a los combatientes y del FRU, y se garantizó que no se tomaran medidas oficiales ni judiciales contra ningún miembro del Frente. Lo cual tuvo, en su momento, como consecuencias que la Comisión de la Verdad fuera utilizada como un mecanismo de esclarecimiento de la verdad, remplazando toda forma de sanción penal o civil a los perpetradores del crimen, lo que llevó a la impunidad de dichas violaciones.

Por el contrario, las Comisiones de la Verdad en algunos casos, como la Comisión Nacional de Desaparecidos en Argentina (CONADEP), fueron mecanismos útiles para la obtención de pruebas que condujeron a que los responsables se presentarán ante la

³⁹¹ Gómez Méndez, M. (2005) *Comisiones de la verdad: ¿qué tanto aportan a la verdad, la justicia y la reconciliación?..* Bogotá: OASIS. Pg. 63-66.

³⁹² Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Seguridad. S/1999/777, 12 de julio de 1999. Acuerdo de Paz entre el Gobierno de Sierra Leona y el Frente revolucionario Unido de Sierra Leona, Acuerdo firmado en Lomé. Artículo 26.

justicia. En Argentina, dicha Comisión permitió el posterior enjuiciamiento de los principales miembros de la Junta Militar. En otros casos, las recomendaciones de la Comisión tienen un impacto diferente, como en el caso chileno, cuyas medidas recomendadas fueron asumidas por el Estado o en Guatemala, cuyas recomendaciones dieron fruto a medidas simbólicas importantes, como conmemoraciones y monumentos.

En casos como el de Kenya, la Comisión de Verdad, Justicia y Reconciliación, creada en 2008, establece la prohibición de una amnistía para graves violaciones de derechos humanos.³⁹³

Dicha reflexión debe ser tenida en cuenta al momento de crear una Comisión de la Verdad en Colombia. Cabe anotar que se ha criticado la conformación de una Comisión de la Verdad en Colombia bajo el argumento que no ha finalizado el conflicto armado interno, pero estas críticas, dejan de tener consistencia en la medida que se trataría de un mecanismo complementario a la justicia penal y, más aún, cuando la Ley 1424 ha sido recientemente declarada exequible. La Ley 1424 prevé un instrumento de memoria histórica de carácter muy limitado que debería completarse hasta alcanzar la categoría de auténtica Comisión de la Verdad, mucho más comprensible en la dinámica de investigación de estructuras macrocriminales que se propone para dinamizar el proceso de Justicia y Paz. Con respecto a las comisiones de la verdad Josep Tamarit escribió que “La experiencia de las comisiones de verdad que actúan de modo complementario con la justicia penal y que no la excluyen nos debe hacer pensar en que estos beneficios sociales no son menores, sino diferentes o quizás mejores que los que son capaces de producir los Tribunales de justicia. Y no se trata de beneficios ante los que haya de plantearse una renuncia a la justicia, sino que estos órganos también son capaces de otorgar justicia”.³⁹⁴

2. La creación de órganos colegiados de enjuiciamiento y ejecución

La segunda medida para solventar algunos de los problemas de agilidad, estancamiento del proceso, lentitud en la emisión de sentencias en Justicia y Paz con los consecuentes aplazamiento de la satisfacción de la víctimas a la verdad, la justicia y la reparación; consiste en la creación de órganos colegiados. Estas figura fortalecerá la capacidad institucional de los Magistrados con Función de Control de Garantías, Salas de Conocimiento y Magistrados de Control de Ejecución de Penas. Con la creación de este órgano colegiado de magistrados se pretende adoptar una metodología de división de tareas y asignación de competencias para trabajar en forma conjunta y coordinada. Podrán actuar de acuerdo a este sistema en cualquier etapa del proceso, por ejemplo, mientras un magistrado se encuentre en las diligencias correspondiente de práctica de pruebas otro del mismo órgano colegiado estará adelantando entrevistas con las víctimas a fin de determinar el daño colectivo, sin que ello implique la ruptura del principio de inmediación judicial.

³⁹³ Centro de Justicia Transicional - ICTJ <http://www.ictj.org/en/where/region1/648.html>.

³⁹⁴ Tamarit Sumalla, Josep. (2010) *Justicia de Transición, justicia penal internacional y justicia universal*. Atelier libros jurídicos. Pg. 54.

La experiencia demuestra que los equipos judiciales pueden funcionar con una visión de conjunto, sin necesidad de duplicar actividades o realizarlas, salvo en lo esencial, en forma conjunta. Si la mecánica de actuación esta previamente establecida en la norma legal y se busca con ello contrarrestar el desarrollo y eficacia de las organizaciones criminales que exigen respuestas de alcance equivalente; sin que la relación íntima del juez con los medios de prueba y las partes se vea afectada, es decir, la a unidad de acción se mantiene.

Para hacer frente a esa nueva realidad de la criminalidad masiva, el órgano colegiado, debe multiplicar y diversificar su actuación para cada una de las fases del proceso en las que intervenga. Para hacer posible la función, dicho órgano, debería tener las siguientes características:

Primero, el órgano judicial colegiado con funciones de control de garantías estaría formado por tres magistrados, que desarrollarían indistintamente la competencia que corresponda a cada uno de ellos en forma coordinada con el fin de agilizar al máximo la fase correspondiente, sin que ello suponga ruptura de la inmediación.

Segundo, las salas de conocimiento de cada Tribunal Superior de Distrito Judicial para la Justicia y la Paz estaría conformada por tres órganos judiciales colegiados de conocimiento de tres magistrados cada uno, que desarrollarían indistintamente la competencia que corresponda a la sala en forma coordinada con el fin de agilizar al máximo la fase correspondiente, sin que ellos suponga ruptura de la inmediación.

La distribución de funciones entre dichos órganos colegiados podría seguir criterios de priorización que agrupasen los casos por zonas, frentes, bloques o masacres; de modo que la actividad del órgano colegiado se concentrare en un grupo de casos.

Tercero, a fin de vigilar el cumplimiento de las penas y las obligaciones impuestas a los condenados, al igual que para tramitar el incidente de reparación integral deberá crearse el servicio único de ejecución de sentencias, el cual estará conformado por los magistrados especializados en materia de Justicia y la Paz de los Tribunales Superiores de Distrito judicial. Esta función también deberá desarrollarse a través de los órganos colegidos que se describieron con anterioridad, a fin de agilizar al máximo la etapa procesal.

Con estos órganos colegiados de enjuiciamiento se encuentra un equilibrio entre el número de personas que integran el órgano investigador y el número de integrantes del órgano enjuiciador, evitando que los casos se bloqueen en el momento de llegar al órgano unipersonal de control de garantías y por la necesidad de actuación conjunta en el caso del tribunal de conocimiento. La única instancia donde se requiere que el órgano colegiado actúe en pleno es en la audiencia concentrada de formulación, aceptación de cargos y anuncio del sentido del fallo.

Estas dos medidas ayudarían a atenuar la realidad incuestionable de que, debido al volumen de situaciones jurídicas generadas, el bloqueo de la acción judicial es imposible de superar en los próximos años. Por el contrario, con la puesta en marcha de este

mecanismo y el que se propone para la ejecución, se agilizarían al máximo las actuaciones judiciales y las respuestas que las víctimas exigen para obtener la reparación integral a la que tienen derecho.

Capítulo XIII

RELACIÓN ENTRE JUSTICIA PENAL ORDINARIA Y JUSTICIA Y PAZ: EL CASO DE LA PARAPOLÍTICA

En el marco de las relaciones entre justicia penal ordinaria y Justicia y Paz aparece uno de los fenómenos más complejos y trascendentes de los últimos años. Es el conocido con el nombre de *parapolítica*. Desde los primeros balances del proceso de Justicia y Paz se ha reconocido como una de las grandes contribuciones –no expresamente buscadas- de la Ley 975 de 2005, la judicialización de los casos de parapolítica.³⁹⁵

Desde esa perspectiva, la relación de Justicia y Paz con los procesos de parapolítica puede formularse inicialmente en términos cuantitativos, identificando las investigaciones que se han iniciado a “parapolíticos” gracias a declaraciones e información originadas en las versiones libres y otras diligencias en el marco de Justicia y Paz, y aquéllas que, iniciadas de otra forma, se han visto nutridas por testimonios, documentos y otras pruebas derivadas de Justicia y Paz. Al observar cómo ha sido el tránsito de información de un escenario al otro y el impacto recíproco de los desarrollos en los procesos e investigaciones judiciales de ambos, rápidamente se concluye que la relación es más bien cualitativa.

La información originada en Justicia y Paz ha tenido una suerte de efecto dominó que ha permitido reconstruir el fenómeno de la parapolítica como uno de alianzas sistemáticas entre los poderes políticos y los grupos paramilitares en los niveles local, regional y nacional. Los testimonios de los postulados han develado en algunos casos y corroborado en otros, el entramado de acuerdos, asociaciones y alianzas entre políticos y grupos ilegales que pactaban réditos electorales, garantías de seguridad, beneficios económicos y la mutua colaboración entre el proyecto paramilitar y la función pública.

En efecto, si bien el 13 de febrero de 2002, un mes antes a las elecciones legislativas de ese año, el jefe de las AUC, Salvatore Mancuso, reconoció que el 30% de los candidatos al Congreso de la República eran aliados de su organización militar³⁹⁶, y tras la divulgación de los resultados electorales, el 11 de marzo, Mancuso se mostró satisfecho y declaró que más del 35% del Congreso era suyo³⁹⁷, lo cierto es que no fue hasta noviembre de 2006 que la Corte Suprema de Justicia ordenó la detención de dos senadores (Álvaro García y Jairo Merlano) y un representante (Erik Morris).³⁹⁸ El proceso siguió estancado y, como se verá, en ese mismo mes, se hizo patente la necesidad del impulso que le darían las declaraciones de los paramilitares en el proceso de Justicia y Paz.

³⁹⁵ Ver por ejemplo: Informe de Primera Fase, Observatorio internacional sobre el proceso de DDR y la aplicación de la ley de Justicia y Paz, Centro Internacional de Toledo para la Paz, Diciembre, 2008, pág. 113.

³⁹⁶ 13 de febrero de 2002. Paras reconocen que tienen listas al Congreso. El Tiempo. Véase: <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1319853>>

³⁹⁷ 12 de marzo de 2002. Boletín de los independientes. El Tiempo. Véase: <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1356779>>

³⁹⁸ 9 de noviembre de 2006. Corte Suprema ordenó detención de los tres congresistas investigados por vínculos con ‘paras’. El Tiempo. Véase: <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3319560>>

Hasta entonces, entre el 2002 y el 2006, se fue preparando el terreno no sólo con denuncias como las del senador Gustavo Petro quien desde finales del 2002 advirtió sobre la infiltración paramilitar en la Fiscalía General de la Nación y acusó al entonces Fiscal Luis Camilo Osorio por negar la realidad de la parapolítica³⁹⁹, sino también con hallazgos como el del famoso “computador de Jorge 40”⁴⁰⁰ por parte del CTI (en noviembre de 2005, en el operativo de captura de alias “Don Antonio”, miembro clave del bloque paramilitar, bajo el mando de Rodrigo Tovar Pupo, alias “Jorge 40”). En dicho computador, se encontró un listado de la “nómina” del Bloque Norte de las AUC, con una descripción detallada de los crímenes y los objetivos militares, y varios documentos que comprometen a cuatro senadores (Zulema Jattin, DiebMaloof, Álvaro Araújo Castro, David Char y Álvaro García)⁴⁰¹. También en abril de 2006, el ex director de inteligencia del DAS, Rafael García (capturado un año antes y acusado de borrar los antecedentes penales de narcotraficantes y paramilitares), denunció los vínculos con paramilitares del entonces director del DAS, Jorge Noguera, del entonces gobernador de Magdalena, Trino Luna Correa y de los senadores Álvaro Araújo Castro y Luis Eduardo Vives con esos grupos⁴⁰².

Lo cierto es que, como se ha dicho, el impulso de los paramilitares en el proceso de Justicia y Paz fue determinante. El 24 de noviembre de 2006 un grupo de 19 ex jefes paramilitares divulgaron una carta en la que requerían a la clase política nacional para revelar la maraña de la parapolítica so pena de hacerlo ellos mismos como parte del compromiso contraído con la Ley de Justicia y Paz⁴⁰³. Dos días después Miguel de la Espriella⁴⁰⁴ reveló a El Tiempo la realización de un pacto en Santa Fe de Ralito entre la clase política costeña y la cúpula de las AUC,⁴⁰⁵ a lo que se unió la ex representante Eleonora Pineda quien admitió abiertamente la celebración de la reunión y la suscripción del Pacto⁴⁰⁶. Estas revelaciones dieron un vuelco a la política nacional e incluso se llegó a hablar de cerrar el Congreso⁴⁰⁷.

³⁹⁹ 12 de noviembre de 2002. Petro denuncia infiltración para. El Tiempo. Véase: <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1314331>>

⁴⁰⁰ 2 de septiembre de 2006. El computador de ‘Jorge 40’. Semana. Véase: <<http://www.semana.com/nacion/computador-jorge-40/96785-3.aspx>>

⁴⁰¹ 2 de octubre de 2006. Congresistas implicados con supuestos nexos con paras niegan conocer a ‘Jorge 40’. Semana. Véase: <<http://www.semana.com/on-line/congresistas-investigados-supuestos-nexos-paras-niegan-conocer-jorge-40/97344-3.aspx>>

⁴⁰² 8 de abril de 2006. Entrevista exclusiva con Rafael García. Semana. Véase: <<http://www.semana.com/portada/entrevista-exclusiva-rafael-garcia-completa/93812-3.aspx>> 25 de noviembre de 2006. El ventilador. Semana. Véase: <<http://www.semana.com/nacion/ventilador/98524-3.aspx>> 10 de marzo de 2010. El ex senador Álvaro Araújo “hacía parte de una estructura criminal”: Corte Suprema. Caracol Radio. Véase: <<http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=971967>>

⁴⁰³ 24 de noviembre de 2006. AUC piden a políticos que se destapen. El Tiempo. Véase: <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2289611>>

⁴⁰⁴ Para el 26 de noviembre de 2006, el ex senador Miguel de la Espriella hacía parte de los vinculados con paramilitares por cuenta de una disputa con el ex senador Juan Manuel López Cabrales en la que se acusaron verbalmente de tener vínculos con paramilitares (<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1885780>) y por dos cheque girados por Luis Enrique “Micky” Ramirez, antiguo jefe de la organización narcotraficante de Pablo Escobar (<http://verdadabierta.com/nunca-mas/asesinatos/358-el-de-siempre>).

⁴⁰⁵ <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2291188>

⁴⁰⁶ <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3342620> Pineda había pasado de ser una desconocida concejal del municipio de Tierralta (Córdoba) a representante a la Cámara en 2002 con una

A pesar de la inescindible relación que, como se ve, existe entre parapolítica y Justicia y Paz, en consonancia con las aproximaciones mayoritarias, este texto también ha adoptado la mirada que distingue los juicios de la parapolítica de los de Justicia y Paz.

Sin embargo, no es posible ignorar la pregunta anterior por la plausibilidad y conveniencia de tal separación. Menos aún tras el reciente –y muy polémico– proyecto de acto legislativo propuesto por el senador Corzo para revivir la inmunidad parlamentaria y evitar investigaciones por parte de la Corte Suprema de Justicia sin aprobación previa de la Cámara o el Senado.⁴⁰⁸

Así, surge el interrogante de si dicha distinción es más producto de una construcción coyuntural que de una diferencia esencial de los fenómenos. En efecto, el hecho de que la ley 975 de 2005 tuviera en la mira a las estructuras armadas del paramilitarismo, respondió más a la coyuntura política relacionada con las negociaciones entre el gobierno del presidente Uribe y las AUC, que a un estudio profundo del fenómeno del paramilitarismo en Colombia cuando ya se habían denunciado ampliamente los vínculos entre políticos y comandantes paramilitares.

Los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia confirman que esta posibilidad habría sido perfectamente razonable e incluso, probablemente, conveniente. En particular, como se verá más adelante, al menos dos elementos presentes en la jurisprudencia de la CSJ van en esta dirección: Por un lado, la corte ha llegado en ciertos casos a considerar al “parapolítico” no como un mero aliado circunstancial de las estructuras armadas paramilitares sino, más allá, como un miembro de las mismas.⁴⁰⁹ Por otro lado, el recurso a la doctrina de la “autoría mediata en aparatos organizados de poder” sugiere también una cierta unidad de acción y propósito de una organización criminal en la que la diferencia entre los miembros “visibles” de los bloques paramilitares y los miembros “en la sombra” no es esencial, sino que se basa en la distinción de los roles y una eventual “división del trabajo”.

De ahí que parezca oportuno revisar los criterios de “elegibilidad” de los beneficiarios de marcos transicionales como el establecido en la ley de Justicia y Paz –u otros que puedan surgir en el futuro–, para así determinar, ahora que hay más claridad sobre las dinámicas internas del paramilitarismo, si está justificada jurídicamente y es conveniente políticamente seguir distinguiendo el tratamiento criminal que se da a la estructura militar y la estructura política del paramilitarismo. Por supuesto, sin que un eventual tratamiento análogo de estos actores signifique que todos los que han sido

votación de 82.082 votos (<http://www.semana.com/on-line/exitosa-estrategia-politica-ralito/98587-3.aspx>).

⁴⁰⁷ <http://www.semana.com/on-line/uribe-descarta-cierre-del-congreso-parapolitica/98591-3.aspx> Entre los otros nombres que revoló De la Espriella están los de Juan Manuel López Cabrales, Jesús María López, Freddy Sánchez, Salvador Arana, Reginaldo Montes, Eleonora Pineda, Luis Carlos Ordosgoitia, Álvaro Cabrales y Luis Jiménez Espitia (<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2322774>)

⁴⁰⁸ “Rechazan intento de revivir inmunidad parlamentaria”, en

http://www.eltiempo.com/politica/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-10083865.html

⁴⁰⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 32672, 3 de diciembre de 2009.

procesados por vínculos con paramilitares deban considerarse como miembros de la organización criminal, estos tipos de colaboración son abordados en el capítulo sobre desmovilizaciones y postulaciones. La definición de criterios claros en ese sentido sería primordial para poder diferenciar entre quienes realizaron pactos puntuales con las estructuras paramilitares –y por tanto deben seguir siendo procesados por concierto para delinquir agravado como hasta ahora-, y quienes en efecto formaban parte activa e incluso, en ciertos casos, lideraban dicha organización.

1. La dinámica actual: mutuo fortalecimiento entre Justicia y Paz y parapolítica

Según la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación , para el 31 de enero de 2011 se habían compulsado un total de 8.080 copias a otras jurisdicciones de las cuales, 155 fueron contra servidores públicos, 429 contra políticos (239 alcaldes, 59 concejales, 48 representantes, 43 senadores, 27 gobernadores y 13 diputados), 395 contra miembros de las fuerzas armadas y 7.101 corresponden a otros casos⁴¹⁰.

En cuanto a la evolución temporal, a comienzos de 2007 había compulsadas 53 copias por vínculos entre políticos y paramilitares; ese año se compulsaron otras 66 copias, en 2008 hubo 95 compulsas, en 2009 se compulsaron 137 copias y en 2010 hubo 78 compulsas para un total de 429 copias compulsadas desde la creación de la Unidad.⁴¹¹

Sin embargo, como se ha dicho, más que el número de copias compulsadas –que es en todo caso significativo-, la contribución mutua entre Justicia y Paz y los procesos de parapolítica es de naturaleza cualitativa. Las declaraciones de los principales responsables de las AUC han nutrido los procesos contra los parapolíticos, siendo uno de los ejemplos más representativos las revelaciones de Salvatore Mancuso ante los fiscales de Justicia y Paz, y muy especialmente la divulgación del documento en el que paramilitares y la clase política de la costa prometieron “refundar la patria”⁴¹².

El llamado “Pacto de Ralito”, divulgado a instancias de Mancuso⁴¹³, superaba el tradicional discurso de fuerzas anti-subversivas y revelaba una alianza política estable entre la élite política de la costa Atlántica y la cúpula de las AUC. Develaba una oscura estrategia por la que los paramilitares pretendían pasar del “monte” al Congreso de la República en busca de la legitimación de su actuar violento. En definitiva, por contener las firmas de los representantes del Estado que se comprometían a crear “un nuevo pacto social”, daba nombres y apellidos a ese 35% de congresistas que Mancuso había señalado como aliados de su causa tras las elecciones de marzo de 2002⁴¹⁴. Esa ha sido sin duda la piedra angular de la reconstrucción del fenómeno de la parapolítica y de su judicialización.

⁴¹⁰ Informe a 31 de enero de 2011. Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz.

⁴¹¹ Esta información proviene del área de víctimas del cuarto informe (en preparación) del Centro Internacional para la Paz, en su seguimiento del proceso de Justicia y Paz.

⁴¹² Ver: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3479504><http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2359666>

⁴¹³ <http://www.elespectador.com/impreso/judicial/articuloimpreso99941-fue-mancuso-y-no-deespriella-quien-revelo-el-pacto-de-ralito>

⁴¹⁴ Ver: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1356779>

El caso del Pacto del Ralito, en todo caso, no puede sumarse a un listado de procesos en los que Justicia y Paz ha dado origen o nutrido procesos de parapolítica. Su verdadero aporte, y el de los otros pactos entre políticos y estructuras armadas paramilitares que han sido clave en procesos de parapolítica, consiste en la revelación de la naturaleza de las alianzas y la dinámica de la actuación paramilitar en su propósito de “apropiarse” de poderes locales, regionales y del nivel nacional, esto es, su utilidad para re-construir la estructura y los planes criminales de estas organizaciones, dando así elementos cruciales de contexto para los procesos por parapolítica y Justicia y Paz.⁴¹⁵

El caso del “pacto de Chivolo” es también representativo.⁴¹⁶ El hallazgo de un documento suscrito por 410 políticos del departamento del Magdalena y el ex jefe paramilitar Rodrigo Tovar Pupo, alias “Jorge 40”, demostró la existencia de una reunión, en septiembre de 2000, en la que los firmantes habrían acordado llevar a cabo una votación de la que finalmente saldrían candidatos únicos a la Gobernación, la asamblea departamental, y a los concejos municipales y alcaldías de 15 municipios.⁴¹⁷ Este pacto acredita las alianzas entre actores políticos e ilegales que buscaban la suplantación del ejercicio democrático.

Un caso particularmente ilustrativo es el de Eugenio José Reyes Regino, alias “Geño”, ex jefe urbano de las AUC en Cartagena. En febrero del 2009, fue asesinada la esposa de Edelmiro Alberto Anaya González, alias “El Chino Anaya”, testigo clave en el caso del ex gobernador de Sucre Salvador Arana, acusado y condenado por el asesinato del ex alcalde de El Roble Eudaldo “Tito” Díaz⁴¹⁸. Este asesinato generó un estado de miedo entre los paramilitares desmovilizados o capturados que pensaban colaborar con la justicia. Era claro que los paramilitares y los parapolíticos de “afuera”, estaban dispuestos a todo para callar a los de “adentro”. En este contexto de amenazas, en abril de 2009, alias “Geño”, testigo clave en el proceso que se adelanta contra el ex gobernador de Bolívar Libardo Simancas Torres por presuntos apoyos paramilitares de Salvatore Mancuso y Enilse López, denunció amenazas en su contra ante la fiscal de

⁴¹⁵ Para una ilustración sobre los pactos entre paramilitares y políticos ver: Claudia López y Óscar Sevillano, Balance político de la parapolítica, Corporación Nuevo Arco Iris, noviembre, 2008, en: http://www.nuevoarcoiris.org.co/sac/files/arcanos/arcanos_14_diciembre_2008_files/arcanos_14_info_rme_parapolitica.pdf

⁴¹⁶ No obstante que el proceso no se originó dentro de Justicia y Paz, el Pacto de Chivolo deja en evidencia el altísimo peso que ganaron las versiones libres en el proceso de la parapolítica. Así, cuando la Corte Suprema ya contaba con el documento del Pacto, las versiones libres de alias “Jorge 40”, de mayo de 2007, sumaron inmensamente al esclarecimiento de las alianzas entre paramilitares y políticos del Magdalena:

⁴¹⁷ Según se vino a saber, la reunión fue convocada el 28 de septiembre de 2000 por Neyla Alfredina Soto, alias “La Sombrerona”, siguiendo órdenes de “Jorge 40”, en el corregimiento de La Estrella, a veinte minutos del casco urbano de Chivolo. Según relata uno de los asistentes a la reunión, entrevistado por VERDAD ABIERTA (<http://www.verdadabierta.com/parapolitica/magdalena/1168-yo-estuve-en-el-pacto-de-chivolo>), se trató de una verdadera elección de la que salió elegido José Domingo Dávila como candidato a la gobernación, protegido y patrocinado por las fuerzas paramilitares. De hecho, En la sentencia contra Luis Eduardo Vives Lacourtela Corte Suprema de Justicia transcribe un comunicado de prensa divulgado a la población de Magdalena en la que el movimiento “Provincia Unida para una mejor opción de vida” soportan la candidatura de Domingo Dávila a la gobernación.

⁴¹⁸ <http://www.verdadabierta.com/parapolitica/1279-amenazas-de-muerte-e-intentos-de-soborno-rondan-versiones-del-bloque-heroes-de-los-montes-maria>

Justicia y Paz.⁴¹⁹ No obstante los sobornos de los que ha sido objeto y las amenazas en contra de su familia⁴²⁰, alias “Geño” se mantuvo firme en sus declaraciones con la expectativa de obtener los beneficios de Justicia y Paz.⁴²¹

Sean cuales sean los móviles de los postulados al relatar los hechos –obtener los beneficios de Justicia y Paz o cualquier otro- lo cierto es que la contribución de las versiones libres de los excomandantes paramilitares a los procesos de parapolítica ha sido crucial. Entre otros, ello se ve reflejado en los casos en los que sus declaraciones han permitido identificar “nodos” de alianzas entre políticos y paramilitares, o bien en aquéllos en los que el político implicado detenta un alto cargo o cuenta con una gran visibilidad a nivel nacional, o bien, en aquellos casos en los que los políticos trascienden la frontera de las alianzas políticas y participan directamente en la comisión de los más graves crímenes.

Conviene resaltar, una vez más, la gran influencia que han tenido las versiones libres de Justicia y Paz en el campo de la parapolítica. Aquellas han servido como auténticos catalizadores de estos procesos. Así, a modo de casos ilustrativos, se pueden citar, los de Caquetá, Julio Bernal Acosta en Arauca, Bolívar y Vicente BledSaad, Javier Cáceres, Álvaro “el Gordo” García y Mario Uribe.

A la vista de lo determinantes que resultaron estas versiones en los procesos por parapolítica, se realza más el impacto altamente negativo de la extradición de los grandes ex jefes, no sólo para los procesos de Justicia y Paz sino también para los que aquí se abordan.

2. La judicialización de la parapolítica y el fuero constitucional

Como puede suponerse, las cifras de los procesos por la parapolítica no son menores. A las 429 copias compulsadas desde la unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, se debe añadir, los procesos iniciados por denuncias independientes de vínculos entre paramilitares y políticos y aquéllos originados a su vez en otros procesos contra parapolíticos. Las cifras se desconocen. Y a ello ha de sumarse también, por ejemplo, la posibilidad de que surjan nuevos procesos, no sólo por eventuales vínculos de congresistas de la legislatura 2010-2014 con grupos paramilitares⁴²², sino porque bajo la mirada contextual del fenómeno que se desarrolla ya no sólo en los estudios de ciencias sociales, sino en los estrados judiciales, el gran desafío de futuro será seguramente desvelar en todas sus dimensiones las alianzas entre políticos locales y regionales no aforados y las estructuras paramilitares. Así, dada la expansión del fenómeno, el número de alcaldes y miembros de las asambleas departamentales y los

⁴¹⁹ Información sobre “La Gata”.

⁴²⁰ <http://www.verdadabierta.com/parapolitica/1279-amenazas-de-muerte-e-intentos-de-soborno-rondan-versiones-del-bloque-heroes-de-los-montes-maria>

⁴²¹ Así lo reporta Verdad Abierta: “Alias 'Geño', dijo que ante la amenaza prefirió desafiar al mensajero y le dijo que si quería él mismo le daba la dirección pero que no se iba a retractar porque él estaba postulado para Justicia y Paz e iba cumplir con la ley para obtener los beneficios” (<http://www.verdadabierta.com/justicia-y-paz/extraditados/1190-exjefe-urbano-de-las-auc-en-cartagena-denuncia-amenazas-contrasu-familia>)

⁴²² En relación a la legislatura 2010-2014, la Corporación Nuevo Arco Iris publicó un listado de 47 congresistas cuestionados por nexos con paramilitares. Ver: “Congresistas 2010-2014 cuestionados por 'parapolítica”, en: <http://www.verdadabierta.com/archivos-para-descargar/category/44-parapolitica>

concejos municipales podría multiplicarse en la medida en que se vayan avanzando otras investigaciones.

A febrero de 2010, 10 gobernadores, 44 alcaldes, 27 concejales y 12 diputados han sido afectados por el proceso contra la parapolítica.⁴²³ Pero la información sobre estos procesos contra políticos no aforados es escasa y de difícil acceso. De ahí que en los apartados que siguen, nos concentremos en los procesos contra políticos con fuero constitucional por vínculos con el paramilitarismo. (Ver Anexo 1)

En efecto, a febrero de 2011, 28 congresistas elegidos para legislaturas previas al 2006 han sido procesados por parapolítica (22 de esos casos han sido asumidos por la FGN y 6 por la CSJ) y la cifra es de 94 para la legislatura 2006-2010 (10 casos han sido asumidos por la FGN y 84 por la CSJ).

Pero esta aparente claridad sobre la distinción entre aforados y no aforados no ha estado libre de controversia. Cuando la Corte Suprema adoptó en abril de 2007 el criterio de los “delitos propios” para definir la competencia en el caso de los aforados, estableciendo que solamente aquellos delitos que sólo el aforado puede cometer en razón de su cargo son de su competencia, propició un verdadero éxodo de congresistas hacia la Fiscalía General de la Nación. Para septiembre de 2008, 20 congresistas involucrados en el proceso de la parapolítica habían renunciado a su cargo⁴²⁴. La Comisión Colombiana de Juristas calculó que para octubre de 2009 de los 80 congresistas a quienes se les abrió investigación, el 47,5% habría renunciado al cargo (38 congresistas), manteniéndose 42 en sus funciones.⁴²⁵

La estrategia detrás de los parlamentarios que renunciaban a su curul era recibir un trato menos severo por parte de la Fiscalía General de la Nación y los jueces especializados, si bien públicamente justificaron su renuncia de un lado, porque se oponían rotundamente a la competencia integral de la Corte Suprema que adelantaba simultáneamente las tareas de investigación y juzgamiento y, de otro lado, afirmando que se la única instancia constituía una violación al debido proceso.⁴²⁶

El fuero no es un privilegio, es una garantía constitucional del debido proceso

Desde sus inicios, la Corte constitucional entendió que sería absurdo en un sistema democrático que el Constituyente hubiera pretendido concederles un privilegio a quienes representan la voluntad popular. Por el contrario, el fuero existe en razón de la alta dignidad de la corporación legislativa, constituyendo una garantía del Congreso como institución democrática. Así, para la Corte su razón de ser no es la persona del congresista sino la investidura de la persona y más que eso, el principio democrático que la investidura representa. Considerando que el fuero constitucional reemplaza la arcaica figura de la inmunidad del Congreso y que su fin último es evitar

⁴²³ “Histórico de congresistas y políticos regionales afectados por procesos judiciales relacionados con 'parapolítica”, en: <http://www.verdadabierta.com/archivos-para-descargar/category/44-parapolitica>

⁴²⁴ <http://www.radiosantafe.com/2008/09/17/parapolitica-corte-suprema-no-reasume-casos-de-congresistas-que-renunciaron-a-su-fuero/>

⁴²⁵ Boletín 41. ¿La parapolítica al desnudo?. http://www.coljuristas.org/documentos/boletines/bol_n41_975.pdf

⁴²⁶ <http://www.semana.com/on-line/sigue-deslizamiento-implicados-parapolitica-hacia-justicia-ordinaria/104922-3.aspx>

arbitrariedades judiciales confiándole la competencia al máximo tribunal ordinario de nuestro sistema jurídico, dijo la Corte en la sentencia C-025 de 1993: “la reserva expresa y absoluta de competencia para ordenar la privación de la libertad de un Congresista que la Constitución atribuye única y exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia - máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria -, independientemente de la etapa de investigación o juzgamiento y de la época de la comisión del delito, constituye suficiente garantía para el Congreso como institución y para cada uno de sus miembros, que no se interferirá de manera arbitraria e inconveniente en su correcto funcionamiento y en el ejercicio de sus deberes y derechos”.

La única instancia en el proceso adelantado por la Corte Suprema de Justicia contra los aforados constitucionales fue objeto de múltiples críticas. La Corte Constitucional sin embargo afirmó que antes que una violación del derecho al debido proceso del aforado, la competencia de la Corte Suprema de Justicia era una garantía del mismo.⁴²⁷ En la sentencia C-934 de 2006 la Corte Constitucional consolidó la posición que venía desarrollando en esta materia y expuso: “Constituye la máxima garantía del debido proceso visto integralmente por las siguientes razones: (i) porque asegura el adelantamiento de un juicio que corresponde a la jerarquía del funcionario, en razón a la importancia de la institución a la cual éste pertenece, de sus responsabilidades y de la trascendencia de su investidura. Por eso, la propia Carta en el artículo 235 Superior indicó cuáles debían ser los altos funcionarios del Estado que gozarían de este fuero; (ii) porque ese juicio se adelanta ante un órgano plural, con conocimiento especializado en la materia, integrado por profesionales que reúnen los requisitos para ser magistrados del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria; (iii) porque ese juicio se realiza ante el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, quien tiene a su cargo la interpretación de la ley penal y asegurar el respeto de la misma a través del recurso de casación”.

El fuero tras la cesación del cargo y el criterio funcional de la competencia

El artículo 235 de la Constitución Política, que establece como atribución de la Corte Suprema la de “investigar y juzgar a los miembros del Congreso” (num. 3), dice en su parágrafo: “Cuando los funcionarios antes enunciados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas”. De ahí que en la sentencia SU-047 de 1999, la Corte Constitucional estableció que la competencia de la Corte Suprema de Justicia en la investigación y juzgamiento de los aforados constitucionales comprende dos criterios: uno personal y otro funcional. Según el criterio personal la Corte Suprema es competente para conocer de los procesos que se adelanten por congresistas por el hecho de detentar esta investidura, independientemente del tipo de delitos de que se trate. El criterio funcional, por su parte, fundado en el parágrafo del artículo 235 de la Constitución, permite la prórroga del fuero tras la terminación

⁴²⁷ En la sentencia C-142 de 1993 la Corte Constitucional expuso: “(...) cuando la Corte Suprema conoce en única instancia del proceso, como ocurre en tratándose de los altos funcionarios, el sindicado tiene a su favor dos ventajas: la primera, la economía procesal; la segunda, el escapar a la posibilidad de los errores cometidos por los jueces o tribunales inferiores. A las cuales se suma la posibilidad de ejercer la acción de revisión, una vez ejecutoriada la sentencia”.

del mandato siempre que se trate de conductas punibles “que tengan relación con las funciones desempeñadas”⁴²⁸.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia dijo en un auto del 18 de febrero de 1997, en relación con el fuero constitucional que “debe entenderse entonces desde un doble punto de vista: Desde la óptica de protección de la actividad parlamentaria como función, caso en el cual la competencia de la Corte, en el supuesto de la desvinculación del sujeto pasivo de la acción penal, se mantiene para todos aquellos ilícitos cometidos por razón o con ocasión de la función congresional; y, desde la perspectiva de la protección personal de sus miembros, pues en tanto estén vinculados a la actividad legislativa solo pueden ser investigados y juzgados por el máximo Tribunal de la Jurisdicción ordinaria, cualquiera que sea la época en que se haya cometido la infracción que origina la actuación judicial”.⁴²⁹ Todos ellos tendientes a afirmar que el fuero constitucional de los congresistas “se mantiene, aún cuando el imputado o procesado se haya separado del ejercicio de ese cargo de elección popular, a condición de que la conducta que se le imputa ‘tengan relación con las funciones desempeñadas’⁴³⁰.

Los “delitos propios” y los delitos que “tengan relación con las funciones desempeñadas”

El que estuviera claro que el fuero constitucional de los parlamentarios se prorrogaba hasta después de su separación del cargo para las conductas delictuales que tuvieran “relación con las funciones desempeñadas”, no despejaba las dudas sobre el significado de dicha expresión. La pregunta por el tipo de *relación* al que se refiere la Constitución la respondió inicialmente la Corte Suprema, en el auto del 18 de abril de 2007, en un sentido que restringió considerablemente su competencia foral y tuvo un gran impacto en los procesos por parapolítica. Según la Corte, no basta con cualquier relación entre el cargo y la conducta pues sólo aquellas conductas que exclusivamente puede cometer el aforado en razón de su cargo, serían objeto competencial del máximo tribunal. En definitiva, la Corte adoptó la noción doctrinal de “delitos propios”, esto es, aquellos que sólo pueden ser cometidos con ocasión del cargo.

En consecuencia, puesto que era evidente que el apoyo, la promoción y las alianzas políticas con los grupos paramilitares no son conductas privativas de los congresistas en virtud de su cargo, y cualquiera puede cometerlas, no se trataba de un delito propio y por tanto escapaba de la competencia de la Corte. El hecho de que una proporción abrumadora de congresistas hubiera pactado alianzas estratégicas y mutuamente

⁴²⁸ La cita pertinente contenida es la sentencia SU-047 de 1999 es la siguiente: “Esto significa que la Carta distingue dos hipótesis: mientras una persona sea congresista, será investigada por la Corte Suprema por cualquier delito; sin embargo, si la persona ha cesado en su cargo, entonces sólo será juzgada por esa alta corporación judicial si se trata de delitos relacionados con el cargo. La Constitución admite entonces que los congresistas pueden cometer ciertos delitos en relación con sus funciones, que corresponde investigar a la Corte Suprema de Justicia”.

⁴²⁹ En la misma línea se ha pronunciado la Corte en el auto del 18 de marzo de 1992, el auto del 15 de febrero de 1995, el auto del 23 de mayo de 2001, la sentencia del 2 de junio de 2004 y el auto del 3 de agosto de 2005. “Procesos contra aforados constitucionales. Parapolítica. Compilación de autos y sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Diciembre de 2007 a septiembre de 2010.” Centro Internacional para la Justicia Transicional. Asdi. Bogotá, 2010.

⁴³⁰ Auto del 15 de febrero de 1995. Radicado: 9675.

beneficiosas con los paramilitares era circunstancial y lo cierto era que los paramilitares se habían aliado con políticos, policías, militares, empresarios, ganaderos, etc. De ahí que no fuera dable decir que el delito del concierto por el que se investiga a los congresistas relacionados con parapolítica se configure como un delito propio.⁴³¹

Como era de esperar, se produjo una renuncia masiva al fuero (ver el comienzo de este apartado), seguida de una gran alarma y crítica desde todos los sectores sociales. Tal vez en ese momento también se contaba con un mayor conocimiento del fenómeno paramilitar y, en particular, de su componente de “proyecto político”, esto es, un plan concebido por la cúpula paramilitar para infiltrar las instituciones en los diferentes niveles territoriales, una estrategia político-militar para “apropiarse” incluso del legislativo con el fin de legitimar su actuación y de tener mayor poder a la hora de un eventual proceso de negociación.⁴³²

En ese contexto emitió la Corte Suprema el auto del 1 de septiembre de 2009 en el que consideró que su interpretación previa del parágrafo del artículo 235 de la Constitución estaba errada. Según la corporación la Constitución no exige que la conducta delictual configure un delito de los llamados “propios”, y reinterpretó la noción de “relación con las funciones desempeñadas” en los siguientes términos: “la relación del delito con la función pública tiene lugar cuando se realiza por causa del servicio, con ocasión del mismo o en ejercicio de funciones inherentes al cargo; esto es, que la conducta tenga origen en la actividad congresional, o sea su necesaria consecuencia, o que el ejercicio de las funciones propias del congresista se constituya en medio y oportunidad propicia para la ejecución del punible, o que represente un desviado o abusivo ejercicio de funciones”. Una interpretación como la anterior en la que se exigía que se tratara de un delito propio, según la corte constituiría “un requisito adicional a los previstos en la Constitución Política”.

La Corte Suprema de Justicia fue más allá al considerar que las alianzas de políticos con los paramilitares podían ser un indicio de la pertenencia del político a la organización criminal y de su aporte funcional a la misma. Dijo la Corte: “En este sentido, no hay

⁴³¹ En el auto del 18 de abril 2007 la corte expresó: “Para que el fuero se mantenga en la segunda hipótesis – cuando se ha perdido la calidad congresional – no basta con cualquier relación entre la conducta atribuida y la condición de parlamentario, sino que se precisa que ese vínculo sea directo e inmediato en términos de estar frente a lo que la doctrina denomina ‘delitos propios’, entendiendo por tales los que sólo puede cometer el servidor público en relación con las funciones que le han sido deferidas por mandato de la Constitución o de la Ley y los que le sean conexos”. (...) “Bajo la anterior premisa (‘los jefes paramilitares de esa especie de agrupaciones ilegales promovieron tal tipo de pactos con personas con cierto grado de representatividad’, se aclara), la calidad de congresista u otras similares resultan aleatorias, como también la relación que pudiera predicarse entre dicha calidad y la posible conducta prohibida, máxime si se entiende que lo que es objeto de eventual reproche hace relación a la posible asociación ilegal para la promoción de la organización armada, conducta que como también es natural entender, mal puede concebirse como una de aquellas que de manera exclusiva y excluyente pueda cometer un parlamentario por razón de las funciones que desempeña” (subrayas fuera de texto).

⁴³² En mayo del 2011 se supo por declaraciones de alias “El Canoso”, ex jefe político del Frente Resistencia Tayrona de las AUC, que hubo una conspiración por ablandar lo que llegaría a ser la Ley de Justicia y Paz <http://www.verdadabierta.com/parapolitica/3299-iconspiracion-para-ablandar-justicia-y-paz>

duda que el vínculo de congresistas con los miembros de las autodefensas unidas de Colombia, no contaba con pretensión diversa a la de aportar cada uno lo que le correspondía para trabajar conjuntamente en el propósito común”.

Puesto que el delito base de los casos por parapolítica es el concierto, en el que la conducta punible suele cometerse con anterioridad a la posesión en el cargo público pero se prolonga y consume en ejercicio del mismo, la Corte concluyó que “no se puede sostener que ese manejo proselitista previo no tiene relación con las funciones desempeñadas, cuando no se duda que dichas funciones representan cumplimiento de lo pactado previamente”.

Con esta argumentación la Corte Suprema reasumió –no sin polémica- la competencia de los procesos que habían pasado a Fiscalía General de la Nación.

Por último, es importante mencionar que este cambio jurisprudencial tuvo su primera dificultad poco después de su enunciación, bajo el argumento de que la definición de la competencia de la Corte implicaba un juicio prematuro y en violación al debido proceso sobre la responsabilidad del político, porque llevaba implícita una valoración de su participación en un concierto para delinquir. La Corte solventó esta objeción afirmando que para asumir la competencia en un caso determinado no se requiere el conocimiento certero e infalible de la comisión del concierto, basta con que la Corte encuentre probable a partir del acervo probatorio de la investigación que la conducta punible fue realizada por causa, con ocasión o en ejercicio del cargo en el legislativo. Dijo la Corte: “Por supuesto que ese juicio sobre la competencia, aclara la Corte, no requiere certeza en sus premisas y conclusiones, sino la probabilidad de que se ofrezca admisible la relación entre función y delito a la cual se refiere la Carta Política, sin que ello implique que la Sala asuma inexorablemente que el procesado es por eso responsable de la conducta que se le imputa”⁴³³.

4. Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia por parapolítica: avances y riesgos

Hasta la fecha de cierre de esta parte del informe (septiembre de 2011), la CSJ ha abierto alrededor de 130 investigaciones preliminares por parapolítica que involucran alrededor de 110 aforados. De éstas, 10 procesos se encuentran en etapa de instrucción y 13 en etapa de juicio; en uno se dictó auto inhibitorio y en 3 se decretó la preclusión. A la fecha, se ha dictado sentencia en 35 casos. Sin contar los casos de sentencia anticipada, las decisiones se han dado en un promedio de tres años a partir de la iniciación de la investigación.

Si bien son cifras considerables dada la complejidad de los procesos, las dificultades probatorias y los desafíos de carácter dogmático, las fortalezas son más bien de fondo. Sobresale como una de las buenas prácticas del alto tribunal la construcción jurídica y bien lograda de los contextos amplios en los que se enmarcan las conductas punibles juzgadas.

⁴³³ Sentencia absolutoria a favor de Pompilio de Jesús Avendaño Lopera. 9 de diciembre de 2009. Radicado: 28779.

Este ejercicio de contextualización tiene un doble impacto. De un lado, se facilita abordar estos delitos como parte del fenómeno de macro-criminalidad al que pertenecen y, en particular. La reconstrucción de los planes, estructuras y modus operandi de estas organizaciones, constituye una pieza central del razonamiento y la argumentación de la CSJ en los casos de la parapolítica, pues permite demostrar el concierto para delinquir con el fin de promover grupos armados al margen de la ley, delito por el que se acusa primordialmente a estos procesados.

De otro lado, este análisis de contexto permite identificar posibles patrones de comisión delictiva vinculados a violaciones sistemáticas y generalizadas de derechos humanos por parte o con intervención de la clase política colombiana. A partir del caso Arana Sus, la jurisprudencia de la Corporación ha hecho mención expresa a la necesidad de judicializar los crímenes de lesa humanidad de que se tengan noticia que pueden haber sido cometidos con la participación de parapolíticos y ha ordenado en múltiples ocasiones la compulsión de copias respectivas.

Este segundo efecto es muy importante para la CSJ que se ha mostrado especialmente comprometida con las obligaciones internacionales en materia de sanción por violaciones a derechos humanos y de lucha contra la impunidad; y, en el mismo sentido, porque ha sido expresa su intención de evitar la intervención de la Corte Penal Internacional por incapacidad o imposibilidad de juzgar internamente los graves crímenes internacionales objeto de su competencia.⁴³⁴

Sin embargo, la estrecha relación –incluso identificación– de estos crímenes con los investigados en los procesos de Justicia y Paz nos sitúa en un marco de justicia de transición, lo cual puede ser problemático por dos razones. Primero, porque los procesados por parapolítica no ocupen lugar alguno en este escenario transicional. Segundo, porque se genera una disparidad de condenas por los mismos hechos sin que ello responda a la lógica preestablecida de la normativa de transición, en unos casos en los que con bastante claridad se constata la comunidad organizada de acción delictiva

Ahora bien, en cuanto a los procesos por parapolítica en ‘sentido estricto’ (por concierto para delinquir agravado), lo cierto es que el ejercicio de contextualización es un elemento necesario y ya sentado en la jurisprudencia por parapolítica. Permite entender el modus operandi de este fenómeno criminal, dotando al juzgador de mejores elementos para efectuar un adecuado juicio de reproche de la conducta ilícita así como para una sólida valoración probatoria. Responde además a la obligación jurídica de dar cuenta de factores modales de la comisión del delito. Su trascendencia es innegable en el desvertebramiento de complejas estructuras macro-criminales.

¿Qué incluye y cómo funciona la construcción de contextos? Tanto la Fiscalía General de la Nación como la propia Corte han desarrollado metodologías muy completas para esclarecer los diversos componentes de este fenómeno: el ideario político de los grupos paramilitares, la forma como sus estructuras irrumpieron y se expandieron en el panorama político regional y nacional, los métodos utilizados para infiltrar facciones políticas tradicionales y no tradicionales, la connivencia de la clase dirigente frente al

⁴³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 32672, 3 de diciembre de 2009; Radicado N. 32805, 23 de febrero de 2010; Radicado N. 26948, 10 de marzo de 2011.

actuar criminal de las AUC, el vínculo horizontal de aforados constitucionales con los jefes paramilitares en el dominio de la organización, las tácticas adoptadas para el ingreso y mantenimiento en el poder político y económico, la aparente institucionalidad que concibió la noción de ‘paraestado’, entre otros.⁴³⁵

Indudablemente este ejercicio de contextualización constituye un círculo virtuoso en materia jurisdiccional. Sus contenidos se originan y evolucionan a partir del acervo probatorio de una causa en particular, teniendo simultáneamente la potencialidad de abrir fundadamente otros procesos criminales (compulsa de copias), así como de ser remitidos a diversos litigios penales otorgándoles mayores elementos de juicio (prueba trasladada). El esquema se reproduce de manera sucesiva reforzando y retroalimentando diversos procesos. Así por ejemplo, los casos Pimiento Barrera, López Cabrales y Montes Alvares, ligados todos al famoso “Pacto de Ralito”, tuvieron un efecto detonante de otros casos. Lo mismo ha ocurrido con otros pactos (Ñanguma, Puerto Berrio, Barranco de Loba, Chivolo, Pivijai, acuerdos de Magdalena y Casanare, etc.) que permitieron descubrir nodos de alianzas entre aforados y estructuras paramilitares.⁴³⁶

Esta aproximación a la conducta punible es crucial también para cimentar suficientemente inferencias indiciarias razonables. Así, el conocimiento circunstancial del fenómeno parapolítico, facilita la identificación de actores y relaciones de poder. En el caso Martínez Sinisterra⁴³⁷ por ejemplo, la Corporación describió “la génesis, estructura y área de influencia del Bloque Calima de las AUC”, destacando las formas de financiamiento de esta organización y sus nexos con narcotraficantes de la región. Dicho análisis permitió identificar, en orden cronológico, a los líderes de Bloque Calima, así como los fundadores y dirigentes del Frente Pacífico, lo que permitió probar la relación que el ex senador mantenía con varios jefes paramilitares como Fernando alias “Político”.

Adicionalmente, la contextualización de los delitos en los casos de parapolítica aporta también elementos para la valoración de la culpabilidad del imputado, para determinar la calidad de sus aportes a la organización y su accionar colectivo, para establecer si detentaba o no una posición de garante, para perfilar la gravedad y modalidad de la conducta, para determinar si se da responsabilidad por cadena de mando u otras figuras de la dogmática penal propias de estos fenómenos de criminalidad organizada.

La importancia de este ejercicio se verá con más claridad en el siguiente apartado. En definitiva, no se debe perder de vista que este ejercicio de reconstrucción de la lógica

⁴³⁵ A manera de ejemplo se cita este fragmento: “Una vez posicionada la mencionada agrupación por la fuerza, intervinieron en la actividad política regional, apoyando candidatos a todas las corporaciones públicas y amedrentando a la población para obtener sus votos en los distintos comicios electorales. También infiltraron las administraciones departamentales y municipales para conseguir la adjudicación de contratos ilícitos y hacerse a los dineros correspondientes. En ese contexto se realizó el proceso electoral del año 2002[...].” CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de enero de 2010, radicado 23802.

⁴³⁶ Ver supra nota 10.

⁴³⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 08 de junio de 2011, radicado no.30097.

de actuación de las estructuras paramilitares es tan importante, que del rigor con el que se haga puede depender que las críticas de supuesta politización de estos complejos procesos judiciales encuentren o no asiento real. Dado que el concierto para promover grupos armados al margen de la ley es el tipo principal por el que se acusan y condenan los parapolíticos, tratándose de un tipo de peligro y no de resultado, se requiere de un sólido fundamento del contexto que permita inferir el apoyo acordado del político a la organización armada.

5. Las dificultades de carácter probatorio

Desde sus primeros fallos por parapolítica la Corte Suprema de Justicia abordó el tratamiento jurídico-procesal que debía otorgarse a los aforados constitucionales⁴³⁸. Partió de una interpretación sistemática de la cláusula de competencia prescrita en el numeral 3 del artículo 235 de la Carta Política⁴³⁹, y otras normas concordantes como el numeral 1 del artículo 251 de la Carta⁴⁴⁰ y el artículo 533 de la Ley 906 de 2004⁴⁴¹ y concluyó que el proceso que habría de seguirse era “de clara estirpe inquisitiva”, en contraposición a quienes alegaban la aplicación de un procedimiento mixto o de carácter acusatorio basados en las fechas de algunos de los incidentes delictivos y en las garantías adicionales que ofrece este régimen⁴⁴². Dijo la Corte: “en tratándose de los congresistas, de forma ninguna puede hablarse de esa tendencia “mixta” a que remite la Ley 600 de 2000, sino de un proceso de claro corte inquisitivo, en el cual es el mismo funcionario el que investiga, acusa y juzga”.⁴⁴³ El fundamento de dicha decisión parece encontrarse en la incompatibilidad del procedimiento establecido constitucionalmente para estos casos con uno de carácter acusatorio. Así, dado que (i) la investigación, acusación y juzgamiento convergen en el mismo ente; (ii) rige el principio de facultad oficiosa en el decreto y práctica de pruebas; y, (iii) tanto la adversarialidad como el concepto de “partes” son ajenos a la dinámica de este tipo de procesos, no podría hablarse de rasgos de un procedimiento acusatorio.⁴⁴⁴

Por otra parte, el Alto Tribunal en Sentencia C-545 de 2008 moderó la posición de competencia integral que detentaba la Corte Suprema de Justicia, marcando la

⁴³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de noviembre de 2007, radicación no. 26118; Sentencia del 16 de mayo de 2008 radicación 26470; Sentencia del 01 de agosto de 2008 radicación 26470^a.

⁴³⁹ “Son funciones de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA... 3. Investigar y juzgar a los miembros del Congreso”.

⁴⁴⁰ “Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación: 1. Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los servidores que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución”.

⁴⁴¹ “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”.

⁴⁴² Conductas acaecidas con posterioridad a la expedición e implementación de la Ley 906 de 2004, que instaura el Sistema Penal Oral y Acusatorio (SPOA). Las garantías adicionales aluden, entre otros, a los principios de concentración, inmediatez, publicidad, controversia probatoria, etc. y a las características propias de este estatuto (diferenciación tajante entre las atribuciones de investigación y juzgamiento, igualdad de armas entre las partes, etc).

⁴⁴³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de noviembre de 2007, radicación no. 26118.

⁴⁴⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de noviembre de 2007, radicación no. 26118.

separación de las funciones de investigación y juzgamiento dentro de los miembros de la corporación⁴⁴⁵, con lo que se garantizan en buena medida los estándares de independencia e imparcialidad que deben estar presentes en cualquier actuación judicial.

Finalmente, dada la literalidad de la disposición consagrada en el artículo 533 de la Ley 906 de 2004⁴⁴⁶, se puede concluir que el carácter inquisitivo de este procedimiento permanece incólume.

Las estrategias de defensa como desafíos probatorios

Como era de esperar, en vista de la naturaleza misma del fenómeno de la parapolítica, los medios de prueba del ilícito del concierto han significado un verdadero desafío para la justicia colombiana. A tales rasgos propios del fenómeno se han sumado las “estrategias de defensa” de los procesados y todo ello, a la luz de la tendencia inquisitiva del proceso ha suscitado en la rama judicial una búsqueda de técnicas probatorias novedosas que en todo caso respetan el debido proceso del acusado. Se abordará en este sub-apartado lo que se puede llamar “las estrategias de defensa” y en el siguiente las soluciones e innovaciones que ha desarrollado la jurisprudencia en materia probatoria.

Puede hablarse de estrategias globales “no contradictorias” que tienden a justificar en abstracto la actuación del político, y de estrategias “contradictorias” que buscan desvirtuar la estrategia de la acusación. Dentro de las primeras están, por ejemplo, la pretensión de ignorancia⁴⁴⁷; la calidad de mediador por la paz⁴⁴⁸; la afirmación de que

⁴⁴⁵ A manera enunciativa: “La distinción del procedimiento aplicable para la investigación y el juzgamiento de los miembros del Congreso, concentrando esas funciones en una sola corporación, además de ser hoy un precepto constitucional de ineludible acatamiento, donde la prescindencia de algunas manifestaciones procesales existentes en el diligenciamiento común, es suplida por la presteza de la actuación y la preponderancia y pluralidad de los jurisperitos que participan en la actuación y decisión, lo que no implica, que dichos sujetos pasivos de la acción penal no gocen de las debidas garantías procesales que deben rodear a toda persona vinculada a una investigación penal, ni que haya contraposición con los artículos 13 y 29 de la Carta Política, ni con los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos en los cuales Colombia es un Estado parte [...] Como la carta política sigue avalando y obligando a la Corte Suprema a investigar y juzgar, ella misma, a los Congresistas, la total exclusión del servidor judicial de cualquier actividad previa en el asunto que vaya a ser sometido a su juzgamiento, es en Colombia una vía para extremar a futuro la adecuación de los procedimientos a las evoluciones internacionales, que se reflejan en los tratados que forman el bloque de constitucionalidad[...] la dinámica del derecho impone que a partir de la expedición de esta providencia, para efectos de los procesos adelantados contra quienes ostenten la calidad de aforados conforme al artículo 235.3 superior, por conductas punibles cometidas con posterioridad a la misma, el legislador adopte en ejercicio de las facultades estatuidas en el artículo 234 ibidem las medidas necesarias para que sea separada, dentro de la misma Corte Suprema como juez natural en estos casos, la función de investigación de aquella correspondiente al juzgamiento.”

⁴⁴⁶ “Artículo 533. Derogatoria y Vigencia. 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.**” (Negrilla fuera del original)

⁴⁴⁷ Cuando se destapó el escándalo, los asistentes de Ralito alegaron que los paramilitares los hicieron firmar un documento en blanco de asistencia al que luego le serían agregados los términos del Pacto a antojo de Mancuso (<http://www.verdadabierta.com/parapolitica/1176-firmantes-del-pacto-de-ralito-aseguran-que-fueron-presionados-y-enganados>), versión ésta que fue desmentida por Mancuso⁴⁴⁷ y

la ausencia de fuerza pública dio cabida a la formación de un ‘paraestado’ en el que las órdenes de los jefes paramilitares eran ley y su incumplimiento acarrearba la muerte; y la presentación de una vida pública de lucha contra el paramilitarismo.⁴⁴⁹

En este contexto, resulta indispensable contextualizar el momento político en el que surgen. La mayoría de los políticos que habrían de ser procesados a raíz del Pacto de Ralito y, tras ellos, la larga lista de alcaldes, concejales, gobernadores, diputados, representantes y congresistas que serían investigados por parapolítica, se enfrentaron a un momento político en el que el discurso de legitimación paramilitar pronunciado por Mancuso ante la plenaria del Congreso había perdido toda su fuerza argumentativa.

Fueron protagonistas de ese tránsito –de un discurso legitimador a un descrédito generalizado- las ex representantes Eleonora Pineda y Rocío Arias, reconocidas en los círculos políticos del momento como las congresistas del paramilitarismo. La primera de ellas, una desconocida concejal de Tierralta que con 82.000 votos se hizo con una curul en la Cámara. La segunda, una de las más polémicas congresistas de su momento, recordada por sus visitas a paramilitares en la cárcel de Itagüí, su propuesta del acto legislativo contra la extradición y su campaña política con el desmovilizado bloque Cacique Nutibara de las AUC. Ambas, al parecer, cercanas al Presidente, en ese momento, de la República Álvaro Uribe Vélez, pioneras en las confesiones alrededor del Pacto del Ralito, acérrimas defensoras de los proyectos de leyes de alternatividad penal. Ambas se acogieron a sentencia anticipada tras un reconocimiento abierto de sus nexos con paramilitares bajo la plena convicción de que su actuar estaba legitimado por las negociaciones adelantadas durante el primer gobierno Uribe con las AUC, y de que la actuación de los paramilitares también estaba justificada por la ausencia del Estado en la periferia territorial y por la necesidad de contrarrestar la acción guerrillera.

La condena de las dos congresistas y más importante aún, el ostracismo político del que fueron objeto por la coalición uribista⁴⁵⁰ y en concreto, por el partido Colombia Democrática⁴⁵¹, dejaron claro que era política y jurídicamente inadmisibles cualquier nexo con los paramilitares. De ahí que todos los políticos implicados en el Pacto de

desestimada por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (Sala de Casación Penal, sentencia de 25 de noviembre de 2008, radicado núm. 26.942)

⁴⁴⁸ El ex representante José María Imbeth, uno de los firmantes del Pacto de Ralito, afirmó que asistió a Ralito como parte de un grupo de “facilitadores”, que incluía al entonces ex director del INCO, Luis Carlos Ordosgoitia, del gobierno de Pastrana (<http://www.verdadabierta.com/parapolitica/1176-firmantes-del-pacto-de-ralito-aseguran-que-fueron-presionados-y-enganados>). La misma estrategia fue utilizada por el ex presidente del Congreso, Javier Cáceres, Eleonora Pineda y Rocío Arias.

⁴⁴⁹ Esta estrategia, por lo general va acompañada de una victimización personal y/o política del implicado que pretende separarse de los victimarios identificándose él mismo como víctima de los grupos a los que lo vinculan. Un uso bastante particular de esta estrategia se evidencia en el caso del ex senador Juan Manuel López Cabrales.

⁴⁵⁰ Eleonora Pineda (<http://www.semana.com/on-line/eleonora-pineda/103649-3.aspx>) y Rocío Arias (<http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=245980>) fueron ambas purgadas de las listas uribistas y del partido Colombia Democrática.

⁴⁵¹ El partido Colombia Democrática ha sido un verdadero nicho de parapolítica. Del partido hicieron parte: Eleonora Pineda, Rocío Arias, Álvaro García Romero, Miguel de la Espriella, Eric Morris Taboada y Mario Uribe, todos condenados por parapolítica.

Ralito buscaron alguna excusa, coartada para su estrategia de defensa a fin de salvarse de la suerte de Pineda y Arias.

La primera y más reiterada estrategia de defensa “no contradictoria” se construyó de esta forma: la ausencia de fuerza pública propició la formación de un para-estado en el que las órdenes de los jefes paramilitares eran ley y su incumplimiento acarrearía la muerte. La excusa está presente en casos como el del ex senador Juan Manuel López Cabrales y su tío, el ex gobernador de Córdoba, Jesús María López. Según los caciques políticos cordobeses Mancuso había declarado objetivo militar al entonces senador, y su tío, a quien Mancuso consideraba su “segundo padre”, abogaba por su vida en una finca aledaña a donde tuvo lugar la reunión de Ralito, unas horas antes de la reunión.⁴⁵² La misma estrategia fue utilizada por el ex senador Reginaldo Enrique Montes Álvarez quien diría durante su audiencia “la disyuntiva no consistía entre no ir a la reunión o continuar la actividad política -como lo ha sostenido la Corte-, sino en salvar su vida y la de su familia”⁴⁵³. El ex senador López Cabrales habría de articular la excusa de la coacción para-estatal en su alegato en audiencia pública de la siguiente forma: “nadie que obre bajo la coacción de otro puede cometer delito y menos el de concierto para promover grupos armados al margen de la ley”.⁴⁵⁴

La segunda excusa más recurrente fue la pretensión de ignorancia. Cuando se destapó el escándalo, los asistentes de Ralito alegaron que los paramilitares les hicieron firmar un documento en blanco de asistencia al que luego le serían agregados los términos del Pacto según antojo de Mancuso⁴⁵⁵; versión que fue desmentida por el propio Mancuso⁴⁵⁶ y desestimada por la Corte Suprema de Justicia⁴⁵⁷. Otra modalidad de la pretensión de ignorancia fue la del ex senador Mario Uribe cuando alegó que su reunión con Mancuso fue fraguada por Eleonora Pineda sin tener él ningún tipo de conocimiento de la presencia del ex jefe paramilitar o del objeto de la reunión. Incluso el defensor del acusado reiteró la estrategia alegando que “Mario Uribe Escobar sólo pudo enterarse de la amistad entre Salvatore Mancuso y Eleonora ese día”.

La tercera excusa más frecuente ha sido la calidad de mediador por la paz⁴⁵⁸. El ex representante José María Imbeth, uno de los firmantes del Pacto de Ralito, afirmó que asistió a Ralito como parte de un grupo de “facilitadores”, que incluía al entonces ex director del INCO, Luis Carlos Ordosgoitia, del gobierno de Pastrana⁴⁵⁹. La misma justificación fue utilizada por el ex presidente del Congreso, Javier Cáceres, quien dijo que su reunión con alias “Juancho Dique” tuvo como único objetivo solicitarle el cese de hostilidades hacia su grupo político en un contexto en el que los políticos del Polo

⁴⁵² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de 25 de noviembre de 2008, radicado núm. 26.942.

⁴⁵³ *Ibidem*.

⁴⁵⁴ *Ibidem*.

⁴⁵⁵ <http://www.verdadabierta.com/parapolitica/1176-firmantes-del-pacto-de-ralito-aseguran-que-fueron-presionados-y-enganados>

⁴⁵⁶ <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3479504>

⁴⁵⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de 25 de noviembre de 2008, radicado núm. 26.942.

⁴⁵⁸ <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2493647>

⁴⁵⁹ <http://www.verdadabierta.com/parapolitica/1176-firmantes-del-pacto-de-ralito-aseguran-que-fueron-presionados-y-enganados>

Democrático eran objetivos militar de los paramilitares. A esta estrategia se unieron Eleonora Pineda y Rocío Arias, así como Mario Uribe, cuyo defensor alegó que la reunión con Mancuso a la que lo condujo Eleonora Pineda no tuvo otro objeto que las negociaciones de paz: “Mario Uribe se reunió una sola vez con el entonces jefe paramilitar para hablar de la eventual desmovilización de sus hombres”.⁴⁶⁰

La cuarta estrategia más común es la presentación de una vida pública de lucha contra el paramilitarismo. Esta estrategia, por lo general va acompañada de una victimización personal y política del implicado que pretende separarse de los victimarios identificándose él mismo como víctima de los grupos a los que lo vinculan. Un uso bastante particular de esta estrategia se evidenció en el caso del ex senador Juan Manuel López Cabrales, quien se defendió ante la Corte Suprema alegando que había denunciado ante Fiscalía General de la Nación, Procuraduría y el mismo Presidente de la República la parapolítica en Córdoba; que su grupo político “mayorías liberales” fue objetivo militar de los paramilitares; y que él mismo fue víctima de un secuestro ordenado por la casa Castaño. El defensor del acusado argumentó que “el doctor López Cabrales mantuvo una persistente confrontación con los autodefensas: fue perseguido, secuestrado, declarado objetivo militar en varias oportunidades y su grupo político desplazado de instituciones oficiales, hechos todos que son muestra de que nada lo une a grupos ilegales”.

En cuanto a las estrategias de defensa que tienden a desvirtuar las pruebas concretas aportadas al proceso, que hemos llamado estrategias “contradictorias”, los imputados por parapolítica han arremetido contra la persona del paramilitar denunciante, contra el testimonio que fundamentaba su acusación o contra la lógica que va detrás de la dinámica global de retroalimentación entre los procesos de Justicia y Paz y Parapolítica.

Al más puro estilo mafioso, en primer lugar, se escenifica la agresión contra la persona del acusado mediante la descalificación del mismo como denunciante en tanto sujeto procesal indigno de confiabilidad. En el tan referido caso de Mario Uribe el ex senador no dudó en afirmar que Salvatore Mancuso, el testigo clave en el proceso en su contra, era un “bandido, manipulador y mitómano”⁴⁶¹, refiriéndose al mismo en estos términos: “Mancuso es extremadamente contradictorio, cíclico. Tiene unas características muy especiales, es megalómano, mitómano, manipulador, rasgo sicopático”⁴⁶². Otra técnica de descalificación del denunciante la encontramos en el caso de Eric Morris Taboada⁴⁶³, en el que el procesado deliberadamente ataca al

⁴⁶⁰ No hay que perder de vista que el acuerdo de Santa Fé de Ralito suscrito entre el Gobierno y la cúpula de las AUC con el fin de “dar inicio a un proceso de paz” y lograr “la paz nacional, a través del fortalecimiento de la gobernabilidad democrática y el restablecimiento del monopolio de la fuerza en manos del Estado”, tuvo lugar el 15 de julio de 2003, con lo que la fase exploratoria que podría considerarse legítima seguramente no puede incluir pactos como los de Ralito (julio de 2001), Chivolo (septiembre de 2000) y Pivijay (noviembre de 2001).

⁴⁶¹ http://www.laopinion.com.co/noticias/index.php?option=com_content&task=view&id=366389&Itemid=143

⁴⁶² *Ibidem*.

⁴⁶³ En el caso contra Eric Morris Taboada el testigo clave fue Jairo Castillo Peralta, alias “Pitirri”, quien a pesar de que ha colaborado en los procesos contra Mario Uribe, Álvaro García y el mismo Taboada, no lo hizo en el marco de la ley de Justicia y Paz. La mención del caso se hace por tratarse de la primera sentencia de parapolítica contra un congresista pronunciada por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

testigo clave en su contra, alias “Pitirri”, denunciando que sus declaraciones no obedecen sino a su interés por ver a su familia reubicada en Canadá, tal como él lo estaba como beneficiario del plan de protección de testigos. En efecto, denuncia el defensor del procesado: “La única actividad en la que ha tenido fortuna Castillo ha sido en la de informante de las autoridades, que es donde encontró “un filón” que ha sabido explotar, en el que quizás halló una forma de salir de las condiciones deplorables en las que vivía con su familia”.

En segundo término, se configura la agresión contra el testimonio, presente en prácticamente todos los casos de parapolítica. Es decir, se buscan vacíos y contradicciones en el testimonio del testigo paramilitar clave, tanto en el interior del testimonio rendido ante la Corte Suprema de Justicia, como en el conjunto de los testimonios rendidos por el paramilitar, ya sea ante la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría, la Corte Suprema o ante la prensa; o también entre los testimonios de varios paramilitares, independientemente del contexto en los que fueron pronunciados; o finalmente, entre los testimonios del testigo clave paramilitar y los de otras personas no paramilitares cuya declaración puede ser relevante dada su cercanía con la organización paramilitar.

La agresión contra el testimonio está presente en todos los casos por parapolítica. Dada la naturaleza de la estrategia, en cada caso asume una forma diferente. En razón de la casuística de la estrategia no conviene detenernos a referir casos en concreto, baste sencillamente, para tener una idea de su aplicación práctica, una cita de la intervención de Mario Uribe en la audiencia pública del juicio en su contra: “Ningún cargo, entonces, puede deducirse del testimonio de Mancuso. Pero no sólo por sus contradicciones: no pudo aclarar cuándo conoció a Mario Uribe, ni cuántas reuniones sostuvo, ni el orden de las mismas, ni las fechas, ni los temas tratados, ni quiénes fueron los asistentes, ni a qué fueron”. La cita no trata de la agresión por contradicción del testimonio sino por su insuficiencia, que busca que la denuncia en su contra contenga el detalle del tiempo, modo y lugar del concierto del que se le acusa, una pretensión apenas razonable y por tanto efectiva y reiterada.

En tercer lugar, se acude a la agresión contra la lógica global del proceso a través de la crítica a la dinámica de un proceso que, basado en las versiones libres de quienes actuaron en la ilegalidad cometiendo asesinatos, masacres, extorsiones y secuestros, investiga y juzga a los funcionarios del Estado, a los defensores de la vida, honra y bienes de todos y cada uno de los ciudadanos de la República. La crítica radica precisamente en juzgar a “justos” con fundamento en las declaraciones de los “pecadores”.

López Cabrales, por ejemplo, en su alegato en audiencia pública expresó: “¡Quien (sic) lo creyera, el que enfrentó a las autodefensas puede terminar condenado por lo que dicen delincuentes dentro de un proceso de paz mentiroso!”. Los casos de Montes y Uribe se refieren al testigo paramilitar clave en el proceso de la parapolítica: Salvatore Mancuso. Según se vino a saber⁴⁶⁴, en vísperas de su primera sesión de versión libre

⁴⁶⁴ A continuación la forma como el país se enteró de estos eventos. El día que a Mancuso le comunicaron que sería extraditado comisionó a uno de sus amigos para recoger “un par de memorias de computador portátil, dos discos duros y varias tarjetas de teléfonos celulares” escondidos en el aire

(15 de mayo de 2007), Mancuso citó a Miguel de la Espriella y a Eleonora Pineda a una reunión en su celda en Itagüí, en la que les reveló su intención de desatar lo que él llamó un “tsunami” político⁴⁶⁵, con el objetivo de destapar a todos y cada uno de los políticos relacionados con las AUC, independientemente de su cargo. Les pidió su colaboración para recordar nombres, fechas y reuniones y les dijo que la idea era “hacerle ver al mundo que fue el Estado el que nos reclutó y luego nos apoyó”, encargando a cada uno la revelación de ciertos hechos. Del conocimiento que se tuvo de este episodio, Morales y Uribe arremetieron contra la lógica del proceso. Acusaron a Mancuso de “construir una verdad de acuerdo a sus particulares y protervos intereses”⁴⁶⁶.

Especificidades del ejercicio probatorio

Lo primero que hay que recordar es que este tipo de causas se tramitan bajo las reglas demostrativas de la Ley 600 del 2000⁴⁶⁷. Sin embargo, la CSJ ha desarrollado ciertas consideraciones generales a propósito de las particulares dinámicas de comisión de estos delitos y la dificultad intrínseca de obtener pruebas concluyentes sobre la relación entre aforados y estructuras paramilitares. En síntesis, ha dicho: (i) que resulta difícil por no decir imposible, obtener prueba directa que pueda documentar dicho nexo “pues quienes hacen parte de los mismos buscan que se mantengan clandestinos y la opinión pública no conozca de ellos”; este trance sin embargo no impide que por vía de inferencia se dé por demostrada su existencia; (ii) que la ocurrencia del injusto típico debe hacerse patente bajo el principio de racionalidad probatoria, sin negar con ello trascendencia a los factores contextuales en que se enmarque la acusación; (iii) que hallándose demostrada la calidad de los grupos paramilitares como aparatos de poder, debe acreditarse el grado de cercanía e influencia que el procesado goza dentro de dicha organización; y, (iv) que en la valoración de cada uno de los medios de prueba (testimonios, pruebas técnicas,

acondicionado y un iPod que se debía de encontrarse sobre su escritorio. Se trataba ni más ni menos del depósito más sorprendente de información sobre paramilitares y parapolítica. Para desgracia de la justicia y de la historia nacional, los objetos escondidos en el ventilador fueron exitosamente retirados. El único objeto que el comisionado de Mancuso no pudo recuperar fue su iPod de 160 gigas, del cual no se conoce su paradero, sólo que fue robado por uno de los paramilitares desmovilizados recluidos en Itagüí y una de las cientos de grabaciones que Mancuso tenía registradas: la celebrada entre Mancuso, Pineda y De la Espriella.

⁴⁶⁵[http://www.cambio.com.co/paiscambio/808/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_CAMBIO-4735650.html?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+cambio%2Ftitulares+\(Cambio.com.co+-+Titulares\)](http://www.cambio.com.co/paiscambio/808/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_CAMBIO-4735650.html?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+cambio%2Ftitulares+(Cambio.com.co+-+Titulares))

⁴⁶⁵<http://www.cambio.com.co/archivo/documento/CMS-4702581>

⁴⁶⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de 25 de noviembre de 2008, radicado núm. 26.942.

⁴⁶⁷ Frente a la adopción de los mandatos contenidos en la Ley 600 en materia probatoria, puede resaltarse los siguientes elementos, que: (i) El asunto en cada una de sus fases debe responder al nivel cognoscitivo requerido para continuar con la persecución penal, (ii) Para dictar sentencia condenatoria es imprescindible acreditar mas allá de toda duda la existencia de la conducta endilgada y la responsabilidad del procesado, (iii) En cumplimiento del principio de investigación integral debe inquirirse tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del imputado (iv) Dada la tendencia inquisitiva del proceso, prima el postulado de “permanencia de la prueba”, sin que ello vulnere el derecho de contradicción de las partes.

documentos, indicios, etc.) debe tenerse en cuenta el ideario y la forma de operación de las agrupaciones paramilitares.⁴⁶⁸

El punto de partida es, pues, que la imposibilidad de obtener prueba directa del delito de concierto para delinquir no impide que por vía de inferencia se dé por demostrada su existencia. Para tal efecto, las construcciones indiciarias deben servirse de los postulados de la sana crítica, dando el alcance adecuado al hecho indicador que aparezca confirmado en el juicio. El caso Hernández Molina, es ilustrativo al efecto. La Corte, encontró que su candidatura única a la Gobernación del Cesar no había sido el resultado de consensos partidistas sino una decisión originada en los acuerdos y compromisos pactados con el bloque Norte de las autodefensas liderado por “Jorge Cuarenta”. El hecho probado que determinó tal inferencia fue el retiro forzado de la aspiración de Cristian Moreno a ese cargo de elección popular.⁴⁶⁹ En el caso Rangel Sosa se presentó un esquema indiciario un poco más complejo: demostrado por una parte el nombramiento que había hecho el ex senador Blanca Dilia Duque Gaviria (hermana del jefe paramilitar Iván Roberto Duque Gaviria, alias Ernesto Báez) en su Unidad de Trabajo Legislativo, y por otra, que esa clase de designaciones obedecían exclusivamente a motivos de parentesco o amistad (sin que la susodicha encajara en alguna de estas dos categorías), permitió concluir al juzgador la existencia de fuertes nexos políticos entre imputado y las autodefensas, representados en la adjudicación de importantes cargos de poder.⁴⁷⁰

Es interesante observar que además de los rasgos propios de la valoración probatoria en este tipo de casos, la Corte ha vinculado este ejercicio con el bien jurídico protegido por el concierto para delinquir agravado de la siguiente forma: “(...) desde el punto de vista probatorio, se ha planteado por parte de la Corporación que la prueba del acuerdo para promover grupos armados ilegales, ha de establecerse a partir del examen de los roles funcionales y, en consecuencia, en la identificación de las distorsiones en esa materia. (...) Es decir, el ejercicio jurídico de atribución de responsabilidad implica un desvalor ex ante de la conducta, que permita sostener el peligro que representa el acuerdo para promover dichas organizaciones, y un examen ex post orientado a identificar la distorsión de la función estatal, como prueba del injusto mismo.”⁴⁷¹

De todo lo anterior es posible concluir que existe un enfoque “diferenciado y especializado” en la estimación probatoria frente a casos de parapolítica.⁴⁷² Si bien no

⁴⁶⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de febrero de 2010, radicación 32805.

⁴⁶⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 05 de mayo de 2010, radicado no. 32712

⁴⁷⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 15 de septiembre de 2010, radicado no. 28835

⁴⁷¹ Ver, entre otras: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de mayo de 2011 contra LUIS HUMBERTO GÓMEZ GALLO. Radicado no. 32.792 ; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de Única Instancia del 10 de marzo de 2011 contra CIRO RAMÍREZ PINZÓN, Radicado No. 26.948 ; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de Única Instancia del 29 de septiembre de 2010 contra CARLOS ARMANDO GARCÍA ORJUELA, Radicado No. 29.632.

⁴⁷² Ello, por supuesto en el respeto de los principios de imparcialidad y objetividad del juez natural, y el derecho a la igualdad de los sujetos procesales.

existe en este tipo de causas un medio de prueba que posea *per se* mayor o menor peso demostrativo, pues en materia penal no se ha establecido el sistema de tarifa legal, lo cierto es que los pactos han sido considerados como evidencias con alto grado de convencimiento sobre el fenómeno paramilitar para probar la punibilidad del concierto para delinquir. El Pacto de Ralito es el mejor ejemplo. Tenida como pieza documental, este acuerdo fundamentó la condena de Reginaldo Montes, Juan Manuel López Cabrales, Miguel de la Espriella, Salvador Arana Sus, entre otros políticos de diverso nivel. La Corte desestimó los ataques a la legitimidad de esta prueba documental, sobre todo, desde una lectura sistemática y articulada con los múltiples testimonios rendidos en dichas causas.

Frente a dichas dificultades probatorias, si bien no es posible establecer generalizaciones, sí es posible extraer algunas consideraciones sobre el ejercicio de valoración probatoria de la CSJ, su respuesta a los desafíos planteados por la defensa y sus innovaciones en esta materia.

- a) Ante testimonios contradictorios, la confrontación de las declaraciones con el acervo probatorio determina cual es la versión correcta. Por aplicación del principio de comunidad de la prueba (interpretación conjunta), el juez de la causa debe corroborar cuál de los relatos encaja con lo demostrado en otros medios de prueba. La regla persiste con la valoración de evidencias no testimoniales.

En el caso Builes Correa se hallaron contrapuestas las aseveraciones de los testigos sobre los posibles vínculos del ex senador con las AUC; de un lado estaban los múltiples deponentes referidos por la defensa, que haciendo parte del movimiento político “Por una Urabá Grande, Unida y en Paz”, confluyeron en que la organización paramilitar no intervino en su proyecto político y que sus logros fueron obtenidos de manera legítima, y de otro los “comandantes” paramilitares Fredy Rendón Herrera, alias el Alemán, ÉverVeloza García, alias H.H. y Raúl Emilio Hasbún, alias Pedro Bonito, entre otros, que coincidieron en afirmar que las autodefensas sí se inmiscuyeron y de lleno en los asuntos políticos del Urabá antioqueño, aliándose con líderes regionales y locales. La Sala concedió mérito a estas últimas declaraciones, al tener en cuenta diversos estudios documentales que señalaban para la época de los hechos investigados, un alto nivel de infiltración de la organización ilegal dentro de las facciones políticas existentes en la zona de influencia electoral del imputado.

También es ilustrativo el caso de alias “Juancho Dique”, uno de los primeros beneficiarios de la Ley de Justicia y Paz, y quien se convirtió en testigo clave en el proceso que se adelanta en contra del ex presidente del Congreso, el ex senador Javier Cáceres, por presuntos vínculos con narcotraficantes. Si bien en 2008 había declarado ante la Procuraduría que el ex senador Cáceres no tenía ninguna clase de vínculos con los paramilitares, en 2010 durante el juicio contra el ex representante Miguel Ángel Rangel Sosa, denunció los nexos paramilitares del ex senador Cáceres y lo relacionó con el ex gobernador de Bolívar, Libardo Simancas, cuya llegada a la gobernación se debió al apoyo de Salvatore Mancuso. Según el postulado, su primera declaración respondió a amenazas del propio Cáceres y su abogado en el sentido de que él sería

extraditado y su mujer encarcelada. La Corte Suprema de Justicia terminó por aceptar el testimonio cambiante del ex jefe paramilitar.⁴⁷³

- b) Para dar por probado un hecho, no debe existir discordancia de carácter sustancial entre los medios de prueba que lo acrediten. La falta de precisión sobre cuestiones accesorias, no esenciales del suceso no le resta poder persuasivo al dicho de la prueba, y por el contrario debe entenderse como manifestación lógica de los procesos de memoria y aprehensión del conocimiento.

En el caso García Romero se probó la responsabilidad del ex senador por ordenar la muerte de la docente Georgina Narváz, y las inexactitudes sobre el momento y la forma como se determinó su homicidio no restaron crédito a su intervención como autor intelectual del punible.⁴⁷⁴ En el caso Martínez Sinisterra, determinar si el grado de influencia social, económica y militar de las AUC en Buenaventura fue “total” o fue “parcial”, resultaba “una discusión bizantina” en palabras de la Sala, para establecer la forma como el Bloque Calima y su Frente Pacífico en Buenaventura incidieron en las comunidades del puerto para obtener el apoyo electoral hacia el imputado.⁴⁷⁵

- c) El cuestionamiento sobre la personalidad de un testigo, su estatus o idoneidad, resulta insuficiente para negarle valor probatorio a lo declarado. En estos casos sólo se impone un análisis más riguroso de la declaración pues “nadie más idóneo que los propios paramilitares, más aún sus dirigentes o comandantes, para saber qué crímenes cometieron, con quién lo hicieron, o quiénes los promocionaron y apoyaron”. En estos casos se extrema la aplicación de las reglas de la sana crítica para identificar si existe interés indebido del declarante frente a la suerte del imputado y se impone su confirmación con datos circunstanciales o indirectos que le dan consistencia.

En el caso Quintero Villalba, la Corporación concedió plena credibilidad a la declaración al antiguo jefe del Bloque Elmer Cárdenas, el desmovilizado Freddy Rendón Herrera alias 'El Alemán' quien en cumplimiento de sus deberes de postulado dentro de la Ley 975 “Justicia y Paz” estaba obligado a confesar sus propios crímenes, pero además como testigos de excepción podía delatar efectivamente a sus partícipes, colaboradores o promotores.⁴⁷⁶ En el caso Builes Correa la Sala determinó que no estaba probado que Fredy Rendón Herrera fuera un “sociópata”, “mitómano”, “eufemista”, “incapaz de remordimiento”, como afirmaba la defensa. Dijo la Corte: “Será un delincuente, pues por algo está dedicado a declarar y confesar crímenes propios y ajenos, cometidos sistemáticamente por años, dentro de un proceso de justicia transicional; pero eso no lo hace un ser irredimible frente al estado natural del

⁴⁷³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 17 de agosto de 2010, radicado no. 26585.

⁴⁷⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 23 de febrero de 2010, radicado no. 32805.

⁴⁷⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 08 de junio de 2011, radicado no. 30097

⁴⁷⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 27 de septiembre de 2009, radicado no. 34963

hombre, fundado en la verdad. Si alguien pensó que pudiera ser enfermo psicológico o débil de mente, debió haber propiciado oportunamente su experticia para que se diera un concepto autorizado, sustentado científicamente; pero lo que la Corte no puede aceptar es que se supla la ciencia por la simple autoridad, para arribar a semejantes imperfecciones intelectuales. Un concepto así, sacado de la nada, raya con lo ilegal.”⁴⁷⁷

- d) En materia de retractación, para la Corte no hay una anulación automática y es necesario determinar el motivo de la misma para establecer cuál de las dos versiones resulta atendible. En tal sentido, ha precisado: “Acerca de la valoración de la “retractación” se ha sostenido que cuando el testigo se retracta de sus aseveraciones, no puede, sin más, concluirse que en su última intervención dice la verdad [...] tampoco sin análisis podría decirse que su primera intervención es la que más se ajusta a ese fin perseguido como es la verdad, por tal razón, hay que emprender un trabajo analítico de comparación y nunca de eliminación, a fin de establecer en cuáles de las distintas y opuestas versiones, el testigo dijo la verdad.”⁴⁷⁸

En el caso García Angarita, la declaración rendida por el desmovilizado Ricaurte Soria Ortiz ante la Sala de Casación Penal en audiencia de juicio, resultó completamente contraria a lo sostenido por él mismo a lo largo del proceso, en relación con el pago de cuarenta millones de pesos por parte del procesado para financiar el Bloque Tolima de las AUC y hacerse por segunda vez a la alcaldía de Valle de San Juan. A dicha retractación, siguieron sin ninguna explicación la rescisión de todos los testimonios ofrecidos por este Bloque paramilitar. La Corte encontró que la falta de justificación de la retractación y su carácter colectivo debía leerse como un indicio grave y concurrente del concierto para delinquir agravado en que incurrió el político tolimense.⁴⁷⁹

- e) Además de estas consideraciones que responden en general a las llamadas estrategias de defensa “contradictorias”, la Corte ha desarrollado una serie de principios probatorios innovadores con el propósito de confirmar los nexos de políticos con paramilitares y consolidar un acervo indiciario suficiente. En este sentido, los principios innovadores implementados por la Corte Suprema de Justicia, son tres: (i) el análisis de las fluctuaciones temporales irregulares del caudal electoral; (ii) las coincidencias geográficas entre picos electorales y la ruta de expansión militar; y (iii) la construcción indiciaria a partir de las relaciones y alianzas políticas del político investigado con otros políticos ya condenados por parapolítica.

⁴⁷⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 17 de agosto de 2010, radicado no. 26585

⁴⁷⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de septiembre de 2010, radicado no. 28835

⁴⁷⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 14 de diciembre de 2009, radicado no. 27941

Las dos primeras estrategias, ideadas e impulsadas desde el ámbito de la investigación en ciencia política⁴⁸⁰, consisten en un análisis temporal y geográfico del caudal electoral del político implicado y la tercera consiste en la búsqueda de alianzas políticas del implicado con “parapolíticos” condenados con el fin de determinar el grado de compenetración con la estructura paramilitar.

Sobre el análisis de las variaciones electorales son ilustrativos los casos, ya mencionados, de Eleonora Pineda (saltó de 748 votos que apoyaron su candidatura al Concejo de Tierralta, a 82.082 votos que le valieron una curul en la Cámara de Representantes)⁴⁸¹; de Miguel de la Espriella (ex senador con un altísimo caudal electoral en Valencia, Tierralta, San Antero y Pueblo Nuevo, Córdoba, municipios donde se movía ampliamente el Bloque Catatumbo comandado por Salvatore Mancuso)⁴⁸²; y de Álvaro García (ex senador que luego de obtener 38.111 votos en 1998, pasó a 58.506 en 2002, con incrementos particularmente notables en la región de La Mojana, de conocida influencia paramilitar)⁴⁸³. Pero tal vez el caso más importante de todos sea el de Mario Uribe en el que la Corte hizo de las tendencias electorales y de su concentración una verdadera pieza probatoria que compatibilizó con las declaraciones rendidas por Salvatore Mancuso y Eleonora Pineda. La Corte encontró inexplicables las fluctuaciones electorales en Sahagún, Montelíbano, Planeta Rica y Chinú entre 1998, 2002 y 2006⁴⁸⁴. Y más que eso, este caso evidencia una nueva preocupación por parte de los políticos implicados en el escándalo de la parapolítica por contradecir esta pieza procesal. Mario Uribe intentó infructuosamente justificar las fluctuaciones electorales como el resultado de alianzas políticas con Otto Bula y Mariano Cura Demoya, y por supuesto, con su primo y gran aliado, Álvaro Uribe.

Estas radiografías geopolíticas desarrolladas en los primeros años de la parapolítica, en particular por la investigadora Claudia López y la corporación Nuevo Arcoiris, muy pronto fueron implementadas por la Corte Suprema de Justicia en el caso del ex gobernador del Cesar y ex senador Mauricio Pimiento. La investigación emprendida por la Corte Suprema sobre la parapolítica en el Cesar tenía implicados a Pimiento y al ex senador Álvaro Araújo, sobre quienes existían declaraciones de Rafael García (“El ventilador del DAS”) que había revelado los vínculos de ambos congresistas con los paramilitares al mando de alias “Jorge 40”. Según las declaraciones del ex jefe de informática del DAS, “Jorge 40” habría fragmentado políticamente al departamento del Cesar, destinando el departamento a favor de Araújo y la constelación de

⁴⁸⁰ El origen data de los primeros años del proceso de la parapolítica que estuvo protagonizado por la opinión pública, y en especial por la investigadora Claudia López quien fue pionera en la implementación de ambas estrategias probatorias. Sus radiografías geopolíticas muy pronto fueron implementadas por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en el caso del ex gobernador del Cesar y ex senador Mauricio Pimiento. La investigación emprendida por la Corte Suprema sobre la parapolítica en el Cesar tenía implicados a Pimiento y al ex senador Álvaro Araújo, sobre quienes existían declaraciones de Rafael García (“El ventilador del DAS”) que había revelado los vínculos de ambos congresistas con los paramilitares al mando de alias “Jorge 40”.

⁴⁸¹ <http://www.semana.com/on-line/exitosa-estrategia-politica-ralito/98587-3.aspx>

⁴⁸² *Ibidem*.

⁴⁸³ Sentencia Álvaro García Romero.

⁴⁸⁴ Sentencia Mario Uribe: "cómo puede alguien, quien quiera que sea, que no es de la región y que tiene una vinculación de otra especie más que política, obtener unos niveles de votación como nunca los había tenido y luego volver a sus cauces normales sin mayor explicación".

municipios mineros norteños a favor de Pimiento. La Corte comenzó su investigación a partir de las declaraciones de García e identificó aquellos municipios en los que Pimiento y García obtuvieron más del 30 del total⁴⁸⁵. Conociendo los nombres de los municipios los ubicó geográficamente en el departamento y confirmó la repartición electoral descrita por García: el sur pertenecía a Araújo⁴⁸⁶ y el llamado G-8 (i.e. los municipios mineros norteños) pertenecían a Pimiento⁴⁸⁷. Las tendencias electorales y su ubicación geográfica fueron complementadas con pruebas testimoniales y documentales que confirmaron las relaciones de Pimiento con las fuerzas paramilitares.

Al igual que en el caso de Uribe, no sólo la Corte acogió el lenguaje utilizado por las mencionadas investigaciones y la prensa misma para fines probatorios. También lo hizo el acusado. Pimiento rechazó las estrategias geopolíticas utilizadas por Nuevo Arcoiris y la Corte Suprema, afirmando: “el estudio de Claudia López no resiste ningún análisis científico, se basa en meras conjeturas cuando no en sospechas” y “los resultados electorales del Senador superiores al 30%, no son indicadores de su responsabilidad penal”, y justificó las tendencias electorales en los municipios mineros en virtud de su alianza política con el ex representante Jorge Enrique Ramírez Uribe. La Corte Suprema en todo caso encontró sospechoso que a pesar de su “retiro” de la vida pública entre 1998 y 2001, en el 2002 hubiera obtenido resultados tan satisfactorios.⁴⁸⁸

En cuanto a los indicios elaborados a partir de los vínculos con otros políticos o personajes locales con conexiones y alianzas notorias con los grupos paramilitares, lo cierto es que el avance del proceso permitió la creación de un registro rico en información sobre los políticos relacionados con paramilitares, su afiliación política, sus aliados políticos, su zona geográfica de influencia, etc. Esto permitió a la opinión pública y a la justicia ubicar en el mapa político del país nodos y alianzas y, a partir de ahí, buscar dentro del radio político más cercano de los procesados a personas con notorios nexos con los paramilitares, incluidos otros parapolíticos ya condenados. Se trata de una estrategia probatoria relativamente reciente pues, como se puede constatar, requiere de un cierto grado de avance en el proceso contra la parapolítica.

De nuevo, uno de los casos donde la estrategia adquirió todo su vigor probatorio fue el del ex senador Mario Uribe. El Ministerio Público formuló su posición⁴⁸⁹ reconociendo que a pesar de que no existía evidencia que Uribe hubiera celebrado pacto político alguno con Mancuso, debió haber sabido que al aliarse con Eleonora Pineda “se aliaba

⁴⁸⁵ <http://www.elespectador.com/node/14093/>

⁴⁸⁶ “En la zona sur, desde Curumaní hasta San Alberto, el doctor Araújo Castro consiguió un total de 19.766 votos y 3.002 el doctor PIMIENTO BARRERA”.

⁴⁸⁷ “En la zona noroccidental, desde El Copey hasta Chimichagua, conformada por los municipios del denominado G-8, el doctor Araújo Castro obtuvo 2.260 sufragios y el doctor PIMIENTO BARRERA 21.012”.

⁴⁸⁸ Sobre el detalle de la dialéctica de las estrategias probatorias véase la sentencia contra el ex senador Mauricio Pimiento.

⁴⁸⁹ En el caso contra Mario Uribe la posición del Ministerio Público cambió entre la sentencia que ordena su captura y la sentencia condenatoria. En un primero momento el Ministerio encuentra suficientemente probado que Uribe tuvo vínculos con el paramilitarismo, pero luego considera que el acervo probatorio no crea la suficiente certeza para que se le condene.

con el paramilitarismo”⁴⁹⁰. En el mismo lenguaje, el defensor negó esa “relación de contaminación” y alegó que: “Mario Uribe Escobar sólo pudo enterarse de la amistad entre Salvatore Mancuso y Eleonora ese día, ya que de la relación política o ilegal entre estos personajes solo vino a saberse años después, cuando ella y Miguel de la Espriella decidieron aceptarla a los ojos del país, hecho que llevó a Mario Uribe Escobar a expulsar a la entonces congresista del Partido Colombia Democrática cuando esos pactos se conocieron”. Para la Corte Suprema, la cercanía de Uribe con Pineda dotaba de contenido a la reunión con Mancuso (búsqueda de apoyo electoral) y explicaba los atípicos resultados electorales del ex senador. En concreto, la Corte dijo: “De otro modo, qué sentido tendría que Eleonora Pineda le informara a Salvatore Mancuso que hizo éste o tal acuerdo -como lo dijo-, si no fuera porque requería el beneplácito del jefe paramilitar, algo indispensable tratándose de una candidata sin mayor figuración, que no obstante y sin mayores pergaminos obtuvo el respaldo de un número considerable de fuerzas políticas”⁴⁹¹

Lo anterior evidencia las complejidades y dificultades del ejercicio probatorio y llama la atención sobre la cuestión de los recursos humanos y materiales con que debe contar el organismo que haga este tipo de investigaciones. Igualmente, sugiere la pregunta por la necesidad y conveniencia de una cierta flexibilización -ponderada y motivada-, de las rigideces y formalismos relativos al ejercicio probatorio.⁴⁹²

6. Los delitos y las formas de autoría

El eje vertebral de los procesos por parapolítica ha sido el tipo punible de concierto para delinquir agravado. Han sido pocos los casos donde la Corte ha ventilado situaciones de concurso de delitos. En las reducidas ocasiones donde se ha planteado, han primado las categorías de heterogeneidad (vulneración de varios bienes jurídicos) y de transgresión sucesiva (varias acciones). Entre las infracciones que han sido juzgadas en concurso con el delito de concierto para delinquir agravado se encuentran afectaciones a los mecanismos de participación democrática (casos Araujo Castro, Vives Lacouture y Pimiento Barrera)⁴⁹³, delitos contra la administración pública (caso

⁴⁹⁰ La cita completa es: “(...) en todo caso no porque el doctor [nombre] hubiera pactado con Salvatore Mancuso asumir el debate político con el apoyo de las autodefensas, sino porque al hacerlo con Eleonora Pineda, debía saber que se aliaba con el paramilitarismo”.

⁴⁹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia del 21 de febrero de 2011, radicado no. 27.918

⁴⁹² Piénsese, por ejemplo, en el debate que tuvo lugar entre la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA y la Procuraduría en el año 2009 sobre la posibilidad de realizar entrevistas a los testigos previas al testimonio.

⁴⁹³ En el caso Vives Lacouture (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia del 1 de agosto de 2008, radicado no. 26470) se demostró ampliamente la alteración de resultados electorales, al obtener para los comicios del 2002 una votación cercana a la unanimidad en la zona sur del departamento del Magdalena, mientras que en las elecciones del 2006 dicho censo decayó exponencialmente. Este comportamiento irregular que según las reglas de la experiencia que alude la Corte Suprema sólo se puede explicar como el resultado de un fraude al electorado, pues el acervo probatorio de caso, permitió reconocer que dicha anomalía en el proceso y resultado no fue consecuencia de los acuerdos políticos con líderes regionales, que rara vez tienden a la univocidad, sino fruto del consenso con fuerzas ilegales. Dado que desde el punto de vista de los amplificadores del tipo penal, la comisión del delito de alteración de resultados, aplica tanto al que ejecuta la conducta como quien determina su realización, Vives Lacouture fue declarado culpable como determinador de la conducta, resaltando que se logró la alteración de resultados a través de medios distintos al

Velasco Chaves y García Romero)⁴⁹⁴ y ataques contra la vida e integridad de la persona (caso Arana Sus y García Romero). Las consideraciones sobre este tipo de hechos han sido breves pero incisivas sobre su gravedad y el gran daño social que generan.

Sobre la judicialización de conductas contrarias a los mecanismos de participación democrática debe destacarse una situación particular. La Fiscalía General de la Nación y la Corte han resaltado diferentes hechos que denotan vulneración del sistema electoral (candidaturas únicas bajo amenaza, distribución de distritos electorales, alza en los censos electorales, votaciones virtualmente unánimes, compra de sufragios, solo de manera enunciativa) como prueba de la comisión del concierto, sin que, sorprendentemente, se haya promovido la se inicie persecución penal de dichos delitos, aún cuando aparecen sumariamente acreditadas en el proceso por concierto.

constreñimiento. En el caso Pimiento Barrera, el Alto Tribunal tildó de inadmisibles que grupos armados al margen de la ley se concertaran con altos dignatarios políticos, legisladores, etc., a fin de obtener un provecho indebido de los sufragantes y que dichos funcionarios brindaran su anuencia para tal fin e, incluso, fueran los principales promotores de tales conductas. Subrayó cómo fue coaccionado el electorado, para así perpetuarse en sus cargos como funcionarios del Estado, a cambio de su promoción dentro de la sociedad de la estructura paramilitar con una apariencia de legalidad de sus actuaciones, encontrando probado que él no realizó materialmente la acción, pero sí que con ocasión del acuerdo ilegal ingresó en la esfera de un aparato de poder que requería consolidar su política de penetración de lo público, para lo cual resultaba indispensable garantizar que personas de algún modo vinculadas con la organización alcanzaran importantes cuotas de poder. Similares consideraciones se esgrimieron en el caso Alvaro Araujo. Frente al delito de constreñimiento al sufragante la Corte ha precisado: "(i) La acción disvaliosa no necesita manifestarse en el acto de votación, porque de ser así, quedarían por fuera comportamientos ilícitos como las amenazas previas a ese momento, pese a que teleológicamente estén dirigidas a perturbar la libertad de opción que se le reconoce a todo ciudadano, (ii) La concepción del constreñimiento como figura típica es mucho más amplia, pues se trata de preservar tanto el "apoyo" o la "votación" por determinado diferenciándose de conductas destinadas a "impedir" el derecho al sufragio, (iii) el constreñimiento al sufragante se deduce de la manera como el grupo armado de las autodefensas pretendió influir en la voluntad popular, mediante amenazas concretas tendientes a impedirles a los dirigentes políticos optar por la alternativa que consideraban mejor satisfacía sus intereses mediante acciones directas que destacan la violencia empleada a través de una persistente intimidación." (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia del 16 de mayo de 2008, radicado 26470)

⁴⁹⁴ En el asunto Velasco Chaves la Corporación absolvió al Luis Fernando Velasco Chaves de los cargos acusados en su contra como posible autor del delito de cohecho. En esa ocasión, la Sala realizó las siguientes observaciones "(i) Tratándose del injusto de cohecho, debe existir una relación de imputación directa entre la entrega del dinero y el riesgo de que la imparcialidad en la toma de decisiones se vea afectada a la hora de decidir el asunto sometido al conocimiento del funcionario sobre la base del respeto al interés general (ii) La percepción pública del favoritismo no es el fundamento de la antijuridicidad, tratándose del delito de cohecho impropio, es la imparcialidad en la toma de decisiones públicas el fundamento del juicio valorativo respectivo, más aún tratándose de la función legislativa." (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia del 01 de octubre de 2009, radicado no. 29110) El Tribunal concluyó que se estaba en presencia de una comisión "aparente", pues se probó que el procesado se opuso al proyecto de reforma que pretendía conocerle status político a miembros de grupos armados al margen de la ley, al proyecto de no extradición que presentó Rocío Arias, destinado a impedir la extradición de los jefes paramilitares vinculados con procesos de negociación; y a otorgarle gabelas al paramilitarismo en materia de reparación a las víctimas. Por el contrario, existe registro que en su ejercicio legislativo exigió la confesión como fundamento de la verdad y se está en duda sobre si en esas reuniones con integrantes de las AUC acordó recibir dinero o alguna otra utilidad a cambio de interceder por una postura favorable a los intereses de dicha organización. En el caso Gracia Romero la Corte Suprema determinó que el acusado no se había apropiado de recursos públicos con el fin de financiar del grupo paramilitar de la Mojana, pero le imputó el delito de peculado por apropiación a título de determinador.

La persecución de estos ilícitos ha sido insuficiente, teniendo en cuenta las innumerables denuncias que se abstraen de los supuestos fácticos que sostienen las sanciones dictadas por parapolítica: ascenso ilegítimo de facciones políticas a cargos elección popular y retribución de favores a grupos paramilitares mediante alteración de las funciones públicas. Son pues, varias las infracciones penales autónomas por delitos diferentes al concierto para delinquir que podrían quedar impunes.

a) El concierto para delinquir agravado

Los dilemas que a propósito de la parapolítica suscita el concierto para delinquir agravado, son bien distintos de los que plantea en el ámbito de los GAOML. En este, la preocupación gira en torno a la necesidad y conveniencia – o no - de la persecución de soldados rasos, ex miembros de los grupos paramilitares, que en principio no cometieron crímenes objeto de los beneficios de la Ley 975 de 2005. Ante la ausencia de prueba de otras conductas, lo que se reprocha es su pertenencia a los mismos, acreditada por su voluntaria desmovilización. En ese contexto, en consecuencia, se estudia la posibilidad de que la pertenencia al GAOML sea tramitada por la vía del delito político, del principio de oportunidad o de un nuevo marco de justicia transicional (la ley 1424 de 2010).

En el caso de la parapolítica, por el contrario, la preocupación central es la persecución de las élites políticas que se aliaron con los grupos paramilitares para favorecer dichos grupos a la vez que obtenían ciertos beneficios. La conducta que en este caso se reprocha es primordialmente el concierto para promover GAOML. No se trata aquí de estudiar la relación entre delito político y concierto o la aplicabilidad del principio de oportunidad, sino de los desafíos que una conducta típica tan particular como ésta genera a nivel dogmático, además de los de carácter probatorio, como se vio en el apartado anterior.

No debe olvidarse que el concierto para delinquir es de entrada una figura problemática porque “puede significar en la práctica lo que la doctrina denomina la anticipación de la punibilidad o la criminalización del estadio previo a la comisión de una conducta” e incluso la consagración de la responsabilidad objetiva.⁴⁹⁵ Sin embargo, este fenómeno está muy estudiado en otros países como España en el ámbito del delito de la integración en organizaciones terroristas.

Como características generales, cabe decir que el concierto para delinquir es un tipo pluriofensivo si bien comporta un especial riesgo para el bien jurídico de la seguridad pública; es un tipo de peligro y de ejecución permanente.

El carácter pluriofensivo, se predica en la medida en que se trata de un “acuerdo criminal con la finalidad de cometer de forma permanente en el tiempo una serie indeterminada de delitos, [lo que] llevará a la inexorable vulneración de dos o más bienes jurídicos”.⁴⁹⁶ En particular, en el caso del concierto agravado para promover los

⁴⁹⁵ Alejandro Aponte, “Colombia”, en: Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Gisela Elsner (editores), *Jurisprudencia Latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2008, pp. 159-211.

⁴⁹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de Única Instancia del 27 de septiembre de 2010 contra RUBÉN DARÍO QUINTERO, Radicado No. 34.653.

GAOML, la afectación al bien jurídico “se avista con el incremento del riesgo en el que se pone a la Seguridad Pública, al potenciarse la actividad del grupo armado ilegal como consecuencia de los acuerdos comunes, que se traducen en disfunciones institucionales; es decir, no se requiere de una afectación concreta del bien jurídico objeto de tutela, solamente de la puesta en peligro del mismo, del incremento del riesgo para éste”⁴⁹⁷, esto es, según las categorías doctrinales constituiría un tipo de amenaza o peligro y no de lesión.

En otras palabras, se reprocha al político poner la función pública al servicio de los GAOML, contribuyendo así “a la causa paramilitar, como aparato organizado de poder” sin que se requiera una lesión efectiva.⁴⁹⁸

La caracterización como tipo de conducta permanente es muy relevante a efectos de los procesos de la parapolítica. Según la Corte, el concierto “debe evidenciar continuidad y permanencia en el propósito delictivo, mientras perdure esa asociación para delinquir y por ello el tipo no requiere un término específico, sino la proyección en el tiempo del propósito en el cual se persiste para la comisión, en ese caso, de la promoción de dichas agrupaciones.”⁴⁹⁹ Es decir, el concierto para delinquir alude a la idea de una asociación para el delito que, a su vez, hace pensar en la noción de pertenencia.⁵⁰⁰

⁴⁹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de mayo de 2011 contra LUIS HUMBERTO GÓMEZ GALLO. Radicado no. 32.792.

⁴⁹⁸ Ver, entre otras: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de mayo de 2011 contra LUIS HUMBERTO GÓMEZ GALLO. Radicado no. 32.792 ; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de Única Instancia del 10 de marzo de 2011 contra CIRO RAMÍREZ PINZÓN, Radicado No. 26.948 ; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de Única Instancia del 29 de septiembre de 2010 contra CARLOS ARMANDO GARCÍA ORJUELA, Radicado No. 29.632.

⁴⁹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de Única Instancia del 15 de septiembre de 2010 contra MIGUEL ÁNGEL RANGEL SOSA, Radicado No. 28.835.

⁵⁰⁰ Ver por ejemplo: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de Única Instancia del 23 de febrero de 2011 contra JOSÉ DOMINGO DÁVILA ARMENTA, Radicado No. 32.996; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de mayo de 2011 contra LUIS HUMBERTO GÓMEZ GALLO. Radicado no. 32.792.

⁵⁰⁰ En sentencias recientes, de hecho, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ha dicho: “...para que se verifique una ilícita asociación es necesario que: a) Varias personas se reúnan o intervengan desde el punto de vista fenomenológico. Por dicha razón resulta viable sostener que se trata de un punible de carácter plurisubjetivo (por la arista activa). b) Que exista un compromiso, acuerdo, arreglo, trato o convenio; o una alianza, componenda o connivencia, contentiva de distintas voluntades, que, con propensión de permanencia, busque consolidar un designio compartido que no es otro distinto que la comisión de infracciones penales.” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de Única Instancia del 23 de febrero de 2011 contra JOSÉ DOMINGO DÁVILA ARMENTA, Radicado No. 32.996; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de mayo de 2011 contra LUIS HUMBERTO GÓMEZ GALLO. Radicado no. 32.792). Cabe recordar en este sentido que el código de 1936 ya consagraba el tipo de asociación delictiva, antecedente legislativo de la figura del concierto para delinquir que se incorporó en el artículo 186 del código de 1980 (capítulo “Del Concierto, el Terrorismo y la Instigación”), y que, tras ser modificado por la ley 365 de 1997, rezaba: “Concierto para delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por ese solo hecho, con prisión de tres (3) a seis (6) años. Si actuaren en despoblado o con armas, la pena será prisión de tres (3) a nueve (9) años. Cuando el concierto sea para cometer delitos de terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para conformar escuadrones de la muerte, grupos de justicia privada o bandas de sicarios la pena será de prisión de diez (10) a quince (15) años y

Sin embargo, a diferencia de lo dicho en relación con los casos de desmovilizados (mencionados en el capítulo 1, parte 2, de este documento), en el caso de los parapolíticos la pertenencia no es la regla. En estos casos, la corte ha aludido a la idea de promoción –y de acuerdos para promover- y sólo en casos muy específicos donde la implicación de los políticos en la actuación criminal de los bloques paramilitares es evidente, ha afirmado la pertenencia del político al GAOML⁵⁰¹.

7. Dificultades

¿Los desmovilizados ‘conforman’ y los parapolíticos ‘promueven’ los GAOML?

A primera vista podría decirse que esta distinción encuentra sustento en el artículo 340 que distingue entre el concierto simple (asociación para cometer delitos indeterminados), el concierto agravado (asociación para cometer ciertos delitos graves, incluida la promoción y organización de GAOML) y la efectiva promoción, conformación, organización, etc. del concierto.

Sin embargo, el uso diferenciado de verbos o caracterización de la conducta que hace la Corte según se trate de desmovilizados (pertenecer o conformar) o de parapolíticos (concertarse para promover o promover) no implica, en sus decisiones, que se condene por modalidades diferentes del concierto. En ambos supuestos se aplica el concierto para delinquir agravado de conformidad con el inciso 2º del artículo 340. La mera alusión a los “grupos armados al margen de la ley”, no justifica que se anulen las distinciones que contempla el artículo entre concertarse para promover u organizar dichos grupos (inciso 2º) y promoverlos o constituirlos, efectivamente (inciso 3º), máxime cuando en el segundo supuesto, la pena es más alta. La cuestión es si los que promueven o conforman los GAOML, deberían ser sancionados más gravemente que los que sólo se asocian para ello sin que se compruebe si efectivamente lo hicieron, como parece lo más lógico. En tal caso, sería más consistente que tanto los desmovilizados –por definición,todos- como los parapolíticos que verdaderamente pertenezcan a los GAOML pagaran una mayor pena que quienes sólo acordaron promoverlos sin que dicha alianza hubiera trascendido efectivamente.

multa de dos mil (2000) hasta cincuenta mil (50000) salarios mínimos legales mensuales. La pena se aumentará del doble al triple para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto o la asociación para delinquir.” (Subrayas fuera del texto). Durante la vigencia de dicho código, dijo la Corte Constitucional: “El concierto para delinquir en términos generales se define como la celebración, por parte de dos o más personas de un convenio, de un pacto, cuya finalidad trasciende el mero acuerdo para la comisión de un determinado delito, se trata de la organización de dichas personas en una sociedadsceleris, con el objeto de asumir con proyección hacia el futuro la actividad delictiva como su negocio, como su empresa”. Y reforzando la idea de empresa u organización, añade: “...se puede concluir que el concierto para delinquir exige entonces tres elementos constitutivos esenciales: el primero la existencia de una organización que con carácter permanente tenga como objetivo lesionar intereses o bienes jurídicos indeterminados; el segundo que los miembros de dicha organización lo sean en virtud de un acuerdo de voluntades que los une para alcanzar dicho objetivo; y el tercero que la expectativa de la realización de las actividades que se proponen sus miembros, pongan en peligro o alteren la seguridad pública.” (Subrayas fuera del texto) (Corte Constitucional, Sentencia C-241 de 20 de mayo de 1997, MP: Fabio Morón.)

⁵⁰¹ Véase en particular los casos de García y Arana (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 32805, 23 de febrero de 2010 y sentencia del 03 de diciembre de 2009, Radicado N. 32672)

Es posible que esta confusión tenga origen en la compleja consagración de este tipo penal. Pero antes de indagarlo, hay que mencionar que dicha falta de distinción efectiva en el tratamiento genera otros riesgos hacia el futuro. Si tanto los desmovilizados –que necesariamente conformaron o son parte de los GAOML- como los parapolíticos –que en principio establecieron alianzas con los paramilitares- son condenados conforme al concierto para delinquir agravado del inciso 2º, se da una equiparación de sus actuaciones que puede terminar en la afirmación de la pertenencia de todos a los GAOML, e incluso conllevar la responsabilidad de aquellos que se “concertaron para promover las GAOML” por todos los delitos cometidos por el grupo.

Las deficiencias de técnica legislativa

Según la tipificación que hizo el legislador del concierto, la pena es mayor si la asociación u organización delictiva, no busca la comisión de crímenes indeterminados, sino que tiene como fin cometer “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”. Tiene sentido. Sin embargo, resulta poco satisfactorio, en términos de técnica legislativa, incluir en ese grupo el delito de “organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley” puesto que, teniendo en cuenta que el concierto en sí mismo supone una organización criminal, se hace difícil distinguir entre la “organización originaria” que promueve, arma, financia u organiza y la “organización resultante” o “grupo armado al margen de la ley”.

Tal vez sea por ello que la Corte ha obviado estas consideraciones y se ha limitado a decir que el artículo 340 establece niveles de afectación del bien jurídico diversos, con consecuentes variaciones de la pena, según se trate de una asociación para delinquir en general o una enfocada en crímenes particularmente graves.

En efecto, según jurisprudencia de la Corte en casos de parapolítica, “el artículo 340 del Código Penal define diversas formas de ataque al bien jurídico que denotan la manera progresiva como se atenta contra la seguridad pública. Así, en el inciso segundo, es el acuerdo de voluntades para promocionar, organizar, financiar o armar grupos armados al margen de la ley lo que le da sentido al injusto, en el contexto de una modalidad muy propia de los tipos de peligro; y en el tercero, desde la óptica de la efectiva lesión, se sanciona la conducta de armar, financiar o promocionar a tales grupos. Eso implica que se describen conductas secuenciales en escala de menor a mayor gravedad cuya lesividad se refleja precisamente en el tratamiento punitivo, como corresponde al principio de proporcionalidad⁵⁰²”.

⁵⁰² Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal, Radicado N. 26.942, auto del 14 de mayo de 2007, reiterada en varios casos posteriores (Mario Uribe y Guillermo Valencia Cossio entre otros). Añade en esa misma decisión la sala: "En la escala progresiva de protección de bienes jurídicos, el acuerdo que da origen al concierto para organizar, promover, armar o financiar grupos al margen de la ley, se diferencia de la efectiva organización, fomento, promoción, dirección y financiación del concierto, moldeando diferentes penas según la ponderación del aporte que se traduce en un mayor desvalor de la conducta y en un juicio de exigibilidad personal y social mucho más drástico para quien efectivamente organiza,

Como se ve, la situación se hace más compleja cuando se introduce al análisis el inciso 3º del artículo 340: "La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir". ¿Se refiere a la organización, promoción, etc. de quienes se conciertan de acuerdo con los incisos 1º y 2º? La respuesta parece afirmativa si se sigue el sentido literal del texto. Pero, de ser así, ¿se trata entonces de una forma de participación por colaboración en la comisión del delito de concierto? Y, en relación con el apartado que nos incumbe ¿estaríamos hablando de la financiación, promoción, etc. de quienes concierten la organización y promoción de un GAOML? No parece que esta interpretación tenga mucho sentido, máxime si se parte de que para este tercer supuesto se prevé una pena mayor a la de los dos incisos precedentes.

Seguramente es por esto que la Corte ha interpretado ese inciso 3º como la organización, promoción, etc., no del concierto sino de los delitos concertados en los incisos previos. Es decir, este tercer supuesto buscaría sancionar la ejecución efectiva del propósito de los acuerdos y la consecuente lesión –ya no riesgo- del bien jurídico protegido.

Si bien esto parece tener sentido en el caso que se estudia, y una interpretación literal como la sugerida previamente no lo tiene, lo cierto es que esta interpretación es un precedente difícil para los otros delitos incorporados en el inciso 2º. Así, si tras un concierto para cometer tortura, desplazamiento o genocidio, por ejemplo, dichos delitos son efectivamente ejecutados, nos tendríamos que plantear la aplicación del inciso 3º del artículo 340 en concurso con los respectivos artículos del código que penalizan dichas conductas?

De ahí que sea conveniente que el tipo de conformación de GAOML constituya un tipo autónomo y no se incorpore en el tipo de concierto para delinquir ni, como está previsto en la nueva legislación, en el de financiación del terrorismo.

Adicionalmente, la Corte ha concluido que el acuerdo de voluntades para promover, organizar, financiar o armar grupos al margen de la ley constituye una modalidad propia de los tipos de peligro, mientras que la efectiva promoción se valora como delito de resultado⁵⁰³; y, si esto es así, carece de sentido la inclusión como "concierto" de un tipo de peligro y uno de lesión efectiva, con una mera diferencia de grado.

Finalmente, la reforma legislativa en 2006 (Ley 1121) sustituyó en la figura del concierto agravado la expresión "para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley" del inciso 2º, art. 340, por la finalidad del "financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con

fomenta, promueve, arma o financia el concierto para delinquir, que para quien sólo lo acuerda." En el mismo sentido, afirma en otras providencias: "Lo anterior implica que conforme a la modalidad escalonada de embate al bien jurídico (mediante la puesta en peligro o la lesión efectiva), la ejecución contiene el juicio de reproche inherente a los pasos secuenciales que le dan origen y sentido al comportamiento." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 32.996, Sentencia 23 de febrero de 2011 contra José Domingo Dávila Armenta ; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 32.792, 25 de mayo de 2011 contra Luis Humberto Gómez Gallo.)

⁵⁰³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 26.118, 19 de diciembre de 2007 contra Álvaro Araújo.

actividades terroristas”, hace un reenvío al artículo 345 que trata de la “Financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas. El que directa o indirectamente provea, recolecte, entregue, reciba, administre, aporte, custodie o guarde fondos, bienes o recursos, o realice cualquier otro acto que promueva, organice, apoye, mantenga, financie o sostenga económicamente a grupos armados al margen de la ley o a sus integrantes, o a grupos terroristas ... incurrirá en prisión...”.

Si bien algunos procesados por parapolítica en un principio argumentaron que se trataba de una despenalización de la conducta de concierto para delinquir agravado por tener como fines “organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley” –y por principio de favorabilidad les debía ser aplicada-, la CSJ ha sido enfática en aclarar que se trata de un mero cambio de ubicación típica que convirtió una circunstancia agravante (art. 340, inciso 2º) en un delito autónomo con una pena mayor (art. 345).

Aunque en el escenario de la parapolítica la aplicación de la nueva formulación sea tal vez limitada pues la mayoría de hechos investigados ocurrieron antes de 2006, no se puede descartar su futura aplicación, por lo que es pertinente mencionar algunas dificultades que desde ya se anticipan por la redacción del nuevo artículo. Así, tendrá que definirse si tiene sentido incluir en el artículo sobre financiación de terrorismo esta conducta, y en todo caso para hacerlo debería distinguirse entre GOAML y terrorismo. De igual forma, al referirse a “cualquier otro acto” parece que se está incluyendo un eventual concierto para promover, financiar, etc. al GAOML y, sí se acepta esto, también deberá equipararse el concierto y la efectiva comisión de lo concertado con la consecuencia obvia de que no habrá distinción entre los parapolíticos que sólo se asocian para promover el paramilitarismo y los desmovilizados que conformaron dichos grupos.

¿Es diferente promover que concertarse para promover?

La aplicación en la práctica de estas distinciones no está exenta de escollos. A pesar del concepto de concierto como organización estable, en las sentencias de la CSJ contra parapolíticos, en general, se prueba el concierto con alianzas más bien puntuales para promover la causa paramilitar y que generan disfunciones en el rol institucional del político, sin que se pueda hablar –ni de hecho se **hace**- de la conformación de una organización criminal a través de esos acuerdos. El concierto para delinquir agravado deja así de ser, en puridad, una modalidad del concierto para delinquir.

En efecto, la argumentación de la Corte cuando se trata de concierto para delinquir agravado en los casos de parapolítica se aleja de la idea de pertenencia y de organización criminal (como sugiere el concierto para delinquir simple según su concepción tradicional) y se enfoca en probar acuerdos de voluntades más concretos o una connivencia y apoyo que no implican la conformación de una organización, aunque sí de grupos –en ocasiones a través de sus efectos negativos para la función pública, o su impacto electoral, o los beneficios mutuos generados para las élites políticas y las estructuras paramilitares.

Si efectivamente, como dice la Corte, el desvalor que se reprocha es la potenciación de los grupos paramilitares por parte de los actores políticos, deberían reconocerse que se trata de una promoción, fomento, organización y constitución efectivas de esos grupos y no un mero concierto para promoverlos, máxime teniendo en cuenta que la existencia de dichos grupos, esto es, el propósito del concierto, es un hecho notorio.

Sin embargo, sólo en el caso contra Álvaro García Romero⁵⁰⁴, la Corte calificó como autor del delito de concierto para delinquir agravado según la descripción del inciso 3º del artículo 340 del Código Penal, al hallar que su conducta traspasó el umbral de simples acuerdos para la promoción de grupos armados al margen de la ley, reflejándose en actos concretos de conformación y financiamiento de ellos.

Los ejercicios de contextualización a que se ha hecho alusión en apartados anteriores constituyen, sin embargo, una buena base para fundar en muchos casos la promoción activa y organización de los grupos paramilitares por parte de políticos. El acervo probatorio es en muchos casos suficiente para hablar de verdaderos aparatos de poder, organizaciones criminales complejas, en las que las élites políticas cumplían un rol nada circunstancial. Por lo que no tiene sentido considerar que en general la “concertación para promover” no avanzó efectivamente hacia la promoción de dichos grupos.

Dice la jurisprudencia: “En aquéllos eventos en los que no se logra consolidar la organización, promoción, equipamiento bélico o financiación de los grupos al margen de la ley, de todas maneras el injusto persiste mediante la anticipación de la barrera de protección de bienes jurídicos⁵⁰⁵”. Sin embargo, ello no significa, contrario sensu, que el hecho de que “bast[e] el acuerdo para tener por satisfecho el juicio objetivo de tipicidad” anule la necesidad de constatar si finalmente se consolida la organización, promoción equipamiento bélico o financiación de los GAOML, caso en el cual, estaríamos ante un supuesto de ejecución del concierto (inciso 3º, art. 340) y, ¿por qué no? de pertenencia.

La entidad jurídica de la “pertenencia”

La Corte Constitucional dijo recientemente que “la “pertenencia a la organización criminal” no es una conducta tipificada como delito autónomo en la ley penal, lo que conduce a que sea la autoridad encargada de aplicar el precepto la que defina qué conductas delictivas caen bajo la órbita de la causal, a fin de determinar si se trata de conductas punibles respecto de las cuales existe disponibilidad de la acción penal. La “pertenencia a una organización criminal”, constituye un elemento normativo que puede estar comprendido en más de una modalidad delictiva, o incluso puede aludir a una forma de participación colectiva en un ilícito.”⁵⁰⁶

⁵⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 32805, 23 de febrero de 2010.

⁵⁰⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 32.996, 23 de febrero de 2011 contra José Domingo Dávila Armenta; Corte Suprema de Justicia, Radicado N. 32.792, 25 de mayo de 2011 contra Luis Humberto Gómez Gallo.

⁵⁰⁶ Corte Constitucional C-936 de 23 de noviembre de 2010. MP: Luis Ernesto Vargas

En efecto, en el ámbito judicial “pertener” es un concepto ampliamente utilizado para hacer referencia a la conducta que tipifica el concierto para delinquir agravado. Si bien la Corte Constitucional, rechazó las posiciones de los intervinientes que se aseguraban que “pertener” equivalía al tipo de concierto para delinquir agravado, ello sólo lo hizo a efectos de exigir un alto grado de determinación al legislador a la hora de regular supuestos de aplicación del principio de oportunidad.

Así, la reiterada jurisprudencia que entiende la pertenencia a un GAOML como un supuesto de concierto para delinquir agravado no tendría por qué verse afectada. Sin embargo, como se ha dicho previamente, el problema de fondo tiene que ver con que dicha consideración ha venido siendo aplicada más claramente a casos de desmovilizados. En el escenario de la parapolítica, en principio, sólo lo ha sido a propósito de la búsqueda de formas de imputación de “superiores jerárquicos” no implicados directamente en la ejecución material de graves crímenes. De ahí que convenga abordar la cuestión de las formas de autoría.

Antes, sin embargo, es oportuno preguntarse si dicha “pertenencia” no debe ser tramitada bajo el inciso 3º del artículo 340 como una efectiva realización de los verbos rectores “organizar y promover” GAOML. De ser así, tal vez muchos parapolíticos encajarían en este supuesto.

8. Formas de autoría

La usual calificación que se concede a los responsables del delito de concierto para delinquir ha sido la de autoría directa de la conducta. Sin embargo la teoría del dominio del hecho en aparatos organizados de poder ha permitido desarrollar la figura de autoría mediata con ejecutor instrumental responsable en la comisión de otro tipo de hechos (Homicidios y masacres). Este modelo de imputación fue expuesto en el caso García Romero⁵⁰⁷ sin tener desarrollo posterior en la jurisprudencia de la Corporación.

En el caso García Romero⁵⁰⁸, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió variar su jurisprudencia en relación con la autoría mediata dentro de aparatos organizados de poder. Hasta entonces la Corporación sólo había analizado la procedencia de esta figura dentro del ordenamiento colombiano, pero no la había aplicado en un caso en concreto⁵⁰⁹. El modelo teórico de las estructuras de poder, sin embargo, ya había sido adoptado por el Tribunal, al encontrar acreditado dentro de las estructuras paramilitares los siguientes rasgos:

“1). Existencia de una organización integrada por una pluralidad de personas sustituibles antes o durante el evento criminal las cuales mantienen una relación jerárquica con sus superiores. Aquellas personas pueden o no tener cierta predisposición a la comisión de delitos;

⁵⁰⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 32805, 23 de febrero de 2010.

⁵⁰⁸ *Ibidem*.

⁵⁰⁹ López Díaz, Claudia, “El caso Colombiano”, en *Imputación de crímenes de los subordinados a los dirigentes*, Bogotá, GTZ Temis, 2009, pág. 159. Menciona los casos “Machuca”, “La Gabarra” y “Yamid Amat”.

2). Control (dominio) de la organización por parte del “hombre de atrás” y a través de ella de sus integrantes sustituibles. Dicho control puede manifestarse bajo distintas modalidades: a través de la creación de la organización, el no control del mismo pudiendo hacerlo dada su posición o a través del impulso sostenido de la misma con medidas dirigidas a autorizar sus actuaciones ilícitas. En todos estos supuestos se evidencia, por parte del “hombre de atrás”, un dominio del riesgo (que es el aparato de poder) de producción de actos ilícitos; y,

3). Conocimiento de la organización o aparato de poder y decisión de que sus miembros ejecuten o continúen ejecutando hechos ilícitos penales⁵¹⁰”.

Pero es en el caso Arana Sus⁵¹¹ en el que la corte construye la denominación jurídica que deben recibir los aforados como participantes de la organización criminal a partir del concepto de autoría mediata, teniendo como fundamento de dicha responsabilidad el control o influencia que sobre la organización criminal ejercieron conjuntamente a los comandantes militares.

La Corte destacó varios aspectos relevantes para entender la interacción de la clase política y las estructuras paramilitares: (i) que no cabe duda que quienes fungían como voceros políticos legalmente reconocidos, ostentaban incluso posición de dirigentes o realmente hacían parte de la cúpula de los grupos paramilitares y en tal condición integraban el directorio de mando que diseñaba, planificaba, proyectaba, forjaba e impulsaba las acciones que debía desarrollar la empresa criminal en aras de consolidar su avance y obtener más réditos dentro del plan diseñado, (ii) que el político en su condición de miembro de la organización criminal impulsaba no sólo la permanencia del grupo irregular sino que procuraba espacios funcionales a la empresa delictiva, y (iii) que los servidores públicos vinculados a este tipo de estructuras conocían que la ejecución de conductas calificadas como delitos de lesa humanidad hacían parte de las diligencias ordinarias del grupo ilegal⁵¹².

Así, la probada existencia de una íntima relación entre los grupos paramilitares y los aforados constitucionales dio sustento a la aplicación en casos de parapolítica, del modelo propuesto por Roxin de la ‘autoría mediata en aparatos organizados de poder’, pues se hallaba demostrada la pertenencia del aforado a una estructura criminal integrada por un número plural de personas, articulada de manera jerárquica y subordinada, con división de tareas y concurrencia de aportes (los cuales podían consistir en órdenes en secuencia y descendentes) para la realización de conductas punibles.⁵¹³

⁵¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de única instancia de 29 de septiembre de 2003, radicación 19734, reiterada en auto de única instancia de 10 de junio de 2008, radicación 29268. Se trata de un texto en el que la Corte cita el trabajo de Iván Montoya Vivanco, «La autoría mediata por dominio de organización: a propósito del caso Fujimori», <http://blog.pucp.edu.pe/item/27749> (17-11-2009). Fue citado por primera vez dentro de la Sentencia de única instancia de 23 de febrero de 2010, radicado 32805.

⁵¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 32672, Sentencia, 3 de diciembre de 2009.

⁵¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 32672, 3 de diciembre de 2009.

⁵¹³ Como solución al fenómeno de la intervención de múltiples sujetos en la acción criminal, y a la necesidad de hacer responsables a los superiores jerárquicos de crímenes en los que no participaron

Quien hubiera participado valiéndose de su función, también podría terminar respondiendo penalmente por el conjunto de crímenes que se le atribuyeran a los comandantes o jefes de los bloques, frentes o unidades que hacían parte de la asociación criminal.

Conforme con lo anterior, en el caso Arana Sus⁵¹⁴, la Corte compulsó copias a fin de investigar la ocurrencia de hechos que en ejercicio del plan criminal de la organización a la cual pertenecía el ex senador, éste hubiera efectuado y para que se estableciera su eventual grado de responsabilidad frente a los punibles perpetrados por los jefes paramilitares de las AUC.

También compulsó copias en los casos Builes Correa⁵¹⁵, Araujo Castro⁵¹⁶, García Angarita⁵¹⁷, entre otros, con el fin de investigar, ella misma, los delitos en que el aforado haya participado en razón de su pertenencia a los grupos paramilitares, pues en virtud de la teoría de los aparatos organizados de poder, el aforado puede entrar a responder por delitos de la estructura. El siguiente fragmento es ilustrativo:

“Observado que el ex senador Humberto de Jesús Builes Correa es responsable del delito de asociación para delinquir con la finalidad de promover un aparato organizado de poder ilegal que lo apoyó en sus proyectos políticos, se compulsarán copias de lo pertinente a fin de que se investigue la ocurrencia de hechos en los cuales, en ejercicio del plan criminal de la organización a la cual pertenecía, haya participado y se establezca su eventual grado de responsabilidad –autoría o participación–, dentro de los que figuran ataques a la dignidad humana y a la vida puestos de presente por los testigos.”⁵¹⁸

Otro caso paradigmático es el del ex senador Álvaro García Romero⁵¹⁹, en el que la Corte encontró que éste controlaba “desde arriba” el aparato de poder paramilitar, compartiendo el mando con los jefes militares que ejecutaban en el terreno el plan de dominio. Esta posición privilegiada permitió sustentar su condena en grado de autor mediato de los delitos de homicidio ocurridos durante la masacre de Macayepo, sin que por ello desconociera los términos de la acusación, donde se tildaba de determinador.

La discusión se centraba entonces en el tratamiento que debe otorgársele al ejecutor instrumental de las conductas debatidas. La posición inicial de la Sala abogaba por presentar al ‘hombre de atrás’ como único responsable de los punibles, pues los ejecutores se caracterizaban por ser piezas anónimas y fungibles que realizaban directamente la acción punible sin que conocieran siquiera a los jefes que ordenan el crimen “ el instrumentalizado no realiza conducta, o despliega conducta que no es

directamente, el modelo propuesto por Roxin resulta cercano a la jurisprudencia reciente de tribunales nacionales e internacionales frente a fenómenos similares.

⁵¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 32672, 3 de diciembre de 2009.

⁵¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 26585, 17 de agosto de 2010.

⁵¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 27032, 18 de marzo de 2010.

⁵¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 27941, 14 de diciembre de 2009.

⁵¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 26585, párr. 193, 17 de agosto de 2010.

⁵¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 32805, 23 de febrero de 2010.

típica, u obra en concurrencia de una causal de no responsabilidad -excluyente de antijuridicidad o de subjetividad- o es inimputable”⁵²⁰. La inflexión dogmática de la sentencia en comento consistió en concebir al instrumento utilizado por el autor mediato como responsable penal de las transgresiones, teniendo en cuenta que dentro de los fenómenos delincuenciales derivados de estructuras o aparatos de poder organizados⁵²¹ “los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes -gestores, patrocinadores, comandantes- a título de autores mediatos, a sus coordinadores en cuanto dominan la función encargada -comandantes, jefes de grupo- a título de coautores; y a los directos ejecutores o subordinados -soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos-, pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían ser amparados algunos de ellos con una posición conceptual que conlleve la impunidad”^{522, 523}.

En la misma línea argumental, en el caso *García Angarita*⁵²⁴ se precisó que en muchas ocasiones los subordinados ni siquiera conocen el plan en su globalidad, siendo conscientes únicamente de la parte del plan que les corresponde ejecutar, circunstancia natural si se tiene en cuenta la estructura jerárquica de la organización. En la cúspide de la pirámide se sitúan los órganos o mandos directivos, desde donde se toman las decisiones y se imparten órdenes. Los encargados de cumplirlas, los ejecutores, no toman parte en la decisión original de realizar el hecho ni tampoco en la planificación del mismo, aunque decidan llevar a cabo el encargo, dicha determinación fundamenta su posición como instrumento responsable; concepto en el que no se podría incluir a quienes habiendo realizado algunas labores colaterales para la ejecución del crimen, no sean concedores del alcance y naturaleza del mismo, es decir, no hayan tenido dominio total o parcial del hecho, en cuyo caso podría hablarse de un exceso de dolo respecto de estos miembros que solo responderían por la parte que les correspondiera, pero por el todo.

En este sentido la Corte Penal Internacional al describir los Elementos de los Crímenes del artículo 7 del Estatuto de Roma,, al referirse al segundo de los elementos: “que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de este tipo”, añade que “el conocimiento del ataque a población civil sistemático o generalizado que este comenzando, la cláusula de intencionalidad indica que el elemento existe si el autor tenía intención de cometer un ataque de esa índole”. Por tanto deberá probarse y nunca darse por hecho o presumirse que esa intención existió. Si esa prueba no se consigue no podrá procederse contra el miembro del grupo armado de que se trate. Obviamente el problema se plantea respecto de aquellos supuestos en los que no se trata de

⁵²⁰ *Ibidem*.

⁵²¹ También referenciada como “dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder”, “autoría a través del poder de mando” y “autoría por dominio de la organización”, entre otros.

⁵²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 32805, 23 de febrero de 2010.

⁵²³ Para un recuento detallado de cómo se introduce paulatinamente al ordenamiento colombiano esta figura, ver: Alejandro Aponte, *Persecución penal de crímenes internacionales*. Fundación Konrad Adenauer, Universidad Javeriana, Bogotá, 2010. Pp. 239 ss.

⁵²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N. 27941, 14 de diciembre de 2009.

máximos responsables, mandos medios o miembros cualificados que han participado en los hechos y que por su posición tenían dominio del hecho⁵²⁵.

9. Reparación a las víctimas en los procesos de parapolítica

Los fallos sobre parapolítica no suelen contemplar ningún estándar sobre reparación. Esta determinación parte del entendido de que el delito de concierto no tiene un sujeto pasivo identificado, pues es toda la sociedad quien se perjudica con la comisión de una conducta atentatoria de la seguridad pública. En esa medida es muy difícil precisar a quién reparar y cómo hacerlo, máxime teniendo en cuenta que el tipo es de mera actividad, y por tanto no hay un resultado material sobre el cual reclamar.

Este resultado, sin embargo no se compadece con criterios mínimos de justicia, lo cual se ha subsanado, para el futuro, por la llamada Ley de Víctimas (Ley 1448 de 2011), que establece que quienes apoyaron y financiaron grupos armados ilegales tendrán que pagar para resarcir a las víctimas de la violencia.

¿Cómo armonizar estos tratamientos disímiles? De nuevo, la imputación que se ha venido realizando bajo el inciso 2º del art. 340 en los casos de parapolítica puede ser equívoca si se observa que la Corte en general prueba la promoción más allá del mero concierto para promover. Probada la ejecución de la conducta concertada, se subsanarían las barreras conceptuales a ordenar reparaciones en los casos de concierto para delinquir.

⁵²⁵University of Minnesota, Human Rights Library. La Corte Penal Internacional. Elementos de los Crímenes, U.N. DOC. PCNICC/2000/1/Add.2(2000)

Capítulo XIV

LEY 975 DE 2005 Y LA LEY 1448 DE 2011

Dentro del esquema de Justicia Transicional en el que se desarrolla el presente diagnóstico, las cuestiones relacionadas con las víctimas y su reparación, constituyen el capítulo fundamental. En este ámbito, la incidencia que ha tenido la reciente ley de víctimas y restitución de tierras en el proceso de Justicia y Paz es innegable, como también lo es la necesidad de desarrollar una serie de aplicaciones conjuntas que redunden en un mayor beneficio y una respuesta articulada al desafío al que se enfrentan las Instituciones afectadas y el propio Estado colombiano. Del éxito o fracaso de esta iniciativa va a depender no sólo la credibilidad del sistema, sino también la propia estabilidad del mismo.

Por todo ello, aquí como en ningún otro ámbito, la coordinación de esfuerzos e iniciativas resulta básica para la obtención del objetivo común, que no es otro que el fortalecimiento de las herramientas para garantizar los derechos de las víctimas en Colombia. Esto es la colocación en el centro de la atención institucional de las víctimas en general, y aquellas del despojo y el desplazamiento forzado, en particular, para iniciar así el pago “de la deuda histórica” que se tiene con ellas, como lo reconoció en su discurso de fecha 10 de junio de 2011, el Presidente de la República⁵²⁶.

Lo anterior, no supone que la protección de dichos derechos sea reciente o desarrollada exclusivamente en el marco del proceso de justicia transicional en el país, pero sí es importante destacar que la aprobación de la Ley 975/2005 o de Justicia y Paz permitió un gran desarrollo, principalmente jurisprudencial, frente al alcance y efectividad de dichos derechos.

En efecto, las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, en los últimos años y a través de múltiples pronunciamientos, han ajustado los derechos a la verdad, justicia y reparación integral a estándares internacionales y determinado el alcance de la Ley de Justicia y Paz. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T 821 de 2007 afirma que “se trata de derechos que se encuentran garantizados en los tratados de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario que no pueden ser suspendidos en estados de excepción y en consecuencia, hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, lo que les asigna el carácter de derechos fundamentales”.

De igual forma y acogiéndose al bloque de constitucionalidad, la Corte Suprema de Justicia, en el marco de la Ley de Justicia y Paz, reafirma que la labor de la Fiscalía, en las diferentes etapas de su competencia (investigación, verificación y adecuación típica de la conducta) debe estar orientada por esos principios y mandatos superiores.

⁵²⁶ Discurso presidencial previo a sanción de la Ley 1448 de 2011. 10 de junio de 2011.

1. Ley de Justicia y Paz y Ley de víctimas y restitución de tierras

El consenso obtenido entre el poder ejecutivo y el legislativo para la construcción de la denominada Ley de víctimas, y la agilización del trámite legislativo hasta su aprobación, han sido ampliamente reconocidos tanto al interior del país como por la comunidad internacional. Por este solo hecho, ha dicho el Presidente Santos, “habrá valido la pena ser Presidente de Colombia”. Hacer realidad aquella construcción es uno de los retos más importantes que afronta el Estado colombiano por cuanto pone en juego su propia credibilidad y legitimidad ante las víctimas y la comunidad internacional.

Acción de Estado

En este sentido, la labor política del poder ejecutivo para la construcción y gestión de la ley, si bien representa una impronta de justicia y esperanza para millones de víctimas que permanecen a la espera de la reparación integral, y es una plataforma para la acción ordenada del Estado, tiene ante sí el otro gran desafío, que consiste en materializar los propósitos que motivaron este acuerdo político-jurídico. Todas las instituciones implicadas, deben, aquí, como en ningún otro campo, actuar con coordinación y con unidad de propósito. A la vista están la voluntad política, los aliados, las instituciones, el presupuesto, los procedimientos; pero también los adversarios, los riesgos a la seguridad de las víctimas, las ineficiencias burocráticas, la insuficiencia de recursos, ante la magnitud del rezago acumulado.

2. Aspectos positivos y retos de la nueva Ley

Como aspectos positivos introducidos en la ley se destacan: 1. agrupar en un solo texto legal las medidas de asistencia, atención y reparación a víctimas. 2. establecer un andamiaje institucional para fortalecer la capacidad estatal y regional en aras de la efectividad de la atención. 3. Incorporar mecanismos para avanzar en la restitución de tierras 4. Introducir medidas simbólicas, entre otras. Sin embargo, va a depender de la reglamentación y adecuada puesta en marcha, que dichos objetivos se cumplan, para lo cual adquiere especial relevancia la idoneidad de los mecanismos que se creen, no solo para la ejecución de la ley, sino durante su diseño e implementación.

Luego de la aprobación y sanción de la ley 1448 de 2011, surgen varios retos vinculados principalmente con la puesta en marcha y reglamentación de los instrumentos creados por dicha ley.

En los primeros meses de reglamentación y transformación institucional, se han generado los primeros contratiempos. A la fecha se conoce un primer borrador de decreto reglamentario que demuestra grandes deficiencias de coordinación y participación en su diseño, lo que conlleva a la dispersión y poca coherencia entre programas, medidas y competencias.

Siempre es difícil la estructuración, planeación y puesta en marcha de nuevas instituciones, máxime cuando se trata de organismos complejos como el Sistema

Nacional de Atención y Reparación Integral a Víctimas, la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a Víctimas y la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Tierras Despojadas; pero esta complejidad, que se mantiene en el proyecto reglamentario presentado por el Gobierno Nacional, no debe impedir la labor y agilidad de las entidades a cargo de la puesta en marcha de la institucionalidad, en aras a garantizar su idoneidad para el goce efectivo de los derechos de las víctimas. En este sentido, se considera fundamental el trabajo coordinado y conjunto de instituciones, en la transferencia de información y “Knowhow”, al igual que en la delimitación y corresponsabilidad de competencias, que no impliquen la afectación ni suspensión de la asistencia que se viene otorgando a las víctimas.

Coordinación y articulación institucional

En el marco del artículo 159 de la Ley de víctimas y restitución de tierras, resulta necesario reforzar la coordinación y articulación institucional que permita la participación activa de las entidades a nivel nacional y regional, y de las víctimas dándoles legitimidad en el proceso. Las medidas planteadas hasta la fecha en el proyecto reglamentario circulado por el gobierno, son de carácter general, y presentan deficiencias frente a la clara delimitación de funciones, generándose en algunos casos, superposición de competencias⁵²⁷, así como ausencia de herramientas claras de coordinación nación - territorio, y la participación de las víctimas en las instancias de dirección, dejándose gran parte de su diseño a posteriores disposiciones administrativas, con la confusión que ello puede generar.

De otra parte, poner en marcha esta ley en territorios donde la ilegalidad le disputa violentamente terreno al Estado Colombino, requiere que las medidas que se diseñen, específicamente en el ámbito de la seguridad, sean realmente eficaces para proteger la vida e integridad de las personas y comunidades, y eso exige una reflexión y estudio por parte de todos los actores implicados que evite, en la medida de lo posible, retrasos y dificultades derivadas de la falta de previsión, perfectamente evitables. No se puede considerar un éxito concebir un proceso para garantizar los derechos de las víctimas, que incluya el derramamiento de sangre de inocentes que han confiado en la protección ofrecida por el Estado. A este respecto, se hace necesaria una verdadera transformación de los programas de protección y seguridad existentes. Las medidas de protección tanto individuales como colectivas deben desarrollarse con un claro enfoque de derechos y bajo el principio de flexibilidad que incluya medidas de protección integrales y sostenibles, acordes con las necesidades de la población afectada; y, para ello, resulta imprescindible contar con la participación de los destinatarios, conocer sus necesidades, y especiales formas de vulnerabilidad. No es lo mismo ofrecer una medida de reubicación a una víctima que vive en la ciudad, que a aquella que vive en el campo y se encuentra adelantando acciones de restitución.

⁵²⁷ Los artículos 267 numerales 2 y 5, y 274, literal 2 le otorga la misma competencia de promoción y seguimiento a 3 entidades distintas: Ministerio del Interior, la presidencia del Comité Ejecutivo y la Unidad Administrativa Especial.

Indemnizaciones y Memoria

Unos de los temas más complejos que están sujetos a reglamentación, en el marco de la restitución de tierras es el del procedimiento y el monto de las indemnizaciones y la implementación de mecanismos que contribuyen a la memoria en concordancia con la Ley 1424 de 2010. Más allá de la discusión de si debe haber un solo Decreto Reglamentario o varios para cada uno de los temas, lo importante es que su desarrollo sea coordinado, y que los aspectos esenciales no se dejen a la determinación y criterio de los funcionarios administrativos. El proyecto de decreto circulado recientemente por el Gobierno, denota que se aplaza nuevamente la determinación de los temas más álgidos como los montos de reparación por vía administrativa o los mecanismos procesales para la restitución de tierras.

En materia de memoria y sin perjuicio de lo dicho en el capítulo II sobre la necesidad de creación de una Comisión de la Verdad para Colombia, es importante la coordinación que se realice frente a las competencias emanadas de las Leyes 1424 y 1448 de 2011, y la interpretación que sobre la primera realiza la Corte Constitucional en su reciente sentencia C-771 de 2011.

3. Mecanismos de participación de las víctimas

En relación a los derechos de las víctimas dentro de los procesos judiciales, la Ley 1448 de 2011 introduce lineamientos claros para fortalecer su participación, que superen las falencias identificadas en Justicia y Paz⁵²⁸. Sin embargo el proyecto reglamentario no desarrolla ninguno de estos aspectos, refiriéndose solamente a los gastos judiciales.

La ley 1448 de 2011 establece un criterio de igualdad entre víctimas del conflicto armado, por ello va a ser importante que se concreten medidas claras para lograr esa verdadera igualdad en el tratamiento de las víctimas sin perjuicio del enfoque diferencial, que debe reflejarse en todo su desarrollo. Cobran especial importancia los temas referentes a la atención, unificando instancias y herramientas para atender de forma integral e igualitaria a víctimas de desplazamiento forzado, aquellas que buscan la restitución de sus tierras y las demás víctimas en general. Igualmente se requieren mecanismos puntuales para que las víctimas que se desplazaron al extranjero y hoy viven sobre todo en países como Venezuela o Ecuador, tengan acceso pleno a los derechos contemplados en la norma. Para ello se deben activar mecanismos consulares que permitan que dichas víctimas reclamen los derechos que les corresponden.

Valoración de la ley

Más allá de estas entendibles controversias, la ley tiene plena vigencia y espera la celebración de las consultas previas a pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas; así como el examen de constitucionalidad por parte de la Corte

⁵²⁸La ley introduce criterios importantes en materia de atención a la víctima en los procesos judiciales como asistencia judicial y asesoría y apoyo. También establece herramientas en materia de identificación de bienes y activos, modalidades de testimonios.

Constitucional, para no estar sujeta a eventuales adecuaciones que impacten, por cierto, en la correspondiente elaboración y publicación del reglamento de esta Ley.

La real valía de una ley que se aprecia como histórica, indudablemente estará determinada por la obtención de resultados en su implementación. Por ello resulta fundamental una reglamentación idónea, que no sólo cumpla con los propósitos estratégicos de la ley, sino también que tenga una implementación factible e idónea para garantizar el goce efectivo de derechos.

4. Política de restitución de tierras vía administrativa

Desde la asunción del poder, en agosto de 2010, el Presidente Santos anunció medidas inmediatas para acometer la atención de asuntos agrarios en su diversa tipología, en particular la relativa al restablecimiento de derechos por vía administrativa a víctimas de despojos. Es así como el 20 de octubre de 2010, se presentó el Plan de Choque, implementado por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural el cual ha tenido como principal virtud, el haber colocado ante la sociedad y ante la comunidad internacional, la restitución de tierras como uno de los objetivos relevantes de este Gobierno, aún antes de contar con el marco jurídico que le brindaría la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras.

También provocó una mayor intensidad en la atención de los casos priorizados, por parte de instituciones del sector agrario, la alineación de acciones de diversas dependencias de los tres órdenes de gobierno, alrededor de estos asuntos y la evaluación de procedimientos para eventuales retornos de familias desplazadas.

Independientemente de que la solución de las demandas agrarias de pueblos indígenas, comunidades afrocolombianas, ocupantes de terrenos baldíos y formalización de la propiedad en general, abonan al fortalecimiento de la gobernabilidad en las regiones rurales del país; es la estrategia de restituciones la que estaría contribuyendo a una mayor generación de confianza ciudadana en las instituciones, por cuanto representa el restablecimiento de un derecho conculcado a causa de la violencia.

Se advierte como los 19 asuntos entregados por Acción Social al INCODER en el año 2010 y que integran el concepto de restituciones del Plan de Choque (18,119 ha), muestran una síntesis de la complejidad de los procesos agrarios. Mientras todos ellos han tenido significativos avances en los trámites internos que corresponden a las dependencias, ninguno ha podido ser entregado materialmente a sus legítimos beneficiarios, aunque es de esperar que en los próximos meses se constate su concreción.

Por la dificultad en la entrega se considera oportuno, revisar la posibilidad de dotar de facultades al INCODER para hacer entrega material de los predios (en el caso de restituciones administrativas que no tengan conflicto por la propiedad) con el auxilio de la fuerza pública; o bien derivar esta responsabilidad a una instancia judicial

regional que también tenga una mayor autoridad que los juzgados municipales, como es actualmente.

Considerando declaraciones del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, la meta de restituciones por vía de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras es hacerlo con 80.000 familias durante la presente administración 2010-2014, una meta verdaderamente ambiciosa y congruente con la alta prioridad que le ha otorgado la actual Presidencia. El desafío es mayor cuando se observa que, en el lapso octubre de 2010 a julio de 2011, no se han obteniendo cifras relevantes en este ámbito mediante los procesos administrativos ordinarios que se adelantaron en el Plan de Choque y que previsiblemente continuarán trámite hasta su conclusión.

La Implementación de la nueva institucionalidad y específicamente la reglamentación de temas tan álgidos como la compensación y el Fondo de la Unidad no presentan resultados concretos hasta la fecha. De igual forma, el desarrollo de trámite judicial para la restitución de tierras previsto por la Ley de Víctimas debe ser implementado con un claro enfoque de justicia transicional evitando las prolongaciones en el tiempo propias de la justicia ordinaria.

Seguridad jurídica

La seguridad jurídica es, por supuesto, condición previa para avanzar con certidumbre en el propósito de reparación integral a las víctimas. Sin embargo, es inobjetable que el buen éxito de las políticas públicas agrarias, sea en la dimensión de la justicia ordinaria o en la de la transicional, se podrá constatar cuando los procesos administrativos y judiciales concluyan con la entrega material de la tierra a sus legítimos beneficiarios.

Este cumplimiento, será el mejor ejemplo de una autentica seguridad jurídica. Para hablar del concepto de reparación transformadora, la acción del Estado debe ir todavía más allá y consolidar -en consulta con la propia población retornada o indemnizada- proyectos de vida sustentables en materia de condiciones de seguridad, generación de ingresos, servicios públicos de calidad y reconstitución del tejido social con las poblaciones receptoras de los retornos. En este sentido, el principal reto es lograr la integralidad entre las medidas propias de restitución, y aquellas de asistencia y atención que permitan cumplir con los principios de seguridad, voluntariedad y dignidad. Pese a que estos propósitos están claramente definidos en la Ley de víctimas y restitución de tierras, urge que la reglamentación determine claramente las estrategias, planes, instituciones y presupuestos requeridos para lograrlo.

Credibilidad del sistema

Si bien la percepción pública y de los analistas políticos, no involucrados con los casos del Plan de Choque, puede ser positiva atendiendo al manejo de prensa institucional, es también destacable el desánimo que manifiestan los líderes rurales de casos como Chivolo (Magdalena) y Las Pavas (Bolívar), con relación a los resultados obtenidos, tanto en sus poblados como en los espacios de deliberación oficiales y no gubernamentales.

Este tema es particularmente sensible, dado que esas voces críticas se pueden traducir -a niveles locales- en desconfianza hacia las instituciones del Estado, en una sociedad rural que necesita evidencias de la fuerza del Estado de Derecho para reducir espacios a los grupos armados ilegales y de quienes -en connivencia con éstos- propugnan por un clima social de confusión para sentar sus condiciones de poder fáctico.

Para paliar estos riesgos, se considera oportuno proponer que, desde el Poder Ejecutivo, se desarrolle una política de comunicación social relativa a restituciones que, manteniendo los criterios de objetividad y transparencia, mantenga la credibilidad de víctimas, organizaciones no gubernamentales y sociedad en general, para no incurrir en percepciones equívocas acerca de avances aún no consolidados y que puedan ser controvertidas por diversos actores.

5. Retos del proceso de restitución de tierras al amparo de la Ley 1448 de 2011

Aun cuando está acreditado el trabajo intenso que realizan las instituciones del sector agrario y aquellas que estarán involucradas en la dinámica de aplicación de la LVRT, es conveniente puntualizar algunos asuntos que merecen atención relevante por su carácter estratégico para un mejor desarrollo del proceso que se avecina en el año 2012.

Urge que, por vía de reglamentación se creen las herramientas necesarias para la puesta en marcha de la Unidad Administrativa y el Fondo de esta Unidad. De ello va a depender el cumplimiento de las metas del Gobierno en materia de Restitución. Otros temas cruciales en la materia son, la reglamentación del registro de predios despojados y de la figura de “la compensación”.

Sostenibilidad presupuestal

Conforme a declaraciones del Ministro de Hacienda, vertidas ante partidos políticos el 22 de marzo de 2011, se calcula en 44 billones de pesos la atención requerida para financiar la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. Esto es un promedio de 4.4 billones anuales; aproximadamente un 3% del presupuesto de egresos 2011.

Para tener una mejor idea de la envergadura de la inversión, este monto sería equivalente al presupuesto del que han dispuesto en 2011 las siguientes instituciones: Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Ministerio del Interior y de Justicia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, INCODER, Departamento Administrativo de Seguridad y Ministerio de Transporte.

Siendo responsabilidad del Estado Colombiano la provisión de los recursos en cuantía suficiente y oportunidad pertinente, puede parecer inútil detenerse a revisar estas necesidades; sin embargo, como una medida de fortalecimiento de la confianza de las víctimas, sociedad y comunidad internacional, parece apropiado que aquellas disponer del pertinente informe de las autoridades hacendarias acerca de la sustentabilidad

presupuestal para encarar en forma solvente los gastos e inversión del inminente proceso de restitución.

Surgen como temas de definición pendiente los siguientes:

- Protocolo de retornos para la organización institucional y presupuestal que corresponde. Definición de las áreas y adquisición de tierras a ofrecer en sustitución de predios que no podrán ser restituidos. Esta vertiente es la que exigirá una mayor inversión gubernamental pues la reubicación conlleva la creación de infraestructura comunitaria además de los apoyos personales contemplados en el acompañamiento para la sostenibilidad.
- Determinación de la cantidad con la que cubrir las compensaciones a propietarios de buena fe y a víctimas, suficientes para evitar que se descapitalice pronto el Fondo que se creará a tal fin.
- Fijación de los Costos de inversión en el acompañamiento para la producción y acceso a servicios públicos de víctimas y comunidades receptoras de retornos.

Priorización de zonas de restitución

En la ruta procedimental establecida en la Ley, es claro que los Jueces Civiles del Circuito, principalmente, serán los encargados de decidir los procesos de restitución de tierras. Con sujeción a lo establecido por la ley y actuando con la independencia, propia del cargo que ostentan, no estarán sujetos a acuerdos con el Poder Ejecutivo para impulsar o ralentizar a discreción los asuntos a su cargo; sino que deberán ser tan expeditos como la sustanciación de los expedientes se lo permita y de esa forma, administrar justicia en forma eficiente. Así las cosas, en algunos sectores del país, dadas las condiciones de vulnerabilidad de cada territorio, puede que se presenten un gran número de casos en cabeza de muy pocos funcionarios judiciales y viceversa.

Otro factor de relevancia que deberá ponderarse es la opinión de la fuerza pública, acerca de las zonas en las que se recomiende no adelantar acciones de restitución al no poder garantizar la seguridad a víctimas que pretendan el retorno.

En tal escenario, no es fácil proyectar con razonable aproximación los lapsos y las zonas en que se irá desarrollando el proceso de restitución en el país durante 2012.

a) Acompañamiento para la sostenibilidad de los retornos

Las familias desplazadas, ante la ingente necesidad de generar ingresos para su manutención y vida digna, han creado y en muchas ocasiones, han consolidado alternativas de empleo que, en comparación con el reto que representa volver a tierras eriazas y sin servicios públicos de calidad, posiblemente prefieran mantenerse en sus actuales lugares de residencia. Bajo estas circunstancias la restitución puede no representar una opción para reiniciar proyectos de vida, sino una posibilidad de ingreso y reserva patrimonial. Este reto significa una disyuntiva de éxito o fracaso desde la perspectiva de las políticas públicas que plantean como una prioridad el

retorno de las familias a sus lugares originarios, la reconstitución del tejido social local y el impulso al desarrollo regional.

En todo caso, el éxito de la política de retorno va a depender de la integralidad en la atención para la víctima en ese marco y en la restitución de tierras. Solo si se tienen en cuenta aspectos como la vulnerabilidad de la víctima, su protección y el acceso a los servicios básicos de atención, se puede lograr restablecer el proyecto de vida de aquella y por ende el retorno en condiciones de seguridad y sostenibilidad.

Para armonizar la política de restitución de tierras con la de Desarrollo Rural, se precisa dar prioridad a la tarea de acompañar otros aspectos de la reparación integral, y alinear los presupuestos específicos para cada Institución. Así, se considera sumamente relevante y urgente la planeación intersectorial para construir un andamiaje programático que permita mejores resultados durante el primer año de esta experiencia inédita.

b) Eficiencia del aparato gubernamental y judicial

Alrededor de estos mismos ejercicios de planeación, surgen otras temáticas pendientes de definiciones, tales como:

- La estrategia organizacional para posibilitar el funcionamiento eficiente del nuevo organigrama institucional de los poderes Ejecutivo y Judicial en el año 2012.
- El aprovechamiento de las lecciones obtenidas del Plan de Choque para mejorar la coordinación interinstitucional orientada a continuar con el desahogo de los asuntos contemplados en dicho Plan, pero fundamentalmente con miras a la implementación de la LVRT.
- La conveniencia o no de abordar la resolución de algunas controversias que involucren a grupos sociales desfavorecidos, con medios alternativos para la resolución de conflictos, habida cuenta de la insuficiencia de las medidas judiciales para esos casos específicos.
- La formación de cuadros profesionales que se incorporen al Poder Judicial con la capacidad y la oportunidad requeridas para afrontar convenientemente el inicio del proceso.
- Una amplia e intensa capacitación a funcionarios y representantes de organizaciones sociales, comunitarias y actores involucrados en general y la Difusión de la ley. Esta capacitación debe prever formación frente a las condiciones y riesgos diferenciales que tienen las víctimas de acuerdo a su condición de mujeres, niños, discapacitados, entre otras.

Finalmente, y aunque no puede considerarse a priori como un factor determinante, parece cada vez más evidente que el fenómeno de concentración de la propiedad de la tierra en el sector rural colombiano, estaría provocando desequilibrios tanto en la

redistribución de la riqueza producida en el sector primario, como en el propósito de combatir la pobreza en el campo. Para ello, la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras debe considerarse como instrumento pionero para obtener una gradual democratización de la tierra.

6. De los fondos de reparación de víctimas de la ley 975 de 2005 y la Ley 1448 de 2011

a) Cifras

Hasta el mes de mayo de 2011, el fondo está compuesto por bienes avaluados en COP 74.981.072.824, entregados por los postulados y bloques e ingresado a dicho fondo. De estos, COP \$ 26.550.689,58 se encuentran en bancos, \$ 10.549.936.406,00 están constituidos en TES, COP \$ 58.323.484.678,00 resultan de bienes inmuebles y COP \$ 6.081.101.051,00 de bienes muebles, según el sistema de información del Comité Interinstitucional de Justicia y paz.

Según el tipo de bien, suman 7.367, de acuerdo con las cifras del Comité Interinstitucional de Justicia y Paz. De estos, 5.547, el 75% de los mismos, corresponden a semovientes. Los inmuebles rurales son el segundo tipo de bien más entregado con un 2,73%, seguidos por los inmuebles y las entregas de dinero con 1.2%. El Fondo de Reparación de las Víctimas ha recibido también vehículos, embarcaciones y aeronaves, ninguno de los cuales supera el 0,5% del total.

De acuerdo con la información registrada, 67 postulados y 17 estructuras han realizado entregas. El grupo que ha hecho mayor número de éstas, ha sido el Bloque Sur de Bolívar del Bloque Central Bolívar, con 3.226 bienes, que representan el 43.84% del total. Esto corresponde con el hecho de que Carlos Mario Jiménez, principal comandante de la estructura, es el postulado que más entregas ha hecho al Fondo con un total de 3.230 bienes. El segundo, grupo con mayor número de bienes ha sido el Bloque Mineros, con 1.757, que representan el 23.88%. La totalidad de estos bienes, fueron entregados por el comandante del referido bloque, Ramiro Vanoy, el segundo postulado con más entregas dentro del proceso.

Cabe resaltar la existencia de una aparente inconsistencia entre el número total de bienes recibidos por el Fondo según se clasifiquen por tipo de bien, por Bloque o por Postulado. En el primer caso como se mencionó arriba, la suma asciende a 7.367 bienes, mientras que en el segundo es de 7.358 y en el tercero de 7.389.

Uno de los aspectos más críticos del fondo de reparación a víctimas, es su capacidad para asumir los montos de la reparación determinados en las sentencias. La ley 1448 en su artículo 177 adiciona el artículo 54 de la Ley 975, aumentando las fuentes para nutrir los recursos del Fondo para reparación a víctimas. Prevé así que se adicione con el producto de multas impuestas a los individuos o a los grupos armados al margen de la Ley en el marco de procesos administrativos o judiciales, las sumas recaudadas por entidades financieras y almacenes de cadena como opciones de donaciones voluntarias, el monto de la condena económica a quienes han sido condenados por

concierto para delinquir o aquellas empresas que financiaron a los grupos armados. Esto amerita un papel protagónico del Gobierno Nacional en poner en marcha estrategias que permitan incrementar los recursos por esos medios.

Otro aspecto importante lo constituye que muchos de los bienes entregados y que engrosan el Fondo de Reparación a Víctimas, tienen obligaciones tributarias altas y otros gravámenes reales cuya titularidad es ostentada por entidades financieras o bancarias. Para solucionar este problema y conseguir la realización efectiva de dichos bienes, es necesario que el Estado arbitre el mecanismo que permita la purificación de aquellos. Para ello se propone establecer medidas legales que permitan a las entidades territoriales aplicar exenciones y condonación de impuestos, que permitan sanear aquellos bienes que forman parte del Fondo de Reparaciones. Avances en este sentido los encontramos en la inclusión que hace la Ley de Víctimas, de nuevos mecanismos reparativos en relación con los pasivos. Es así que prevé que las entidades territoriales establezcan mecanismos de alivio y /o exoneración de estos pasivos a favor de las víctimas del despojo o abandono forzado⁵²⁹. La puesta en marcha de los mismos se constituye en una contribución territorial a la reparación a las víctimas en el marco de la transición en Colombia. En los casos que estos bienes estén gravados debido a obligaciones con instituciones financieras y bancarias privadas, es necesario establecer acuerdos o convenios por medio de los cuales dichas entidades se comprometan a cancelar las cargas bajo el mismo concepto de contribución a la reparación de las víctimas.

b) Coordinación con el fondo de reparación Ley 1448 de 2011

La Ley 1448 de 2011 crea un fondo propio para Unidad Administrativa especial de Gestión de Tierras Despojadas. Este fondo se cruza con el fondo de reparación de las víctimas de la violencia de la Ley 975, en la medida en que los bienes inmuebles rurales que han ingresado a este Fondo (FRVC), podrán ser trasladados a petición de la Unidad Especial de Gestión de Tierras Despojadas siempre que ello no afecte a los destinos específicos de reparación. Sobre este particular el Gobierno deberá establecer concretamente los términos y procedimiento evitando en la medida de lo posible traumatismos en la práctica. A la fecha el fondo para la reparación a las víctimas no ha podido disponer de los bienes inmuebles que puedan tener vocación agrícola, esperando los requerimientos que realice el Ministerio de Agricultura para efectos de la restitución.

Otras dificultades que se pueden prever son las relativas a los bienes objeto de extinción de dominio. La Corte Suprema de Justicia en la Segunda instancia de Mampuján había establecido que debían pasar al Fondo para Reparación a las víctimas, mientras que el Art. 113 de la Ley 1448 (posterior) define que deben pasar al Fondo de la UAGTD. Se debe aclarar mediante la reglamentación de la Ley de víctimas, que solo aquellos con vocación restitutiva nutran el Fondo de la Unidad para la restitución, y los demás puedan ser destinados a la reparación integral de que se ocupa el Fondo para la Reparación a víctimas.

⁵²⁹ Artículo 121 Ley 1448 de 2011

7. Algunos apuntes sobre la Ley 1448 y su conexión con la Ley 975 y otras normas sobre derechos de las víctimas

En primer lugar la Misión valora positivamente tres aspectos de la Ley:

- Que el legislador haya generado importantes avances en materia de participación para las víctimas en la Ley 1448 (Titulo II “derechos de las víctimas dentro de los procesos judiciales”), y ello porque era sentir generalizado de las victimas la lentitud en el trámite de los procesos judiciales y su limitada y precaria participación. Sin embargo el proceso de reglamentación ha puesto, de nuevo, de manifiesto la falta de conformidad de las víctimas y asociaciones, ante la participación marginal que se les confiere limitada a espacios de divulgación, lo que contraria el espíritu de la Ley
- Que en el artículo 27 de la Ley, de una manera expresa prohíbe la restricción de los derechos humanos y obliga a respetar los estándares internacionales en la interpretación de la ley.
- Que la Ley ofrezca a las víctimas, caminos alternativos de reparación por vía administrativa. Al respecto es necesario que la reglamentación permita establecer claramente medidas que opten por la integralidad y no por la limitación del acceso de aquellas a la justicia.
- Que se incorpore de manera contundente los enfoques diferenciales y de género como elementos transversales de toda la política de atención y reparación a víctimas.

Con respecto a los Principios Rectores (Capitulo II), se advierte que en la medida en que la Ley regula un derecho superior de las víctimas, estos principios están llamados a irrigar también los procesos que se adelanten bajo el procedimiento reglado por la Ley 975.

Analizada la estructura de la Ley 1448 se observa que está diseñada sobre tres 3 núcleos centrales temáticos así:

- 1- Reparación, como eje fundamental que aborda la Ley
- 2- Disposiciones sobre atención, medidas de asistencia y ayuda humanitaria
- 3- Normas de participación de las víctimas en los procesos judiciales

Así, la afectación o interconexión mencionada con otras normas se da en cada uno de estos bloques temáticos, cruces que pueden ser problemáticos en el momento del ejercicio de las labores interpretativas frente a aspectos como:

El artículo 10 modifica a la Ley 975 en detrimento de las víctimas. Las condenas en subsidiariedad, en los procesos penales, en los que sea condenado el victimario y el Estado debe concurrir subsidiariamente a indemnizar a la víctima, el pago que este deberá reconocer, se limitará al monto establecido en el reglamento correspondiente para la indemnización individual por vía administrativa de que trata ley en el artículo 132. Esta disposición puede entenderse como una norma regresiva en cuanto el

espectro amplio de la Ley 975, donde el juez tenía autonomía para definir los alcances de la reparación.

La transformación institucional. De no preverse mecanismos claros transición, el cambio de funciones al momento de la implementación de la Ley podría impactar a las víctimas inscritas en justicia y paz. Se espera que en términos de racionalidad de gestión pública se maximicen los recursos y se busquen los caminos que conduzcan al logro de un entramado institucional coherente y armónico.

La asistencia y ayuda humanitaria (Título III). En este punto no se avizora remisión inmediata a la Ley 975 como si lo hace con otras normas como la Ley 418 de 1997.

La indemnización por vía administrativa. La Ley 1448 establece que en término de seis meses se debe reglamentar el trámite, procedimiento, mecanismos, montos y demás lineamientos para otorgar la indemnización individual por la vía administrativa a las víctimas. Surgen inquietudes de cómo se articularán las indemnizaciones otorgadas a las víctimas antes de la expedición de la presente ley. Este es un aspecto sensible que debe ser aclarado reglamentariamente. El proyecto de reglamentación circulado por el Gobierno Nacional no determina lo pertinente y por el contrario delega la responsabilidad a la Unidad Administrativa por crearse.

La Participación de las víctimas en procesos judiciales. Uno de los importantes avances en términos de garantías procesales penales, que no se contenían en la Ley 975 ni en los estatutos de procedimientos penales es la creación del protocolo para casos de violencia sexual contra mujeres en el que se evidencia una complementariedad clara pretendida y buscada desde la Ley de víctimas con la Ley 975.

La reglamentación propuesta no establece mecanismos claros para garantizar la participación de las víctimas y en especial de aquellas que contribuyan a la implementación de medidas con enfoque de género y diferencial. La participación no puede ser marginal y debe implicar aportes de las víctimas desde el mismo momento del diseño y reglamentación de la política.

Es importante que en el proceso de reglamentación, estos tres temas se delimiten y coordinen para que se establezcan claramente los aspectos de complementariedad, adición o modificación.

Finalmente se requiere que los alcances de todos estos principios y normas que comportan impactos en la justicia ordinaria y transicional sean urgentemente socializadas, principalmente, con la rama judicial.

TERCERA PARTE: Recomendaciones finales

RECOMENDACIONES

PRIMERA PARTE: Reflexiones para un balance del proceso penal especial de Justicia y Paz

Capítulo I DESMOVILIZACIÓN Y POSTULACIÓN

1. Eliminar cualquier tipo de bonificaciones económicas por colaboraciones efectivas de los desmovilizados
2. Garantizar que la persona que depone las armas, desde el momento en el que queda a disposición de la autoridad administrativa correspondiente, no sea sometida a incomunicación, y se garanticen la representación y asistencia a través de un defensor público en todas las etapas, la asistencia medica durante el ciclo de desmovilización, y puesta en conocimiento del lugar de detención a la familia
3. Ceñir la entrevista ante el Ministerio de Defensa a los fines de verificar únicamente la pertenencia un grupo armado ilegal, y aquella que conduzca al desmantelamiento del grupo al que pertenece.
4. Eliminar la fase de postulación, y sustituirla por la selección que deberá llevar a cabo la Fiscalía General Nación con los datos suministrados por la autoridad administrativa correspondiente
5. Garantizar la cadena de custodia de todo el material de guerra, instrumentos, documentos y demás datos entregados por el desmovilizado u obtenidos a través del mismo, así como la grabación de las entrevistas que realice ante la entidad administrativa de custodia, para su entrega a la Fiscalía General de la Nación a efectos de selección y posterior uso procesal
6. Ampliar las investigaciones a instigadores y financiadores de grupos armados ilegales que decidan aportar con verdad y reparación al proceso, incluyendo a las personas jurídicas que prestaron sus estructuras societarias o a través de las cuales se produjo la financiación del grupo armado, cualquiera de sus estructuras, miembros u operaciones, blanqueo de los beneficios obtenidos y reciclaje de los mismos

Capítulo II VERSIÓN LIBRE Y CONFESIÓN

7. Garantizar la existencia de un sistema integrado de almacenamiento y conservación de información de Justicia y Paz, en coordinación con la Red Nacional de Información prevista en el artículo 153 de la Ley 1448 de 2011, con

el fin de que dé cumplimiento al derecho de información a las víctimas, sirva a la construcción de la memoria y pueda ser utilizada a efectos judiciales, sin perjuicio de las cautelas que el carácter reservado del proceso judicial imponga

8. Dotar a las salas de versión libre de todos los elementos técnicos necesarios para grabar en audio y video la diligencia, así como para retransmitir las diligencias a las salas de víctimas con suficiente fidelidad en el sonido y nitidez de imagen. Asegurar el acceso de las víctimas a la información
9. Desarrollar protocolos de investigación para obtener un mejor rendimiento de la versión libre del seleccionado/a, y para ello priorizar la actividad investigadora sobre los motivos, contexto y patrones de la violencia sistemática y generalizada de la macrocriminalidad, enfocándola a las estructuras nucleares, económico financieras y actuaciones macrocriminales de los grupos armados al margen de la ley. En dichos protocolos deberá otorgarse una atención especial al enfoque diferencial y de género
10. Adoptar el sistema de audiencias colectivas que se llevarán a cabo con aquellos seleccionados/as que hubieren participado en los mismos hechos delictivos para desvelar la estrategia y el plan sistemático y macrocriminal del grupo armado al margen de la ley
11. Proveer a la Fiscalía General de la Nación de los recursos técnicos, administrativos y humanos suficientes para que cumpla su cometido de adelantar investigaciones, con el fin de que no se produzcan dilaciones en el mismo
12. Fijar un tiempo mínimo durante el cual el fiscal quede adscrito a un puesto concreto de modo que se garantice la continuidad y estabilidad de la diligencia, ello sin perjuicio del libre nombramiento y remoción de los fiscales que corresponde a la Fiscalía General de la Nación
13. Procurar la concentración de la diligencia de versión libre, realizándose ésta de manera continua, con preferencia en un mismo día cuando ello sea posible. Establecer plazos perentorios de modo que se eviten dilaciones injustificadas
14. Reforzar la participación de las víctimas en la diligencia de la versión libre, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 37 de la ley 1448 de 2011, así el aprovechamiento de la información suministrada por las organizaciones de la sociedad civil
15. Desarrollar los protocolos necesarios para garantizar en todas las etapas del proceso de Justicia y Paz, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 1448 de 2011 la seguridad de estas y del entorno familiar en la medida en que pueda ser afectado, incluyendo las medidas tendentes a garantizar la seguridad a las víctimas

16. Mejorar la capacitación de los funcionarios de modo que el trato dado a las víctimas sea respetuoso con su dignidad y sensibilidad
17. Garantizar condiciones para una adecuada protección del derecho de las víctimas a la verdad, en el marco de las versiones libres, así como para evitar su revictimización, y para ello: (i) excluir la repetición de narraciones de hechos; (ii) garantizar la debida separación de la sala de víctimas y la de los versionado/as; y (iii) garantizar que la víctima asista a la audiencia por el caso en el cual reclama sus derechos
18. Establecer un protocolo de actuación que recoja las pautas para una adecuada coordinación interinstitucional que garantice el buen desarrollo de las versiones libres, que incluya directrices de la misma naturaleza sobre este aspecto y la mejora de la comunicación entre la Fiscalía General de la Nación y el INPEC, así como entre la Fiscalía y los procuradores delegados ante la Unidad de Justicia y Paz. Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 1448 de 2011 sobre el Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a Víctimas, sería conveniente que, a los efectos de implementar y coordinar la política de Estado en materia de Justicia Transicional, se creará el Comité de este mismo nombre

Capítulo III AUDIENCIA PRELIMINAR DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN, ACEPTACIÓN DE CARGOS Y DE CONTROL DE LEGALIDAD SOBRE ACEPTACIÓN DE CARGOS

19. Regular legalmente la figura de las imputaciones parciales como mecanismo excepcional de investigación, en función de la contextualización previa del grupo al que pertenecía el/la seleccionado/a y su actividad macrocriminal, y siempre que contribuya a una más completa y eficaz protección de los derechos de las víctimas
20. Revisar e incluir términos perentorios para cada una de las fases procesales y actuación en el marco de este proceso especial. El incumplimiento de los mismos podrá dar lugar a las correspondientes responsabilidades penales y disciplinarias del infractor
21. Otorgar herramientas técnicas y administrativas a las instituciones para evitar que se continúen incumpliendo los plazos estipulados para implementar cada fase procesal
22. Disponer los medios necesarios a fin de que el INPEC pueda cumplir con su obligación de traslado de los/as seleccionados/as a las audiencias a que fueren convocados con las necesarias medidas de protección y seguridad de éstos
23. Diseñar mecanismos de predeterminación reglada de los turnos de fiscales con permanencia hasta que el sustituto tome la competencia y conocimiento del asunto

24. Establecer, inmediatamente después de la selección, una audiencia inicial de imputación con el fin de poder solicitar del magistrado de garantías la adopción de medidas cautelares personales, sin perjuicio de solicitar la ratificación de las mismas en la audiencia de imputación
25. Regular la posibilidad, en la misma audiencia citada en la recomendación anterior, la posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación, atendiendo al riesgo inminente de desaparición, gravamen o disposición de bienes, solicite del magistrado de garantías las medidas de aseguramiento real correspondientes, sin perjuicio de hacerlo posteriormente, en los demás casos, con todos los requisitos marcados en la Ley
26. Mantener la audiencia de imputación de cargos con obligación por parte de la Fiscalía General de la Nación de dar a conocer por escrito en el plazo que marque la ley al seleccionado/a y las víctimas o representante judicial para su conocimiento y efectos
27. Fusionar las audiencias de aceptación de cargos, legalización y formulación de cargos y la verificación de la legalidad de los mismos
28. Fortalecer la defensa pública en todas las etapas del proceso. Es fundamental que las víctimas cuenten con un defensor y que se genere entre ellos un lazo de cercanía y confianza que les permita una identificación conjunta de las pretensiones, teniendo en cuenta el enfoque diferencial y de género. Es importante que la Defensoría Pública logre asignar representantes a todas las víctimas acreditadas en el proceso de Justicia y Paz que lo requieran y lograr la acreditación del mayor número de víctimas posible. Con el suficiente tiempo para que pueda ejercer la defensa en condiciones aceptables. Se recomienda que en lo posible cada defensor tenga un número no máximo de 150 víctimas

Capítulo IV EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL

29. Regular la forma en la que, a través del Servicio Único de Ejecución de Sentencias cuya creación se propone, y al frente del cual estará el Órgano Judicial Colegiado de Ejecución, deberá celebrarse el incidente de reparación integral a las víctimas luego de que la sentencia se haya declarado el daño individual o colectivo y su forma de reparación, con la participación de las víctimas implicadas, teniendo en cuenta el enfoque diferencial y de género
30. Crear un sistema de asesoramiento tanto jurídico como psicológico a las víctimas, anterior al incidente de reparación y durante cada etapa del proceso, en el marco de los centros comunitarios y de reconciliación que deberá promover el Ministerio de Justicia y Derecho por medio de la Dirección de Justicia Transicional y otras entidades, con la específica finalidad de prestar la

asistencia integral a las víctimas. A tal efecto, se recomienda al gobierno que provea lo necesario para que en cada uno de esos equipos haya la presencia de un educador social, un psicólogo, un médico general, un abogado o miembro de la defensoría, teniendo en cuenta, tanto para la selección como para el desarrollo de la asistencia, el enfoque diferencial y de género. En el marco de dicho centro se deberá elaborar un protocolo interinstitucional de preparación a las víctimas

31. Reunir para los incidentes de reparación integral todas las iniciativas de organizaciones sociales, la academia y organizaciones internacionales que hubieren adelantado estudios sobre el daño de poblaciones tal como sucede con la iniciativa adelantada por el proceso de Comunidades Negras (PCN) que desarrolla la reparación colectiva para su comunidad
32. Adoptar las medidas necesarias durante el período de investigación, por parte del Ministerio Público, para acreditar la existencia del posible daño colectivo que se hubiere cometido, a fin de que la Sala de Conocimiento pueda determinar la existencia o no del referido daño colectivo a efectos del posterior incidente de reparación
33. Proponer la creación de un servicio común de ejecución de sentencias a cuyo frente estará el Órgano Judicial Colegiado de Ejecución, y que asumirá las competencias relacionadas con el desarrollo del Incidente de Reparación Integral, la determinación y forma de reparar el daño colectivo, y los demás aspectos de la sentencia
34. Crear mecanismos eficientes de seguimiento por parte de las instituciones a las comunidades objeto de reparación con miras a la reconstrucción del tejido social fomentando la participación.
35. Implementar los mecanismos legales con el fin de que la víctima pueda acceder a la reparación aún cuando el victimario no sea conocido, sin perjuicio de las garantías o cautelas que el juez pueda establecer sobre el bien entregado
36. Reclamar del Ministerio del Interior para que adelante un plan de seguridad especial para los líderes de las comunidades que presentan denuncias públicas en los incidentes de reparación integral

Capítulo V CONTENIDO DE LA SENTENCIA

37. Establecer en el marco jurídico de Justicia y Paz además de las categorías de comandante y mando medio, la categoría de miembro cualificado, como sujetos activos de la acción criminal seleccionada o priorizada para su investigación
38. Establecer en el marco jurídico de Justicia y Paz las categorías de Instigadores, y Financiadores, bien sean personas naturales o jurídicas

39. Flexibilizar los criterios de valoración de las pruebas aportadas por las víctimas teniendo en cuenta su situación de especial vulnerabilidad
40. Difundir la información sobre los medios idóneos para acreditar daño individual, creando permanentes canales de comunicación entre las instituciones y víctimas y unificando lo que se solicita por parte de las instituciones a ellas
41. Definir el daño colectivo teniendo en cuenta los intereses y derechos que afecta en relación al grupo o comunidad en el que se hubiera producido

Capítulo VI EXCLUSIÓN Y REQUISITOS DE ELEGIBILIDAD

42. Consagrar legalmente el instituto de la exclusión del proceso y el de finalización del mismo por la renuncia voluntaria del postulado; teniendo en cuenta los desarrollos jurisprudenciales en este sentido
43. Depurar el universo de postulados al procedimiento especial de que trata la Ley 975 de 2005, es el caso de los renuentes, inelegibles o quienes desisten someterse al proceso bajo los parámetros establecidos por la jurisprudencia
44. Establecer, ante la obligación de la entrega de bienes establecida legalmente, un mínimo indisponible para la subsistencia de los desmovilizados y sus familias, evitando así un nuevo círculo de victimización

SEGUNDA PARTE: Dificultades del proceso transicional de Justicia y Paz.

Capítulo VII VIGENCIA DE LA LEY 975 DE 2005

45. Determinar a través del mecanismo legal que corresponda que estarán incluidos en la Ley de Justicia y Paz todos aquellos/as respecto de los que se constate su integración y pertenencia al grupo con anterioridad al 25 de julio de 2005, aunque se le imputen hechos posteriores hasta la fecha de su desmovilización, que no podrá superar la de la entrada en vigor de la norma que lo regule
46. Determinar a través del mecanismo legal que corresponda que aquellos miembros de los grupos armados ilegales desmovilizados al momento de la promulgación del mismo y que perteneciendo a dichos grupos con anterioridad al 25 de julio 2005 no se encontraren seleccionados al procedimiento de que trata la Ley 975 de 2005, únicamente pueden solicitar la selección al procedimiento de la presente ley dentro del año siguiente a su vigencia
47. Determinar a través del mecanismo legal que corresponda que las personas que perteneciendo antes del 25 de julio de 2005 se desmovilicen

individualmente con posterioridad al momento de promulgación de la presente ley, pueden acceder al procedimiento especial y a los beneficios consagrados en ésta, por hechos cometidos con anterioridad a la fecha de su desmovilización, siempre y cuando el acto de desmovilización y la solicitud de selección a ésta, tengan lugar dentro de los dos años siguientes a su vigencia

48. Determinar a través del mecanismo legal que corresponda que, quienes, siendo simples miembros, se desmovilicen individualmente con posterioridad a la fecha de promulgación de aquel, podrían acceder al procedimiento de que trata la Ley 1424 de 2010 en los términos y con los requisitos objetivos y subjetivos allí establecidos

Capítulo VIII EL TRATAMIENTO DEL DELITO POLÍTICO EN EL PROCESO PENAL ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ Y SITUACIÓN JURÍDICA DE DESMOVILIZADOS

49. Calificar el concierto para delinquir agravado como crimen de lesa humanidad, únicamente en los casos en los que esté probado que el individuo cometió crímenes de lesa humanidad

Capítulo IX SITUACIÓN CARCELARIA Y PENITENCIARIA EN EL PROCESO DE LA LEY 975 DE 2005

50. Establecer normas mínimas, vía legislativa, sobre condiciones carcelarias en Justicia y Paz, partiendo de las condiciones actuales, como mínimo
51. Facilitar que en los pabellones de Justicia y Paz estén reclusos únicamente seleccionados y que estos sean trasladados en un plazo no mayor a 20 días a partir de la notificación de su selección
52. Procurar que los centros de reclusión estén localizados lo más cerca posible a las sedes de la UNFJYP y de los tribunales con el fin de facilitar las diligencias, una vez sentenciado se debe procurar la cercanía familiar
53. Establecer colonias agrícolas para el cumplimiento de penas de los sentenciados de extracción campesina sin posibilidad de hacerlo en el exterior. Para ello, considerar la reapertura del Centro Penitenciario de Urrá como centro de reclusión de Justicia y Paz, dados los compromisos establecidos en el proceso de paz
54. Establecer las condiciones necesarias para el contacto de los internos con personas en libertad exclusivamente para efectos de la reconstrucción de la verdad

55. Implementar un modelo único de resocialización teniendo en cuenta el enfoque diferencial y de género que corresponda, en todos y cada uno de los Pabellones especiales dirigido a restablecer el tejido social
56. Adoptar, por parte del Ministerio de Hacienda, la dotación presupuestal a favor del INPEC para facilitar la resocialización de los internos de Justicia y Paz
57. Establecer una cátedra de Justicia Transicional en la escuela de formación del INPEC y capacitar obligatoriamente a toda la guardia sobre condiciones especiales de reclusión en escenarios transicionales
58. Brindar seguridad especial a aquellos internos que por la calidad de sus confesiones necesitan un nivel de protección más alto

Capítulo X EXTRADICIONES: AFECTACIÓN A LA VERDAD, A LA JUSTICIA Y A LA REPARACIÓN INTEGRAL

59. Adoptar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en materia de extradiciones, con el fin de limitar las mismas en el futuro. Priorizando los derechos de las víctimas
60. Reformar los acuerdos bilaterales de asistencia legal y cooperación judicial con Estados Unidos. En particular, articular los mecanismos necesarios para que tenga lugar las entregas temporales de los/as seleccionados/as para cumplir sus obligaciones con Justicia y Paz; se materialice la búsqueda de los bienes con asistencia de las autoridades de dicho país y se desarrollen las comparecencias a través de medios técnicos, sin interferencias. Es definitiva, en pro de este cometido, que el gobierno colombiano y el estadounidense aseguren los recursos de todo orden para hacer realizar en debida forma dichos procedimientos
61. Solicitar acompañamiento por parte de organismos e instituciones internacionales, con el fin de posibilitar más y mejores prácticas en la formulación de los acuerdos, así como en la construcción de una regulación doméstica que ataque los obstáculos creados por la extradición de los/as seleccionados/as, con exposición de competencias y definición de términos para encausar los procesos
62. Desarrollar mecanismos que aseguren la repatriación de los/as seleccionados/as una vez se culminen las actuaciones por las cuales fueron extraditados. Esto a fin de recuperar la posibilidad de judicializar a los procesados por crímenes de connotación internacional u obtener de ellos, a través de beneficios judiciales, el esclarecimiento de conductas punibles conocidas o no por las autoridades

63. Fomentar un sistema de beneficios y consecuencias jurídicas para quien siendo extraditado se mantenga o retire de los procesos de Justicia y Paz. Dichos beneficios o sanciones deben, en la medida de lo posible y siempre que lo permita el ordenamiento de los Estados y las normas de derecho internacional público, tener algún tipo de aplicación en el país receptor
64. Establecer un mecanismo de protección de las familias de los/las extraditados/as para incentivar la permanencia y la participación en el proceso de Justicia y Paz
65. Buscar canales de acercamiento con las víctimas promoviendo y socializando la importancia de su presencia en sesiones adelantadas por los extraditados. Adoptar medidas que apoyen la participación de las víctimas. En este sentido, precisar y dar a conocer las herramientas legales con que cuentan las víctimas para su acceso a material probatorio, a las audiencias y demás actividades procesales relevantes
66. Informar a las víctimas sobre la posibilidad de impetrar acciones legales en suelo estadounidense, estructurando un servicio legal que pueda promover dichas causas

Capítulo XI ENFOQUE DE GÉNERO Y DIFERENCIAL

67. Realizar una interpretación coherente e integral de los diferentes instrumentos normativos nacionales e internacionales relativos a la protección debida a las víctimas de la violencia de género y sexual
68. Aplicar el enfoque diferencial y la perspectiva de género en las indagaciones realizadas por los fiscales, teniendo en cuenta el especial impacto social y político que el conflicto armado ha tenido sobre determinados grupos sociales, comunidades y pueblos (indígenas, afrodescendientes, raizales, comunidades ROM, mujeres...). Reforzar los mecanismos de investigación (protocolo) de delitos sexuales ya previstos en la Ley 1448 de 2011, aplicándolos al marco de la Ley 975 de 2005
69. Dar prioridad a la investigación, judicialización y sanción de aquellos casos que tienen un especial impacto por su afectación a pueblos o comunidades más vulnerables con el fin de mejorar el diagnóstico e indagación de crímenes que han estado invisibilizados, tales como reclutamiento ilegal, esclavitud en el marco del conflicto o violencia sexual. En este sentido, valorar el protocolo de investigación previsto por el artículo 38 de la Ley 1448 de 2011
70. Aplicar medidas de protección a las víctimas teniendo en cuenta el enfoque diferencial y de género. Proteger la intimidad de las víctimas, especialmente de aquéllas que hayan sufrido violencia sexual, niños, niñas y adolescentes

71. Capacitar a los funcionarios de modo que puedan prestar adecuada asistencia jurídica y psicológica especializada así como acompañamiento a las víctimas, reforzando los mecanismos ya previstos por la Ley 1448 de 2011 en el marco de Justicia y Paz
72. Adoptar las medidas necesarias para evitar situaciones de revictimización para las víctimas de violencia sexual y de género
73. Tener en cuenta el enfoque diferencial y de género cuando se determine la reparación a las víctimas, estableciendo medidas de reparación especializadas para las víctimas de delitos sexuales y de género, ya sean individuales o colectivas
74. Establecer programas de resocialización para los seleccionados que se ajusten a sus particulares características (sexo, edad, grupo étnico...). Aplicar en enfoque diferencial y de género a las medidas de seguridad destinadas a los seleccionados/as
75. Aplicar la perspectiva de género a la regulación que afecte a las mujeres desplazadas, de modo que se ajuste a los criterios del Auto 092 de 2008 de la Corte Constitucional

Capítulo XII CRITERIOS DE SELECCIÓN Y PRIORIZACIÓN

76. Elaborar un diagnóstico del ejercicio y trámite judicial, para solucionar los problemas de celeridad y desgaste del sistema judicial para no tener obstáculos al momento de satisfacer los derechos de las víctimas, para lo cual debe hacerse un estudio estratégico y metodológico observando temas de costo, tiempo, capacidad institucional y la posibilidad de filtrar los casos para juzgar al máximo de responsables
77. Poner en marcha una estrategia clara y definida de selección y priorización de casos, en los que se considere como criterios de selección: 1) la posición jerárquica relevante del postulado o grado de coparticipación criminal, es decir, los comandantes, mandos medios, miembros cualificados, financiadores, determinadores del crimen del grupo armado organizado al margen de la ley, y 2) la forma de comisión del delito. Y como criterios de priorización: a) la representatividad del crimen cometido, y b) la magnitud de los efectos de determinados crímenes de connotación masiva especial
78. Socializar los criterios de selección y priorización con las víctimas y explicarles por que su caso no fue escogido, y como será reparada, teniendo en cuenta que el pilar fundamental de la justicia transicional deben ser los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, respondiendo a los estándares internacionales en la materia

79. Remitir al procedimiento de la Ley 1424 de 2010 o a la justicia penal ordinaria, según sea el caso, los casos no seleccionados, función que quedará a cargo de la Fiscalía General de la Nación
80. Remitir al procedimiento de la justicia penal ordinaria a miembros de la fuerza pública (militares y de policía), autoridades y servidores públicos, que hayan participado en las actividades de los grupos armados ilegales, considerando los beneficios penales a los que haya lugar
81. Crear un Comisión de la Verdad y Memoria Histórica como mecanismo de justicia transicional complementario a la acción de la justicia penal en el procedimiento de Justicia y Paz, así como, en su caso, en la jurisdicción ordinaria, e incluyendo el mecanismo establecido en el artículo 4 de la ley 1424 de 2010
82. Crear órganos colegiados de enjuiciamiento y de ejecución de penas en las diferentes fases del proceso con el fin de fortalecer la capacidad institucional de los magistrados de control de garantías, salas de conocimiento y magistrados de control de ejecución de penas, y dar mejor y más ágil cumplimiento al derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y reparación

Capítulo XIII RELACIÓN ENTRE JUSTICIA PENAL ORDINARIA Y JUSTICIA Y PAZ: EL CASO DE LA PARAPOLÍTICA

83. Adoptar medidas para que los procesos que se inicien contra los condenados de la parapolítica por su eventual responsabilidad por los crímenes de la estructura armada a la cual pertenecen nutran las investigaciones de Justicia y Paz
84. Buscar soluciones eficientes a las dificultades de cooperación judicial para garantizar que los ex jefes paramilitares extraditados puedan contribuir a los procesos por la parapolítica
85. Fortalecer las competencias de la FGN, en relación con los procesos por parapolítica de su competencia, considerando el número actual de investigaciones y aquéllas que deberían iniciarse a juzgar por la magnitud del fenómeno de la parapolítica en diversas regiones del país
86. Proveer con recursos humanos y materiales a la Corte Suprema de Justicia, en relación con las complejidades y dificultades probatorias de los procesos objeto de su conocimiento
87. Incrementar el número de investigaciones contra parapolíticos por delitos que atentan contra los mecanismos de participación democrática, de tal manera que sea consecuente con el acervo probatorio construido en los procesos por concierto para delinquir agravado

88. Mantener un rigor extremo en las reconstrucciones del contexto en que tiene lugar el delito de concierto para delinquir
89. Establecer criterios articulados de imputación para desmovilizados y parapólicos, considerando las diferencias de roles respecto de los GAOML.
90. Ordenar en los procesos por parapólica, contribuciones al fondo de reparación

Capítulo XIV LEY 975 DE 2005 Y LA LEY 1448 DE 2011

91. Recoger por parte de nueva institucionalidad de la Ley de Víctimas y Restitución de tierras, la experiencia e información de aquellas entidades a cargo en el pasado, de una forma coherente e integral. Crear mecanismos eficientes de coordinación entre todas las entidades del Sistema principalmente entre la Nación y el territorio
92. Evitar la superposición de competencias mediante una clara reglamentación sobre la articulación y corresponsabilidad entre las entidades llamadas a ejecutar la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras
93. Diseñar e implementar una política de seguridad eficaz, que perdure en el tiempo para proteger la vida e integridad de las personas y comunidades retornadas. Ello, revisando a profundidad los programas existentes y creando políticas preventivas, orientadas a garantizar la no repetición, y a atacar las causas que originaron los despojos
94. Garantizar una verdadera igualdad entre las víctimas, determinando herramientas claras de acceso a los programas de aquellos desplazados que vivan fuera del territorio nacional
95. Fortalecer la relación gobierno, grupos indígenas y afrodescendientes para realizar de manera conjunta los decretos reglamentarios de la ley 1448 de 2011 y superar la consulta previa exigida por la constitución política de Colombia, en el marco del bloque de constitucionalidad
96. Revisar la posibilidad de dotar de facultades al INCODER para hacer entrega material de los predios en el caso de restituciones administrativas que no tengan conflicto por la propiedad
97. Realizar verificaciones permanentes de las cifras en las restituciones y el éxito de las mismas con el fin de no incurrir en percepciones equívocas acerca de avances aún no consolidados y que puedan ser controvertidas por diversos actores

98. Destinar de manera eficiente recursos para la implementación de la ley de víctimas, su origen y distribución. Poner en marcha la consecución de los nuevos recursos que prevé la Ley 1448 de 2011 para nutrir los fondos
99. Fortalecer los canales de comunicación entre la rama judicial, la unidad administrativa especial de restitución y los programas que incentive el gobierno para la implementación del programa de desarrollo rural agropecuario con miras a lograr un trabajo armónico desde cada institución, priorizando su atención a la población víctima restituida o reubicada y dando beneficios a las comunidades receptoras de retorno
100. Tener en cuenta la opinión de la Fuerza Pública de manera previa y prioritaria respecto de las condiciones de seguridad de los territorios objeto de restitución. Lo anterior con el fin de evitar la doble victimización y para atender a la garantía de no repetición
101. Reglamentar y definir los casos de bienes inmuebles rurales que han ingresado al fondo de reparación de víctimas, y deban ser trasladados al fondo de la Unidad Administrativa especial de gestión de tierras despojadas sin afectar destinaciones específicas de reparación en el marco de la ley 975 de 2005
102. Realizar todos los esfuerzos necesarios para que los bienes que le hayan sido usurpados a una persona por los miembros de los grupos armados al margen de la ley, una vez entregados al Fondo para la Reparación de las Víctimas, sean restituidos a sus legítimos dueños, poseedores o tenedores y queden afectados indiscriminadamente al pago de las indemnizaciones a cargo del mismo⁵³⁰. En este sentido se requiere definición jurisprudencial o reforma del Art 54 de la Ley 975 de 2005 inciso 2
103. Garantizar la participación de las víctimas y organizaciones de víctimas en los procesos de diseño e implementación de la Ley 1448 de 2011
104. Avanzar en la monetización de los bienes a cargo del Fondo para la Reparación de las Víctimas, y de no ser posible, garantizar una adecuada administración, conservación y mantenimiento de los mismos, para evitar su deterioro y depreciación;⁵³¹. Por disposición del Código de Comercio, Acción Social puede ordenar la enajenación o disposición de los bienes (Art. 898)

⁵³⁰ Nota: La tesis contraria fuerza a reconocerles una especie de derecho preferencial sobre dichos bienes a los beneficiarios de la reparación vía restitución.

⁵³¹ Un caso relevante fue el de Salvatore Mancuso. Debió mediar una orden del magistrado de control de garantías para que, en 2010, la entidad recibiera los predios ofrecidos por el excomandante paramilitar en 2007. Durante este tiempo, los predios sufrieron deterioro y fueron objeto de hurto. Según registró un medio de comunicación⁵³¹, Acción Social alegó que no recibiría los bienes de índole comercial o en los cuales se desarrollaban proyectos productivos, puesto que “no eran apropiados para la reparación de las víctimas”.

105. Propender por la integralidad de las medidas de atención y reparación a víctimas, principalmente entre aquellas de retorno y restitución de tierras

106. Definir los protocolos de retornos

107. Avanzar rápidamente en la reglamentación de la política de restitución de tierras, poniendo en marcha la institucionalidad y definiendo elementos tan importantes como la compensación y la creación del fondo. Los procesos judiciales deben obedecer a su carácter transicional, evitando la dilatación de los procesos

108. Implementar medidas diferenciales y de género en la implementación del proceso especial de restitución de tierras que prevé la Ley 1448 de 2011. Se debe garantizar que los funcionarios públicos a cargo de la atención de las víctimas cuenten con capacitación suficiente sobre los riesgos específicos que esta población corre en su relación con la tierra

109. Arbitrar por parte del Estado los mecanismos necesarios que permita la purificación de los bienes, a tal efecto implementar las medidas legales necesarias que permitan sanear aquellos bienes que conforman el fondo de reparación para las víctimas. En este sentido, los entes territoriales diseñaran programas de condonación de impuestos que afecten aquellos bienes entregados, sin que puedan ser penalizados por estas decisiones a favor de las víctimas

110. Establecer los correspondientes acuerdos por parte de las entidades competentes del estados con las entidades bancarias o financieras que fueren titulares de las cargas o gravámenes sobre los bienes objeto de reparación, a fin de que alcen las mismas, sin perjuicio de que se puede seguir exigiendo el pago de la deuda con cargo al seleccionado/a

SIGLAS Y ABREVIATURAS

ACC: Autodefensas Campesinas del Casanare

ACCU: Autodefensas Unidas de Córdoba y Urabá

ACMM: Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio

ACNUR: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

ACR: Alta Consejería Presidencial para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas

ACSN: Alta Consejería para la Seguridad Nacional

AUC: Autodefensas Unidas de Colombia

BACRIM: Bandas Criminales

BCB: Bloque Central Bolívar

CEH: Comisión de Esclarecimiento Histórico (Guatemala)

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIJP: Comisión Intereclesial de Justicia y Paz

CITpax: Centro Internacional de Toledo para la Paz

CNRR: Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación

CNVR: Comisión Nacional de la Verdad y Reconciliación (Chile)

CODA: Comité Operativo para la Dejación de Armas

CODHES: Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento

CONADEP: Comisión Nacional de Desaparecidos en Argentina

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CP: Constitución Política

CPI: Corte Penal Internacional

CPP: Código de Procedimiento Penal

CSJ: Corte Suprema de Justicia

CTI: Cuerpo Técnico de Investigación

DDR: Desarme, Desmovilización y Reinserción

DIH: Derecho Internacional Humanitario

ERG: Ejército Revolucionario Guevarista

FARC: Fuerzas Armadas Revolucionarias De Colombia.

FGN: Fiscalía General de la Nación

FRU: Frente Revolucionario Unido (Sierra Leona)

GAOML: Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley

GTZ/GIZ: Agencia de Cooperación Técnica Alemana

ICBF: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

INCODER: Instituto Colombiano de Desarrollo Rural

ICTJ: Internacional Center for Transitional Justice

IMP: Iniciativa de Mujeres por la Paz

INML: Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

INPEC: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario

INTERMON: Organización No Gubernamental para el desarrollo de la Confederación Oxfam Internacional

MAPP/OEA: Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia de la OEA

OACP: Oficina del Alto Comisionado para la Paz

ONIC: Organización Nacional de Indígenas de Colombia

OXFAM: Oxford Committee for Famine Relief

PAHD: Programa de Atención Humanitaria al Desmovilizado

PGN: Procuraduría General de la Nación

PNUD: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo

SPOA: Sistema Penal Oral y Acusatorio

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

UAGTD: Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras

UNFJYP: Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz

URE: Unidad de Reclusión Especial

URNG: Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca

AGRADECIMIENTO ESPECIAL

La Misión de Apoyo al Proceso de Paz de la Organización de Estados Americanos quiere agradecer especialmente a las instituciones del Estado, organizaciones de la Sociedad Civil, a la academia y a la cooperación internacional por su colaboración en este documento:

Vicepresidente de la República

Ministerio de Justicia y del Derecho

Ministerio de del Interior

Ministerio de Defensa

Policía Nacional de Colombia

Alta Consejería para la Seguridad Nacional

Acción Social

Comisión de Paz del Senado de la República

Comisión de derechos humanos del Senado de la República

Corte Constitucional

Corte Suprema de Justicia

Consejo de Estado

Defensoría del Pueblo

INPEC

Fiscalía General de la Nación

Procuraduría General de la Nación

CitPax

Comisión Colombiana de Juristas

ICTJ

Movice

Observatorio de DDR de la Universidad Nacional de Colombia

Centro de Estudios Interculturales de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali

Profis

Sisma Mujer

IMP

La Misión de Apoyo al Proceso de Paz de las Organización de Estados Americanos (MAPP/OEA) agradece el aporte solidario de países amigos y donantes que contribuyen con recursos económicos y humanos para su sostenimiento y hacen posible el trabajo en Colombia.

ANEXOS

ANEXO 1

Resumen de algunas sentencias sobre parapolítica

Con estos criterios se seleccionaron algunos casos que son ilustrativos de *cómo las versiones libres de justicia y paz han sido catalizador de los procesos por parapolítica:*

Caquetá

Caquetá fue uno de los departamentos en los que las declaraciones de versionados de Justicia y Paz más influencia tuvo en el desmantelamiento de una red de parapolítica⁵³². El despacho 25 de la Unidad de Justicia y Paz fue el encargado de revelar el nombre de cuatro políticos implicados y el contenido de las acusaciones, no obstante que el nombre de los versionados permaneció en silencio por razones evidentes. El primer implicado fue el ex representante por Caquetá Luis Fernando Almario. Almario tenía un antecedente judicial del que salió bien librado: se le acusaba de haber contactado con la columna Teófilo Forero de las FARC para ordenar el asesinato del ex representante Diego Turbay Cote, a quien Almario señaló como el responsable del ingreso de los paramilitares a Caquetá⁵³³. En versión libre del 17 de marzo de 2009 el versionado señaló que Almario se alió con Juan Carlos Duarte Gutiérrez, alias “El Chiqui”, y Javier Montañez, alias “Macaco”, ambos del Bloque Central Bolívar (BCB), para asegurar apoyo político para su ahijado político, Juan Carlos Claros, quien habría de convertirse gobernador de Caquetá. La ayuda se concretó en 20 millones de pesos para la campaña y presiones en los municipios de Morelia, La Liberia, Fuente Hermosa, Puerto México y La Rochela. El segundo implicado fue el ex gobernador de Caquetá, Juan Carlos Claros, a quien, en diligencia del 12 de junio de 2009, se le acusa de ordenar a paramilitares del BCB dejar 300 uniformes de paramilitares en la finca del entonces gobernador de Caquetá, Luis Cuellar. El tercer implicado fue el ex alcalde de Florencia, Arnoldo Barrera, a quien se le acusó de haber buscado y recibido apoyo económico y militar para su candidatura a la Alcaldía, a cambio de la cual entregó sendas licitaciones a los paramilitares de la región. El cuarto implicado fue el ex senador Oscar Reyes a quien se le acusó de reunirse en la hacienda “06” de Salvatore Mancuso, con alias “Ernesto Báez” y alias “Julián Bolívar”, para buscar apoyo adherirse al proyecto paramilitar. Además de estos cuatro políticos de Caquetá envueltos en el escándalo de la parapolítica, en mayo del 2011 el versionado de Justicia y Paz, José Germán Senna Pico, alias ‘Nico’ o ‘Berlusconi’, denunció que Harry González el actual candidato a la gobernación entregó una lista de contratistas a los paramilitares para fines de extorsión, durante su función de asesor jurídico del gobernador Juan Carlos Claro Pinzón⁵³⁴.

⁵³² <http://www.semana.com/justicia/destapa-parapolitica-caqueta/125206-3.aspx>

⁵³³ <http://www.semana.com/justicia/llaman-juicio-ex-congresista-luis-fernando-almario/116896-3.aspx>

⁵³⁴ <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-9264382>

Julio Bernal Acosta en Arauca

El caso de parapolítica contra Julio Bernal Acosta, el ex gobernador de Arauca de Cambio Radical entre 2004 y 2007 fue encendido por dos jefes paramilitares pertenecientes al Bloque Vencedores de Arauca. Miguel Ángel Mejía Múnera, alias “Pablo Arauca” o el “Mellizo” Mejía, en versión libre del 20 de enero de 2009 ante Justicia y Paz⁵³⁵, aseguró que el ex gobernador “tenía mando en sus tropas” y ordenó el asesinato de la coordinadora de hospitales del departamento, IDESA, Nubia Jaimes Cantor, y del registrador de Arauca, Juan Alejandro Plazas Lemónaco. Además describió un par de reuniones a las que asistieron Diego Fernando Murillo Bejarano, alias “Don Berna”, Bernal Acosta y el mismo “Mellizo” Mejía; explicó que por instrucciones de Carlos Castaño le fueron entregados 500 millones de pesos al entonces candidato Bernal Acosta y que una vez electo, devolvió 70 millones. Denunció también que el ex gobernador le entregó una lista de objetivos militares a su subalterno Ferney Alvarado Pulgaría, alias “Cúcuta”. En versión libre de 9 y 10 de febrero de 2009, alias “Cúcuta” confirmó la versión de alias el “Mellizo” Mejía⁵³⁶. Confirmó la existencia de la lista negra, se declaró autor material de los crímenes de Nubia Jaimes Cantor y de Juan Alejandro Plazas, y agregó que tras el asesinato del segundo, recibió del ex gobernador la suma de 10 millones de pesos. En versión libre del 18 de octubre de 2009 desde Estados Unidos⁵³⁷, alias el “Mellizo” Mejía, agregó a la lista de víctimas del ex gobernador a los periodistas de la emisora Meridiano 70: Efraín Varela y Luis Eduardo Alfonso Parada.

Bolívar y Vicente Blel Saad

En el caso de parapolítica contra el ex senador de Bolívar, Vicente Blel Saad, fueron claves los testimonios de Salvatore Mancuso, Edward Cobos Téllez, alias “Diego Vecino”⁵³⁸, e Ivan Roberto Duque, alias “Ernesto Báez”⁵³⁹. “Báez” narró ante la Corte Suprema de Justicia⁵⁴⁰ los acontecimientos que comprendieron lo que se llamó el

⁵³⁵ <http://www.verdadabierta.com/justicia-y-paz/versiones/80-versiones-seccion/765-el-mellizo-salpica-a-ex-gobernador-julio-acosta-y-a-la-fuerza-aerea>

⁵³⁶ <http://www.verdadabierta.com/justicia-y-paz/80-versiones/876-alias-cucuta-confirmando-presuntos-nexos-del-ex-gobernador-acosta-con-paras>

⁵³⁷ <http://www.verdadabierta.com/justicia-y-paz/1912-el-mellizo-mejia-salpica-a-julio-acosta-bernalgobernador-acosta-con-paras>

⁵³⁸ Alias “Diego Vecino” fue uno de los primeros beneficiarios de la Ley de Justicia y Paz. <http://www.verdadabierta.com/justicia-y-paz/2527--la-primer-condena-de-justicia-y-paz>

⁵³⁹ El paramilitar Ernesto Baéz, jefe del Bloque Central Bolívar, fue el primer paramilitar de alto rango en ser expulsado de Justicia y Paz ante su renuencia a aceptar 27 asesinatos en los que se le implicaba y en razón de su permanencia en la guerra. <http://www.semana.com/nacion/expulsaron-justicia-paz-ernesto-baez/140173-3.aspx>

⁵⁴⁰ Sentencia.

Pacto de Barranco de Loba⁵⁴¹. No obstante que la declaración no fue revelada en las unidades de Justicia y Paz es posible decir que la revelación hace parte del mandato de verdad contenido en la Ley de Justicia y Paz. “Báez” narró que dos meses antes de las votaciones regionales del 2003, se celebró en el municipio de Barranco de Loba (Bolívar) una reunión con la clase política de la Costa para la selección de candidatos únicos a alcaldías y la gobernación. Contó también que a esta reunión asistió Blel Saad buscando el apoyo del candidato Libardo Simancas pero que en la oportunidad el apoyo de los paramilitares se dirigió hacia el otro candidato Alfonso López Cossio. Por su parte “Diego Vecino” describió una reunión posterior entre Salvatore Mancuso, Blel Saad, “Ernesto Báez”, los senadores William Montes y José María Imbett, y su persona, en la finca de la ex representante Eleonora Pineda en el corregimiento de El Caramelo (Córdoba)⁵⁴². En la reunión el senador Blel postuló nuevamente a Simancas para el apoyo electoral del Bloque Héroes de los Montes de María y se buscaron estrategias para la obstrucción electoral de López Cossio. Esta segunda reunión fue corroborada por Salvatore Mancuso ante fiscal de Justicia y Paz⁵⁴³, testimonio del que se valió la Corte Suprema de Justicia en la condena a siete años para Blel Saad. Por si fuera poco en el proceso la ex representante Eleonora Pineda corroboró la reunión en El Caramelo pero la justificó como un intento del ex senador Blel Saad de proteger a su círculo político⁵⁴⁴. Este tipo de actuaciones son prueba del efecto dominó que caracteriza a la parapolítica.

Javier Cáceres

El caso de parapolítica contra el ex presidente del Congreso de la República, Javier Cáceres, es uno de los más interesantes. La génesis de sus problemas judiciales por parapolítica se encuentran en las declaraciones de Uber Enrique Bánquez, alias “Juancho Dique”⁵⁴⁵, Manuel Antonio Castellano, alias “El Chino”, Alexis Mancilla, alias “Zambrano”, Salvatore Mancuso, Edward Cobos Téllez, alias “Diego Vecino”, Ivan Roberto Duque, alias “Ernesto Báez” y José del Carmen Gélmez, alias “El Canoso”. “Juancho Dique”⁵⁴⁶ denunció una reunión con Cáceres en el corregimiento de

⁵⁴¹ <http://www.semana.com/on-line/lopez-cossio-candidato-gobernacion-bolivar-ufana-recibir-apoyogato-votos/105613-3.aspx>

⁵⁴² <http://www.verdadabierta.com/index.php/component/content/article/64-costa-caribe/967-diego-vecino-confirmando-que-se-reunio-con-el-ex-senador-blel-en-las-elecciones-del-2003>
<http://www.verdadabierta.com/nunca-mas/asesinatos/periodistas/1288-fiscalia-y-procuraduria-piden-condenar-a-vicente-blel>

⁵⁴³ Sentencia

⁵⁴⁴ <http://www.verdadabierta.com/parapolitica/costa-caribe/2162-siete-anos-de-prision-para-el-ex-senador-vicente-blel>

⁵⁴⁵ Alias “Juancho Dique”, junto con alias “Diego Vecino”, fueron uno de los primeros beneficiarios de la Ley de Justicia y Paz. <http://www.verdadabierta.com/justicia-y-paz/2527-la-primera-condena-de-justicia-y-paz>

⁵⁴⁶ Las declaraciones de “Juancho Dique” son pieza clave en el proceso contra Cáceres. No obstante que fueron reveladas durante el juicio contra el representante Miguel Ángel Rangel Sosa, debe entenderse

Ñanguma, en María la Baja (Bolívar), en la que el ex senador del Polo Democrático le pidió protección para su círculo político ante los ataques contra los políticos del Polo, y apoyo electoral para Arnulfo Ospino y Julio César Castellón, requerimientos que fueron atendidos a cambio de la adhesión a los intereses paramilitares⁵⁴⁷. La reunión fue corroborada por alias “El Chino” quien agregó que Cáceres le había dicho a Bánquez: “cuidado me van a fallar”⁵⁴⁸. Alias “Zambrano”, hombre de confianza de “Juancho Dique”, refirió otra reunión entre Cáceres, “Juancho Dique” y “Diego Vecino”, y agregó que Cáceres recibió apoyos electorales en el 2002⁵⁴⁹. Las declaraciones de Mancuso se refieren a la reunión en la finca de Eleonora Pineda a la que asistieron los senadores William Montes y José María Imbett en representación de Cáceres. “El Canoso” se refirió a tres reuniones que tuvo con Cáceres, Miguel De la Espriella, Álvaro ‘El Gordo’ García, Julio Manzúr y Zulema Jattin, en Bogotá, donde se discutió la propuesta de una ley de perdón y olvido (Ley de Justicia y Paz). Además afirmó el apoyo de paramilitares en la campaña de Cáceres al Senado en el 2006, afirmaciones que fueron tomadas en cuenta por la Corte Suprema al analizar la votación atípica del municipio de Soledad (Atlántico), municipio bajo la influencia de Carlos Mario García, alias “Gonzalo”.

Álvaro “El Gordo” García

El caso de parapolítica contra el senador Álvaro García Romero, más conocido como Álvaro “el Gordo” García, es uno de los más sonados tanto por la atrocidad de los delitos imputados como por la tasación de la pena (una de las más altas de la parapolítica: 40 años).⁵⁵⁰ El testigo clave de este proceso fue Jairo Castillo Peralta, alias “Pitirri”, chofer de los políticos aliados del ex jefe paramilitar Salvatore Mancuso⁵⁵¹. No

que se enmarcan dentro de Justicia y Paz y su requerimiento a la verdad. Como prueba de ello basta comprobar que inicialmente “Juancho Dique” negó las relaciones de Cáceres con paramilitares ante la Procuraduría y luego se retractó alegando que había recibido amenazas por parte del senador. Esta contradicción en su testimonio fue aceptada por la CSJ y puso en peligro su condición de beneficiario de la Ley de Justicia y Paz que exige irrestrictamente la verdad. El caso es especialmente dicente en la medida que prueba que Justicia y Paz trasciende las versiones rendidas antes fiscales especializados.

<http://www.elpais.com.co/elpais/judicial/noticias/'juancho-dique'-habria-contradicho-en-declaraciones-sobre-javier-caceres>

⁵⁴⁷ <http://www.verdadabierta.com/victimarios/los-bloques/2558-juancho-dique-asegura-que-senador-javier-caceres-se-reunio-con-paras>

⁵⁴⁸ <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-284625-supuestas-intimidaciones-de-caceres-evadir-lios-juridicos>

⁵⁴⁹ Ibidem.

⁵⁵⁰ <http://www.verdadabierta.com/parapolitica/sucre/2229-condenan-a-40-anos-a-alvaro-el-gordo-garcia>

⁵⁵¹ <http://www.semana.com/on-line/corte-crea-pitirri-testigo-puso-temblar-politicos-sucre/98411-3.aspx>

obstante que sus revelaciones comenzaron desde el 2000⁵⁵², sólo cobró protagonismo con sus declaraciones contra el ex senador Mario Uribe, hermano del ex presidente Álvaro Uribe. Alias “Pitirri” acusó al “Gordo” García de asistir a una reunión en Las Canarias en 1997 con Mancuso, Joaquín García -reconocido ganadero auspiciados de los paramilitares en la Costa- y Javier Piedrahíta; en la cual se pactó la conformación del Bloque Héroes de los Montes de Marías. “Pitirri” también reveló una segunda reunión en Sincelejo a la que asistieron Joaquín García, el ex senador Salvador Arana, Éder Pedraza Peña, alias “Ramón Mojana” y otros paramilitares del Frente de La Mojana, en la que el “Gordo” García se comprometía a aportar 60 millones de pesos a la organización militar. “Pitirri” además señaló a García como autor intelectual del homicidio de Georgina Narváez, testigo del fraude electoral que llevó a Eric Morris Taboada a la gobernación de Sucre en 1997. Las declaraciones de “Pitirri” se sumaron a una escandalosa grabación entre Álvaro García y el ganadero Joaquín García en la que discutían lo que luego sería la masacre de Macayepo (Sucre). La influencia de Justicia y Paz en el proceso se concentró alrededor de las afirmaciones de Salvatore Mancuso ante fiscales de Justicia y Paz. El uso del testimonio de Mancuso fortaleció y debilitó en ciertos aspectos las declaraciones de “Pitirri”⁵⁵³. Mancuso niega la participación de García en las reuniones de Las Canarias y Sincelejo, y su relación con el Bloque Héroes de los Montes de María. Sin embargo su testimonio sobre una reunión celebrada en Varsovia entre el “Gordo García”, Salvador Arana y Rodrigo Mercado Peluffo, alias “Cadena”, en la que se pactó apoyo político al ex gobernador del Sucre Jorge Anaya a cambio de las secretarías de educación y salud. Testimonio que coincidía exactamente con el de Samir Otero de la Ossa, alias “El Computador” y el mismo “Pitirri”; y en el que se basó la Corte Suprema para comprobar los vínculos paramilitares del ex senador García.

Mario Uribe

El caso del ex senador Mario Uribe merece especial atención por tratarse de un familiar y uno de los aliados políticos más destacados del entonces presidente Uribe, y por el choque que generó entre el Palacio de Nariño y la Corte Suprema de Justicia. El caso comenzó a partir de las acusaciones de alias “Pitirri” que lo acusó de aliarse con las AUC para la adquisición de predios a bajo costo en San Marcos (Sucre)⁵⁵⁴. Las revelaciones no tomaron mucha fuerza ante la falta de prueba sobre la propiedad de terrenos en esta región. Fue en el 2007, durante el segundo día de versión libre de Mancuso ante los fiscales de Justicia y Paz que los problemas de Uribe comenzarían⁵⁵⁵. El ex jefe paramilitar narró una reunión a la que asistió Uribe en compañía de Eleonora Pineda en la finca La Capilla, en el municipio de Tierralta (Córdoba) en el 2002⁵⁵⁶. Al testimonio de Mancuso se le unieron las declaraciones de Pineda que explicó a la Corte

⁵⁵² <http://www.elspectador.com/noticias/politica/articulo-y-quien-alias-pitirri>

⁵⁵³ Sentencia.

⁵⁵⁴ <http://www.nuevoarcoiris.org.co/sac/?q=node/688>

⁵⁵⁵ <http://www.semana.com/on-line/salvatore-mancuso-vincula-politicos-autodefensas/103672-3.aspx>

⁵⁵⁶ <http://www.nuevoarcoiris.org.co/sac/?q=node/688>

Suprema que condujo a Uribe hacia La Capilla a solicitud de Mancuso; que no reveló el destino al ex senador sino a mitad del camino; que no hubo pacto político de ninguna clase; y que la reunión fue con posterioridad a las elecciones parlamentarias de 2002⁵⁵⁷. Mancuso por su parte aclaró que no recordaba si las elecciones fueron antes o después de las elecciones del 2002, ratificó que Uribe era consciente de la orden de captura en su contra y que su apoyo político-militar estaba dirigido hacia Eleonora Pineda y Miguel de la Espriella⁵⁵⁸. Uribe terminó aceptando la reunión, explicó que el encuentro fue sorpresivo y a iniciativa de Pineda, que nunca se pacto nada, que no conocía de los vínculos paramilitares de Pineda y que declinó respetuosamente las propuestas del paramilitar⁵⁵⁹. En esta maraña de versiones y contradicciones la Corte Suprema encontró probadas las relaciones de Mario Uribe con los paramilitares sobre la base de la reunión que se celebró en La Capilla, en las vinculaciones en la parapolítica de la ex representante Pineda y sobre todo, en las inexplicables tendencias electorales en Sahagún, Montelíbano, Planeta Rica y Chinú en las elecciones de 1998, 2002 y 2006, tendencias que Uribe intentó justificar infructuosamente como el resultado de alianzas políticas⁵⁶⁰.

⁵⁵⁷ <http://www.verdadabierta.com/victimarios/los-bloques/2994-el-final-del-juicio-a-mario-uribe>

⁵⁵⁸ <http://www.verdadabierta.com/victimarios/los-bloques/2994-el-final-del-juicio-a-mario-uribe>

⁵⁵⁹ <http://www.verdadabierta.com/parapolitica/2554-qjamas-tuve-relacion-alguna-con-salvatore-mancusoq-mario-uribe->

⁵⁶⁰ Sentencia

ANEXO 2

Cuadro de estado de Sentencias Justicia y Paz

Postulados	Delito	Primera instancia	Segunda instancia
Wilson Salazar Carrascal alias "el Loro"	Concierto para delinquir, Homicidio agravado y otros	Sentencia Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogota Sala de Justicia y Paz, Radicado: 11001600253200680526, Magistrada Ponente: Eduardo Castellanos Roso. 19 de marzo de 2009	Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal Radicado 30559 MP: Augusto Ibañez. 31 de julio de 2009
Mampuján: Edwar Cobos Téllez y Uber Enrique Banquez Martínez	Concierto para delinquir, Homicidio agravado y otros	Sentencia Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogota Sala de Justicia y Paz, Radicado: 110016000253200680077, Magistrada Ponente: Uldi Teresa Jiménez López. 29 de junio de 2010	Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal Magistrados Ponentes: María Del Rosario González De Lemos Rad. 34547. 27 de abril 2011
Jorge Iván Laverde Zapata, alias "El Iguano"	Concierto para delinquir, Homicidio en persona protegida y otros	Sentencia Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogota Sala de Justicia y Paz, Radicado: 110016000253200680281, Magistrada Ponente: Uldi Teresa Jiménez López. 2 de diciembre de 2010	
Aramis Machado	Concierto para delinquir, fuga de presos y fabricación	Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogota Sala De Justicia Y Paz, Radicado: 110016000253200782790, Magistrada Ponente: Alexandra Valencia Molina. 29 de junio de 2011	

ANEXO 3

Establecimientos con pabellones de Justicia y Paz

ESTABLECIMIENTOS CON PABELLONES DE JUSTICIA Y PAZ			
Establecimiento	Tipo de establecimiento	Municipio	Número de pabellones de Justicia y Paz
La Picota	EPAMS – CAS – ERE - JP	Bogotá	2
Itagüí	EPAMS – CAS – ERE – JP	Itagüí (Antioquia)	4
La Modelo	EC - JP	Barranquilla (Atlántico)	2
Chiquinquirá	EPMSC – JP	Chiquinquirá (Boyacá)	7
Las Mercedes	EPMSC – JP	Montería (Córdoba)	2
La Modelo	EPC – ERE – JP	Cúcuta (Norte de Santander)	1
La Modelo	EPMSC – ERE - JP	Bucaramanga (Santander)	1
Circuito Judicial	EPMSC – JP	El Espinal (Tolima)	4
Villa de las Palmas	EPAMS – CAS - JP	Palmira (Valle del Cauca)	1

ANEXO 4

Cuadro compulsas de copias a justicia ordinaria

Compulsa de Copias a la Justicia Ordinaria	A 31 de julio de 2009	A 1 de noviembre de 2010	Total de 1 agosto 2009 a 1 noviembre 2010	% de aumento de a 1 agosto 2009 a 1 noviembre 2010 sobre el total	% de diferencia entre la cifra de 31 de julio de 2009 y la de 1 de noviembre de 2010
Total compulsas	4.414	7.663	3.249	42,40%	73,61%
Compulsa a políticos	214	429	215	50,12%	100,47%
Compulsa a Senadores	28	43	15	34,88%	53,57%
Compulsa a Representantes	16	48	32	66,67%	200,00%
Compulsa a Gobernadores	18	27	9	33,33%	50,00%
Compulsa a Diputados	5	13	8	61,54%	160,00%
Compulsa a Concejales	28	59	31	52,54%	110,71%
Compulsa a Alcaldes	124	239	115	48,12%	92,74%
Compulsa a miembros de las Fuerzas Armadas	140	381	241	63,25%	172,14%

Fuente: Unidad Nacional de Ejecución para la Justicia y la Paz

ANEXO 5

Casos de parapolítica en Fiscalía General de la Nación y Corte Suprema de Justicia

Parapolítica en Fiscalía General de la Nación y Corte Suprema de Justicia			
	Fiscalía	CSJ	Fiscalía y CSJ
Ex senadores (previo a 2006)	5	2	7
Ex representantes (previo a 2006)	17	4	21
Ex congresistas (previo a 2006)	22	6	28
Senadores (2006-2010)	6	46	52
Representantes (2006-2010)	4	38	42
Congresistas (2006-2010)	10	84	94

Elaboración propia a partir de datos de la Corporación Nuevo Arco Iris. (A febrero de 2011)



*Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia
Calle 72 N°5-90
Bogotá, Colombia.*



**Organización de los
Estados Americanos**

Mapp-OEA
Misión de Apoyo
al Proceso de Paz **Colombia**