

Manual de Procedimiento para Ley de Justicia y Paz

gtz



Embajada
de la República Federal de Alemania
Bogotá

Manual de procedimiento de Justicia y Paz

Manual de procedimiento de Justicia y Paz

gtz



Embajada
de la República Federal de Alemania
Bogotá

Con el auspicio de Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH. Proyecto “Apoyo a la Fiscalía General de la Nación en el contexto de la Ley de Justicia y Paz –un ejemplo de justicia transicional–, ProFis”. PN: 2007.9065.9-001.00

Manual de procedimiento de Justicia y Paz

© Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit GmbH (GTZ), 2009

Primera edición: enero de 2009

ISBN: 978-958-8438-29-0

Coordinación del contenido: CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ

Coordinación editorial: EDITORIAL MILLA LTDA.

Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH.

BARBARA HESS

Directora Agencia GTZ Bogotá

ANDREAS FORER

Coordinador ProFis

Autores:

ÁLVARO VARGAS

JUAN PABLO CARDONA

ANDRÉS FAJARDO

DIEGO GONZÁLEZ

ALEJANDRO GUERRERO

JULIÁN PRIETO

JAIME SANDOVAL

CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ

Diseño de carátula: Mónica Cárdenas

Composición: Harold Rodríguez

Edición, fotomecánica, impresión y encuadernación: EDITORIAL MILLA LTDA.

Tel. (571) 702 1144, editorialmilla@telmex.net.co

Los contenidos representan la opinión de sus respectivos autores.

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN	15
PRIMERA PARTE: INTRODUCCIÓN	17
CAPÍTULO PRIMERO	
JUSTICIA TRANSICIONAL	19
I. DEFINICIÓN Y FASES	19
1. <i>Primera fase: de la posguerra a la Guerra Fría</i>	22
2. <i>Segunda fase: la posguerra fría y las transiciones</i>	22
3. <i>Tercera fase: los conflictos contemporáneos</i>	24
II. DILEMAS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL. PARADIGMAS	25
III. REQUERIMIENTOS BÁSICOS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL A LA LUZ DEL <i>CORPUS IURIS</i> DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	35
1. <i>El derecho a la justicia</i>	36
1.1. El deber de castigar a los autores de delitos contra el derecho internacional humanitario y los límites a los indultos y amnistías en los procesos de paz	37
1.2. El deber de investigar	38
1.3. El derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo	39
1.4. El deber de respetar en todos los procesos judiciales las reglas del debido proceso	40
1.5. El deber de imponer penas adecuadas a los responsables	40
2. <i>El derecho a la verdad</i>	42
3. <i>El derecho a la reparación integral</i>	43
3.1. Restitución	45
3.2. Indemnización	45
3.3. Rehabilitación	46
3.4. Satisfacción o compensación moral	46
3.5. Garantías de no repetición y prevención	46

CAPÍTULO SEGUNDO

LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ A LA LUZ

DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

49

I. INTRODUCCIÓN Y CONCEPTOS GENERALES SOBRE

LAS JURISDICCIONES INTERNACIONALES RELACIONADAS

50

1. *Introducción al desarrollo internacional sobre DDHH y DIH*

50

1.1. El desarrollo internacional de las
jurisdicciones sobre individuos

52

1.2. Elementos propios del Derecho Internacional
Humanitario, Derecho Internacional de los
Derechos Humanos y el Derecho Internacional Público

53

1.3. Subsidiaridad y complementariedad
del derecho internacional

55

2. *Alcance, incorporación e interpretación de instrumentos
internacionales sobre DIH en el derecho interno*

55

2.1. Proceso de universalización en materia de DIH

55

2.2. Tribunales *ad hoc* (Nuremberg,
ex Yugoslavia, Ruanda, otros) y CPI JS

58

2.3. El panorama de los tribunales *ad hoc* de juzgamiento

61

2.4. Los proyectos hacia el
establecimiento del Estatuto de Roma

63

3. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*

66

3.1. Procedimiento contencioso

66

3.2. La adopción de medidas provisionales

67

3.3. La función consultiva

68

II. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

68

1. *Introducción: el neoconstitucionalismo colombiano*

68

2. *Concepto y aplicación del bloque de constitucionalidad*

69

3. *Las normas que componen el bloque de constitucionalidad*

73

4. *Conclusiones relevantes sobre el bloque de constitucionalidad*

83

III. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO PENAL

INTERNO Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

83

1. *Bloque de constitucionalidad en materia penal*

83

2. *Fundamento constitucional*

85

3. *Bloque de constitucionalidad frente
a los presupuestos de la Ley**C-370 de 2006 y C-575 de 2006)*

86

3.1. Bloque de constitucionalidad sobre derecho
internacional humanitario y Ley 975 (JS)

86

3.2. Principios y reglas mínimas de los sujetos

involucrados en el escenario de los conflictos armados

87

3.3. Principio de distinción	88
3.4. Combatientes	88
3.5. Población civil y no combatientes (personas protegidas)	89
3.6. Bienes de carácter civil y objetivos militares	90
3.7. Principio de limitación	90
4. <i>Desarrollos en instrumentos internacionales- Estatuto de Roma/Corte Penal Internacional</i>	91
4.1. Conductas de la CPI-genocidio	92
4.2. Conductas de la Corte Penal Internacional-Crímenes de lesa humanidad	92
4.3. Crímenes de Guerra	94
4.4. Las conductas de DIH en la Ley 599 de 2000	100
IV. EXAMEN DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ: ANÁLISIS DE EXEQUIBILIDAD DESDE EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD	102
1. <i>La sentencia C-370 de 2006: la ponderación entre derechos fundamentales</i>	102
2. <i>Contenido constitucional de los deberes y derechos inmersos en la ley de justicia y paz</i>	106
3. <i>Aporte jurídico de la sentencia: el marco constitucional del proceso de justicia y paz</i>	112
V. LA EVALUACIÓN DEL PROCESO POR EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	114
1. <i>Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la aplicación de la Ley de Justicia y Paz (extractos)</i>	114
2. <i>Competencia de la Corte Interamericana en casos relacionados con la Ley de Justicia y Paz</i>	117
CAPÍTULO TERCERO	
CONCEPTOS BÁSICOS DE LA LEY 975 DE 2005	119
I. GRUPO ARMADO ORGANIZADO AL MARGEN DE LA LEY –GAOML–	119
II. DESMOVILIZACIÓN	120
1. <i>Clases de desmovilización</i>	120
1.1. Desmovilización individual	120
1.2. Desmovilización colectiva	121
1.3. Desmovilización de quienes se encuentran privados de la libertad	122
III. LA VÍCTIMA Y SUS DERECHOS	122
1. <i>La víctima</i>	122
2. <i>Sus derechos</i>	123

2.1. Derecho a la verdad	124
2.2. Derecho a la justicia	124
2.3. Derecho a la reparación y garantías de no repetición	125
IV. DAÑO	127
V. PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS Y TESTIGOS	128
VI. ALTERNATIVIDAD Y PENA ALTERNATIVA	128
VII. LIBERTAD A PRUEBA	129
VIII. POSTULACIÓN	129
IX. COMPLEMENTARIEDAD (ART. 62 LJP)	130
X. EXCLUSIÓN	130
CAPÍTULO CUARTO	
MARCO JURÍDICO DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ	133
I. INTRODUCCIÓN	133
II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 975 DE 2005	133
1. <i>Término y condiciones especiales para acceder a los beneficios de la Ley 975 de 2005</i>	135
2. <i>Relación y complementariedad con la Ley 782 de 2002</i>	137
III. DELITOS POLÍTICOS Y DELITOS COMUNES	139
1. <i>Teorías sobre la naturaleza de los delitos políticos</i>	141
1.1. Teoría objetiva	141
1.2. Teoría subjetiva	141
1.3. Teorías eclécticas	142
2. <i>Tesis vigente en Colombia</i>	142
IV. DELITO DE SEDICIÓN Y CONCIERTO PARA DELINQUIR	144
V. DELITO POLÍTICO Y CONEXIDAD	146
VI. VIGENCIA DEL ARTÍCULO 71 DE LA LEY 975 DE 2005	148
VII. AMNISTÍA E INDULTO	150
CAPÍTULO QUINTO	
PRINCIPIOS PROCESALES ESPECIALMENTE RECOGIDOS EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ	153
I. INTRODUCCIÓN	153
II. LOS PRINCIPIOS PROCESALES CONTENIDOS EXPRESAMENTE EN EL CAPÍTULO III	154
1. <i>Oralidad</i>	154
2. <i>Celeridad</i>	155
3. <i>Defensa</i>	157
4. <i>Esclarecimiento de la verdad</i>	158
III. OTROS PRINCIPIOS PROCESALES CONTENIDOS EN LA LJP	160
IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y DOGMÁTICOS	162

CAPÍTULO SEXTO	
LA JURISDICCIÓN Y LA COMPETENCIA	165
I. LA JURISDICCIÓN	165
1. <i>Los fundamentos</i>	165
2. <i>La jurisdicción penal ordinaria en Colombia</i>	168
3. <i>La ley de justicia y paz</i>	176
II. LA COMPETENCIA	178
1. <i>Los fundamentos</i>	178
2. <i>En la jurisdicción ordinaria</i>	182
2.1. En razón de los factores objetivo y subjetivo	182
2.2. En razón del factor territorial	185
2.3. En razón del factor funcional	187
2.4. En razón del factor de conexión	188
2.5. Los incidentes relacionados con la competencia	189
2.6. La incompetencia	190
3. <i>En la Ley de Justicia y Paz</i>	191
III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y DOGMÁTICOS	204
CAPÍTULO SÉPTIMO	
EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA LEY 975 DE 2005	207
I. INTRODUCCIÓN	207
II. EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ	209
<i>La Procuraduría General de la Nación</i>	209
III. LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO	216
<i>Las personerías municipales</i>	218
IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y DOGMÁTICOS	219
SEGUNDA PARTE	
EL PROCESO ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ	221
CAPÍTULO PRIMERO	
APROXIMACIÓN A LA ESTRUCTURA DEL	
PROCESO PREVISTO EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ	223
I. INTRODUCCIÓN	223
II. FASE ADMINISTRATIVA	226
III. FASE JUDICIAL	231
1. <i>Actuaciones previas a la recepción de la versión libre</i>	232
2. <i>Versión libre y confesión</i>	234
3. <i>Elaboración del programa metodológico de investigación</i>	238
4. <i>Archivo de diligencias</i>	241

5. <i>Solicitud de audiencia de formulación de la imputación</i>	243
6. <i>Audiencia preliminar de formulación de la imputación</i>	244
7. <i>Investigación previa a la solicitud de la audiencia de formulación de cargos</i>	247
8. <i>Solicitud de audiencia de formulación de cargos</i>	247
9. <i>Audiencia de formulación de cargos</i>	247
10. <i>Audiencia pública de control de legalidad de la aceptación de cargos</i>	249
11. <i>Audiencia pública de sentencia e individualización de la pena</i>	251
12. <i>El cumplimiento de la pena</i>	253
ESQUEMA 1: LA ACTUACIÓN PROCESAL EN LA LJP	255

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS A LA REPARACIÓN

ECONÓMICA INTEGRAL EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ	257
I. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS	257
1. <i>En el Código de Procedimiento Penal</i>	262
2. <i>En la Ley de Justicia y Paz</i>	268
II. EL DERECHO A LA REPARACIÓN. ESPECIAL	
REFERENCIA A SU ASPECTO MATERIAL	274
1. <i>Quiénes tienen derecho a la reparación</i>	279
2. <i>Quiénes tienen la obligación de reparar</i>	287
2.1. Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley	290
2.2. El Estado	294
3. <i>El objeto de la reparación: la indemnización de los perjuicios</i>	298
3.1. La existencia de un hecho ilícito o antijurídico	300
3.2. El daño	301
3.3. El nexo de causalidad	304
4. <i>El trámite previsto para la obtención de la reparación</i>	305
4.1. El incidente de reparación integral	310
4.1.1. Las medidas cautelares de carácter real	315
4.1.2. La prohibición de enajenar, la suspensión y cancelación de los títulos y registros obtenidos fraudulentamente y otras medidas patrimoniales a favor de las víctimas	325
4.1.3. El comiso	329
4.2. La satisfacción económica	341

4.2.1. El Fondo para la Reparación de las Víctimas	343
4.2.2. La reparación administrativa	352
III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y DOGMÁTICOS	354
CAPÍTULO TERCERO	
EL RÉGIMEN DE ALTERNATIVIDAD PENAL	359
I. EL RÉGIMEN DE ALTERNATIVIDAD PENAL: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y REQUISITOS	360
II. DESARROLLO LEGAL DEL RÉGIMEN DE ALTERNATIVIDAD PENAL	363
III. LA ACUMULACIÓN, LA PENA Y SU CUMPLIMIENTO	368
IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y DOGMÁTICOS	375
CAPÍTULO CUARTO	
LA ACTIVIDAD IMPUGNATORIA Y EL RÉGIMEN DE LOS RECURSOS	377
I. LOS FUNDAMENTOS CONCEPTUALES	377
1. <i>Los recursos</i>	379
1.1. Motivación y publicidad	379
1.2. Legitimación e interés	380
1.3. Objeto	380
2. <i>La doble instancia</i>	381
3. <i>La prohibición de la reforma en peor</i>	382
II. LOS FUNDAMENTOS NORMATIVOS	383
1. <i>El Código de Procedimiento Penal</i>	384
1.1. Los recursos	384
1.1.1. Reposición	385
1.1.2. Apelación	385
1.1.3. Casación	387
1.1.4. Revisión	387
1.2. La doble instancia y la prohibición de la reforma en peor	388
2. <i>La Ley de Justicia y Paz</i>	390
2.1. La reposición	391
2.2. La apelación	392
2.3. La revisión	395
2.4. La improcedencia de la casación	397
III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y DOGMÁTICOS	398

PRESENTACIÓN

Para el equipo jurídico del proyecto “Apoyo a la Fiscalía General de la Nación en el contexto de la Ley de Justicia y Paz –un ejemplo de justicia transicional– (ProFis), que ejecuta la Agencia de Cooperación Técnica alemana –GTZ– por encargo del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Federal de Alemania”, coordinado por el doctor ANDREAS FORER, constituye un verdadero motivo de orgullo entregar a los operadores jurídicos, a la comunidad académica y a los estudiosos de los temas procesales, este primer y único manual sobre el procedimiento penal especial establecido en la Ley de Justicia y Paz.

Esta obra pretende llenar algunos de los vacíos producidos como consecuencia de la expedición de la Ley 975 de 2005 que, como instrumento encaminado a lograr la reconciliación nacional, a facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley, sin desproteger los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, se presenta como una nueva y valiosa herramienta para aplicar la justicia transicional en nuestro país, estableciendo para el victimario condenado y que cumpla con los requisitos de elegibilidad contemplados en los artículos 10.º y 11 de la citada ley, una pena alternativa, que consiste en suspender la ejecución de la pena determinada en la sentencia, conforme a los parámetros del Código Penal y de Procedimiento Penal, reemplazándola por otra que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización.

El libro que hoy publicamos, ha sido fruto de un trabajo académico desarrollado por el profesor ÁLVARO VARGAS y por JUAN PABLO CARDONA, ANDRÉS FAJARDO, DIEGO GONZÁLEZ, ALEJANDRO GUERRERO, JULIÁN PRIETO y JAIME SANDOVAL, integrantes de la línea jurídica del proyecto ProFis, cuya base

fundamental es la capacitación brindada a los nuevos fiscales de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, en mayo de 2008.

El *Manual* está dividido en dos grandes partes: La primera, introductoria, consta de siete capítulos a saber: Justicia transicional, La Ley de Justicia y Paz a la luz del bloque de constitucionalidad, Conceptos básicos de la Ley 795 de 2005, Marco jurídico de la Ley de Justicia y Paz, Principios procesales especialmente recogidos en la Ley de Justicia y Paz, y La jurisdicción y la competencia y El Ministerio Público en la Ley 795 de 2005.

La segunda parte, referida al proceso especial de Justicia y Paz, consta de cuatro capítulos: Aproximación a la estructura del proceso previsto en la Ley de Justicia y Paz, El derecho de las víctimas a la reparación económica integral en la Ley de Justicia y Paz, El régimen de alternatividad penal y, por último, La actividad impugnatoria y el régimen de los recursos.

Esta obra busca primordialmente constituirse en un insumo académico que tiene por finalidad enriquecer las discusiones jurídicas que se han generado con ocasión del proceso especial de Justicia y Paz en sus tres años de vigencia. Por lo tanto, no compromete las directrices y disposiciones internas que manejan las instituciones encargadas de conocer este proceso.

CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ
Directora de la Línea Jurídica

PRIMERA PARTE
INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

JUSTICIA TRANSICIONAL

SUMARIO: I. Definición y fases. 1. Primera fase: de la posguerra a la Guerra Fría. 2. Segunda fase: la posguerra fría y las transiciones. 3. Tercera fase: los conflictos contemporáneos. II. Dilemas de la justicia transicional. Paradigmas. III. Requerimientos básicos de la justicia transicional a la luz del *corpus iuris* del derecho internacional público. 1. El derecho a la justicia. 1.1. El deber de castigar a los autores de delitos contra el derecho internacional humanitario y los límites a los indultos y amnistías en los procesos de paz. 1.2. El deber de investigar. 1.3. El derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo. 1.4. El deber de respetar en todos los procesos judiciales las reglas del debido proceso. 1.5. El deber de imponer penas adecuadas a los responsables. 2. El derecho a la verdad. 3. El derecho a la reparación integral. 3.1. Restitución. 3.2. Indemnización. 3.3. Rehabilitación. 3.4. Satisfacción o compensación moral. 3.5. Garantías de no repetición.

I. DEFINICIÓN Y FASES

Las expresiones *Vergangenheitsbewältigung* (*trabajar el pasado*), utilizada después de la Segunda Guerra Mundial; justicia transicional; recordar/olvidar, o reconciliación positiva o negativa¹, hacen referencia a una nueva noción de justicia que opera dentro de los procesos a través de los cuales se llevan a cabo transformaciones radicales de orden político de un país que atraviesa por un periodo de violencia y pasa a otro de consolidación de la paz con la vigencia del Estado de derecho, ofreciendo respuestas legales que tienen por objetivo enfrentar los crímenes cometidos por los regímenes anteriores.

1 Cfr. JAN-MICHAEL SIMON. “Responsabilidad criminal y reconciliación. El derecho penal frente a la violencia política masiva en Sudáfrica, Ruanda y El Salvador”, manuscrito. Para este autor el término “reconciliación” se ha empleado tanto a favor como en contra de la responsabilidad criminal. Cuando el término es utilizado de manera positiva, se afirma que la responsabilidad criminal es una condición previa para la reconciliación. Cuando se emplea de una forma negativa, se sostiene que la responsabilidad criminal obstruirá la “reconciliación”.

De manera general se considera que existen tres tipos de transiciones políticas:

- Cuando se da el paso de un régimen dictatorial a uno democrático (p. ej., España y países del Cono Sur);
- Cuando se finaliza un estado de guerra civil y se pasa a uno pacífico que implica la consecución de la paz y la reconciliación nacional (p. ej., en Centroamérica), o,
- Para superar el proceso de reacciones a la violencia patrocinada por un Estado con el fin de cerrar los capítulos de los horrores de un régimen político, que utilizó tácticas de exterminio contra otra comunidad (p. ej., Alemania, respecto de judíos; Serbia, en la ex Yugoslavia, respecto de las constituídas por las comunidades de Croacia, Bosnia, Herzegovina y Kosovo).

En el marco de las Naciones Unidas, el concepto de justicia transicional comprende la variedad de los procesos y mecanismos relacionados con los esfuerzos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, de servir a la justicia y lograr la reconciliación. Estos procesos pueden comprender mecanismos judiciales y no judiciales con diferentes niveles de participación internacional (incluso ninguna), así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, reformas institucionales, verificación de antecedentes, remoción del cargo o una combinación de todos éstos².

La finalidad de la justicia transicional es lograr simultáneamente, mediante la aplicación de mecanismos peculiares y limitados en el tiempo:

- Que sean investigados, juzgados y sancionados, de modo satisfactorio, los “delitos graves conforme al derecho internacional” cometidos por los miembros de organizaciones armadas ilegales.
- Que los integrantes de la organizaciones al margen de la ley y que hagan una contribución efectiva a la paz puedan recibir beneficios de orden procesal, por cuanto se comprometen a dejar la colectividad violenta, a la convivencia pacífica y a gozar de un orden justo.

2 Cfr. “Estado de derecho y la Justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, documento del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas S/2004/619, del 3 de agosto de 2004, p. 4.

Sin embargo, los mecanismos de justicia transicional deben ceñirse a los principios y normas internacionales que orientan la lucha contra la impunidad³; ellos, por lo tanto:

– Deben ser compatibles con las obligaciones que en materia de justicia recaen en el Estado.

– Sus destinatarios podrán ser, bien los miembros de las agrupaciones que en cumplimiento de acuerdos o negociaciones colectivas con el Gobierno hayan hecho dejación efectiva de las armas, o bien personas individualmente consideradas que se apartan del grupo armado cuyas actividades al margen de la ley prosiguen.

– Deben ser aplicados por los servidores públicos de la rama judicial del poder público que sean designados en armonía con los parámetros internacionalmente establecidos para garantizar a la judicatura su independencia e imparcialidad.

– Deben estar apoyados por recursos de orden económico, técnico y financiero que sean indispensables para implementarlos en forma pronta y eficaz⁴.

La justicia transicional se refiere a un problema bastante antiguo que quiere dar respuesta a la cuestión de si se debe castigar a los responsables de una guerra civil o de un régimen tiránico o exterminador o si, en aras de la paz y la reconciliación, se les debe perdonar.

De acuerdo con la profesora RUTTI G. TEITEL⁵, los orígenes de la justicia transicional moderna se remontan a la Primera Guerra Mundial. Sin embargo, la justicia transicional comienza a ser entendida como extraordinaria e internacional en el período de la segunda posguerra, es decir después de

3 Cfr. Informe de DIANE ORENTLICHER, Experta encargada de elaborar y actualizar el Conjunto de Principios para la Lucha contra la Impunidad, documento de las Naciones Unidas E/CN.4./2005/102/Add.1, del 8 de febrero de 2005.

4 Cfr. MICHAEL FRÜHLING, Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Pronunciamento sobre Verdad, Justicia y Reparación en la Audiencia Pública convocada por la Comisión Primera del Senado de la República de Colombia, Bogotá, 1.º de marzo de 2005: “Como presupuesto básico para alcanzar una paz sostenible y una sociedad reconciliada, los procesos de negociación con grupos armados ilegales necesitan un marco jurídico que respete los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación”.

5 Profesora titular de la cátedra Ernst C. Stiefel de Derecho Comparado, New York Law School, NYU. “Genealogía de la justicia transicional”, artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003. Cfr. también, RUTTI TEITEL, *Transitional Justice* (2000).

1945; la Guerra Fría da término a esta primera fase. La segunda fase o fase de las posguerra fría se asocia con la ola de transiciones hacia la democracia y modernización que comenzó en 1989. La tercera fase de la justicia transicional está asociada con las condiciones contemporáneas de conflicto persistente que echan las bases para establecer como normal un derecho de la violencia.

1. Primera fase: de la posguerra a la Guerra Fría

Esta primera fase de la genealogía de la justicia transicional comienza con los juicios de Nüremberg, dirigidos por los Aliados vencedores. El objetivo central de la justicia era delinear la guerra injusta y marcar los parámetros de un castigo justificable impuesto por la comunidad internacional; las preguntas a las que se enfrentaron en su momento fueron: ¿castigar a Alemania?, ¿hasta qué punto?, y ¿qué forma debía tomar la justicia: nacional, internacional, colectiva o individual?

En esta fase, la justicia internacional desplaza a la justicia nacional al demostrarse desde una retrospectiva histórica que los juicios nacionales de la Primera Guerra Mundial no habían servido para evitar el futuro genocidio ocurrido en la Segunda Guerra Mundial. Se buscó entonces la responsabilidad criminal más allá del Estado, es decir, en los individuos que pertenecían a los altos mandos del *Reich*, por crímenes de agresión y políticas represivas⁶; en esta fase de posguerra la exportación de diferentes formas de justicia transicional ocurre a través del trasplante legal de convenios, tratados, convenciones y del constitucionalismo.

2. Segunda fase: la posguerra fría y las transiciones

Está asociada a un período de acelerada democratización y fragmentación política que ha sido caracterizada como la *tercera ola* de transiciones. A

6 Cfr. Tratado de Versalles del 28 de junio de 1919. En el artículo 231 del Tratado de Versalles se consagra la denominada “cláusula de responsabilidad bélica” que establece: “Los gobiernos aliados y asociados declaran, y Alemania reconoce, que Alemania y sus aliados son responsables, por haberles causado todos los daños y pérdidas inflingidos a los gobiernos aliados y asociados y sus súbditos a consecuencia de la guerra que les fue impuesta por agresión de Alemania y sus aliados”. Además, las sanciones económicas que se le impusieron a Alemania fracasaron y fueron la base para el surgimiento de un sentido de frustración económica y resentimiento que impulsó el rol de Alemania en la Segunda Guerra Mundial.

lo largo del último cuarto del siglo *xx*, el colapso y la desintegración de la Unión Soviética llevaron a procesos simultáneos de democratización en muchos lugares del mundo. La retirada de fuerzas guerrilleras sustentadas por el régimen soviético hacia el final de los años 70 contribuyó al término de los regímenes militares en Suramérica. Luego vinieron las transiciones posteriores a 1989 con la caída del Muro de Berlín en Europa del Este, África y Centroamérica.

El interrogante a responder en esta fase era el de si convenía adherirse al modelo de justicia transicional de la primera fase. La respuesta fue negativa.

La forma de justicia transicional que emerge en esta fase está asociada con la idea de la reconstrucción nacional; por esta razón se impulsan los juicios a nivel nacional –hay ausencia total de juicios internacionales– con el fin de legitimar el nuevo régimen y avanzar en la reconstrucción nacional.

Ese intento de hacer valer la responsabilidad por medio del derecho penal interno generó dilemas propios del Estado de derecho, incluyendo los referidos a la retroactividad de la ley, la alteración y manipulación indebida de las leyes existentes, un alto grado de selectividad en el sometimiento al proceso y un poder judicial sin suficiente autonomía. Estas profundas contradicciones fueron reconocidas en las deliberaciones que precedieron a las decisiones de muchos países de renunciar a procesos penales a favor de métodos alternativos para el esclarecimiento de la verdad y el establecimiento de responsabilidades por los hechos.

Los dilemas transicionales en juego en esta fase abarcaron más que la simple práctica de confrontar y demandar responsabilidades del régimen predecesor. Se incluyeron interrogantes acerca de cómo sanar las heridas de una sociedad entera e incorporar diversos valores de un Estado de derecho, ante todo la paz y la reconciliación.

El fin principal de la justicia transicional fue construir una historia alternativa de los abusos del pasado. Emergió entonces una dicotomía entre verdad y justicia. Se evitaron enjuiciamientos para, en cambio, concentrarse en un nuevo mecanismo institucional: las comisiones de verdad, que, como organismos oficiales creados por el gobierno nacional, investigaban, documentaban y divulgaban públicamente abusos a los derechos humanos en el país dentro de un período específico.

Este nuevo mecanismo fue utilizado por primera vez en Argentina y luego con mucho éxito en la Sudáfrica post *Apartheid* en los años 90. En los

países de Europa del Este se prefirió no crear historias oficiales por comisiones de la verdad, sino garantizar el acceso a los expedientes y archivos históricos.

Se sacrificó entonces el objetivo de la justicia por la paz, y se creó una teoría del perdón y la reconciliación. El problema de la justicia transicional fue reconducido así por líneas morales y psicológicas para redefinir la identidad.

3. Tercera fase: los conflictos contemporáneos

Surgida a finales del siglo xx, se caracteriza por el fenómeno de la aceleración de la justicia transicional asociada con la globalización y tipificada por condiciones de marcada violencia e inestabilidad política. La justicia transicional se traslada desde la excepción de la norma, para convertirse en un paradigma del Estado de derecho. Lo que era históricamente visto como un fenómeno legal vinculado a condiciones de post-conflicto extraordinarias, ahora parece ser cada vez más un reflejo de tiempos normales; la jurisprudencia transicional normaliza un discurso ampliado de justicia humanitaria construyendo un derecho asociado con conflictos omnipresentes, y contribuye así al establecimiento de los fundamentos del emergente derecho sobre el terrorismo.

El símbolo más reconocido de la normalización de la teoría transicional es la creación de la Corte Penal Internacional a través del Estatuto de Roma. Este tribunal fue precedido por los tribunales criminales internacionales *ad hoc* convocados para responder a los conflictos genocidas de los Balcanes y de Ruanda.

La Corte Penal Internacional simboliza el afianzamiento del modelo de Nüremberg, con la creación de un tribunal internacional permanente designado para someter a proceso a autores de crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad, como una materia de rutina bajo el derecho internacional.

Se incorpora la compleja relación entre individuo y el Estado que permite a la comunidad internacional hacer valer la responsabilidad de los líderes de un régimen y condenar las políticas de persecución. La Corte Penal Internacional puede incluso deslegitimar un régimen o sus políticas transicionales.

La implementación del sistema internacional humanitario llega a tal punto que justifica acciones militares, como por ejemplo la intervención de la

OTAN en Kosovo, o en campañas contra el terrorismo, expandiendo de esta manera los fundamentos para la intervención armada con base humanitaria en el marco de una guerra justa.

Bajo el lema *autodefensa preventiva* se está adoptando un discurso de guerra permanente para legitimar la próxima etapa de guerra contra el terrorismo, asimilándolo equivocadamente crisis políticas. La apelación a un lenguaje de moralidad universal sirve de plantilla para garantizar la seguridad universal a futuro.

En países como Colombia, se habla de una justicia y una paz fragmentarias, pues no están acogándose a la Ley de Justicia y Paz todos los actores del conflicto, existen grupos que mantienen su guerra frontal contra las instituciones constitucionalmente reconocidas. Colombia, como señala RODRIGO UPRIMNY, atraviesa por un proceso de justicia transicional sin transición.

II. DILEMAS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL. PARADIGMAS

Cuando un país que ha vivido un largo periodo en estado de guerra interior inicia un proceso de paz, se ve avocado necesariamente a un gran debate jurídico, político, ético y social con hondas tensiones sobre la forma en que deben ser sancionadas las personas implicadas en el conflicto y que han realizado masivas violaciones a los derechos humanos⁷.

Estas tensiones se manifiestan en la compleja necesidad de equilibrar dos derechos fundamentales contrapuestos: justicia y paz. La función mayor se centra en la relación entre las normas de derecho internacional humanitario, que exigen un castigo ejemplar para los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional (tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y los crímenes de agresión), y la normatividad interna, que tiene que crear el Estado afectado por la guerra

7 Cfr. artículo 5.º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: “*Crímenes de la competencia de la Corte*. 1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a. El crimen de genocidio. b. Los crímenes de lesa humanidad. c. Los crímenes de guerra. d. Los crímenes de agresión 2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas”.

para que los actores armados acusados de tales delitos decidan por fin someterse a la justicia y llegue a ese país la paz.

Existen ordenamientos, estatutos, derechos, principios jurídicos internacionales que protegen a las víctimas de violaciones de derechos humanos, ocurridas en etapas previas a las transiciones políticas, y que buscan justicia a través del conocimiento de la verdad, la judicialización, la condena de los responsables y la reparación moral y material. Este interés personal o colectivo por la justicia se ve oscurecido por la necesidad de paz y reconciliación nacional propia de los procesos de transición que generalmente presionan en dirección contraria a dichos derechos, pues es muy difícil que el responsable de crímenes atroces decida desmovilizarse, reconocer sus crímenes, someterse a una condena, sin que exista algún tipo de incentivo que lo favorezca.

Se precisa un equilibrio entre estos dos derechos fundamentales, la justicia y la paz; sin ello, los procesos y negociaciones de paz fracasarían. Por esta razón se deben flexibilizar, no acabar, ciertos requerimientos que implica la justicia para conseguir la paz.

De ahí que en un proceso transicional basado en las negociaciones de paz resultan igualmente criticables y censurables, desde el punto de vista ético, político y social, tanto la aplicación de una justicia estricta, plena y retributiva, como la aplicación de indultos y amnistías o leyes de punto final, en las que los actores del conflicto que han realizado constantes violaciones a los derechos humanos sean perdonados, absueltos y queden en libertad sin ninguna contraprestación, en desmedro de las víctimas y de la misma paz a futuro.

Por esta razón, en un periodo de transición deben encontrarse fórmulas intermedias que garanticen una dosis de justicia y una dosis de perdón, porque todas las estrategias de justicia transicional implican necesariamente, cuando menos, el sacrificio parcial de alguno de los valores en tensión. De ahí que, no exista un único proceso de transición. Cada sociedad, cada país en conflicto debe diseñar su propia fórmula de justicia transicional, de acuerdo con el objetivo que desea ponderar para llegar a la paz.

A través de la historia se han diseñado cuatro paradigmas básicos de procesos transicionales, de acuerdo con la manera como se ha solucionado la tensión entre los objetivos de justicia y paz (cuadro siguiente⁸).

8 Cfr. RODRIGO UPRIMNY. “Justicia transicional en Colombia. Algunas herramientas conceptuales para el análisis del caso colombiano”, en *¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación en Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –DJS–, manuscrito, noviembre de 2005; SIMON. Ob. cit. y R. C. SLYE. “The Legitimacy of Amnesties under International Law and General

Paradigmas de transición	Características	Ejemplos
<p>1. Tribunales <i>ad hoc</i></p> <p><i>Vergangenheitsbewältigung</i> (trabajar el pasado para no repetirlo)</p>	<p>CASTIGOS EJEMPLARIZANTES PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS. JUSTICIA SIN NEGOCIACIÓN.</p> <ul style="list-style-type: none"> – Tribunales conformados por funcionarios representantes de los Estados vencedores. Se trata de una justicia impuesta. – Tribunales establecidos por ordenamientos internacionales (Carta de Londres) o por un organismo internacional (Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas) junto con la Oficina de la Fiscalía (OTP). – Se castiga a los jefes, o cúpulas de poder, por acción u omisión, con pena de muerte, cadena perpetua o penas de prisión no inferiores a 20 años, y se impone un nuevo orden democrático. – Ejemplo y antecedente de la justicia penal internacional (Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948); Convención contra el genocidio de 1948; Convenciones de Ginebra de 1949 y Protocolos de 1977), Corte Penal Internacional con su Estatuto de Roma en el que se establecen las reglas básicas para la guerra y para la persecución de sus criminales de guerra, determinación de los delitos y las penas. 	<p>Tribunales Militares Internacionales de Nüremberg (1945-1949) y para el Lejano Oriente (Tokio); Tribunales Penales Internacionales para Ruanda, y la ex Yugoslavia</p>

<p>2. Amnistías e indultos plenos, sin contraprestación</p>	<p>IMPUNIDAD TOTAL. NO SE ESTABLECEN RESPONSABILIDADES. RECONCILIACIÓN A TRAVÉS DEL OLVIDO</p> <ul style="list-style-type: none"> – La tensión justicia-paz se inclina solamente a favor del victimario o del autor de los delitos contra el derecho internacional humanitario. Ellos mismos crean las leyes de impunidad y, como contraprestación, entregan el poder político que detentaban. – No hay verdad, justicia ni reparación. – Reconciliación negativa: “La responsabilidad criminal obstruye la reconciliación”. – A futuro generan nuevamente violencia (venganza, sentimientos de injusticia e impotencia que generan autojusticia). 	<p>España, Turquía, Argentina,</p>
<p>3. Investigación y persecución penal por tribunales nacionales sin comisiones de la verdad</p>	<p>RETRIBUCIÓN POR ENCIMA DE REPARACIÓN</p> <ul style="list-style-type: none"> – Penas de acuerdo con los códigos penales de cada país. – La víctima ocupa un lugar secundario. – Juicios susceptibles de manipulación. 	<p>Grecia, Portugal, Albania, Lituania, Estonia, Bielorrusia, Federación Rusa, Georgia, Surinam, Malí Paraguay, Sierra Leona, Venezuela,</p>

<p>4. Investigación y persecución con comisiones de la verdad; amnistías, indultos, penas alternativas con obligaciones</p>	<p>RECORDAR Y PERDONAR</p> <ul style="list-style-type: none"> – La reconciliación es positiva, la responsabilidad criminal es condición previa para la reconciliación. Existe perdón recíproco. – Acuerdos y negociaciones entre Gobierno y actores armados. – Se crean procedimientos penales especiales. – Penas inferiores a las señaladas. – Posibilidad de reconocer delitos políticos para aplicar amnistías e indultos. – El penalmente responsable es castigado con penas menores a las establecidas en los códigos penales nacionales siempre y cuando diga la verdad o confiese, pida perdón, repare a las víctimas, prometa no repetir (todas a la vez, sólo una, o dos). – El interés por la justicia no declina con el paso del tiempo (“efecto Scilingo”). Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad. 	<p>El Salvador, Honduras, Perú, Uruguay, Brasil, Nicaragua, Sudáfrica, Ghana, Irlanda del Norte</p>
---	--	---

Sin duda alguna, esta clasificación se hace con fines pedagógicos, para resaltar las características más sobresalientes de los diversos tipos de justicia transicional, pero la verdad es que en los procesos de paz de muchos países se han utilizado varios paradigmas combinados.

Los paradigmas primero y segundo, tribunales *ad hoc* y amnistías e indultos totales, a pesar de que ambos describen situaciones de transición de un estado de guerra a uno de paz, o de una dictadura a una democracia, no resuelven la tensión entre los objetivos de justicia y paz, sino que escogen uno de ellos.

En efecto, con los tribunales *ad hoc* se impone la justicia del Estado vencedor o del tribunal especial internacional creado, sin que se conceda beneficio alguno a los autores de masacres y delitos de lesa humanidad. Por su

parte, con las amnistías e indultos totales se realizan negociaciones pero sin responsabilizar a nadie, situación que genera odios, apatía y futura violencia. Esta última forma de transición es rechazada por el derecho internacional, a tal punto que dichos casos pueden ser juzgados nuevamente por los tribunales internacionales, por cuanto la persecución nacional o la decisión de no perseguir demuestran que el Estado no está dispuesto a llevar a cabo una investigación, o no está en condiciones de hacerlo.

Respecto del tercer paradigma, si bien es cierto éste implica una persecución criminal y una investigación penal contra los autores, sus castigos están establecidos por el ordenamiento interno, que en muchas oportunidades deberá aplicar el *in dubio pro reo* por carecer de elementos suficientes para realizar una investigación plena. Las negociaciones de paz se basan en lo previamente estipulado; no se crean nuevos instrumentos y por lo tanto la garantía de las víctimas se ve afectada en la medida en que su protección, el derecho a saber la verdad de lo ocurrido y a la reparación han sido políticas recientemente incluidas en las legislaciones penales modernas.

El cuarto, es el paradigma que garantiza una verdadera justicia transicional, pues a partir de negociaciones que incluyen la instauración de comisiones de la verdad y algún tipo de perdón excepcional e individual para los actores armados —que están amparados o no por la Constitución—, con fundamento en el principio de proporcionalidad se les exige, a cambio, la observancia de obligaciones tales como: la confesión y/o aceptación de los cargos por graves violaciones a los derechos humanos, la reparación, la indemnización, la rehabilitación de sus víctimas, y la garantía de no repetición de las conductas.

Esos perdones concedidos por el legislador deben estar fundamentados en el principio de proporcionalidad o *prohibición de exceso* como límite a la libertad de configuración del legislador.

En un Estado social de derecho es al legislador a quien le compete establecer el *quantum* de las penas de acuerdo con la valoración que se haga de las diferentes conductas en el marco de la política criminal. Es él, como ya se dijo, quien tiene la libertad de configuración en materia penal, y mientras no resulten contrariados los preceptos fundamentales, bien puede crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones, entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponde-

ración que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado social.

Así las cosas, el perdón o pena alternativa para los autores de crímenes de lesa humanidad sólo es justificable cuando supera el *test de proporcionalidad*, es decir que sólo se justifica cuando constituye la única medida para lograr la paz y la reconciliación y cuando es proporcional a la gravedad de las conductas, a la culpabilidad, al grado de mando que se ejercía dentro de la organización armada, al margen o no de la ley, y a los aportes que se hagan para que se sepa la verdad sobre lo sucedido en el tiempo de guerra que se está superando.

Los criterios de proporcionalidad se concretan en las siguientes premisas básicas⁹:

- A mayor gravedad del crimen, menor probabilidad de perdón.
- A mayor responsabilidad en la jerarquía de mando de la organización o social del autor, menor posibilidad de perdón.
- A mayor contribución a la paz, la verdad y la reparación, mayores posibilidades de perdón.

Por esta razón no existiría mayor objeción a la hora de conceder indultos o extinciones de la acción penal respecto de aquellas personas que actuaron como combatientes rasos. En cambio, los autores mediatos, inmediatos o coautores de delitos de lesa humanidad sólo podrán ser beneficiarios de un perdón parcial con obligaciones. No se les debe perdonar, y olvidar sus delitos. Para que el proceso de reconciliación tenga alguna probabilidad de éxito, la sociedad exige ante todo penas mínimas de prisión, que pueden ir acompañadas de reparaciones para las víctimas.

La aplicación de este cuarto paradigma tiene además como ventaja que los procesos de desmovilización, o de juzgamiento con amnistías, indultos, o con penas alternativas, con comisiones de la verdad, de verificación y de reparación, pueden garantizar, en gran medida, que la justicia penal internacional no tendría bases para actuar como justicia complementaria.

Ahora nos corresponde enfrentar la pregunta obvia: ¿en qué paradigma podemos colocar a Colombia con la Ley de Justicia y Paz?

Hasta antes del 25 de julio de 2005, la historia del país en materia de justicia transicional se enmarcaba en el segundo grupo, pues los gobiernos de turno se habían limitado a conceder amnistías y perdones totales, más con fi-

9 Cfr. UPRIMNY. Ob. cit., pp. 13 y ss.

nes electorales que pacificadores, con las guerrillas colombianas –FARC, ELN, Camilo Torres, Quintín Lame, M-19–. En cada uno de estos casos los esfuerzos se concentraron exclusivamente en la incorporación política de esos grupos, con escasa consideración a su integración social, lo que condujo a su fracaso. Al firmar pactos y deponer las armas, muchos excombatientes se convirtieron en blanco de ataques de los grupos guerrilleros que permanecían activos, de actores paramilitares ilegales o de agentes estatales¹⁰. No se establecieron responsabilidades, ni hubo confesiones, tampoco hubo reparaciones ni disposición a la no repetición, lo que generó sentimientos de injusticia, inseguridad, venganza, que llevaron a la población civil del país a una polarización tal, que los ciudadanos se podían dividir en dos: los que estaban en el bando que defendía a las guerrillas y los que hacían parte de aquel que aceptaba las acciones de los grupos paramilitares, o de justicia privada, creados con el consentimiento del Estado para hacer frente a las atrocidades cometidas por aquellos, ante el actuar omisivo de la fuerza pública.

Hoy, con la Ley de Justicia y Paz, indudablemente el proceso de justicia transicional que ha escogido Colombia no cabe en ninguno de los dos primeros paradigmas enunciados, pues la ley en mención tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Esta ley fue fruto de negociaciones y acuerdos previos entre el Gobierno y uno de los grupos armados al margen de la ley, los paramilitares¹¹. La ley

10 Cfr. JUDY FOCAL MELTZAR. “Justicia transicional y reconciliación en Colombia luego del conflicto armado. Consideraciones para una posible cooperación canadiense”.

11 Los instrumentos jurídicos que sirvieron como antecedente a la Ley de Justicia y Paz son: Proyecto de Ley de Alternatividad Penal; Ley 782 de 2002, por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999, y se modifican algunas de sus disposiciones. Contiene disposiciones para facilitar el diálogo y para la suscripción de acuerdos con grupos armados organizados al margen de la ley para su desmovilización, reconciliación y para el logro de la convivencia pacífica. No se aplica para los casos de ferocidad, barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio y homicidio cometido fuera de combate; Decreto 3360 de 2003 para incluir a los desmovilizados en programas de inserción socioeconómica; Decreto 128 de 2003, que reglamenta la Ley 418 de 1997, en lo que tiene que ver con la posibilidad de otorgar los beneficios jurídicos a los grupos de autodefensa. De acuerdo con la ley, los beneficios podrían ser de indulto, suspensión condicional de la ejecución de la pena, cesación de procedimiento, preclusión de la instrucción o resolución inhibitoria. Modificó el Decreto 1385 de 1994; Resolución n.º 216 de 2003, en la que se declara abierto el proceso de diálogo, negociación y firma de acuerdos con el Bloque Cacique Nutibara de las Autodefensas Unidas de Colombia –AUC–; Resolución 218 de 2003, por la cual se establece

regula un procedimiento penal especial y excepcional que aplica una pena alternativa a los procesados a cambio de su contribución efectiva a la paz.

La Ley 975 de 2005 fue una decisión política y práctica del legislador orientada al logro del valor constitucional de la paz. El legislador optó por fórmulas concretas de armonización entre los valores justicia y paz y el derecho de las víctimas, a través de la concesión de beneficios penales y procedimentales para los desmovilizados, para poner fin al conflicto armado.

La Ley de Justicia y Paz exige respecto de quienes quieran acogerse a ella su desmovilización, desarme, postulación por el Gobierno, cumplimiento de los requisitos de elegibilidad¹², entrega de bienes producto de actividades ilícitas, con el fin de reparar a las víctimas, confesión de todos los crímenes realizados y no repetición. Es un proceso judicial que se realiza en Colombia, en el cual la investigación la realiza una unidad de fiscalías nueva creada por esta ley, denominada Unidad de Fiscalía para la Justicia y la Paz, con una causa oral bajo el sistema acusatorio, donde el imputado rinde una versión libre, se le formulan unos cargos que el imputado puede aceptar o no, con una audiencia para examinar si la aceptación de cargos ha sido libre, voluntaria, espontánea y asistida por un defensor, y en el que, por último, se cita a audiencia de fallo en donde un juez condena por todos los delitos aceptados pero aplica una pena alternativa¹³.

una zona de ubicación dentro del territorio nacional; Resolución 185 de 2002, por la cual se integra una Comisión Exploradora de Paz; Documento de Recomendaciones de esta Comisión del 25 de junio de 2003; Decreto 1809 de 2002, por el cual se nombra al Alto Comisionado para la Paz, LUÍS CARLOS RESTREPO; Convenio para el acompañamiento al Proceso de Paz en Colombia de la OEA, del 4 de febrero de 2004; Resolución 859 del 6 de febrero de 2004, en que la OEA apoya el Proceso de Paz en Colombia. Se han firmado los siguientes acuerdos entre Gobierno y AUC: Acuerdo de Santa Fe de Ralito (15 de julio de 2003), mediante el cual se comprometen a desmovilizar gradualmente la totalidad de sus miembros hasta el 31 de diciembre de 2005, a cesar en sus actividades. El Gobierno se compromete a adelantar las acciones necesarias para reincorporarlos a la vida civil. Se acuerda establecer zonas de concentración para facilitar la desmovilización gradual. Se hace un llamado conjunto para convocar la solidaridad y apoyo de la comunidad nacional e internacional.

12 Cfr. artículos 10.º y 11 de la Ley de Justicia y Paz.. Estos requisitos están orientados a garantizar que el beneficio de la pena alternativa sólo se de para las personas que efectivamente han contribuido a la paz. Estos requisitos que señala el Fiscal General no pueden hacerse efectivos desde el inicio del sometimiento a la justicia, sino que ello se debe hacer de manera transversal a través de todo el proceso penal que se inició.

13 Cfr. Ley 975 de 2005, artículo 3.º y Corte Constitucional. Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006. La Corte declara este artículo exequible en el entendido de que la cola-

En el examen de constitucionalidad de la Ley 975 de 2004 se consideró que la pena alternativa era una medida encaminada a lograr la paz que estaba acorde con la Carta Política,

en cuanto, tal como se deriva de los artículos 3.º y 24, no entraña una desproporcionada afectación del valor justicia, el cual aparece preservado por la imposición de una pena originaria (principal y accesoria), dentro de los límites establecidos en el Código Penal, proporcional al delito por el que se ha condenado y que debe ser cumplida si el desmovilizado sentenciado, incumple los compromisos bajo los cuales se le otorgó el beneficio de la suspensión de la condena¹⁴.

Esta pena alternativa se aplicará a los desmovilizados condenados que han contribuido al logro de la paz para que el Estado pueda dismantelar los grupos que atentan contra ella y haya cesación de hostilidades. La consecución de la paz está también directamente relacionada con el derecho de las víctimas a que exista no sólo reparación sino garantías de no repetición.

El desmovilizado entonces, para lograr este beneficio de la pena alternativa, deberá contribuir efectivamente a la paz y abandonar la ilegalidad. Si comete intencionalmente un nuevo delito durante el periodo de libertad a prueba, cualquiera que sea su naturaleza, se le revocará el beneficio¹⁵.

boración con la justicia debe estar encaminada a lograr el goce efectivo de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Ver adelante el capítulo “Aproximación a la estructura del proceso previsto en la Ley de Justicia y Paz”.

14 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia 370 de 2005, aparte señalado bajo el número 6.2.1.4.9. Ver adelante en detalle el capítulo “El régimen de alternatividad penal”.

15 La Corte Constitucional declaró por esta razón inconstitucional la frase del artículo 29 de la Ley 975 de 2005 que decía: “no reincidir en *los delitos por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley*”. La Corte consideró que esta expresión, además de no hacer un aporte a la paz, pues a su amparo se violarían los propósitos de resocialización y reincersión que animan los beneficios de reducción de pena, comportaba una desproporcionada afectación del valor justicia y del derecho de las víctimas a la no repetición, por cuanto permitiría la coexistencia del beneficio de reducción de pena con fenómenos de reincidencia en relación con delitos distintos a aquellos por los cuales se había condenado.

III. REQUERIMIENTOS BÁSICOS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL A LA LUZ DEL *CORPUS IURIS* DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO¹⁶

Antes se dijo que no existe un único proceso de justicia transicional, pues cada país de acuerdo con sus debilidades y fortalezas crea el propio. Sin embargo, esta afirmación no significa en manera alguna que no existan unas pautas básicas de la justicia transicional que se han ido creando a partir de los precedentes, las normas, la jurisprudencia, la doctrina, el derecho constitucional, los convenios, los tratados, los acuerdos internacionales, que en un momento de transición obligan a los países frente a la comunidad internacional, cuando deben enfrentar violaciones graves a los derechos humanos.

Los Estados en su gran mayoría, incluida Colombia, de manera soberana han acogido normas constitucionales e internacionales que guían y limitan sus facultades a la hora de firmar acuerdos de paz con grupos al margen de la ley que han realizado violaciones graves a los derechos humanos.

En nuestra Constitución, se autoriza al Congreso a conceder, por mayoría de dos tercios de los votos de los miembros de una y otra cámara y ante graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos¹⁷, y al Presidente, a “conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad”¹⁸.

Por otra parte, Colombia en el ámbito internacional ha ratificado una serie de instrumentos internacionales, comprometiéndose a investigar, juzgar y sancionar a los autores de delitos contra el derecho internacional humanitario (p. ej., Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁹, Convención Americana de Derechos Humanos²⁰, Convención contra la Tortura y Otros Tratos

16 En lo que sigue, cfr. CATALINA BOTERO MARIÑO y ESTEBAN RESTREPO SALDARRIAGA. “Estándares internacionales y proceso de transición en Colombia”, en: ANGELIKA RETTBERG (comp.). *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005.

17 Cfr. Constitución Política de Colombia, artículo 150. Se agrega que en caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar.

18 Cfr. Constitución Política de Colombia, numeral 2 artículo 201.

19 Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966. Aprobado mediante la Ley 74 de 1969.

20 Suscrita en San José de Costa Rica en noviembre de 1969. Aprobada mediante la Ley 16 de 1972.

o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura²¹, Convención Internacional sobre Desaparición Forzada de Personas²², Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio²³, Estatuto Penal de la Corte Penal Internacional²⁴).

Así las cosas, Colombia, libre y soberanamente, se ha comprometido nacional e internacionalmente a cumplir con una serie de obligaciones que constituyen pautas mínimas de justicia en los procesos de paz.

Siguiendo las pautas establecidas por el Relator Especial de la ONU, LOUIS JOINET, sobre la impunidad y el conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, los Estados tienen cuatro obligaciones inderogables aplicables en los procesos de transición²⁵:

- La satisfacción del derecho a la justicia;
- La satisfacción del derecho a la verdad;
- La satisfacción del derecho a la reparación de las víctimas, y
- La adopción de reformas institucionales y otras garantías de no repetición.

1. El derecho a la justicia

Los Estados, y en particular Colombia, tienen la obligación nacional e internacional de investigar, juzgar y condenar a penas adecuadas a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos.

21 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1984. Aprobada mediante la Ley 70 de 1986. Aprobada por la Asamblea General de la OEA, en Cartagena de Indias, en 1985, aprobada por la Ley 406 de 1997, declarada exequible mediante la Sentencia C-351 de 1998, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ.

22 Aprobada por la Asamblea General de la OEA en Belém do Pará, Brasil, en 1994. Aprobada mediante la Ley 707 de 2001, revisada mediante la Sentencia C-580 de 2002, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

23 Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1948, aprobada por Colombia mediante la Ley 28 de 1959.

24 Adoptado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas el 17 de junio de 1998. Aprobado mediante la Ley 742 de 2002, revisada mediante la sentencia C-578 de 2002, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

25 LOUIS JOINET. ONU, Comisión de Derechos Humanos, 49.º período de sesiones. Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. Louis Joinet de conformidad con la Resolución 1996/119 de la Subcomisión, Doc.E /CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II.

Este derecho se concreta en cinco principios, a saber: el deber de castigar a los autores de delitos contra el derecho internacional humanitario; el deber del Estado de investigar todos los asuntos relacionados con el tema de la violación de los derechos humanos; el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso, y el deber de imponer penas adecuadas a los responsables.

1.1. El deber de castigar a los autores de delitos contra el derecho internacional humanitario y los límites a los indultos y amnistías en los procesos de paz

Como ya se indicó, los procesos de transición generan tensiones entre los derechos a la paz y a la justicia; sin embargo, esos poderes de amnistía e indulto de los Estados, establecidos en el artículo 6-5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra —que dispone que una vez se produzca una cesación de hostilidades dentro de un conflicto armado interno las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto—, debe ser reinterpretado, ya que hoy son rechazadas las amnistías y los indultos totales, y en adelante sólo podrán ser efectivos frente a quienes fueron castigados o detenidos por el sólo hecho de haber participado en las hostilidades, o por tratarse de delitos políticos o delitos comunes conexos con estos, pero nunca respecto de quienes infringieron normas de derecho internacional humanitario.

El poder que han adquirido los tribunales internacionales es tal que pueden declarar sin efecto jurídico todas las medidas internas tomadas por un Estado que adopte amnistías o indultos para delitos de lesa humanidad o contrarios al derecho internacional humanitario. Así las cosas, las amnistías o indultos, para que puedan tener validez a nivel internacional, deben constituir la única alternativa posible para un Estado con miras a facilitar los procesos de transición hacia la democracia; pero, eso sí, nunca pueden abarcar conductas que impliquen crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o agresión o vulneraciones graves a los derechos humanos tales como genocidios, homicidios fuera de combate, desapariciones forzadas, violencia carnal, ataques contra la población civil.

Para la aplicación de las amnistías o indultos en el caso colombiano permitidas por los artículos 150 numeral 17 y 201 numeral 2 de la Constitución Política, la Corte Constitucional ha señalado que dichas facultades del Congreso o del Presidente de la República no son omnímodas, pues deben tener presente las siguientes reglas:

- No se pueden amnistiar o indultar delitos atroces como los delitos de lesa humanidad, la tortura, la desaparición forzada, el secuestro, la violación sexual o el terrorismo.

- El poder aplicar amnistías o indultos es un poder excepcional que debe tener una interpretación limitada.

- Sólo son aplicables para delitos políticos o delitos comunes conexos con ellos pero que no estén dentro de los denominados delitos contra el derecho internacional humanitario.

- No se puede aplicar estos beneficios a la persona que quiere relevarse de responsabilidad indicando que lo hizo por *obediencia debida*.

- Si se establece la amnistía o el indulto deben reconocerse los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

- Se limita el alcance del principio *non bis in idem* cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos. Adicionalmente, se pueden reabrir investigaciones a pesar de que sobre ellas existan decisiones absolutorias con fuerza de cosa juzgada si aparecen hechos nuevos o pruebas que permitan imputar un delito atroz.

Este deber que tiene el Estado de investigar, juzgar y sancionar todos los hechos relacionados con violaciones al derecho internacional humanitario implica que dichas investigaciones sean realizadas por las autoridades judiciales competentes y que se desarrollen de tal forma que conduzcan a la satisfacción del derecho de las víctimas a saber con la mayor certeza posible quiénes fueron los autores, sus motivaciones, dónde están los desaparecidos, los niños reclutados, etc.

1.2. El deber de investigar

Los Estados están obligados a investigar las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario de manera pronta, seria –no meramente formal–, imparcial y exhaustiva. La investigación debe ser asumida por los órganos judiciales competentes, y los procesos deben estar revestidos de todas las formalidades, dotados de los medios adecuados, adelantarse con

plena independencia, en tiempos prudentiales, que permitan, de acuerdo a la complejidad del caso, procesar, verificar y sistematizar datos para llegar a conclusiones fidedignas. Si un Estado incumple con estas obligaciones, su responsabilidad a nivel internacional resulta comprometida.

Este deber de investigar por parte del Estado garantiza a las víctimas el reconocimiento de los autores y que conozcan las circunstancias de tiempo, modo y lugar donde se desarrollaron los hechos. En casos de desapariciones, podrán las víctimas saber el sitio donde se encuentran los cadáveres o donde fueron abandonados.

1.3. El derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo

El derecho de acceso a la justicia, consagrado en los artículos 29 y 229 C. N., está considerado como fundamental en los ordenamientos nacionales e internacionales. El Estado tiene la obligación de garantizar, incluso a través de la acción de tutela, a las víctimas de violaciones a los derechos humanos, la posibilidad de acceder a recursos adecuados y efectivos para denunciar estas violaciones y para solicitar las indemnizaciones y reparaciones correspondientes. Esa posibilidad que tiene la víctima de constituirse en parte civil dentro del proceso penal no siempre se hace para obtener reparaciones de tipo patrimonial sino también o exclusivamente para tener acceso a la verdad de los hechos y a la justicia²⁶.

El derecho de acceso a la justicia en mención implica:

- Dar a conocer, a través de los medios oficiales y privados, todos los recursos disponibles contra las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario;
- Adoptar las medidas necesarias para que las víctimas sean protegidas en su intimidad y se garantice su seguridad, la de su familia y la de los testigos, y
- Utilizar todos los medios para que las víctimas puedan iniciar las acciones pertinentes para obtener una reparación.

26 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2002, M. P.: LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

1.4. El deber de respetar en todos los procesos judiciales las reglas del debido proceso

Todas las personas a las que se les imputen delitos que constituyan violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario tienen derecho a ser juzgadas conforme lo establecen la Constitución y la ley.

Se debe garantizar el principio de legalidad de los delitos y de las penas, el derecho a la defensa técnica, la publicidad del juicio, el principio de impugnación de las decisiones, la presunción de inocencia, la carga de la prueba en cabeza del Estado, la investigación tanto en lo favorable como en lo desfavorable, la prohibición de tratos crueles, humillantes o degradantes y que se sancionen de manera adecuada y proporcional los delitos. Las personas serán oídas y vencidas en juicio, dentro de los términos razonables, en condiciones de igualdad, con un tribunal competente e independiente previamente establecido e imparcial.

Sin embargo, esas garantías pueden limitarse cuando se trata de delitos que violen el derecho internacional humanitario. Así entonces, la cosa juzgada y el principio de *non bis in idem* pueden ser limitados, cuando dicho juzgamiento no haya sido imparcial ni independiente, no se haya tramitado con la diligencia necesaria, o se haya hecho lo posible por proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional. La Corte Constitucional colombiana ha permitido la reapertura de procesos por esta razón, y el Código de Procedimiento Penal en el artículo 192-4 acepta la acción de revisión de sentencias ejecutoriadas en estos eventos.

En algunos casos, también se puede afectar el principio del juez natural, pero esto es aceptado por la comunidad internacional cuando se configuran tribunales *ad hoc*, pues ofrece mayores garantías de imparcialidad, independencia, autonomía y objetividad. En los casos en los que están involucrados militares como autores de delitos contra el derecho internacional humanitario, se ha limitado la competencia de los jueces y tribunales penales militares, por cuanto esas conductas no están directamente relacionadas con el servicio.

1.5. El deber de imponer penas adecuadas a los responsables

De conformidad con el principio 18 del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha contra

la Impunidad del Relator Especial sobre la Cuestión de la Impunidad de la ONU, LOUIS JOINET, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para que los autores de violaciones a los derechos humanos sean procesados, juzgados y sancionados con penas apropiadas y proporcionadas a la gravedad de sus conductas.

La pena debe graduarse de acuerdo con los siguientes criterios: la gravedad del delito; las circunstancias individuales del procesado; la existencia de agravantes o atenuantes, y la edad y el grado de participación del autor del hecho²⁷.

En cuanto al cumplimiento de la pena que se haya impuesto por violación a los derechos humanos, el artículo 110 del Estatuto de Roma señala que el recluso no podrá tener libertad sino cuando cumpla la pena. Sin embargo, la Corte Penal Internacional puede rebajar la pena bajo las siguientes condiciones:

– Cuando el condenado haya cumplido por lo menos las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión, en casos de cadena perpetua.

– Cuando el recluso haya manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de colaborar con la Corte en sus investigaciones y procedimientos.

– Cuando el condenado haya prestado su asistencia voluntaria a la Corte para la ejecución de sus sentencias y órdenes referidas a decomisos o reparaciones en beneficio de las víctimas.

– Cuando existan otros factores que determinen un cambio claro y significativo en las circunstancias que amerite una reducción en la sentencia, de conformidad con las reglas de procedimiento y prueba²⁸.

Estos presupuestos también concurrieron en el caso del Tribunal *Ad Hoc* para la ex Yugoslavia. En el marco de las tareas de éste se reducían las penas cuando el responsable se declaraba culpable, rechazaba y se arrepentía de los crímenes cometidos y cooperaba con el Tribunal. Es ejemplificativo al respecto lo sucedido en los casos Erdemovic y Tadic: al primero se le condenó a 10 años de prisión y al segundo a 20, pues no prestó ninguna colaboración al Tribunal.

27 En la sentencia del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, en el caso Erdemovic, en el que la Corte estudió las funciones de la pena en el derecho internacional y los criterios para su graduación.

28 R. SALVIOLI. *El derecho internacional de la persona humana frente a la impunidad de hecho o de derecho. Criterios a considerar en procesos de justicia transicional*, Bogotá, Fundación Social, 2004.

2. El derecho a la verdad

Los principios 1.º a 4.º de JOINET establecen el derecho inalienable a la verdad, el deber de recordar y el derecho de las víctimas de saber²⁹.

El derecho inalienable a la verdad significa que cada pueblo tiene derecho a conocer la verdad acerca de los hechos sucedidos y las motivaciones y circunstancias en que se realizaron las violaciones al derecho internacional humanitario.

El deber de recordar implica que todo pueblo debe tener conocimiento de su historia, de su opresión, ya que esto forma parte de su patrimonio, y por ello se debe conservar la memoria, adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado.

El derecho de las víctimas a saber determina que, independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas, así como sus familias y allegados, tienen el derecho imprescriptible de conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones, y en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima y/o donde se encuentran las fosas comunes.

La verdad, entonces, tiene una manifestación individual, de la que es titular la víctima propiamente dicha, y una manifestación colectiva, que atañe a la sociedad en la que tuvieron lugar las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

En su dimensión individual, el derecho a la verdad tiene, en esencia, una virtualidad reparatoria, en la medida en que surge el deber del Estado de esclarecer los hechos y de juzgar y condenar a los responsables, y el derecho de las víctimas al acceso a la justicia y a un recurso judicial efectivo. En su dimensión colectiva, el derecho a la verdad está destinado a *preservar del olvido la memoria colectiva*³⁰; busca que la sociedad en su conjunto *conozca*

29 La víctima ha sido definida como “la persona que individual o colectivamente, como resultado de actos u omisiones que violan las normas internacionales de derechos humanos o el derecho internacional humanitario, haya sufrido daños, incluso lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales”. Cfr. Principios y Directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones formuladas por Bassiouni. ONU, Comisión de Derechos Humanos. Resolución 1999/93, Doc.E/CN.4/20900/62.

30 JOINET. Ob. cit., principio 2.

la verdad de lo ocurrido así como las razones y circunstancias en las que los delitos atroces llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a suceder en el futuro.

La efectividad del derecho a la verdad puede lograrse a través de varias estrategias: en su dimensión individual, a través de los procesos penales; en su dimensión colectiva, a través de los denominados *juicios de la verdad*, como los llevados a cabo en Argentina, tras una solución amistosa entre familiares de desaparecidos y Gobierno ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o los realizados por las comisiones de la verdad (Ghana, Nigeria, Sierra Leona, Sudáfrica, Timor Oriental, Brasil, Perú, Ecuador, Panamá, Chile, Argentina, ex Yugoslavia, etc.). A través de ellas se crea un espacio desprovisto de formalidades y consecuencias legales, en donde autores y víctimas se encuentran a fin de exponer sus versiones sobre lo sucedido, las motivaciones de sus actos, la profundidad de las pérdidas y la reconciliación y el perdón; estas comisiones sirven ante todo para mantener la memoria nacional y no reincidir.

3. El derecho a la reparación integral

La reparación consiste en dignificar a las víctimas mediante medidas que alivien su sufrimiento, compensen las pérdidas sociales, morales y materiales que han sufrido, y restituyan sus derechos ciudadanos³¹. El principio 33 formulado por Joinet determina que “toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o de sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho a dirigirse contra el autor”.

Igualmente, según el principio 36, el “derecho a la reparación deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima; comprenderá por una parte, medidas individuales de reparación relativas al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación y, por otra, medidas de satisfacción de alcance general, como las previstas en el Conjunto de Principios y Directrices fundamentales sobre el derecho a obtener reparación”. En los casos de desaparición forzada, “una vez aclarada la suerte de la persona desaparecida, su familia tiene el derecho imprescriptible a ser informada y, en caso de fallecimiento, se le debe restituir el cuerpo en cuanto se identifique,

31 Cfr. Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación de Colombia. Definiciones estratégicas de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación.

independientemente de que se haya establecido o no la identidad de los autores y se los haya encausado y juzgado”³².

La reparación integral abarca entonces todas las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Este derecho a la reparación integral, al igual que el derecho a la verdad, tiene dos dimensiones, una individual y otra colectiva. Claro está que ambas se encuentran interrelacionadas, toda vez que, como lo dice MARTHA MINOW, “las reparaciones sin excusas parecen carecer de autenticidad y las excusas sin reparaciones parecen baratas”³³.

Ahora bien, el derecho internacional ha establecido reglas para las reparaciones; ellas son:

- Cualquier forma de reparación debe ser otorgada en condiciones de igualdad sin discriminación;
- Toda reparación debe ser “adecuada, efectiva, rápida y proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido”³⁴;
- Si el responsable no quiere o no puede reparar a la víctima, el Estado asume la obligación de prestarle asistencia, o incluso de indemnizarla;
- Que la reparación incluya el enfoque de equidad de género, en el sentido de que las diferentes medidas que se dicten tomen en cuenta los intereses y necesidades de las mujeres y sean equitativas entre los géneros;
- Que la reparación tenga en cuenta las diferencias de edad y la extracción social de los beneficiarios;
- En el caso de las reparaciones simbólicas y colectivas debe hacerse una estrecha consulta con sus beneficiarios;
- Que las reparaciones mantengan la integralidad interna, es decir, que logren un adecuado balance entre las medidas individuales y colectivas, así como entre medidas materiales y simbólicas, ya que es la única manera de asegurar que las víctimas se sientan realmente reparadas. Así mismo, el concepto de reparación integral implica que las medidas de reparación contemplen la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición.

32 Documento de la ONU del 2 de octubre de 1997. Equipo Nizkor, [www.derechos.org/nizkor/doc/joinete.html].

33 Cfr. MARTHA MINOW. “Breaking the Cycles of Hatred”, en N. ROSENBLUM (ed.), *Breaking the Cycles of Hatred. Memory, Law, and Repair*, Princeton, Princeton University Press.

34 Cfr. VAN BOVEN y BASSIOUNI. Ob. cit., principio 16.

– Que las reparaciones sean coherentes y complementarias con otros componentes de la justicia transicional, es decir, con el esclarecimiento de la verdad, la reconstrucción de la memoria histórica, la aplicación de justicia y las reformas institucionales, ya que sólo de esta manera se logrará el objetivo último de las reparaciones que es el de hacer justicia a las víctimas³⁵.

En su perspectiva individual la reparación a la que tiene derecho la víctima asume las siguientes modalidades: restitución; indemnización; rehabilitación; satisfacción o compensación moral; y, garantías de no repetición.

3.1. Restitución

La *restitutio in integrum* busca devolver a la víctima a la situación anterior a la violación, y comprende entre otras cuestiones “el restablecimiento de la libertad, los derechos legales, la situación social, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía de la víctima, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración a su empleo y la devolución de sus propiedades”³⁶.

3.2. Indemnización

Los Estados tienen la obligación de indemnizar a las víctimas de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario en forma “apropiada y proporcional a la violación y a las circunstancias de cada caso y a los perjuicios económicos derivados de la vulneración de que se trate, entre los cuales se destacan el daño físico o mental, la pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales, los daños materiales y la pérdida de ingreso, incluido el lucro cesante, el daño a la reputación o dignidad y los gastos por asistencia jurídica o de expertos y servicios médicos y psicológicos” (principio 2).

35 Cfr. Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. Ob. cit.

36 Cfr. principio 21 de los Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (ONU, 2004), originado en los trabajos de THEO VAN BOVEN y M. CHERIF BASSIOUNI.

3.3. Rehabilitación

Se refiere al cuidado y asistencia profesional que las víctimas requieren para restablecer su integridad legal, física y moral después de las violaciones en su contra. Esta “ha de incluir, según proceda, la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales”³⁷ (principio 23).

3.4. Satisfacción o compensación moral

Consiste en realizar acciones tendientes a restablecer la dignidad de las víctimas y difundir la verdad de lo sucedido. Son medidas de carácter no pecuniario.

Algunos ejemplos de estas medidas son: las medidas eficaces para conseguir la cesación de las violaciones continuadas; la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones; la búsqueda de personas desaparecidas; la identificación de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad; las disculpas públicas que reconozcan los hechos y acepten las responsabilidades, la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables, y las conmemoraciones y homenajes a las víctimas (principio 24).

3.5. Garantías de no repetición y prevención

Se trata de aquellas medidas dirigidas a evitar que las víctimas vuelvan a ser objeto de violaciones de los derechos humanos e infracciones del derecho internacional humanitario que vulneren su dignidad.

En el principio 25 se establecen una serie de medidas entre las cuales merecen ser destacadas: la adhesión consecuente de las instituciones públicas al imperio de la ley; el ejercicio de un control efectivo de las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; la garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales

37 Ibidem.

relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; asegurar el funcionamiento independiente, imparcial y eficaz de los tribunales de justicia de conformidad con las normas internacionales relativas a las garantías procesales debidas; la desmovilización y desmantelamiento de los grupos armados paraestatales o no oficiales; la promoción de mecanismos destinados a prevenir y vigilar los conflictos sociales; la revisión y reforma de las leyes que puedan, eventualmente, contribuir a la violación de las normas internacionales de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. En este acápite es importante la limitación que se hace de las jurisdicciones especiales, en particular de la militar, y el énfasis en el fortalecimiento e independencia de la rama judicial. También se incluye la capacitación de todos los sectores sociales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario³⁸.

En su dimensión colectiva, el derecho a la reparación determina la adopción de medidas dirigidas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades directamente afectadas por las violaciones.

JOINET destacó que las medidas de carácter simbólico, en concepto de reparación moral, así como el reconocimiento público y solemne por el Estado de su responsabilidad, las declaraciones oficiales de restablecimiento de la dignidad de las víctimas, los actos conmemorativos, el bautizo de vías públicas y la erección de monumentos facilitan el deber de recordar y contribuyen a reparar los daños causados.

38 Cfr. Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. Ob. cit., pp. 6 y 7. Estas garantías también se encuentran en los Principios de Joinet y son de tres clases: 1) Medidas encaminadas a disolver los grupos armados paraestatales; 2) Medidas de derogación de las disposiciones de excepción legislativas o de otra índole que favorezcan las violaciones; y, 3) medidas administrativas o de otra índole que deben adoptarse frente a agentes del Estado implicados en violaciones.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ A LA LUZ DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

SUMARIO: I. Introducción y conceptos generales sobre las jurisdicciones internacionales relacionadas. 1. Introducción al desarrollo internacional sobre DDHH y DIH. 1.1. El desarrollo internacional de las jurisdicciones sobre individuos. 1.2. Elementos propios del DIH, el DIDH y el DIP. 1.3. Subsidiaridad y complementariedad del derecho internacional. 2. Alcance, incorporación e interpretación de instrumentos internacionales sobre DIH en el derecho interno. 2.1. Proceso de universalización en materia de DIH. 2.2. Tribunales *ad hoc* (Nuremberg, ex Yugoslavia, Ruanda, otros) y CPI JS. 2.3. El panorama de los tribunales *ad hoc* de juzgamiento. 2.4. Los proyectos hacia el establecimiento del Estatuto de Roma. 3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. 3.1. Procedimiento contencioso. 3.2. La adopción de medidas provisionales. 3.3. La función consultiva. II. El bloque de constitucionalidad. 1. Introducción: el neoconstitucionalismo colombiano. 2. Concepto y aplicación del bloque de constitucionalidad. 3. Las normas que componen el bloque de constitucionalidad. 4. Conclusiones relevantes sobre el bloque de constitucionalidad. III. Interpretación del derecho penal interno y bloque de constitucionalidad. 1. Bloque de constitucionalidad en materia penal. 2. Fundamento constitucional. 3. Bloque de constitucionalidad frente a los presupuestos de la ley de justicia y paz (sentencia, C-370 de 2006 y C-575 de 2006). 3.1. Bloque de constitucionalidad sobre DIH y Ley 975 (JS). 3.2. Principios y reglas mínimas de los sujetos involucrados en el escenario de los conflictos armados. 3.3. Principio de distinción. 3.4. Combatientes. 3.5. Población civil y no combatientes (personas protegidas). 3.6. Bienes de carácter civil y objetivos militares. 3.7. Principio de limitación. 4. Desarrollos en instrumentos internacionales - Estatuto de Roma / CPI. - Ley 975. 4.1. Conductas de la CPI - Genocidio. 4.2. Conductas de la CPI - Crímenes de lesa humanidad. 4.3. Crímenes de guerra. 4.4. Las conductas de DIH en la Ley 599 de 2000. IV. Examen de la Ley de Justicia y Paz: análisis de exequibilidad desde el bloque de constitucionalidad. 1. La sentencia C-370 de 2006: la ponderación entre derechos fundamentales. 2. Contenido constitucional de los deberes y derechos inmersos en la Ley de Justicia y Paz. 3. Aporte jurídico de la sentencia: el marco constitucional del proceso de justicia y paz. V. La evaluación del proceso por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. 1. Recomendaciones de la CIDH para la aplicación de la Ley de Justicia y Paz (extractos). 2. Competencia de la Corte Interamericana en casos relacionados con la Ley de Justicia y Paz.

I. INTRODUCCIÓN Y CONCEPTOS GENERALES SOBRE LAS JURISDICCIONES INTERNACIONALES RELACIONADAS

1. Introducción al desarrollo internacional sobre DDHH y DIH

El auge en la protección de los derechos individuales, por el derecho internacional público, surge fundamentalmente a partir de la Segunda Guerra Mundial desde diferentes perspectivas:

Los derechos humanos son atributos inherentes a todo hombre y a toda mujer por su sola condición de tales. Inspirados en valores de dignidad, justicia, igualdad y libertad, implican obligaciones a cargo de los Estados y en favor de las personas, sin importar condición alguna, ni aun la nacionalidad de la que gocen.

Cada Estado es responsable de respetarlos y garantizarlos, y en principio solo él puede ser considerado responsable de violarlos.

Ello es así debido a que una violación a los derechos humanos es aquella que se comete desde el poder público, o con su aquiescencia, ya sea por acción u omisión, es decir por aquello que el Estado hizo debiendo no haber hecho, o que no hizo debiendo haber hecho.

En consecuencia, todo abuso que se ejerza sobre una persona, sus derechos y/o libertades, por parte de un particular, es decir por quien no actúa en representación o con la aceptación del Estado, no constituye técnicamente (en principio) violación de derechos fundamentales; excepto que el particular se hubiera valido del auxilio del Estado, o que luego éste hubiera omitido cumplir su función de investigación y sanción.

Para una efectiva vigencia de los derechos fundamentales deben existir distintos mecanismos de promoción, prevención, protección, control y sanción dentro de cada Nación. Pero la sola existencia de una legislación pertinente no basta; los derechos, libertades y garantías deben poder ser llevados a la práctica cotidiana, y para ello en ocasiones se requiere de la puesta en marcha de programas concretos, a cargo de los Estados, tendientes a permitir el desarrollo integral de hombres y mujeres.

De manera paralela a las diversas funciones que cada país tiene a su cargo en materia de derechos fundamentales, existen sistemas internacionales de protección de los derechos humanos que actúan cuando los mecanismos internos de cada Estado no resultan efectivos.

Los mencionados sistemas se desarrollan dentro de diferentes organizaciones internacionales que han sido creadas por los Estados para atender a cuestiones de interés común, es decir, que no solo conciernen a las necesidades de un país, sino que tratan temas atinentes a toda la humanidad, o a una región en su conjunto.

Estas cuestiones de interés común son producto de la evolución de la sociedad internacional, por lo cual la lista de temáticas comunes se va enriqueciendo con el paso del tiempo, en el marco de un mundo cada vez más relacionado.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, muchos Estados, preocupados por el grave impacto que había tenido sobre el género humano el conflicto armado, advirtieron la necesidad de contar con una legislación internacional que garantizara un mínimo de derechos en favor de las personas y evitara nuevas violaciones en su contra por parte del Estado quien, paradójicamente, tendría que ser la entidad encargada de proteger derechos, no de conculcarlos.

Lo expresado dio origen a un reconocimiento normativo de los derechos fundamentales en el plano internacional, pero esto no debe confundirse con el nacimiento de los derechos humanos, pues al ser éstos inherentes a la persona se corresponden con su existencia misma.

Desde entonces, se ha experimentado una importante evolución en materia de derechos fundamentales. Como acontece con todas las cuestiones jurídicas, el derecho internacional de los derechos humanos posee la característica de ser progresivo, lo que implica que su alcance y nivel de protección tiende a ser cada vez mayor.

De una mirada tradicional de los derechos humanos, efectuada desde una perspectiva restringida, limitada a sólo algunos de ellos considerados elementales, como la vida o la libertad, se ha avanzado a una visión omni-comprendensiva que abarca el conjunto de derechos individuales y colectivos: civiles, económicos, políticos, sociales y culturales; ya no hay jerarquía entre estos derechos que se consideran universales e interdependientes, y por ende, cuando se alude al ambiente sano, la igualdad de género y los derechos de la mujer, el acceso a la vivienda, la libertad de expresión, el derecho a la intimidad, la protección de la infancia y la adolescencia, o el derecho al desarrollo, se abordan con ello mismo cuestiones de derechos humanos.

Se ha dicho que los sistemas internacionales de protección se desarrollan en el marco de organizaciones internacionales; ahora bien, estas entidades pueden ser universales (cuando están conformadas por Estados de todos los

continentes, como por ejemplo la Organización de las Naciones Unidas, ONU) o regionales (cuando sus integrantes se encuentran en una misma región geográfica, como ocurre con el Consejo de Europa o la Organización de la Unidad Africana).

En el caso de América, sus Estados se han ido reuniendo en encuentros interamericanos desde 1899. En el noveno de dichos encuentros, llevado a cabo en Bogotá en 1948, se dio nacimiento a la Organización de los Estados Americanos (OEA), organización internacional regional, dentro de la cual se desarrolla el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Como antecedentes del actual Sistema Interamericano hay que mencionar la existencia de convenciones preexistentes a la creación en 1948 de la OEA. Nos referimos a dos convenciones sobre asilo, de 1928 y 1939; y a la Convención sobre Nacionalidad de la Mujer (1933). Las convenciones sobre asilo se completaron ya creada la OEA, con los dos textos adoptados en 1954 sobre asilo diplomático y territorial. En cuanto a derechos de la mujer, el Sistema cuenta con dos convenciones sobre derechos políticos y derechos civiles adoptadas en 1948, y con la Convención Interamericana para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer de 1994.

1.1. El desarrollo internacional de las jurisdicciones sobre individuos

En primer lugar, la Carta de la ONU, invoca desde su preámbulo y desde sus primeros artículos la protección de los derechos humanos como una condición para garantizar la paz y la seguridad de las naciones. En ese sentido, lo que hasta entonces había sido una competencia exclusiva por parte del Estado, se convierte en un tema de preocupación para la comunidad internacional, ello a partir de la necesidad de resguardar a los individuos de graves situaciones de violación de sus derechos fundamentales, como la que había sucedido en la Europa de comienzos del siglo XX.

Al tiempo en que la Comisión de Derecho Internacional (CDI) fue iniciando, encomendada por la Asamblea General de la ONU, la tarea de crear un instrumento unificador de los conceptos en materia de derechos humanos, las regiones europea y americana, a través de las primeras formas de organización subcontinentales, se dieron a la tarea de construir sus propios instrumentos. En Europa, en la década de 1950, el Consejo de Europa dictó la Convención Europea sobre derechos humanos, creando un sistema mixto

(jurídico y político) de garantía de la protección de los derechos humanos. En América, en la IX Conferencia Panamericana, llevada a cabo en Bogotá en 1948, nació –como ya se recordó– la OEA con el Pacto de Bogotá, al mismo tiempo que se realizó la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre.

La Declaración Americana se dictó en abril de 1948, y el 10 de diciembre del mismo año la CDI dictó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuya finalidad es integrar las dos visiones que en ese momento reinaban en la materia: la de los derechos civiles y políticos, y la de los derechos económicos, sociales y culturales.

Al mismo tiempo en que la comunidad internacional entraba a estudiar el tema de los derechos humanos, el Comité Internacional de la Cruz Roja, basado en los acuerdos de algunos países, redactaba lo que posteriormente serían los Pactos de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario. Es así como en 1948 se adoptan cuatro convenios internacionales, en los cuales se recogen las normas consuetudinarias sobre el *jus in bellum*, específicamente en lo concerniente a la protección de las personas no combatientes, a través de la diferenciación y protección de ciertos locales y personas y de la exclusión de determinados métodos de combate.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, sobre la base del derecho consuetudinario en materia de derecho internacional humanitario, se establecen los primeros tribunales penales internacionales, cuya función será la de juzgar a los criminales de guerra en Alemania y Japón. Los tribunales de Nuremberg y Tokio son los pilares del llamado derecho penal internacional, entendido como el ejercicio de una jurisdicción surgida del derecho internacional público y basada en normas y reglas que no pertenecen a una jurisdicción nacional.

Estos tribunales penales internacionales *ad hoc* tendrán posteriormente sus descendientes en los tribunales de Ruanda y la ex Yugoslavia, creados por el Consejo de Seguridad de la ONU y encargados, de unificar el derecho penal internacional y abrir paso al Tratado de Roma de 1998 para la creación de la Corte Penal Internacional.

1.2. Elementos propios del Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Público

Si bien estos sistemas tienen en común que no corresponden a una jurisdicción nacional y que tienen al individuo como centro de sus acciones, en

general están muy bien diferenciados por el ámbito de aplicación, la exigibilidad de responsabilidad y el objeto perseguido.

Los derechos humanos son las facultades jurídicas exigibles al Estado por parte de las personas, que son inherentes al ser humano y surgen de los principios de dignidad y libertad humana, de cuyo respeto, protección y garantía es responsable el Estado en cualquier tiempo y circunstancia (excepto durante el desarrollo de combates).

Los derechos humanos se exigen totalmente en tiempo de paz, puede suspenderse temporalmente la exigibilidad de algunos derechos (estipulados) cuando existe una situación que se sale del control normal y hace necesaria la declaratoria de un estado de excepción. En caso de conflicto armado, los derechos humanos siguen siendo exigibles, al menos en su núcleo central, mientras no se participe en las actividades de combate, puesto que de lo contrario se aplica exclusivamente el derecho internacional humanitario. El objetivo de la protección internacional de los derechos humanos es que el Estado cumpla con su función de proteger, respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, y que dichas personas puedan ser reparadas en caso de haber sido vulnerados sus derechos.

El DIH se aplica durante la existencia de un conflicto armado. El artículo 3.º común a los Pactos de Ginebra se aplica a todo tipo de conflicto armado no internacional y establece una serie de obligaciones respecto a la protección de los no combatientes, obligaciones que son exigibles a todas las partes del conflicto. Si bien los derechos humanos solo se pueden exigir del Estado, y en raras ocasiones de los particulares que ejercen competencias de poder público, el DIH es exigible de todas las partes de un conflicto, sean legales o ilegales, por lo cual la responsabilidad de los individuos que participan y cometan violaciones a este régimen puede desencadenar responsabilidad penal internacional. El objetivo del DIH es humanizar los conflictos, a través del control de los métodos y medios de combate y, al mismo tiempo, de la protección especial a la población no combatiente y a ciertos locales que por sus funciones y naturaleza constituyen resguardo para los no combatientes.

El derecho penal internacional, concebido en la actualidad como el ejercicio de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, es un régimen subsidiario y complementario de la jurisdicción penal internacional, cuya competencia radica en la falta de un juicio imparcial frente a las personas que hayan cometido un crimen de genocidio, de guerra o de lesa humanidad, por un nacional o en el territorio de un Estado parte al Tratado de Roma, y

en épocas posteriores a la ratificación del tratado por ese país. No importa si se trata de civiles o militares, si ejecutaron una orden o la dictaron, lo importante es que, según los criterios del Estatuto de la Corte, puedan considerarse como responsables por lo hechos que se les imputan.

El fin último del DPI es servir de garantía para la eliminación de la impunidad cuando las partes de un conflicto cometen graves crímenes contra la humanidad, violan el DIH y no son juzgadas en sus propios países o en aquellos que tengan la competencia para hacerlo.

1.3. Subsidiaridad y complementariedad del derecho internacional

Todos los sistemas jurídicos relacionados con el individuo a nivel de derecho internacional público se fundamentan en la necesidad de complementar la función de los Estados en la guarda de los derechos de los particulares y en la obligación de justicia penal.

Es el Estado quien tiene el primer lugar y a quien le corresponde por obligación encargarse de proteger los derechos humanos y velar por el cumplimiento del DIH, luego, para que el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos pueda tener competencias, es indispensable que primero el Estado haya tenido oportunidad de conocer esos hechos en sus propios tribunales y resolver los daños que su acción hubiere causado.

Sólo cuando el Estado no cumple eficientemente con sus funciones, al no reparar a las víctimas de violaciones de DDHH, o al no investigar, juzgar y sancionar a los responsables de violaciones al DIH y graves crímenes contra la humanidad, el derecho internacional, subsidiariamente, puede conocer de esos procesos.

En general, la protección internacional de los derechos humanos requiere del agotamiento de recursos internos para poder presentar una petición individual.

2. Alcance, incorporación e interpretación de instrumentos internacionales sobre DIH en el derecho interno

2.1. Proceso de universalización en materia de DIH

Los principales conceptos derivados de los usos y costumbres de la guerra como condición opuesta y alterna del estado de paz y de convivencia pací-

fica de los derechos humanos, comienzan a ser planteados en los tiempos modernos, en virtud de la preocupación por fijar reglas y límites para su desarrollo. Estos conceptos se han acompañado de una diversidad de instrumentos internacionales que han servido de fuente para su interpretación.

A lo largo de la historia se han presentado miles de acontecimientos de confrontación entre naciones y sociedades; sin embargo, es en el siglo XIX cuando surgen los primeros actos internacionales que se ocupan de tales regulaciones. Por ejemplo, en la Declaración de San Petersburgo de 1868 se fijan criterios para prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra. Las bases contenidas en tal declaración manifestaban los siguientes principios:

La Comisión Militar Internacional, San Petersburgo,
del 29 de noviembre al 11 de diciembre de 1868

Considerando

...Que los progresos de la civilización deben tener por efecto atenuar en cuanto sea posible las calamidades de la guerra;

Que la única finalidad legítima que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo;

Que a este fin, basta con poner fuera de combate al mayor número posible de hombres;

Que esta finalidad quedaría sobrepasada por el empleo de armas que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate o bien harían que su muerte fuese inevitable;

Que el empleo de tales armas sería, a partir de este momento, contrario a las leyes de la humanidad...¹.

Según ALEJANDRO VALENCIA VILLA (1994, p. 42), en la teoría del contrato social de ROUSSEAU ya se habían dado los primeros trazos sobre los principios

1 Oficina en Colombia del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Compilación de Instrumentos Internacionales, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional*, Bogotá, septiembre de 2002, 3.^a ed.

que tendrían que ocuparse de las reglas y usos de los conflictos armados. En la obra mencionada se establecían los siguientes fundamentos:

Siendo el objeto de la guerra la destrucción del enemigo, uno tiene derecho a matar a sus adversarios sólo cuando ellos tengan las armas en las manos; pero tan pronto como estos las deponen y se rinden, dejan de ser enemigos o agentes del enemigo, se convierten una vez más, en hombres comunes y no se tiene más derecho alguno sobre su vida. Algunas veces se puede acabar con un Estado sin matar a uno sólo de sus miembros. Estos principios son aquellos de Grocio; ellos no se basan en la autoridad de los poetas, sino que brotan de la naturaleza de las cosas y se fundan en la razón².

De igual forma resulta conveniente citar el Convenio de Ginebra de 1864, originado a raíz de la Batalla de Solferino ocurrida en 1859 en la que murieron más de cuarenta mil personas, convenio cuyo objetivo específico fue el de aliviar la suerte de los militares heridos de los ejércitos en campaña³.

A continuación, en el siglo xx, el primer antecedente aparece en las dos conferencias de paz de La Haya de 1907, las cuales tuvieron como finalidad buscar mecanismos para asegurar una paz duradera, así como limitar el desarrollo progresivo de las armas. En medio de las conversaciones se codificaron leyes y costumbres de la guerra, como sigue:

Artículo 1.º Las leyes, los derechos y los deberes de la guerra no se refieren solamente al ejército sino también a las milicias y los deberes de la guerra no se refieren solamente al ejército sino también a las milicias y a los cuerpos de voluntarios que reúnan las condiciones siguientes: 1. Tener a la cabeza una persona responsable por sus subalternos; 2. Tener una señal como distintivo fijo y reconocible a distancia; 3. Llevar las armas ostensiblemente; 4. Sujetarse en sus operaciones a las leyes y costumbres de la guerra.

En los países en que las milicias o los cuerpos de voluntarios formen el ejército o hagan parte de él, tanto aquéllas como éstos quedan comprendidos bajo la denominación de ejército⁴.

2 ALEJANDRO VALENCIA VILLA. *Derecho Internacional Humanitario para Colombia*, Bogotá, Defensoría del Pueblo.

3 DIANA HERNÁNDEZ HOYOS, Bogotá, julio de 2002, pp. 204 y 205, *Delitos contra las Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. Comentarios a los Códigos Penal y de Procedimiento Penal*, Universidad Externado de Colombia.

4 *Compilación de Instrumentos Internacionales*, cit., 373.

Entre 1949 y 1977 surgen los cuatro Pactos de Ginebra y sus protocolos adicionales, en virtud de las serias preocupaciones surgidas durante la Segunda Guerra Mundial, para proteger a la población civil y limitar el ejercicio de las confrontaciones armadas.

Así mismo, durante este tiempo se presentan situaciones caracterizadas por el enfrentamiento entre fuerzas armadas que pertenecían a un mismo bando. La comunidad internacional, frente a este fenómeno, comienza a desarrollar mecanismos para la protección de las personas y bienes que no participan en dichas confrontaciones. Este fue el origen de los protocolos adicionales a los convenios citados, elaborados entre 1974 y 1977.

En la actualidad, si bien existen normas que disponen la prohibición de resolver los conflictos por la vía armada, como los fundamentos contemplados en el Protocolo para la Solución Pacífica de los Conflictos de 1924, la Carta de la ONU permite el empleo de la fuerza en tres eventos: la guerra de legítima defensa, la guerra de liberación nacional, y las medidas de seguridad colectivas previstas en los mecanismos del capítulo VII del instrumento de 1948⁵.

2.2. Tribunales *ad hoc* (Nuremberg, ex Yugoslavia, Ruanda, otros) y CPI JS

Antes del siglo XIX, conforme a la posición de la doctora DIANA HERNÁNDEZ,

no podía hablarse de una vigencia plena, de reglas de conducta fundamentadas en el derecho humanitario de carácter penal, ni tampoco existía una tipificación internacional para los infractores individuales, ni menos aún tribunales y procedimientos internacionales establecidos para tal efecto⁶.

Es mucho tiempo después

con motivo de la Guerra Civil de los Estados Unidos, que se da el primer intento de codificación de las leyes de la guerra. En el artículo 44 del Código de Lieber, proferido el 24 de abril de 1863 y cuyo verdadero título era el de Instrucciones para el Mando de los Ejércitos de los Estados Unidos, se estipula la sanción de todo acto de violencia desahogada cometido contra personas en el país invadido⁷.

5 HERNÁNDEZ HOYOS. Ob. cit., p. 205.

6 *Ibíd.*, p. 218.

7 *Ibíd.*, p. 218.

Así mismo, se castigan la destrucción de la propiedad y las conductas de robo, pillaje o saqueo, la violación, las lesiones personales y la mutilación o el asesinato de las personas que no toman parte en el conflicto, es decir, lo que hoy se entiende como población civil. Bajo la vigencia del Código de Lieber Estados Unidos juzgó y condenó a muerte al mayor confederado HENRY WIRZ, comandante de un campo de prisioneros de guerra, por su intervención en la muerte de varios miles de prisioneros de la Unión en la prisión de Andersonville. El tribunal que lo juzgó por los crímenes de guerra cometidos lo halló culpable pese a su alegato de haber actuado en obediencia a órdenes superiores⁸.

Tal y como lo reconoce el profesor CÓRDOBA TRIVIÑO, citando a BASSIOUNI, al parecer, a fines del siglo XIX,

los tribunales británicos en la guerra con los Boers, procesaron a algunos prisioneros por los crímenes de guerra cometidos antes de ser detenidos. Sin embargo, asegura el autor, que no hay ninguna evidencia de que se haya dado una clara conciencia de la necesidad de juzgar a los responsables de los atentados de lesa humanidad cometidos en las diversas confrontaciones que se dieron durante este tiempo y en los comienzos del siglo XX. No obstante, algunas Constituciones como la de Weimar de 1919, reconocían el principio de responsabilidad individual por violación a las leyes de la guerra, en particular las contenidas en la Convención de La Haya de 1907⁹.

No fue sino con el Tratado de Versalles de 1919 que se estableció una verdadera cláusula de juzgamiento ante tribunales militares, por actos con violación a las leyes y costumbres de la guerra. Se impuso entonces una responsabilidad directa en virtud de los hechos que comprometieron en la Primera Guerra Mundial al *Kaiser* GUILLERMO II. La comisión nombrada para tal efecto completó su informe en 1920, y suministró una lista de 895 presuntos criminales de guerra, formulando cargos específicos contra varios de ellos¹⁰.

No obstante la formulación por primera vez del crimen de agresión, evento que fundaba la acusación del mandatario alemán, en tanto que dicha conducta implicaba la vulneración del orden internacional, la insuficiente cooperación de los Estados hizo difícil que este tribunal tuviera éxito.

8 CÓRDOBA TRIVIÑO. Ob. cit., pp. 43, 44 y 45.

9 *Ibíd.*, p. 45.

10 Corte Constitución. Sentencia C-578 del 30 de julio de 2002, p. 30.

El fracaso del tribunal internacional que se había previsto para el juzgamiento del *Kaiser* se debió a la negativa del gobierno de Holanda de entregarlo en extradición, lo que a su vez impidió el inicio de los posibles juicios que tendrían lugar en otros países, entre otras razones por las sucesivas negativas de extradición solicitada a Alemania en relación con los oficiales nacionales comprometidos en el asunto¹¹.

Esta serie de motivos condujo a que las potencias aliadas cedieran para que los tribunales nacionales se encargaran del juzgamiento de los alemanes, lo cual debía llevarse a cabo ante la Corte de Leipzig.

El armisticio alemán fue firmado el 11 de noviembre de 1918, pero sólo hasta el 23 de mayo de 1921 se dio inicio a los juicios. Paralelo a ello se desarrolló un movimiento de opinión pública en Alemania a favor de los procesados, pues éstos no eran vistos como criminales de guerra sino como verdaderos héroes que estaban siendo subyugados y perseguidos por las potencias vencedoras¹².

Finalmente los acontecimientos relatados dieron al traste con las aspiraciones del Tribunal de Leipzig, que en realidad nunca llegó a operar. De todas maneras se impuso el principio según el cual deben ser llevados a juicio todos aquellos que violan las leyes y costumbres de la guerra amparados en el hecho de cumplir con un deber hacia su país.

Sin duda, estos antecedentes sirvieron de base más representativa desde la Declaración de Derechos Humanos de 1948, consistente en la creación de una competencia universal encargada de juzgar aquellas conductas ejercidas en contra de la humanidad, y para el paso lento pero seguro hacia la consolidación del Estatuto Penal de Roma.

De la historia de la Segunda Posguerra se generó la formulación de varios interrogantes en materia penal que en opinión del profesor ÓSCAR JULIÁN GUERRERO,

implicaban resolver, si existía la posibilidad de construir tipos penales que afectaran a la persona individual sin la mediación del derecho estatal o expuesto de otra forma, si existía un principio de responsabilidad jurídico penal directa del individuo ante el derecho internacional. En segundo término, cómo hacer para que las normas de derecho internacional contaran con un principio preferencial obligatorio que estuviera más allá del derecho estatal, en orden a prevenir no

11 CORDOBA TRIVIÑO. Ob. cit., p. 46.

12 *Ibidem*, p. 47.

sólo la acción penal de los individuos, sino de los Estados. Finalmente, cómo asumir los supuestos jurídicos del llamado Acto de Estado, en orden a que los hechos punibles contra el derecho penal internacional pudieran ser castigados superando los límites de esta justificante¹³.

El establecimiento de los tribunales *ad hoc* para el juzgamiento de los criminales de la posguerra, en Nuremberg y Tokio, así como los siguientes sucesores de la década de 1990, constituidos por los tribunales *ad hoc* para la antes Yugoslavia y Ruanda, sirvieron de respuesta a las dificultades planteadas. Recordemos que su origen se fundamentó en los crímenes de guerra y los atentados en contra del derecho internacional humanitario, y que observaron diversas características que finalmente moldearon el instrumento permanente de la Corte Penal Internacional.

2.3. El panorama de los tribunales *ad hoc* de juzgamiento

Los procesos internacionales de juzgamiento han tenido que ceder en muchos casos a las presiones políticas nacionales. Por ejemplo, en el episodio del Tratado de Versalles, los alemanes, a través de su presidente de la Delegación para la Paz, el Barón VON LARSNER, informaron a los aliados lo siguiente:

Todo el pueblo alemán, sin distinción de clase y partido, está convencido de que es imposible entregar a los tan llamados criminales de guerra [...] ningún oficial alemán va a prestar su mano para arrestar a un alemán para entregarlo a la justicia de la Entente (los Aliados) [...] La mera propuesta de una orden de este tipo crearía tal tempestad de indignación que toda la estructura de la paz se vería gravemente amenazada¹⁴.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, las políticas de amnistía para Alemania y Japón son también ilustrativas. Todas las personas condenadas por el Tribunal para el Lejano Oriente fueron liberadas, con fundamento en el decreto de amnistía del emperador de 1946 y el Tratado de Paz de 1951. El objetivo real de los procesos era de naturaleza simbólica, ocultando el in-

13 KAI AMBOS y ÓSCAR JULIÁN GUERRERO. *El Estatuto Penal de Roma*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 53.

14 *Ibíd.*, pp. 98 y 99.

terés verdadero de Estados Unidos, consistente en fortalecer la paz logrando la estabilidad de Japón.

En Alemania, los Aliados estaban ansiosos por ayudar a reconstruir política y económicamente el país. En Italia, los propios Aliados, violando los artículos de rendición de 1945, sencillamente no juzgaron ni extraditaron a los criminales de guerra acusados, a aquellos países que los solicitaban. Con posterioridad, Italia también se rehusó a extraditar a cualquier persona acusada de crímenes de guerra¹⁵.

Para 1992, los obstáculos burocráticos, la ausencia de recursos, el ocultamiento de pruebas y otras formas más sutiles fueron usados para evadir los procesos. Así, las investigaciones de la Comisión de expertos para el caso de la antigua Yugoslavia, no fueron financiadas, y cuando se obtuvieron pruebas, ésta fue percibida como un peligro para el proceso político de paz, por lo cual fue arbitrariamente abolida¹⁶.

En el mismo sentido, mientras la Comisión de Ruanda de 1994 no contó con un mandato lo suficientemente largo y tampoco tuvo los recursos necesarios para llevar a cabo una investigación, el tribunal *ad hoc* sólo pudo comenzar a procesar a una persona en 1997, dadas sus dificultades financieras y burocráticas.

Estas experiencias de los tribunales internacionales *ad hoc*, en opinión de BASSIOUNI

confirman la necesidad de establecer un sistema permanente de justicia penal internacional. Dado que sólo juzgan a algunos de los criminales en determinados conflictos, estos tribunales, sus leyes y las penas que imponen generan preguntas fundamentales acerca de su conformidad con los principios jurídicos y con las consideraciones generales de justicia.

Y agrega el autor

15 *Ibidem*, pp. 99 y 100.

16 Sin contar con los acontecimientos recientes de la detención de Slobodan Milosevic, así como las últimas condenas impuestas por el Tribunal para la Antigua Yugoslavia, hasta el año de 1999, sólo se había procesado a un violador serbio-bosnio de bajo rango, y condenado a un acusado que se declaró culpable. Este hecho reflejó la incapacidad del organismo de asumir la jurisdicción en los casos de 75 personas inculpadas, dentro de las cuales se incluyen renombrados criminales a los cuales la fuerza de la OTAN (FOR) se rehúsa a detener. CHERIF BASSIOUNI M., “De Versalles a Ruanda en 75 años: la necesidad de establecer una Corte Penal Internacional Permanente”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 10, mayo de 1999, p. 100.

existen además razones prácticas para ser partidarios de un sistema permanente de justicia penal internacional. Un sistema permanente eliminaría la necesidad de crear tribunales ad hoc, cada vez que sea necesario. La decisión de establecer tales tribunales, sin mencionar la redacción de los estatutos aplicables, toma un tiempo considerable durante el cual las pruebas de los crímenes se vuelven muy difíciles de obtener y se disipa la voluntad política de llevar a cabo los procesos¹⁷.

2.4. Los proyectos hacia el establecimiento del Estatuto de Roma

Los esfuerzos de la ONU por establecer una Corte Penal Internacional se han dispuesto en torno a la codificación de algunos crímenes derivados de las graves violaciones de los derechos humanos y del DIH, entre los años de 1946 y 1996. Desde el principio, siempre estuvieron encaminados a determinar que su alcance, sólo podría ser asumido por un organismo de carácter internacional e independiente.

Durante la primera sesión de la Asamblea General de 1946, Estados Unidos respaldó la Resolución 95 que confirmaba los principios de derecho internacional reconocidos por la Carta del Tribunal de Nuremberg y la jurisprudencia del Tribunal IMT. En 1947, la Asamblea General ordenó al Comité de Codificación del Derecho Internacional, el predecesor de la Comisión de Derecho Internacional (CDI, o International Law Commission, ILC), formular una codificación general de las ofensas contra la paz y la seguridad de la humanidad. La resolución establecía un mandato a la CDI según el cual ésta debía:

1. Formular los principios de derecho internacional reconocidos en la Carta del Tribunal de Nuremberg y en su jurisprudencia y,
2. Preparar un proyecto de código de ofensas contra la paz y la seguridad de la humanidad, indicando claramente el lugar que se le debe conceder a los principios mencionados...¹⁸.

El 9 de diciembre de 1948, la Asamblea General de la ONU adoptó la Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio y estudiar la posibilidad de establecer una Corte Penal Internacional (CPI).

17 *Ibidem*, pp. 100 y 101.

18 BASSIOUNI. *Ob. cit.*, pp. 89 y 90.

Muchos países pensaban para ese entonces que en teoría el establecimiento de la CPI era benéfico; sin embargo, en la práctica ello era imposible debido a la disparidad de criterios entre las potencias mundiales. La Unión Soviética temía que esto podía afectar su soberanía. Estados Unidos tampoco estaba preparado para tal iniciativa en este punto de la Guerra Fría. Francia era el único miembro permanente del Consejo de Seguridad dispuesto a apoyar la propuesta¹⁹.

Más tarde, un comité especial de la Asamblea General, compuesto por representantes de 17 Estados, fue creado en 1951 con el propósito de redactar una convención para la creación de una Corte Penal Internacional. Los aspectos legales y sustanciales de la codificación fueron encomendados a un órgano de redacción, mientras que otro órgano se encargaba de la forma como se haría cumplir la normatividad sustantiva. Para ese año el Comité especial terminó parcialmente su labor.

Las discusiones y comentarios escritos sobre el particular, especialmente los de las grandes potencias, señalaban que el proyecto no tenía opción de ser aceptado y que era políticamente prematuro; pese a ello, las revisiones al proyecto no culminaron sino en 1953. De todos modos, el Estatuto para una Corte Penal Internacional fue postergado en dicha ocasión, luego de que concluyera la preparación del Proyecto de Código de Ofensas, el cual contenía cinco artículos y una lista de trece crímenes internacionales²⁰.

El Instrumento mencionado fue entregado a la Asamblea General en 1954, y de su contenido vale destacar su artículo 2.º referente a la agresión, la cual no fue descrita, sino a partir de los conceptos de otro comité que fue constituido para tal fin. Debido a que los dos proyectos, es decir, la Corte Penal Internacional y el Código de Ofensas, dependían de las decisiones de los comités especiales mencionados, no pudieron tener un mayor desarrollo, y fueron puestos a un lado, mientras se desarrollaron las definiciones de los delitos y de las medidas, proceso que duró varias décadas.

Entre 1954 y 1974 se nombraron cuatro comités para definir la AGRESIÓN, los cuales se conformaron sucesivamente de 15 miembros hasta un número especial de 35 delegados, hecho que se consolidó en el año de 1974. Luego de varias discusiones y comentarios a los informes entregados por los diversos Comités, la Asamblea General adoptó la pretendida definición a través de una resolución

19 *Ibidem*, p. 91.

20 *Ibidem*, p. 92.

de consenso. Acontecimiento que a pesar de ser el resultado de casi veinte años de deliberaciones, no fue adoptado en ningún instrumento de carácter multilateral²¹.

En el año de 1981, la Asamblea General solicitó reconsiderar el proyecto del Estatuto de la CPI, así como el Proyecto del Código de Ofensas. Para el año siguiente, el nuevo relator designado elaboró un informe que contenía algunas consideraciones generales sobre derecho penal internacional, responsabilidad estatal y personal, así como las observaciones sobre el contenido de una legislación semejante. El nuevo relator inició su trabajo desde que se le confirió el mandato, y sólo en 1991 terminó aquello que intentó ser un texto definitivo. Debido a que el informe fue criticado tanto por algunos gobiernos como por académicos, su texto fue revisado, adaptándose en 1996²².

De igual forma, los sucesos de 1989 que motivaron el fin de la Guerra Fría, junto con el incremento de sucesos dramáticos y de operaciones de la ONU en pos del mantenimiento de la paz, propiciaron que reviviera la idea de la creación de la CPI. Esta iniciativa también fue el producto de los desarrollos del comité de expertos de una ONG, desarrollos que fueron tomados como preparatorios en el Octavo Congreso de la Organización Internacional sobre Prevención del Crimen y Tratamiento de Acusados²³.

En virtud de lo acontecido, la ILC (*International Law Commission*) discutió la naturaleza de una Corte Penal Internacional, su objeto material, el otorgamiento de la jurisdicción, el establecimiento de procedimientos penales ante la Corte, y decidió continuar la discusión sobre este asunto en sesiones posteriores. La ILC, de acuerdo con el temario señalado, vinculó también su estudio al proyecto de Código sobre los crímenes de guerra de 1991.

Inicialmente, el propósito fue vinculado al tráfico de drogas, debido a que este aspecto era la base del mandato original. Sin embargo, la Asamblea General no presentó ninguna objeción e impuso a la Comisión Internacional (ILC) la tarea de elaborar un informe con respecto al texto de la CPI. El documento fue presentado en forma preliminar en 1992 y posteriormente emitido en 1994, a través de un texto global, luego de ser revisado por la organización²⁴.

21 *Ibidem.*, pp. 93 y 94.

22 BASSIOUNI. *Ob. cit.*, p. 95.

23 GUSTAVO A. GUERRA LEMOINE. Proyecto de Ley 014 de 2001, Congreso Nacional, p. 3

24 BASSIOUNI. *Ob. cit.*, p. 95.

Simultáneo al desarrollo de las iniciativas consolidadas tanto en el Proyecto de la Corte Penal Internacional como en el Proyecto de Código de Crímenes de Guerra, los hechos que incidieron en el impulso de la propuesta se debieron principalmente a los sucesos de guerra ocurridos en 1992 en Bosnia-Herzegovina, así como en Ruanda. Lo anterior motivó el establecimiento de los tribunales *ad hoc* en 1993 para la antigua Yugoslavia y en 1994 para el segundo país, todo ello con el fin de hacer justicia ante los graves atentados de genocidio ocurridos en contra de los habitantes de dichas naciones.

Luego de varios informes la propuesta es impulsada para ser sometida a discusión en la Asamblea General, a más tardar en 1998, año en el cual se produjo su aprobación definitiva.

3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁵

La efectiva vigencia de los derechos fundamentales de hombres y mujeres requiere de órganos y mecanismos adecuados para su promoción y control, pero ello no es suficiente, se necesita también que los órganos apliquen sanciones ante eventuales violaciones, así la imposición de las reparaciones correspondientes en favor de las víctimas y/o sus familiares.

Esta función tan necesaria en la materia se cumple más cabalmente en aquellos sistemas que poseen una corte o tribunal capaz de juzgar Estados y determinar su responsabilidad en cada causa.

En el marco del sistema en estudio, es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada por el Pacto de San José de Costa Rica, quien cumple con dicha tarea. El referido tribunal se compone de siete jueces o juezas, nacionales de los Estados miembros de la OEA, quienes ejercen sus funciones a título personal, es decir que lo hacen sin representar al país del que provienen ni a sus intereses.

3.1. Procedimiento contencioso

Esta función se ejerce mediante la tramitación de los llamados casos individuales. Por esta vía, una denuncia por violación a derechos humanos presen-

25 Extraído principalmente del Curso Básico sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos, del IIDH, disponible a través del aula virtual del Instituto Interamericano de Derechos Humanos en [www.iidh.ed.cr].

tada ante la Comisión Interamericana contra un Estado por una persona, sea o no la víctima, puede derivar, si el asunto llega a la Corte, en una condena contra dicho Estado, y en consecuencia, en la obligación de éste de cumplir con lo mandado por la Corte para resarcir el daño causado.

Para ello es necesario que la Corte acredite que efectivamente la violación de derechos humanos tuvo lugar, con miras a lo cual resulta preciso cumplir con un procedimiento preestablecido. Los pasos de los casos contenciosos serán abordados en el capítulo siguiente.

Vale destacar que los pronunciamientos de la Corte resultan de cumplimiento obligatorio para los Estados, y poseen más fuerza que las decisiones de la Comisión; no obstante, los Estados deben cumplir también estas últimas, ello en virtud del principio de buena fe en atender las obligaciones internacionales.

3.2. La adopción de medidas provisionales

El procedimiento al que antes hicimos referencia está integrado por distintas etapas, donde el inicio de una necesita de la culminación de la anterior. Ello implica que la Corte no se pronuncia de manera inmediata, sino que requiere de tiempo para hacerlo.

Sin embargo, en ocasiones la gravedad y urgencia de los hechos que motivan la intervención de la Corte no permite esperar. Así ocurre en casos en que, por ejemplo, una vida esté en peligro, o una persona esté detenida evidentemente sin justa causal.

En ambos supuestos la demora podría ocasionar pérdidas irreparables para las personas. Es entonces cuando la Corte puede ordenar las llamadas *medidas provisionales*, tendientes a garantizar la protección de los derechos en riesgo. Las medidas provisionales son documentos escritos emanados del tribunal y dirigidos a los Estados, que contienen obligaciones que los mismos deben cumplir de manera inmediata.

Es condición para el establecimiento de las medidas: que se trate de un Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que además éste haya aceptado la competencia de la Corte; ya que debe tratarse de casos en trámite ante la Corte o que aún no conozca pero que puedan serle sometidos.

3.3. La función consultiva

Además, y como ya hemos visto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos posee una función consultiva que tiene por finalidad colaborar con los Estados en el cumplimiento de sus compromisos internacionales. La función consultiva tiene dos posibilidades:

– Cualquier Estado de la OEA y cualquier órgano principal u organismo especializado de la entidad puede solicitar a la Corte una interpretación de cualquier norma de derechos humanos contenida en un instrumento internacional que le sea aplicable a un Estado de la OEA. Es decir que puede tratarse de la interpretación de un tratado que no tenga a los derechos humanos como objeto principal, siempre que la disposición a interpretar concierna a los derechos humanos; e igualmente puede ser un instrumento celebrado fuera del Sistema Interamericano (p. ej., en la ONU) siempre que vincule a un Estado de la OEA.

– Así mismo, un Estado de la OEA puede pedirle una opinión a la Corte sobre sus normas internas y la compatibilidad de cualquiera de ellas con los instrumentos internacionales de derechos humanos que obligan al Estado, adquiriendo de esta forma la función consultiva un carácter preventivo.

II. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

1. Introducción: el neoconstitucionalismo colombiano

LUIS PRIETO SANCHÍS ha señalado que el neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo alude a una nueva cultura jurídica y se identifica por cuatro acepciones principales.

En primer lugar, se trata de cierto Estado de derecho que define institucionalmente una determinada forma de organización política. Dicho modelo proviene de dos modelos del derecho constitucional: el norteamericano –el que, vale aclarar, creó una Constitución sin contenidos normativos– y el europeo –dotado de un denso contenido normativo pero no de garantías–. A partir de allí podríamos afirmar que el neoconstitucionalismo armoniza tales modelos y deriva como consecuencia de ello un sistema de constituciones normativas garantizadas en última instancia por el control de constitucionalidad, descansando, en forma exclusiva, en el poder judicial la última palabra

en la definición de aquellas cuestiones controvertidas que se susciten dentro del referido modelo.

En este ámbito conceptual el neoconstitucionalismo presenta una faz estructural, presupuesto esencial de dicho modelo, que persigue los siguientes elementos definitorios: 1) Carácter normativo o fuerza vinculante de la Constitución; 2) Supremacía de la Constitución dentro del sistema de fuentes; 3) eficacia o aplicación directa de la ley fundamental; 4) Garantía judicial; 5) Presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y con los particulares, integrado por principios, derechos y directrices más o menos precisos, pero que siempre que resulten relevantes están llamados a ser aplicados en aquellas cuestiones concretas; 6) Rigidez constitucional, esto es, cuanto más costosa sea la posibilidad de alterar el texto fundamental por la mayoría legislativa, mayor fortaleza tendrá el modelo constitucional.

Otro elemento esencial y constitutivo de este campo estructural consiste en lo que RICARDO GUASTINI, ha llamado “la constitucionalización del ordenamiento jurídico”. Su finalidad es lograr impregnar e irradiar en todo el ordenamiento jurídico las normas constitucionales.

2. Concepto y aplicación del bloque de constitucionalidad

El bloque de constitucionalidad hace parte integral del neoconstitucionalismo, pues sirve fundamentalmente como herramienta de integración de los derechos humanos en un contexto de complementariedad de la normatividad interna y respeto a los tratados internacionales sobre la materia.

En Colombia, la noción de Bloque de constitucionalidad se fundamenta en el artículo 93 de la Constitución. Al analizar este artículo, la Corte Constitucional ha manifestado que existe una relación diferenciada entre los dos incisos que lo componen. Por una parte, el primer inciso “permite incorporar ciertos derechos y principios al bloque de constitucionalidad, incluso cuando éstos no han sido reconocidos por el articulado constitucional, pero para ello se requiere que sean derechos no limitables en estados de excepción”; mientras que el segundo inciso “tiene otra finalidad pues esa norma completa y dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la Carta, puesto que, conforme a ese inciso, tal derecho debe ser interpretado de conformidad con los tratados ratificados por Colombia” (sentencia T-1318 de 2001).

Esta tesis, sostenida también en la sentencia T-1319 de 2001 y reiterada por la Corte en sentencias de unificación como la 058 de 2003 y 067 de 2003, se traduce en que, por una parte, el artículo 93 permite la inclusión de nuevos derechos en el *corpus iuris* constitucional y, por otra, para los derechos reconocidos en la Carta, hace necesaria una valoración a la luz de los tratados firmados por Colombia. Dice la Corte:

El inciso segundo, por su parte, ordena que los derechos y deberes previstos en la Constitución se interpreten de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Así, esta vía de incorporación está sujeta a que el derecho humano o el deber, tengan su par en la Constitución pero no requiere que el tratado haga referencia a un derecho no suspendible en estados de excepción. (Sentencia T-1319 de 2001, p. 17).

Pero la posición más interesante sostenida en la sentencia T-1319 de 2001, que se reitera en varias otras, es aquella según la cual el inciso 2.º del artículo 93 establece, “que ha de fundirse la norma nacional con la internacional y acogerse la interpretación que las autoridades competentes hacen de las normas internacionales e integrar dicha interpretación al ejercicio hermenéutico de la Corte”²⁶.

En ese sentido, la Corte garantiza el cumplimiento de los deberes internacionales del Estado, al coordinar el derecho interno con las normas internacionalmente acordadas. Lo anterior representa, no solamente un avance en la protección de los derechos fundamentales, sino a la vez una herramienta que garantiza la integración del derecho internacional en el derecho interno de una manera eficiente.

A ese respecto, vale la pena anotar que, como lo sostienen algunos doctrinantes, entre ellos RAMELLI ARTEAGA (2003), el bloque de constitucionalidad surgió por “la necesidad de armonizar el contenido del principio de supremacía constitucional con el de primacía del derecho internacional” (p. 134), y que la solución adoptada por la asamblea constituyente fue acoger la figura del bloque de constitucionalidad de origen francés.

En ese sentido, para zanjar la discusión sobre el valor del derecho internacional en el derecho colombiano, la Corte ha establecido, desde sus inicios, en la sentencia C-225 de 1995 (pp. 59 y 60), que no obstante los

26 Cfr., también sentencias T-666 de 2004, C-148 de 2005.

convenios de derecho internacional prevalezcan en el orden interno, ello no significa que obtengan el carácter de normas supraconstitucionales:

el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (C. P. arts. 93 y 214 numeral 2) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (C. P. art. 4.º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (C. P. art. 93).

Según la Corte Constitucional,

las normas del bloque operan como disposiciones básicas que reflejan los valores y principios fundacionales del Estado y también regulan la producción de las demás normas del ordenamiento doméstico. Dado el rango constitucional que les confiere la Carta, las disposiciones que integran el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad que les asigna BOBBIO, a saber, servir de i) regla de interpretación respecto de la dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas. (Sentencia C-067 de 2003).

En la sentencia C-191 de 1998, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, se afirma que

resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad *stricto sensu*, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C. P., art. 93).

Con respecto a los elementos del concepto de bloque de constitucionalidad, esta corporación ha dicho:

Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*. (Sentencia C-225 de 1995).

Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual el mismo estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 y en ocasiones, por las leyes estatutarias. Sobre este punto, la corporación se ha expresado como sigue:

Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque *son normas situadas en el nivel constitucional*, como sucede con los convenios de Derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos. (Sentencia C-658 de 1997).

En suma, es posible afirmar que aquellas normas que pertenezcan al denominado bloque de constitucionalidad *lato sensu*, se caracterizan por:

(1) ser parámetro para efectuar el control de constitucionalidad del derecho interno; (2) tener un rango normativo superior a las leyes ordinarias (en algunos casos son normas constitucionales propiamente dichas y, en otros casos, ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y la ley ordinaria); y, (3) formar parte del bloque de constitucionalidad gracias a una remisión expresa efectuada por alguna disposición constitucional. (Sentencia C-191 de 1998).

Según la Corte, y dentro de lo que puede estar en el límite del llamado bloque de constitucionalidad *latissimo sensu*, están las interpretaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas el Pacto de San José y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos (sentencia T-1319 de 2001).

Una de las interpretaciones que ha hecho la Corte Interamericana y que tiene aplicación en el ámbito interno, es respecto a los plazos en que se lleven a cabo las investigaciones dentro del proceso penal, los cuales deben responder al criterio de razonabilidad. Según esa corporación, se debe atender a tres elementos para saber si el plazo de la investigación ha sido o no razonable. Esos elementos son: la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades públicas (sentencia C-1154 de 2005).

3. Las normas que componen el bloque de constitucionalidad

Dado que la amplitud del concepto encierra una serie de normas, es importante indicar que, al menos en lo que corresponde al bloque *strictu sensu*, hasta ahora la Corte ha considerado que hacen parte del mismo una serie de derechos contenidos en instrumentos que en su mayoría cumplen con los requisitos formales establecidos en la Carta, como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos y de los tratados de la ONU en materia de derechos humanos. A continuación enumeramos estos instrumentos junto con la sentencia hito que los ha reconocido como parte del bloque; los siguientes instrumentos internacionales, por referirse a derechos humanos intangibles, cumplen de plano con todos los requisitos²⁷.

1. Convenios de Ginebra y Protocolo II sobre DIH, (sentencia C-574 de 1992).

2. Convención Americana de Derechos Humanos (sentencia T-260 de 1999)²⁸.

27 Por límites de espacio, no es posible consignar en este artículo las consideraciones de la Corte Constitucional frente a cada uno de los instrumentos, sin embargo, se citan las sentencias hito en que fueron enunciados como parte del bloque.

28 Reiterado en las sentencias T-256 de 2000, T-786 de 2003, C-962 de 2003, C-782 de 2005, C-1153 de 2005, C-028 de 2006, C-043 de 2006, C-046 de 2006, C-123 de 2006, T-578 de 2006.

3. Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (PIDESC) y Protocolo adicional de San Salvador, sobre derechos económicos, sociales y culturales (sentencia C-251 de 1997)²⁹.

4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (sentencia T-256 de 2000)³⁰.

5. Instrumentos de protección de los derechos de los niños (sentencia C-1068 de 2002)³¹.

6. Convenios de la OIT que hacen parte del bloque (Corte Constitucional, Sent. C-038/04)³².

En la sentencia C-1068 de 2002 se establece que los tratados internacionales que versen sobre los derechos de los niños y que hayan sido ratificados por Colombia hacen parte del bloque de constitucionalidad. Entre estos se encuentran:

La declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos³³, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño³⁴, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10.º) y los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. También, el Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil (sentencia C-118 de 2006).

Es menester resaltar que, según la Corte, no todos los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia forman parte del bloque de constitucionalidad, esto es, que no ingresan *in genere* y automáticamente al bloque de constitucionalidad, sino que su incorporación al mismo es decidida de manera específica, atendido cada caso en concreto,

29 Cfr. sentencias T-1211 de 2000, C-038 de 2004, T-642 de 2004, T-666 de 2004, T-697 de 2004, C-035 de 2005, C-1188 de 2005, C-043 de 2006.

30 Reiterado en sentencias C-962 de 2003, C-1194 de 2005.

31 Reiterado en sentencias C-997 de 2004, T-1008 de 2004, T-1061 de 2004, T-1015 de 2005.

32 Reiterado en sentencias T-666 de 2004, C-035/05, y salvamento de voto a la sentencia C-177/05.

33 Cfr. también sentencia C-1188 de 2005.

34 Cfr. también sentencia C-1188 de 2005.

por la Corte Constitucional, de acuerdo con su materia y con criterios objetivos. Lo anterior, puesto que algunos de estos convenios no reconocen ni regulan derechos humanos, sino aspectos administrativos, estadísticos o de otra índole no constitucional. Ahora bien, para la Corte es claro que algunos convenios deben necesariamente formar parte del bloque de constitucionalidad, puesto que protegen derechos humanos en el ámbito laboral (sentencia C-401 de 2005).

Algunos de los tratados hacen parte del bloque en sentido lato, ya que son un referente para interpretar los derechos de los trabajadores y darle plena efectividad al principio fundamental de la protección al trabajador y al derecho al trabajo. Si un Convenio prohíbe la limitación de un derecho humano durante un estado de excepción, corresponde a la Corte señalar específicamente si pertenece o no al bloque en sentido estricto (sentencia T-285 de 2006).

Se establece que dentro del bloque de constitucionalidad también procede incluir

la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aun bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos. (Sentencia T-568 de 1999)³⁵.

En esta sentencia, la Corte, haciendo expresa referencia a la pertenencia al bloque de constitucionalidad de los derechos consagrados en los convenios de la OIT, afirma: “Los derechos de asociación, sindicalización y huelga, como se explicó anteriormente, forman parte de la normatividad constitucional por una razón doble: están expresamente consignados en la Carta, y ella integra a su texto los tratados internacionales sobre la materia”.

Con respecto a estos convenios, el auto 078/99, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, en el que se negó la solicitud de nulidad de la sentencia T-568/99, que integró dichos convenios al bloque de constitucionalidad, manifiesta lo siguiente:

35 Reiterado en las sentencias C-385 de 2000, C-567 de 2000, C-797 de 2000, C-1491 de 2000, C-1188 de 2005, C-043 de 2006, T-285 de 2006.

el bloque de constitucionalidad se usó para los fines precisos que señala el artículo 93 de la Carta Política: para interpretar el alcance de los derechos consagrados en ella “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Y los Convenios 87 y 98 son parte de la legislación interna en cuanto fueron debidamente ratificados (C. P. art. 53), por lo que son normas aplicables en cuya interpretación deben los jueces atender el criterio de los órganos de la OIT que son sus intérpretes legítimos y autoridades competentes para vigilar el cumplimiento de las obligaciones que se desprenden de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

Así las cosas, en distintas ocasiones la Corte le ha concedido a los convenios y tratados internacionales del trabajo la naturaleza de normas constitutivas del bloque por vía de interpretación, con el objetivo de servir de herramienta para desentrañar la naturaleza abierta e indeterminada de los conceptos jurídicos previstos en el texto superior³⁶.

Según el análisis por la Corte de los convenios, se ha establecido que el derecho de asociación sindical es un derecho fundamental y que por ende es susceptible de ser protegido mediante la tutela.

Para la Corte (sentencia T-606 de 2001, p. 20), la jurisdicción especial indígena no se encuentra únicamente establecida en la Constitución, ya que el Convenio 169 de la OIT (art. 17, principalmente, para este caso) se integra a la Carta fundamental, pues hace parte del bloque de constitucionalidad en cuanto dicho convenio contempla temas de derechos humanos, cuya limitación se encuentra prohibida aun durante los estados de excepción. Por tal razón, la infracción a las normas del Convenio 169 de la OIT puede ser motivo de tutela en cuanto afecten derechos fundamentales³⁷.

Además, en la sentencia T-955 de 2003, la Corte adicionó que debido a la ratificación de los Convenios de la OIT, Colombia se obliga a respetar los derechos de las comunidades afrocolombianas en cuanto a sus condiciones sociales, culturales y económicas. Esto, sin duda, representa algo más que el sentido lato del bloque, puesto que adiciona una norma vía bloque de constitucionalidad, sin que cumpla con el requisito de ser irrestringible en estados de excepción.

También hacen parte del bloque, según la sentencia C-1188 de 2005, el Convenio de la OIT sobre la edad mínima y el Convenio de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil.

36 Cfr. entre otras la sentencia C-035 de 2005, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

37 Reiterado en sentencias T-048 de 2002 y C-575 de 2006.

Hay otros convenios de la OIT que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Dentro de éstos también se encuentran los que tratan sobre derechos humanos fundamentales en el trabajo, así como los convenios 29 y 105, relativos a la abolición del trabajo forzoso, como también aquello que tienen que ver con inspección de los emigrantes (Convenio 21), y la del trabajo (convenios 81 y 129).

Sin embargo, la Corte no se ha limitado a estos instrumentos, de hecho ha sobrepasado ampliamente los criterios formales del artículo 93 estableciendo otras reglas que le permiten integrar instrumentos que a primera vista no cabrían en los parámetros del citado artículo.

Así por ejemplo, ha incluido dentro del bloque: la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (sentencia C-578 de 1995, p. 42)³⁸ y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Sentencia C-580 de 2002)³⁹. Si bien la primera tiene un lazo muy íntimo con el derecho a la integridad física, para poder incluir la segunda, sobre desaparición forzada, la Corte tuvo que esgrimir un argumento más complejo. Según ésta:

no obstante la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas no es en sí un tratado de derechos humanos sino un mecanismo de erradicación del delito, comparte con aquellos el mismo fin protector de los derechos esenciales de las persona, ya que reconoce los derechos humanos y establece mecanismos que contribuyen en gran medida a su protección. Por eso, atendiendo el artículo 94 de la Carta, hacen parte del bloque de constitucionalidad, las garantías adicionales de la Convención, que no estén expresas o adscritas directamente en la Constitución. (Sentencia T- 419 de 2003).

En ese mismo sentido, la Corte ya había incluido a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en la sentencia C-177 de 2001.

Pero la corporación no ha hecho referencia únicamente a tratados, también ha incluido dentro del bloque instrumentos que no cumplen con el requisito de ser tratados, en el sentido del derecho internacional y que por ende no han tenido oportunidad de ser ratificados por Colombia. Es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, citada en sentencias como la T-1211 de 2000 y C-1188 de 2005. Y a la cual se hace referencia

38 Reiterado en sentencia C-1076 de 2002.

39 Reiterado en sentencia T-419 de 2003.

directa en la C-505 de 2001, en donde la Corte establece que la libertad de investigación consagrada en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se encuentra integrada a la legislación interna por virtud de su vinculación al bloque de constitucionalidad. En esa misma sentencia se inserta dentro del bloque a la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano⁴⁰, sobrepasando así el marco formal que imponía el artículo 93.

Incluso, al revisar los Pactos de Ginebra, la Corte ha establecido que respecto de esas normas no hace falta “la ratificación o adhesión que hayan prestado o dejado de prestar los Estados a los instrumentos internacionales que recogen dichos principios, ya que son normas de *ius cogens*” (sentencia C-578 e 1995, p. 21)⁴¹.

Más allá de todo esto, la Corte, en la sentencia C-200 de 2002⁴² establece la forma en que debe identificarse un derecho intangible.

Además del articulado de los instrumentos protectores de derechos humanos, para saber cuándo un derecho adquiere el carácter de intangible la Corte, en la sentencia C-802 de 2002 (pp. 71-72, párr. 1) (posteriormente reiterado en salvamento de voto a la sentencia C-1056 de 2004 del magistrado ÁLVARO TAFUR GALVIS, y en la sentencia T-1319 de 2001, M. P.: RODRIGO UPRIMNY YEPES), estableció que se deben observar las siguientes reglas:

– Cuando el contenido de los derechos expresamente excluidos de restricción excepcional involucra no uno sino un conjunto de prerrogativas que guardan relación entre sí, todas éstas quedan cobijadas por la salvaguarda.

– Dada la prohibición que tienen los Estados de proferir medidas de excepción incompatibles con otras normas internacionales, se amplía también el número de derechos excluidos, a menos que en los instrumentos suscritos existan previsiones sobre su suspensión en los mismos términos de los artículos 27 de la Convención y 4.º del Pacto.

– Dada la vigencia de las garantías judiciales en los estados de excepción, ellas, en especial los recursos de amparo y de *habeas corpus*, también están excluidas de la restricción de su ejercicio.

Hasta aquí se han analizado los instrumentos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, sin embargo, la Corte ha establecido también que para que el inciso 2.º del artículo 93 tenga pleno efecto, es necesario que las

40 Reiterado en sentencias C-962 de 2003, C-1188 de 2005, C-043 de 2006.

41 Reiterado en sentencia SU-256 de 1999.

42 Ver también sentencia SU-058 de 2003.

interpretaciones de los órganos autorizados por los instrumentos que hacen parte del bloque también sean parte del mismo, sirviendo para la correcta interpretación de los derechos consignados y garantizando así la coherencia del sistema colombiano con el derecho internacional.

La Corte Constitucional, en la Sentencia T-1319 de 2001, consideró:

el bloque de constitucionalidad relativo a la libertad de expresión ha de estar integrado por las normas internacionales, en particular el Pacto de San José y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, junto con las interpretaciones que de tales textos han presentado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. También ha de otorgarse un peso distinto a las opiniones, pues la naturaleza judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y su competencia sobre Colombia, implica que sus opiniones, más que tenidas en cuenta, no pueden ser ignoradas internamente.

Estas interpretaciones se aplican atendiendo al principio de favorabilidad, que obliga a adoptar la interpretación que más beneficie la protección de los derechos humanos.

Una de las interpretaciones que ha hecho la Corte Interamericana y que tiene aplicación en el ámbito interno, es respecto a los plazos en que se lleven a cabo las investigaciones dentro del proceso penal, los cuales deben responder al criterio de razonabilidad. Según esa corporación, se debe atender a tres elementos para saber si el plazo de la investigación ha sido o no razonable. Esos elementos son: la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades públicas (Corte Constitucional. Sentencia C-1154 de 2005).

Ahora, los órganos de control también son competentes para emitir recomendaciones, y en ocasiones éstas son vinculantes. Es el caso, por ejemplo, de las que profiere la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: La Comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificarla o adherir a ella”; “Como consecuencia de esta calificación, podrá la Comisión recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria”. Por último, todos “los órganos de los Estados Partes tienen la obligación de cumplir de buena fe las recomendaciones emitidas por la Comisión, no pudiendo ésta establecer el modo de ejecutarlas

a nivel interno [...] siendo por tanto el Estado [...] el que debe determinar la forma de cumplir con las mismas” (CIDH, 1996, párr. 102).

El Comité de Libertad Sindical es un órgano de control de la OIT; confronta las situaciones de hecho que se le presentan o las normas internas de los Estados, con las normas internacionales aplicables según los tratados ratificados por los Estados involucrados (en este caso, la Constitución de la OIT y los convenios sobre libertad sindical); luego, formula recomendaciones y las somete al Consejo de Administración, ya que éste es el órgano que puede emitir recomendaciones de carácter vinculante según las normas que rigen la Organización. Colombia está obligada, en virtud de su calidad de Estado parte del Tratado Constitutivo de la OIT, a acatar las recomendaciones del Consejo de Administración (arts. 24 y ss.) (sentencia T-568 de 1999)⁴³.

Aunque esas recomendaciones no sean vinculantes de manera directa, igualmente crean unas obligaciones para el Estado vinculado, consistentes en que: “deben 1) ser acogidas y aplicadas por las autoridades administrativas; 2) servir de base para la presentación de proyectos legislativos; y 3) orientar el sentido y alcance de las órdenes que el juez de tutela debe impartir para restablecer los derechos violados o amenazados en ése y los casos que sean similares”.

En la sentencia C-327 de 2001 se habla específicamente de los principios rectores del desplazamiento interno, consagrados en el informe del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas en el Tema de Desplazamientos Internos de Personas, y se establece que aquellos informes hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato, para resolver cada caso en concreto.

Además, si son preceptos que reiteran normas incluidas en tratados de derechos humanos o de derecho internacional humanitario, algunos de los principios rectores pueden tener verdadero rango o jerarquía constitucional, al integrar el bloque de constitucionalidad en estricto sentido, de tal forma que sirven de parámetro para evaluar la constitucionalidad de las leyes. Por lo tanto, el principio rector 29 relativo al derecho de los desplazados al restablecimiento, forma parte del bloque en sentido estricto, por recoger y reiterar varios tratados de derechos humanos relativos a los derechos económicos, sociales y culturales (sentencia T-602 de 2003, p. 30, párr. 1).

43 Reiterado en la sentencia T-1211 de 2000.

Según los tratados internacionales, los derechos de los niños prevalecen sobre los de las demás personas, y algunos de los que no se entienden como fundamentales para los demás, se entenderán fundamentales para los niños (sentencia T-1008 de 2004).

Igualmente encontramos instrumentos internacionales de protección de derechos de los niños con algún tipo de discapacidad, como son: el Convenio sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas de la OIT; la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental; la Declaración de los Derechos de los Impedidos de las Naciones Unidas; el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad; el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”; los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Salud Mental; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, etc. (sentencia T-1015 de 2005).

Las Reglas de Beijing y las Reglas de la ONU para la Protección de Menores Privados de la Libertad (sentencia C-203 de 2005) hacen parte del bloque de constitucionalidad, y en ellas se nombran, desarrollan e integran las diferentes reglas con relación a la protección de derechos fundamentales y a la situación del menor delincuente. Se trata de estándares mínimos que reflejan, en conjunto, las diversas garantías que el ordenamiento internacional de los derechos humanos reconoce a los menores de edad. Esas reglas hacen parte del bloque de constitucionalidad y son obligatorias por tratarse de una resolución de la Asamblea General de la ONU.

También hacen parte del bloque las Reglas de la ONU para la Protección de Menores Privados de la Libertad, protegiéndose con ellas los derechos humanos y las libertades fundamentales de los menores que se encuentren en esa situación.

Además de los tratados sobre derechos humanos intangibles ratificados por Colombia, es posible que otros instrumentos, internos e internacionales, hagan parte del bloque de constitucionalidad. Estos instrumentos son:

– Leyes estatutarias: la Corte ha manifestado que la ley estatutaria sobre los estados de excepción hace parte del bloque. “La citada ley, junto a las normas de la Constitución, integra el Bloque de Constitucionalidad que sirve para decidir la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los decretos legislativos que se dicten al amparo de los estados de excepción” (sentencia

C-578 de 1995, p. 28)⁴⁴. En todo caso, no puede afirmarse que todo el contenido de una ley estatutaria integre el bloque de constitucionalidad *lato sensu*. En efecto la Corte Constitucional ha dicho

en el caso del derecho constitucional de excepción, el bloque de constitucionalidad está conformado por el Texto Superior, los instrumentos de derecho internacional humanitario, los tratados que consagran derechos humanos y la prohibición de suspensión durante los estados de excepción y la ley estatutaria de tales estados (Ley 137 de 1993) (Sentencia C-802/02).

– Tratados limítrofes: según la jurisprudencia de la Corte, hacen parte del Bloque de constitucionalidad debido a que el artículo 101 de la Carta, al definir los límites territoriales del Estado colombiano, remite por completo a los tratados internacionales sobre la materia suscritos por Colombia.

Como ejemplo, se encuentra la Convención sobre la Plataforma Continental, suscrita en Ginebra el 29 de abril de 1958 e incorporada al derecho colombiano por la Ley 9.^a de 1961. Sin embargo, es menester precisar que, aun cuando se conviertan en parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes, los tratados sobre límites no tienen valor constitucional sino un valor normativo similar al de las leyes orgánicas y las leyes estatutarias, es decir, ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias (sentencia C-191 de 1998)⁴⁵.

– Pacto Andino (Decisión 351 de 1993, Acuerdo de Cartagena)-Derechos morales de autor: en la medida en que el Acuerdo de Cartagena contiene el régimen común sobre derecho de autor y conexos, dado que regula los derechos morales de autor, que son, según considera la Corte, derechos fundamentales, sostiene este mismo tribunal que “a la luz de lo dispuesto en el artículo 93 de la C. P. se incorpora al bloque de constitucionalidad” (Corte Constitucional. Sentencia C-1490 de 2000)⁴⁶.

Es de anotar que solamente integra el bloque de constitucionalidad en lo que se refiere a los derechos morales de autor, ya que los mismos se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general todas las formas

44 Reiterado en las sentencias C-135 de 1996, C-993 de 2004.

45 Reiterado en las sentencias C-1022 de 1999 y C-067 de 2003.

46 Reiterado en las sentencias C-053 de 2001, C-988 de 2004, C-118 de 2005 y C-339 de 2006.

de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condicional racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva. No ocurre lo mismo con los derechos patrimoniales de autor, los cuales no se consideran fundamentales.

4. Conclusiones relevantes sobre el bloque de constitucionalidad

– De ninguna manera el bloque de constitucionalidad puede servir para crear tipos penales, o aplicar de forma directa los tratados internacionales que no son autoejecutables.

– El funcionario judicial debe verificar que la interpretación que hace de la norma, esté de acuerdo con los compromisos internacionales del Estado. *El bloque no crea normas, únicamente guía la forma en que se deben interpretar las normas existentes.*

III. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO PENAL INTERNO Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

1. Bloque de constitucionalidad en materia penal

Los diferentes ingredientes normativos que anteceden y desarrollan la responsabilidad de los potenciales sujetos activos de las conductas de la CPI, se encuentran contenidos en diferentes campos normativos, referenciados tanto en el seno de la comunidad de naciones como en las normas de derecho interno.

Resulta de importancia mencionar su alcance, dado que en primera instancia la fuerza legal de tales instituciones ha sido diseñada para entrar a operar en el escenario de los conflictos armados. Es decir, se trata de la legislación de guerra atendible en los momentos previos, concomitantes o posteriores de las confrontaciones.

Así mismo, este espectro normativo constituye el nivel primario de sometimiento de los actores armados a la legalidad internacional, independiente de que su causa reconozca o no al Estado de derecho en el cual se desarrolla el conflicto⁴⁷.

47 Esta referencia tiene como principal aplicación al escenario propio de los conflictos internos como el colombiano. De todos modos resulta apropiada su extensión a los conflictos internacionales.

De otra parte, algunos tipos específicos de la CPI han tenido como base para su desarrollo la legislación internacional, de modo que la misma se erige como punto de interpretación en aquellos delitos en blanco, que hacen necesaria su inobjetable referencia.

De igual forma, es preciso mencionar que los actores armados, así como se encuentran sometidos a la legalidad del DIH, también responden a un factor ideológico que se encuentra trazado en los instrumentos internacionales que la comunidad de naciones ha decidido regular en abstracto, bajo la consideración de los derechos humanos.

En nuestro criterio estas normas deben ser atendidas por los actores armados, tanto desde la perspectiva dirigida a regular los conflictos armados como desde las normas que han sido expedidas por la comunidad de naciones en abstracto, para declarar el alcance de los derechos fundamentales en tiempos de paz. Toda esta legislación es la que se regula en materia penal por medio del principio de integración (art. 2.º C. P.), el cual reconoce la validez y alcance interpretativo del bloque de constitucionalidad en el derecho penal.

Las obligaciones generadas por el Estado colombiano, en primera instancia imponen el compromiso de vigilar la observancia de los compromisos adquiridos en los instrumentos internacionales mencionados.

Es decir, en el ámbito de los derechos humanos, las actuaciones estatales se encuentran condicionadas a preservar las garantías y libertades fundamentales contenidas en su ámbito jurídico, y con respecto al derecho internacional humanitario se deriva la vigilancia y prevención de los atentados que proscriben dicha normatividad. En tal virtud el artículo 49 del primer Convenio de Ginebra señala:

Las altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido o dado la orden de cometer una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente [...] Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerla comparecer ante los propios tribunales sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si esta ha formulado contra ellas cargos suficientes...

De lo anterior se impone la función estatal de penalizar en el derecho interno las graves infracciones al derecho internacional humanitario, así como también la de juzgar y sancionar o permitir que otros tribunales lo hagan.

2. *Fundamento constitucional*

Esencialmente, los instrumentos internacionales, tanto en el ámbito de los derechos humanos como en el derecho internacional humanitario, tienen un tratamiento de incorporación automática, por disposición del artículo 93 de la Carta Política. A través de este fundamento jurídico se establece la prevalencia en el orden interno de los tratados de derechos humanos aprobados por Colombia. Esta norma recibe el respaldo del artículo 94 de la Constitución, según el cual es posible la aplicación de derechos no enumerados por la Carta Política o los tratados inherentes a la persona humana. Finalmente, el artículo 214.2 del mismo estatuto señala el irrestricto respeto en todo caso del derecho internacional humanitario.

La declaración teórica de tales principios ha sido asumida por la Corte Constitucional, al indicar en reiterados pronunciamientos los siguientes fundamentos: “La Carta de 1991 confirma y refuerza tanto la obligatoriedad del derecho internacional de los derechos humanos como la del derecho internacional humanitario”. De otra parte, señala la corporación:

en el artículo 214, numeral 2 de la Carta se consagró el valor supraconstitucional del derecho internacional humanitario cuando, al regular los parámetros a que se sujetan las atribuciones presidenciales durante los estados de excepción, dispuso: “En todo caso, se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario...”⁴⁸.

Bajo los anteriores criterios, en la estructura jurídica colombiana se acoge la fórmula de la incorporación automática del derecho internacional humanitario, pues resulta congruente con el carácter imperativo que hace que este cuerpo normativo se integre a las reglas de *ius cogens*.

Si bien es cierto que las reglas del derecho internacional humanitario plantean el ejercicio de graves infracciones en el escenario de los conflictos internos, la potestad punitiva del Estado, sometida al principio de legalidad,

48 Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 1992. A través de este pronunciamiento se declaró la constitucionalidad del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949.

como fundamento constitucional de dicho ejercicio, exige la descripción legal de este tipo de conductas. En todo caso, tal desarrollo se somete a la interpretación constitucional de los instrumentos indicados, bajo la respectiva remisión normativa⁴⁹.

3. Bloque de constitucionalidad frente a los presupuestos de la Ley de Justicia y Paz (sentencias C-370 DE 2006 y C-575 de 2006)

3.1. Bloque de constitucionalidad sobre derecho internacional humanitario y Ley 975 (JS)

Los principales sujetos sometidos a las reglas derivadas del *derecho internacional humanitario*, aparecen vinculados, en principio, a un conjunto de normas que en criterio de DIANA HERNÁNDEZ HOYOS (2002, p. 205) son de carácter internacional, de origen convencional o consuetudinario y tienen por objeto limitar el uso de la violencia en los conflictos armados internacionales o internos, impidiendo que las partes enfrentadas elijan libremente los medios y métodos de guerra; así mismo protege a las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades, así como los bienes que no son considerados como objetivos militares⁵⁰.

Un conflicto armado, de acuerdo con la tesis de HERNÁNDEZ HOYOS (2002, p. 205), incluye tanto los actos previos al combate o preparatorios, como aquellos que son ejercidos en pleno desarrollo del mismo o con posterioridad, como el regreso del combate. También aquellos en los que se realizan hostilidades sin utilizar armamento⁵¹.

De otra parte, la expresión *combate* ha sido entendida a nivel jurídico, para efectos meramente penales, como el ejercicio e integración de muchos y variados actos. No se limita en el tiempo, ni en el espacio, tampoco se reduce a la agresión corporal directa, ni a disparos entre contendientes, sino que implica la multiplicidad de dispositivos para atacar, defenderse, proveerse, desplazarse, ocultarse, recibir refuerzos, etc.

49 El nuevo Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000 introdujo un nuevo título en la parte especial titulado “Delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario” (art. 135-164).

50 *Ibidem*, p. 201.

51 *Ibidem*, p. 204.

3.2. Principios y reglas mínimas de los sujetos involucrados en el escenario de los conflictos armados

La conciencia universal y la solidaridad de la comunidad internacional se reflejan en la imperativa consideración del principio general de *ius cogens*. A través de dicha fórmula se reconocen unas reglas mínimas de respeto y cumplimiento en el desarrollo de los conflictos armados.

Las normas de *ius cogens* recogen una serie de cláusulas y principios adoptados y aceptados por la comunidad internacional. Tienen una relación de prevalencia en el orden interno, se han originado en el derecho consuetudinario de los pueblos y su fuerza vinculante proviene de dicho reconocimiento universal, el cual, en sí mismo, constituye un fundamento axiológico que no admite prueba en contrario⁵². HERNÁNDEZ HOYOS señala que además de este elemento conceptual, hacen parte de dicha cláusula las normas sobre derechos humanos, derecho internacional humanitario, prohibición del uso de la fuerza, cumplimiento de los tratados internacionales, principios de la buena fe, etc.⁵³. En su criterio, serían incompatibles con el *ius cogens* por ejemplo, los actos contrarios a la prohibición de la esclavitud, al principio de no intervención, a las normas de la guerra, así como la discriminación racial, entre otros.

La Corte Constitucional sostiene que las normas de *ius cogens*, además de ser reconocidas de forma unánime por la comunidad de naciones, y de no admitir prueba en contrario, sólo pueden ser modificadas por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Por tal motivo, todo tratado que contradiga esos principios es nulo frente al derecho internacional. De allí que sea oponible, según la corporación, la fuerza obligatoria para los Estados y las partes en conflicto de tales normas, incluso si estos no han aprobado los tratados respectivos, aspecto que refuerza su carácter consuetudinario⁵⁴.

En el ámbito de las violaciones más graves de los derechos humanos, en virtud del ejercicio de las cláusulas de *ius cogens*, se distinguen dos principios básicos relativos a las partes involucradas en los conflictos armados, que corresponden a un principio de distinción y otro de prohibición de cau-

52 Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 1992.

53 HERNÁNDEZ HOYOS. Ob. cit., p. 207.

54 Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995.

sar males superfluos o sufrimientos innecesarios. Esta última regla es conocida como principio de proporcionalidad.

3.3. Principio de distinción

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, entre bienes de carácter civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares, y en consecuencia dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares.

En virtud del principio de distinción, resulta apropiado referir los siguientes conceptos:

- Combatientes
- Población civil y no combatientes (personas protegidas)
- Bienes de carácter civil y objetivos militares.

3.4. Combatientes

Se define como las personas que de forma directa e inmediata participan en el conflicto armado. Los combatientes son considerados objetivos militares y contra ellos se dirigen los ataques y se desarrollan las hostilidades.

El combatiente puede ser miembro de las fuerzas armadas o de un organismo armado incorporado a estas, tal y como lo indican los artículos 43 y 50 del Protocolo I Adicional. También se considera combatiente a la persona perteneciente a fuerzas irregulares que se enfrentan a otras regulares dentro de un conflicto interno.

Las personas que dentro de un determinado territorio se levantan de forma espontánea contra el enemigo tratándose de una confrontación de carácter internacional, pueden ser consideradas como combatientes, así como también quien en un conflicto de carácter interno, sin ser miembro de un grupo armado organizado, participa directamente en el combate, ya sea de forma individual o colectiva.

La participación también se puede traducir en las acciones relativas al suministro de información por ejemplo sobre los sistemas de armas destinados a ser usados en contra del enemigo, tales como posicionadores de artillería o equipos terrestres de observación. La participación de una persona civil,

en la medida en que se dirija a dispensar apoyo logístico directo a unidades en el combate, proveer de municiones, etc., también es considerada bajo la connotación de combatiente y por lo tanto participa en las hostilidades como objetivo militar legítimo⁵⁵.

Las personas civiles que tienen una participación indirecta en el conflicto no pueden ser consideradas como combatientes. Por ejemplo no puede ser considerado combatiente quien pertenecen a organismos de defensa, fabricación de municiones o almacenaje de pertrechos militares, pues en su actuar no se involucran actos de violencia que signifiquen amenaza de daño al adversario.

Los combatientes pueden participar en forma directa y legítima en las hostilidades, amparados por las normas del derecho de la guerra, sin afectar a la población civil tal y como lo advierte el artículo 44 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949.

3.5. Población civil y no combatientes (personas protegidas)

La población civil en el seno de los conflictos armados corresponde a los grupos humanos que de ninguna forma participan en la confrontación armada, y corresponde a las personas indefensas que habitan en el lugar donde se desarrolla el conflicto. El profesor CHRISTOPHE SWINARSKI manifiesta que esta distinción obedece al sentido de protección de las normas del derecho internacional humanitario, con respecto a la integridad personal y entorno social de este sector humano que debe soportar las dificultades y riesgos del conflicto, sin que medie su participación⁵⁶.

Por su parte, los no combatientes corresponden a miembros de grupos organizados o de las fuerzas armadas que no participan en las hostilidades o que lo han dejado de hacer.

En síntesis, son personas protegidas por el derecho internacional humanitario: la población civil; las personas que no participan en las hostilidades y los civiles que están en poder del adversario; los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate, el personal sanitario o religioso; los periodistas en misión acreditados; los combatientes que hayan puesto las ar-

55 HERNÁNDEZ HOYOS. Ob. cit., p. 208.

56 Citado por HERNÁNDEZ. Ob cit., p. 210.

mas por captura, rendición o cualquier otra causa análoga; quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados apartidas o refugiados⁵⁷.

3.6. Bienes de carácter civil y objetivos militares

Las operaciones desarrolladas en virtud de un conflicto armado deben ser desarrolladas únicamente sobre bienes que sean considerados como objetivos militares, nunca sobre bienes de carácter civil.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 del Protocolo I Adicional, son bienes de carácter civil todos aquellos que no son objetivos militares, los cuales, a su vez, son definidos en el párrafo 2 de la norma citada, en los siguientes términos: “Los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que, por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización, contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja definida”.

Sobre este punto, HERNÁNDEZ HOYOS señala que, en consecuencia, tienen carácter civil: los bienes indispensables para la supervivencia de las personas protegidas; los bienes que contienen fuerzas peligrosas, los cuales al ser atacados producen la liberación de dichas fuerzas, causando pérdidas importantes para la población civil; de igual forma pueden considerarse de carácter civil los bienes sanitarios, las unidades sanitarias, como los edificios y establecimientos fijos o móviles, los hospitales, los bancos de sangre, los almacenes de material sanitario, los hospitales de campaña, los medios de transporte destinados para tal fin, y los bienes culturales, y en general todos aquellos que revisten las características definidas en el artículo 55 del Protocolo I⁵⁸.

3.7. Principio de limitación

En virtud de este principio, se limita el empleo de armas o métodos de guerra, que causen muertes inútiles, daños superfluos y sufrimientos innecesarios.

Los males superfluos son aquellos que no son necesarios para alcanzar el objetivo final de la confrontación, ni para destruir o debilitar el potencial militar enemigo. Se trata de la búsqueda de un justo equilibrio entre los

57 Cfr., artículo 135 del Código Penal Penal.

58 Cfr. Artículo 154 del Código Penal Colombiano.

intereses militares y las razones de humanidad, factor último que debe ser atendido por el combatiente con imperativo cumplimiento.

PEDRO PABLO CAMARGO señala que el equilibrio entre humanitarismo y necesidad militar se consigue de cuatro formas:

- a. Algunas acciones militares no tienen valor militar y, por lo tanto están prohibidas, como en los casos de actos sádicos de crueldad, pillaje y otros desmanes privados de las tropas.
- b. Algunos actos pueden tener cierto valor militar, pero prevalecen los motivos humanitarios (no utilización de venenos o gases tóxicos).
- c. La proporcionalidad de los actos militares, como en el caso de los ataques, descansa en razones humanitarias indispensables para la guerra.
- d. Sólo en determinados casos las necesidades predominan sobre las normas humanitarias; v. gr., el personal médico no puede ser atacado a menos que demuestre una conducta hostil⁵⁹.

4. Desarrollos en instrumentos internacionales - Estatuto de Roma/Corte Penal Internacional

En primer lugar, es importante destacar que a fin de hacer compatible la paz con la efectividad de los derechos humanos y el respeto al derecho internacional humanitario, el derecho internacional ha considerado que los instrumentos internos que utilicen los Estados para lograr la reconciliación deben garantizar, a las víctimas y perjudicados de una conducta criminal, la posibilidad de acceder a la justicia para conocer la verdad sobre lo ocurrido y obtener una protección judicial efectiva.

De otra parte, en los artículos 22 a 33 del Estatuto de Roma se establecen los principios generales que lo gobiernan cláusulas las cuales coinciden y guardan identidad con nuestro derecho interno, excepto en lo que tiene que ver con la imprescriptibilidad y perpetuidad de las penas.

Del contenido del artículo 5.º del Estatuto de Roma se deduce que la competencia de la Corte Penal Internacional se limita a los crímenes más graves en contra de la humanidad, ellos son:

59 PEDRO PABLO CAMARGO. *Derecho Internacional Humanitario*, t. I, p. 90.

- El crimen de genocidio;
- Los crímenes de lesa humanidad;
- Los crímenes de guerra;
- El crimen de agresión.

4.1. Conductas de la CPI-genocidio

El primer delito desarrollado corresponde al genocidio en los siguientes términos:

Artículo 6.º *Genocidio*. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

En el Código Penal colombiano se tipifican en el título primero “Delitos contra la vida y la integridad penal” las conductas de genocidio (art. 101) y apología del genocidio (art. 102).

4.2. Conductas de la Corte Penal Internacional-Crímenes de lesa humanidad

El artículo 7.º del Estatuto establece los crímenes de lesa humanidad. Para los efectos del Estatuto se ha establecido un “umbral” al indicar que las conductas incriminadas tienen que cometerse como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. El sujeto activo debe tener conocimiento de que su acción u omisión lleva a la comisión de una o varias de las conductas punibles allí descritas. Por otra parte, resulta indiferente que estos crímenes se cometan en tiempo de paz o de conflicto armado⁶⁰.

Las conductas del artículo 7.º definidas en el Estatuto de Roma corresponden a las siguientes:

60 JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO. Santiago de Compostela, 18 al 19 de mayo de 2000. Ob. cit., p. 8.

- a) Asesinato (art. 104, Código Penal colombiano).
- b) Exterminio (art. 101, Código penal colombiano).
- c) Esclavitud.
- d) Deportación o traslado forzoso de población (arts. 159 y 160, C. P.).
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional (arts. 168 a 177, Código Penal colombiano).
- f) Tortura que corresponde con los artículos 178 y 179 de nuestro Código Penal.
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable (Cfr. arts. 178 y 179, 205 a 207 - arts. 188 C. P.).
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional (arts. 135, 147, 159, 162 y 180 del Código Penal colombiano).
- i) Desaparición forzada de personas (art. 165 a 167 Código P.).
- j) El crimen de *apartheid* (art. 147 del Código Penal colombiano).
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

De lo anterior, se establecen los siguientes elementos comunes descritos:

- Que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
- Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

4.3. Crímenes de Guerra

Según el *artículo 8.º1*, la Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

En el párrafo 2.º se establecen los delitos contenidos en estas conductas de la siguiente forma:

2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”: a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente:

i) Matar intencionalmente;

ii) Someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;

iii) Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud;

iv) Destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente;

v) Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una Potencia enemiga;

vi) Privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial;

vii) Someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales;

viii) Tomar rehenes;

b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;

ii) Dirigir intencionalmente ataques contra objetos civiles, es decir, objetos que no son objetivos militares;

iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;

iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea;

v) Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, pueblos o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares;

vi) Causar la muerte o lesiones a un enemigo que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción;

vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves;

viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio;

ix) Los ataques dirigidos intencionalmente contra edificios dedicados al culto religioso, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares;

x) Someter a personas que estén en poder del perpetrador a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;

- xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo;
- xii) Declarar que no se dará cuartel;
- xiii) Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo;
- xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga;
- xv) Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado a su servicio antes del inicio de la guerra;
- xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto;
- xvii) Veneno o armas envenenadas;
- xviii) Gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo;
- xix) Balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones;
- xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123;
- xxi) Cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes;
- xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7.º, esteri-

lización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave de los Convenios de Ginebra;

xxiii) Aprovechar la presencia de civiles u otras personas protegidas para que queden inmunes de operaciones militares determinados puntos, zonas o fuerzas militares;

xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios, y contra personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;

xxv) Provocar intencionalmente la inanición de la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra;

xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades;

c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa:

i) Actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;

ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes;

iii) La toma de rehenes;

iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin sentencia previa pronunciada por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.

d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por lo tanto no se aplica a situaciones de disturbios o tensiones internos, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar.

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;

ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios y contra el personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;

iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho de los conflictos armados;

iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares;

v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto;

vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2.º del artículo 7.º, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra;

vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en hostilidades;

viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas;

ix) Matar o herir a traición a un combatiente enemigo;

x) Declarar que no se dará cuartel;

xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;

xii) Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo;

f) El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no se aplica a situaciones de disturbios y tensiones internas, como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.

3. Nada de lo dispuesto en los párrafos 2 c) y d) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener y restablecer el orden público en el Estado y de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo.

Como elementos comunes de las conductas descritas en los párrafos anteriores se establecen los siguientes:

- Que el autor haya dado muerte a una o más personas.
- Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o varios de los Convenios de Ginebra de 1949.
- Que el autor haya conocido las circunstancias de hecho que establecían esa protección.
- Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
- Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

4.4. Las conductas de DIH en la Ley 599 de 2000

En el derecho interno colombiano, la Ley 599 de 2000 introdujo en el título II, de la parte especial del Código Penal los delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario.

Estas conductas, si bien guardan ciertas similitudes con la clasificación de las graves infracciones al derecho internacional humanitario, y con las conductas descritas en el Estatuto de Roma, constituyen un conjunto de actos propios que se deben desarrollar con ocasión y en desarrollo del conflicto interno; su naturaleza de protección en el nivel punitivo interno se encuentra descrito en los siguientes términos:

– Conductas que atentan contra la persona individualmente considerada:

- Atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental (arts. 135, 136, 137, 145): Homicidio en persona protegida, lesiones en persona protegida, tortura en persona protegida, actos de barbarie.

Atentados contra la dignidad personal (arts. 138, 139, 141, 146, 147): Acceso carnal violento en persona protegida, actos sexuales violentos en persona protegida, prostitución forzada o esclavitud, tratos inhumanos o degradantes y experimentos biológicos en persona protegida, actos de discriminación racial.

- Toma de rehenes (art. 148).

- Detención ilegal y privación del debido proceso (art. 149).

- Constreñimiento al apoyo bélico (art. 150).

- Despojo en el campo de batalla (art. 151).

- Omisión a las medidas de socorro (art. 152).

– Tipos penales destinados a la protección de la población civil:

- Utilización de métodos de guerra ilícitos (art. 142).

- Perfidia (art. 143).

- Actos de terrorismo (art. 144).

- Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias (art. 153).

- Destrucción y apropiación de bienes protegidos (art. 154).

- Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario (art. 155).

- Destrucción o utilización de bienes culturales y de lugares de culto (art. 156).

- Ataques contra obras e instalaciones que contiene fuerzas peligrosas (art. 157).
- Represalias (art. 158).
- Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil (art. 159).
- Atentados a la subsistencia y devastación (art. 160).
- Omisión de medidas de protección a la población civil (art. 161).
- Reclutamiento ilícito (art. 162).
- Exacción o contribuciones arbitrarias (art. 163).
- Destrucción del medio ambiente (art. 164).

En el título señalado, se establecen las definiciones de persona protegida conforme a lo expuesto en el presente documento, en los siguientes términos:

Artículo 135 del Código Penal. Parágrafo. Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario: 1. Los integrantes de la población civil. 2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa. 3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate. 4. El personal sanitario o religioso. 5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados. 6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga. 7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueron considerados como apátridas o refugiados. 8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.

Por su parte, para los bienes protegidos el título II define en el artículo 154 los siguientes elementos:

Artículo 154 del Código Penal. Parágrafo. Para los efectos de este artículo y los demás del título se entenderán como bienes protegidos conforme al derecho internacional humanitario: 1. Los de carácter civil que no sean objetivos militares. 2. Los culturales y los lugares destinados al culto. 3. Los indispensables para la supervivencia de la población civil. 4. Los elementos que integran el medio ambiente natural. 5. Las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.

De los delitos expuestos se puede establecer la siguiente clase de delitos:

- Tipos penales abiertos: no se define el objeto de prohibición (actos de terrorismo, art. 144 Código P.).

- Tipos penales en blanco (arts. 142, utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, 143, perfidia, 153, obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias, 157, ataques contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas).

- Tipos de resultado (arts. 135, homicidio en persona protegida, 136, lesiones en persona protegida, 138, acceso carnal violento en persona protegida, 151, despojo en el campo de batalla, 154, destrucción y apropiación de bienes protegidos, 155, destrucción y apropiación de bienes de carácter sanitario).

- Tipos de mera conducta (arts. 142, utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, 143, perfidia, 147, actos de discriminación racial, 150, constreñimiento bélico, 153, obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias).

- Tipos de acción y de omisión (todos los descritos son de acción, excepto: arts. 152, omisión de medidas de socorro y asistencia humanitarias, y 161, omisión de medidas de protección a la sociedad civil).

- Tipos de pluralidad de acciones y conductas alternativas (arts. 148, toma de rehenes, y 160, atentados a la subsistencia y devastación).

- Tipos de lesión y de peligro (arts. 136, lesión en persona protegida y 157, ataques contra instalaciones que contienen fuerzas peligrosas).

IV. EXAMEN DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ: ANÁLISIS DE EXEQUIBILIDAD DESDE EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

1. La sentencia C-370 de 2006: la ponderación entre derechos fundamentales

La sentencia C-370 de 2006 desarrolla el examen de constitucionalidad de la Ley 975 de 2005, a través del estudio de los múltiples cargos que fueron presentados en la más amplia de las demandas de inconstitucionalidad contra dicha norma.

Para realizar el examen, la Corte Constitucional analiza los textos bajo el presupuesto de que se presenta una colisión entre diferentes derechos constitucionales, por lo que el juez constitucional está llamado a aplicar el método de la *ponderación*, es decir, a sopesar los derechos que se encuentran en colisión, en aras de alcanzar una armonización entre ellos, de ser posible, o de definir cuál ha de prevalecer en caso de ser contrarios.

El método usado por la Corte en el examen de esta ley, ha sido tradicionalmente utilizado por ella cuando se trata de determinar la afectación de un derecho por el ejercicio o la protección de otro. Este método se fundamenta en las posturas conflictivistas que conciben los derechos fundamentales como realidades jurídicas cuyo ejercicio tiende a colisionar, por lo que en muchas circunstancias los conflictos se hacen inevitables.

Cuando se dan las situaciones de conflicto, existen dos soluciones posibles: la primera consiste en jerarquizar los derechos y admitir que algunos tienen más valor intrínseco que otros, por lo cual el conflicto se define prefiriendo un derecho sobre el otro⁶¹; el otro mecanismo de solución que se emplea dentro de la concepción conflictivista de los derechos fundamentales es la ponderación de derechos. Este mecanismo, ha sido principalmente desarrollado en el ámbito anglosajón⁶² y actualmente cuenta con gran acogida en los sistemas de protección de los derechos humanos. Consiste en sopesar los derechos o bienes jurídicos que en abstracto son iguales, con las características que definen el caso que se intenta resolver, a fin de determinar si en las circunstancias concretas un derecho “pesa” más y justifica por lo tanto la restricción del otro derecho.

Se trata de una jerarquización en concreto, revisando las medidas impugnadas a la luz de la legitimidad del objetivo perseguido, la adecuación de las medidas y la necesidad de la restricción. Bajo la visión DWORKIN⁶³, se trata del típico *hard case* en el que el juez tiene que decidir entre el interés público y los derechos particulares.

61 Ver LUIS FERNANDO CASTILLO. “Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º12, enero a junio de 2005.

62 Por citar algunos, ALEINKOFF, T. ALEXANDER, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *Yale L. J.*, 96, 1987, pp. 943-1005; JOHN WATKINS. *The Mass Media and the Law*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1990; y RICHARD PILDES. “Conceptions of Value in Legal Thought”, *Michigan L. R.*, 90, 1992, pp. 1520-1532.

63 Ver: RONALD DWORKIN. *Los derechos en serio (Taking Rights Seriously)*, MARTA GUASTAVINO (trad.), Barcelona, Ariel Derecho, 1984.

Se entiende, pues, que el sistema de ponderación actúa a través del principio de proporcionalidad. Así, BARNES afirma:

aun presuponiendo que ninguno de los derecho en cuestión ceda por entero hasta desaparecer, el principio de proporcionalidad impide que se sacrifique inútilmente, más allá de lo necesario o en forma desequilibrada un derecho a favor del otro. La proporcionalidad se pondrá, una vez más, del lado del derecho que padece la restricción, del que se lleva la peor parte⁶⁴.

La Corte Constitucional colombiana ha adoptado en su jurisprudencia el test de proporcionalidad para la solución del conflicto entre dos derechos o valores constitucionales, en ejercicio del método de ponderación, según la siguiente fórmula:

corresponde al juez constitucional no sólo estudiar la *constitucionalidad de la finalidad* perseguida por la medida examinada sino, además, examinar si la reducción del derecho es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado. Para ello, debe el juez primero determinar si el trato diferente y la restricción a los derechos constitucionales son *adecuados* para lograr el fin perseguido, segundo si son *necesarios*, en el sentido de que no exista otro medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin perseguido y, tercero, si son *proporcionados stricto sensu*, esto es, que no se sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer⁶⁵.

En el caso que nos ocupa, la Corte empieza por analizar la constitucionalidad de la finalidad perseguida, para responder tajantemente que la paz es un valor fundamental del Estado colombiano y representa por lo tanto un objetivo legítimo⁶⁶. En consecuencia, la Corte pasa a hacer el examen sobre

64 JAVIER BARNES. *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar*, Cuadernos de Derecho Público, n.º 5, 1998, pp. 35 y 36.

65 Sentencia C-309 de 1997, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO (resaltado fuera de texto).

66 “En conclusión de todo lo anterior, cabe afirmar que la paz constituye: (i) uno de los propósitos fundamentales del Derecho Internacional; (ii) un fin fundamental de Estado colombiano; (iii) un derecho colectivo en cabeza de la humanidad, dentro de la tercera generación de derechos; (iv) un derecho subjetivo de cada uno de los seres humanos individualmente considerados; y (v), un deber jurídico de cada uno de los ciudadanos colombianos, a quienes les corresponde propender a su logro y mantenimiento [...] 4.2.5. Así pues, la justicia transicional admite la existencia de una tensión entre el objetivo

la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas propuestas en la ley. Explica la Corte en la sentencia:

El método de ponderación es apropiado para la resolución de los problemas que plantea este caso, por cuanto no es posible materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos en juego, a saber, la justicia, la paz, y los derechos de las víctimas. El logro de una paz estable y duradera que sustraiga al país del conflicto por medio de la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley puede pasar por ciertas restricciones al valor objetivo de la justicia y al derecho correlativo de las víctimas a la justicia, puesto que de lo contrario, por la situación fáctica y jurídica de quienes han tomado parte en el conflicto, la paz sería un ideal inalcanzable; así lo ha demostrado la experiencia histórica de distintos países que han superado conflictos armados internos. Se trata de una decisión política y práctica del Legislador, que se orienta hacia el logro de un valor constitucional. En ese sentido, la Ley 975 de 2005 es un desarrollo de la Constitución de 1991. Pero la paz no lo justifica todo. Al valor de la paz no se le puede conferir un alcance absoluto, ya que también es necesario garantizar la materialización del contenido esencial del valor de la justicia y del derecho de las víctimas a la justicia, así como los demás derechos de las víctimas, a pesar de las limitaciones legítimas que a ellos se impongan para poner fin al conflicto armado. El Legislador ya optó por fórmulas concretas de armonización entre tales valores y derechos, que como se dijo, restringen el ámbito de efectividad del valor y el derecho a la justicia en aras de lograr la paz, por medio de la concesión de beneficios penales y procedimentales a los desmovilizados. Compete, pues, a la Corte determinar, a través del método de ponderación entre tales valores y derechos, si la armonización diseñada por el Congreso y plasmada en las normas acusadas respeta los contenidos mínimos protegidos por la Constitución.

La Corte examina a lo largo de la sentencia si las medidas propuestas por la Ley 975 e impugnadas por la demanda son, individualmente consideradas, adecuadas para lograr el objetivo de la paz, y si se justifican las restricciones

social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación. Para la resolución de esta tensión, el derecho internacional, partiendo de la base de que los compromisos de los Estados en el respeto de los derechos humanos no se suspenden ni interrumpen por las circunstancias de transición, formula ciertos lineamientos a fin de asegurar estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación”. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006, ya citado.

a los derechos de la sociedad y de las víctimas. Para ello se vale de una serie de herramientas de su propia jurisprudencia y de la valoración de los tratados internacionales firmados por Colombia en materia de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. De dicho examen surgen unas *subreglas constitucionales*⁶⁷ cuya importancia radica en que son el marco constitucional al que deberá sujetarse todo proceso de *justicia transicional* con que se busque lograr la paz en el país.

2. Contenido constitucional de los deberes y derechos inmersos en la ley de justicia y paz

Hablar de subreglas jurisprudenciales es una práctica doctrinal que se ha puesto de moda en los últimos años en el país⁶⁸, y que corresponde al testimonio académico de una evolución en el sistema jurídico colombiano, en que a los jueces constitucionales se les ha ido reconociendo un papel protagónico en la formación del derecho. La jurisprudencia ha pasado de ser una fuente auxiliar a convertirse, poco a poco, en una fuente formal principal de derecho colombiano.

Desde esa perspectiva, vale la pena enumerar las *subreglas* jurisprudenciales que la Corte establece en la sentencia de constitucionalidad de la Ley 975, en el entendido de que dichas subreglas constituyen el marco jurídico en el que debe ajustarse todo proceso de justicia transicional que afecte los derechos a la verdad, justicia y reparación y que esté justificado en la búsqueda de la paz.

A continuación se presenta un resumen con el contenido de los derechos y obligaciones relacionados con la Ley de Justicia y Paz.

67 Se entiende por subreglas las razones que motivan la decisión o *ratio decidendi*, en el sentido de que tienen carácter vinculante y constituyen reglas jurisprudenciales que pueden ser usadas como argumentación para un caso similar.

68 Cfr. entre otros: DIEGO LÓPEZ. *El derecho de los jueces*, 2000, y RODRIGO UPRIMNY et al. *Libertad de expresión y derechos fundamentales*, 2006, entre otros.

1. Sobre la libertad del Estado de buscar las herramientas necesarias para lograr la paz y los límites a dicha discrecionalidad:

6.2.2.1.7.2. “... no sobra recordar que la búsqueda de este objetivo, mediante el otorgamiento de beneficios penales, puede justificar limitaciones importantes a los derechos, principios y valores del Estado constitucional, en particular, al derecho a la justicia [...] en la ponderación de bienes constitucionales el derecho a la justicia puede ser objeto de diferentes tipos de materialización, para lo cual el Legislador cuenta no solo con un amplio margen de configuración sino con autorizaciones constitucionales expresas, siempre y cuando se respeten ciertas condiciones, requisitos y límites constitucionales”.

6.2.2.1.7.3. “... los procesos de negociación con grupos irregulares deben respetar unas normas mínimas, cuyo núcleo esencial, por mandato de la propia Constitución, aparece como el límite constitucional inquebrantable del ejercicio del poder de negociación del Estado (arts. 5.º, 93, 94, 150-17, 201-2 y 214 de la Carta). Estas normas mínimas, reconocidas adicionalmente en disposiciones internacionales que han sido libre y soberanamente incorporadas al derecho interno, vinculan al Estado al cumplimiento de una serie de obligaciones irrenunciables relacionadas con la satisfacción de los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o de infracciones al Derecho Internacional Humanitario y a la prevención de los delitos cometidos, es decir, a la real consolidación de la importante finalidad buscada por este tipo de leyes”.

2. Sobre el contenido del derecho a la verdad:

6.2.2.1.7.6. “El contenido mínimo del derecho de las víctimas a la verdad protege, en primer lugar, el derecho a que los delitos más graves sean investigados. Esto implica que tales delitos deben ser investigados y que el Estado es responsable por acción o por omisión si no hay una investigación seria acorde con la normatividad nacional e internacional”.

6.2.2.1.7.7. “Adicionalmente, el derecho a la verdad incorpora el derecho a conocer las causas y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que los delitos fueron cometidos”.

6.2.2.1.7.8. “De otra parte, cuando se trata del delito de desaparición forzada de personas, el derecho a la verdad apareja el derecho a conocer el destino final de la persona desaparecida”.

6.2.2.1.7.10. “En cuanto se refiere a la dimensión colectiva de la verdad, su contenido mínimo incluye la posibilidad de las sociedades de conocer su propia historia, de elaborar un relato colectivo relativamente fidedigno sobre los hechos que la han definido y de tener memoria de tales hechos”.

6.2.3.2.1.5. “El derecho a la verdad, como lo ha reiterado también, presenta, además de su dimensión colectiva cuyo fin es ‘preservar del olvido a la memoria colectiva’⁶⁹, una dimensión individual cuya efectividad se realiza fundamentalmente en el ámbito judicial, a través del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte⁷⁰”.

6.2.3.2.1.6. “La jurisprudencia constitucional ha determinado que el derecho de *acceder a la verdad* implica que las personas tienen derecho a conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso. La dignidad humana de una persona se ve afectada si se le priva de información que es vital para ella. El acceso a la verdad aparece así íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima⁷¹”.

Las leyes deben contener mecanismos que promuevan efectivamente la revelación plena de la verdad:

6.2.2.1.7.22. “En este sentido no sobra enfatizar que frente al tipo de delitos a que se refiere la ley demandada, sólo la identificación completa de la cadena de delitos cometidos por cada uno de estos grupos armados específicos permite conocer la real dimensión de lo sucedido, identificar a las víctimas, repararlas, y adoptar medidas serias y sostenibles de no repetición. El secreto sobre lo ocurrido, la manipulación de la verdad y la negación de graves delitos cometidos por tales grupos no sólo compromete los derechos de cada una de las personas que ha tenido que sufrir el dolor de la violación de sus derechos sino el interés de la sociedad entera en conocer lo ocurrido en toda su magnitud y a adoptar medidas para que nunca más esos delitos vuelvan a ocurrir”.

69 Principio 2 del Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

70 Cfr. entre otras las sentencias C-293 de 1995 y C-228 de 2002.

71 Cfr. sentencias T-443 de 1994, M. P. : EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, y C-293 de 1995, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

Reglas constitucionales sobre la publicidad de los documentos y actuaciones públicas:

“En los términos de la Constitución, la regla general de la publicidad sólo puede tener excepciones en virtud de leyes que, de manera específica, establezcan los casos concretos en los cuales ciertas autoridades claramente definidas pueden establecer que determinada información es reservada. Adicionalmente, la reserva sólo resulta procedente si el legislador aporta razones suficientes para justificarla. En este sentido la Corte ha señalado estrictas condiciones para que el legislador pueda establecer excepciones a la regla general prevista en el artículo 74 superior. Al respecto, la jurisprudencia constitucional prevé que tales limitaciones serán admisibles cuando se compruebe: (i) la existencia de reserva legal en relación con la limitación del derecho, (ii) la necesidad de que tales restricciones se sujeten a los principios de razonabilidad y proporcionalidad y estén relacionadas con la protección de derechos fundamentales o de valores constitucionalmente protegidos, como sucede con la seguridad y la defensa nacional; y (iii) el carácter temporal de la restricción, en la medida en que la ley debe fijar un plazo después del cual los documentos pasan al dominio público”⁷².

3. Sobre el derecho a la justicia y al recurso efectivo:

6.2.2.2.9. “Exigir que la revelación sobre el destino de los secuestrados y desaparecidos aparezca como condición de elegibilidad para la desmovilización colectiva garantiza el derecho a un recurso efectivo en cabeza de las víctimas, derecho que, como ya se mencionó, hace parte del bloque de constitucionalidad”.

6.2.3.2.1.7. “Ha señalado también la Corte que el derecho de acceso a la justicia tiene como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal⁷³, y el derecho a *participar* en el proceso penal⁷⁴, por cuanto el derecho al proceso en el Estado democrático debe ser eminentemente participativo. Esta participación se expresa, por ejemplo, en ‘que los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como a toda información pertinente a la investigación y tendrán derecho a presentar otras pruebas’⁷⁵.

72 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-527 de 2005, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

73 Cfr. sentencia C-412 de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

74 Cfr. sentencia C-275 de 1994, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

75 Cfr. Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, aprobados por el Consejo Económico y Social de

6.2.3.2.1.8. “En la sentencia C-228 de 2002, en la cual la Corte consolidó un replanteamiento de los derechos de las víctimas que ya se venía gestando en la jurisprudencia, señaló que la visión de la parte civil sólo interesada en la reparación económica debe ser abandonada. La víctima de un delito o los perjudicados por éste tienen derecho a participar en el proceso penal no sólo para obtener el resarcimiento pecuniario, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. Incluso, puede intervenir con la única finalidad de buscar la verdad y la justicia, sin que se le pueda exigir demostrar un daño patrimonial o una pretensión de esta naturaleza, superando así una concepción precaria de los derechos de las víctimas limitada sólo a la reparación económica”.

Sobre la condición de los beneficios de una pena alternativa: la obligación de no incurrir en conductas delictivas en el período de libertad a prueba:

6.2.1.7.3. “... Los beneficios otorgados deben estar vinculados al férreo compromiso del sentenciado de no incurrir intencionalmente en conductas delictivas, cualquiera que sea su naturaleza, y a la efectiva contribución del beneficiario a la consecución de la paz. Los propósitos de resocialización y de reinserción que animan estos beneficios se tornan inocuos con una expresión como la que se cuestiona. La comisión intencional de un nuevo delito durante el período de libertad a prueba, cualquiera que sea su naturaleza, genera la revocatoria del beneficio”.

Sobre la existencia y contenido de la pena.

No se puede dejar crímenes sin sanción:

6.2.3.3.4.5. “Aun en el marco de un instrumento que invoca como propósito fundamental la materialización de la paz en el país, la pena no puede ser despojada de su atributo de reacción justa y adecuada a la criminalidad, ni puede producirse al margen de las intervenciones estatales que el ejercicio del *ius puniendi* reclama en el Estado constitucional de derecho. Lo primero conduciría a fenómenos de impunidad indeseables, aun en el contexto de un proceso de pacificación, y lo segundo, a la pérdida de legitimidad de la potestad sancionadora del Estado. El régimen punitivo que caiga en uno u otro fenómeno resulta contrario a la Constitución”.

las Naciones Unidas, mediante Resolución 1989/65 del 29 de mayo de 1989, y ratificado por la Asamblea General mediante Resolución 44/162 del 15 de diciembre de 1989. Citados en la sentencia C-293 de 1995.

4. Sobre la responsabilidad de reparación en cabeza de los perpetradores y la imposibilidad de limitar las reparaciones por las partidas presupuestales:

6.2.4.1.12. “... como ya lo ha explicado la Corte, las normas, la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional han considerado que la reparación económica a cargo del patrimonio propio del perpetrador es una de las condiciones necesarias para garantizar los derechos de las víctimas y promover la lucha contra la impunidad. Sólo en el caso en el cual el Estado resulte responsable –por acción o por omisión– o cuando los recursos propios de los responsables no son suficientes para pagar el costo de reparaciones masivas, el Estado entra a asumir la responsabilidad subsidiaria que esto implica. Y esta distribución de responsabilidades no parece variar en procesos de justicia transicional hacia la paz.

De esta manera, resulta acorde con la Constitución que los perpetradores de este tipo de delitos respondan con su propio patrimonio por los perjuicios con ellos causados, con observancia de las normas procesales ordinarias que trazan un límite a la responsabilidad patrimonial en la preservación de la subsistencia digna del sujeto a quien dicha responsabilidad se imputa, circunstancia que habrá de determinarse en atención a las circunstancias particulares de cada caso individual”.

6.2.4.1.15. “Finalmente, no sobra señalar que, en todo caso, la reparación no puede quedar absolutamente sometida a la voluntad política de quienes definen las normas de presupuesto, pues es un derecho de las víctimas que debe ser satisfecho, especialmente, en procesos que persigan la paz y la reconciliación. Por ello, resulta razonable que la reducción de las penas que la norma establece se encuentre acompañada de la adopción de otras medidas que, como el pago de los daños y la restitución de los bienes, puedan constituir un marco justo y adecuado para alcanzar de forma sostenible la finalidad buscada”.

6.2.4.3.1.5. “Lo anterior no significa que la disponibilidad de recursos públicos sea irrelevante o que la Comisión Nacional de Reparación y Rehabilitación pierda su facultad de fijar criterios para distribuir los recursos destinados a la reparación (art. 52.6). Lo que sucede es que el derecho cierto no se puede desconocer en virtud de los recursos disponibles en una determinada vigencia fiscal. Las limitaciones presupuestales justifican medidas de distribución equitativas y temporales de los recursos escasos, pero no el desconocimiento del derecho judicialmente reconocido, situación diferente a aquella en la cual se puede encontrar quien no cuenta a su favor con una providencia judicial específica que ya haya definido el monto de la indemnización a que tiene derecho”.

5. Sobre la definición de víctima y el acceso procesal a los familiares:

6.2.4.2.11. “Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado que debe tenerse como víctima o perjudicado de un delito penal a la persona que ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera que sea la naturaleza de éste y el delito que lo ocasionó”.

6.2.4.2.14. “En suma, según el derecho constitucional, interpretado a la luz del bloque de constitucionalidad, los familiares de las personas que han sufrido violaciones directas a sus derechos humanos tienen derecho a presentarse ante las autoridades para que, demostrado el daño real, concreto y específico sufrido con ocasión de las actividades delictivas, se les permita solicitar la garantía de los derechos que les han sido vulnerados. Esto no significa que el Estado está obligado a presumir el daño frente a todos los familiares de la víctima directa. Tampoco significa que todos los familiares tengan exactamente los mismos derechos. Lo que sin embargo sí se deriva de las normas y la jurisprudencia citada es que la ley no puede impedir el acceso de los familiares de la víctima de violaciones de derechos humanos a las autoridades encargadas de investigar, juzgar, condenar al responsable y reparar la violación”.

3. *Aporte jurídico de la sentencia: el marco constitucional del proceso de justicia y paz*

De todo lo expuesto y analizado por la Corte, así como del conjunto de decisiones, se pueden resumir algunas conclusiones que constituirían el marco jurídico para cualquier proceso de justicia transicional en Colombia. Ese es evidentemente el verdadero aporte de la sentencia y la justificación de un ejercicio intelectual que se concreta en más de 333 páginas.

El resultado, de forma general y bastante sintética, es el siguiente:

– El Estado tiene el deber de buscar los medios para lograr la paz, y en ese sentido el legislador dispone de un amplio margen discrecional para decidir cuáles son los medios adecuados a tal fin. La paz es un valor constitucional y un derecho fundamental, y como tal es un fin legítimo cuya persecución admite restricciones a algunos derechos, siempre y cuando dichas restricciones sean proporcionadas y necesarias. En cualquier caso, el derecho al recurso efectivo y a la justicia de las víctimas no puede desaparecer. Por ello todo proceso de paz debe sujetarse al cumplimiento de los parámetros constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario.

– El indulto para delitos graves contra los derechos humanos está prohibido. Todo crimen debe ser castigado, y no pueden plantearse penas o sanciones que en realidad se conviertan en formas de indulto disfrazado. El Estado puede calcular la gradación de la pena, que en todo caso debe respetar un cierto margen de proporcionalidad, pero en ningún caso, un crimen grave contra los derechos humanos o el derecho internacional humanitario puede quedar impune.

– La utilización de penas alternativas, es decir de penas que reemplazan condicionadamente a la pena principal, como herramientas para buscar la paz, es un medio aceptable constitucionalmente siempre y cuando, para la adjudicación de esa pena, se esté condicionado: 1) a la verdad completa, 2) a la reparación del daño y 3) al cumplimiento de las garantías de no repetición.

– El derecho a la verdad implica: 1) Que el Estado establezca en el procedimiento especial medidas destinadas a lograr eficazmente que las confesiones sean completas y veraces, condicionando la elegibilidad a esos elementos; 2) En caso de secuestros, es condición de elegibilidad de los grupos el que sean liberados todos los secuestrados; 3) Que las víctimas tengan derecho a participar del proceso y acceder a todos los documentos; 4) Que los familiares de las víctimas, sin ninguna limitación, tengan derecho a conocer la verdad de los hechos; 5) Que los familiares de las víctimas tengan derecho a conocer el paradero de los restos de los desaparecidos; 6) Que la sociedad tenga acceso a los documentos y procesos, con la limitante de los derechos de las víctimas, y 7) Que la sociedad tiene derecho a que se construya un relato histórico sobre lo sucedido, con la finalidad de crear memoria colectiva sobre los hechos.

– El derecho a la justicia implica que: 1) No haya indultos disfrazados y todos los delitos tengan una pena; 2) Las víctimas y sus familiares tengan acceso al proceso y puedan alegar los daños causados; 3) Los procedimientos respeten el derecho a la defensa y tengan en cuenta términos razonables para la instrucción y juicio; 4) De aplicarse una pena alternativa, ésta debe estar condicionada a la no reincidencia, a que la confesión haya sido completa y veraz, y a que se entreguen todos los bienes ilícitos y lícitos necesarios para la reparación, y 5) La pena alternativa no admita ninguna clase de rebajas o descuentos.

– El derecho a la reparación implica que: 1) Todo daño debe ser reparado y toda víctima tiene derecho a una reparación integral; 2) La obligación

de reparar continúa en cabeza del responsable de los hechos; 3) El Estado solo entra a reparar cuando los bienes del responsable son insuficientes para reparar; 4) Para ser beneficiario del procedimiento, el desmovilizado debe entregar todos los bienes ilícitos que tenga en su poder; 5) La reparación se hace, además, con los bienes propios, sobre los cuales el juez podrá imponer las medidas cautelares que vea necesarias; 6) Si el beneficiado no entrega todos los bienes ilícitos en su poder, o esconde sus bienes propios para tratar de esquivar la reparación, pierde inmediatamente los beneficios del procedimiento especial, y 7) El Estado tiene derecho a organizar un fondo para las reparaciones, pero una vez decidido judicialmente el monto de la reparación, el Estado no puede desconocer esos derechos, ni siquiera fundándose en consideraciones de tipo presupuestal.

– Las garantías de no repetición, que son finalmente las que hacen palpable la adecuación de las medidas de justicia transicional a la búsqueda de la paz y que en ese sentido justifican la existencia del procedimiento especial, implican que: 1) El Estado se compromete a vigilar a quienes hayan sido beneficiados por la pena alternativa, para que dentro de un periodo de prueba, no menor a la mitad de la pena alternativa, en caso de reincidencia en la delincuencia, el responsable pierda todos los beneficios del procedimiento; 2) La reincidencia implica cualquier tipo de delitos y no únicamente los delitos por los cuales fue condenado, y 3) La reconstrucción general de los sucesos para la generación de una memoria histórica de la sociedad es una forma de garantizar la no repetición de los hechos.

V. LA EVALUACIÓN DEL PROCESO POR EL SISTEMA

INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la aplicación de la Ley de Justicia y Paz (extractos)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos destaca que a fin de cumplir con los objetivos para los cuales el marco jurídico fue creado, los requisitos de elegibilidad deben ser verificados dependiendo de la modalidad de desmovilización que se escoja, ya sea desmovilización individual o colectiva. Ello es así, por cuanto el sistema de incentivos y de cargas impuestas en relación con las distintas formas de desmovilización en la medida en que responde a lógicas y objetivos diversos. La desmovilización individual procura

estimular la entrega de información sobre los grupos en conflicto. La desmovilización colectiva procura, en cambio, alcanzar su desmonte efectivo, y apuntalar un proceso de paz o distensión con las organizaciones armadas.

La CIDH resalta, asimismo, que la confesión de los imputados no exime a las autoridades del deber de investigar diligentemente los hechos. Esta obligación, en el contexto de la Ley de Justicia y Paz, tiene una doble dimensión. En primer lugar, tiene la de asegurar el esclarecimiento total de los hechos. En la mayoría de los casos, la confesión no será suficiente para el pleno esclarecimiento de los sucesos y el Estado deberá agotar todas las medidas investigativas a su alcance a fin de asegurar la verdad. La segunda dimensión del régimen de la Ley de Justicia y Paz consiste en el deber de investigar y evitar la impunidad. La morigeración de la pena prevista por la Ley de Justicia y Paz ofrece un fortísimo incentivo no sólo para aquellos que genuinamente deciden confesar plenamente su participación en violaciones a los derechos humanos, sino también para aquellos que pretenden burlar la acción penal del Estado. Asimismo, la investigación exhaustiva y diligente de los hechos será además un presupuesto para la verificación efectiva de los requisitos de elegibilidad para acceder a la pena alternativa y para preservarla en el futuro, como se examinará en los párrafos 36, 37 y 41.

La CIDH nota que mediante la interpretación que ha hecho la Corte Constitucional respecto de la constitucionalidad de los plazos procesales para la formulación de la imputación de cargos es posible que los fiscales delegados y su equipo de trabajo puedan investigar a fondo y de manera seria los graves crímenes perpetrados por los desmovilizados pertenecientes a grupos armados al margen de la ley. Estos nuevos plazos facilitarán la tarea de los fiscales delegados a fin de que puedan aportar toda la prueba necesaria para alcanzar justicia. En conclusión, la CIDH recomienda que las entidades encargadas de aplicar la normativa interpreten y apliquen los plazos previstos a la luz de la decisión de la Corte Constitucional.

El fallo de la Corte Constitucional señala que una visión sistemática de las normas relativas a las facultades procesales de la víctima –sistema procesal acusatorio– en el marco de los principios que la animan y los desarrollos jurisprudenciales vigentes sobre la participación de la víctima en las diligencias procesales, permiten concluir que la ley garantiza la participación de las víctimas en las diligencias de versión libre y confesión, formulación de imputación y aceptación de cargos. La CIDH observa que la participación de las víctimas en las distintas etapas procesales constituye garantía del dere-

cho a la verdad y la justicia, forma parte de la compleja estructura de pesos y contrapesos del proceso penal y favorece la fiscalización ciudadana de los actos del Estado.

En el mismo sentido, la CIDH nota que pueden existir otras situaciones problemáticas en torno al otorgamiento o revocación del beneficio. La verificación de los requisitos, por ejemplo, puede resultar compleja en aquellos casos en los cuales la totalidad o parte de la información necesaria para determinar la procedencia del beneficio legal deba ser producida por las agencias del Estado comprometidas en el proceso de negociación. Es crítico que el poder ejecutivo sea transparente en la aplicación de la ley y que la Fiscalía y el poder judicial mantengan un rol activo, con independencia de los demás poderes del Estado, en la verificación del cumplimiento efectivo de los requisitos de elegibilidad y preservación posterior de los beneficios. Esto es particularmente importante en algunos temas sensibles, tales como la supervisión del desmonte efectivo de los grupos armados, el cese de las actividades delictivas, la entrega real de las armas utilizadas durante el conflicto, la entrega efectiva de las tierras usurpadas y de los demás bienes que puedan garantizar la reparación de las víctimas.

Las entidades encargadas de implementar la ley –la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, los tribunales de Justicia y Paz, el Ministerio Público y la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparación– tienen un rol vital a la hora de interpretar la Ley 975 de 2005 y sus normas reglamentarias y asegurar la debida administración de justicia como garantía para la no repetición de los graves crímenes perpetrados durante el conflicto armado.

En primer término, estas entidades deben asegurar que los desmovilizados que deseen recibir los beneficios establecidos en la Ley 975 cumplan con todos y cada uno de los requisitos de elegibilidad según fueran interpretados por la Corte Constitucional. Asimismo, todas las instituciones involucradas en la aplicación de la ley deben cooperar aportando la información disponible a fin de apoyar a las autoridades judiciales en la verificación de estos requisitos. En segundo término, la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz debe poner en práctica directrices tendientes a estimular la debida y exhaustiva investigación de conductas de los desmovilizados por parte de los fiscales delegados, y a uniformar los criterios a ser utilizados por los fiscales a la hora de implementar el marco normativo respecto de cada caso particular. En tercer término, corresponde fortalecer los sistemas de notaria-

do, registro y catastro a fin de que las instituciones involucradas aseguren la debida restitución de bienes inmuebles a las víctimas del conflicto, en su mayoría desplazados que se han visto forzados a abandonar sus tierras por causa de la violencia.

2. Competencia de la Corte Interamericana en casos relacionados con la Ley de Justicia y Paz

Aparte del asunto de la posible competencia por parte de la Corte Penal Internacional para juzgar a quienes hayan cometido crímenes de su competencia y cuyos juicios impliquen un indulto disfrazado, existe otro aspecto por el cual es posible que órganos internacionales intercedan en asuntos relacionados con el proceso de justicia y paz.

Se trata específicamente de la tutela a los derechos de las víctimas de los delitos cubiertos por el proceso de justicia y paz. En el entendido de que el proceso puede llegar a vulnerar los derechos a la protección judicial y a la reparación efectiva consagrados en los artículos 11 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente, la Corte Interamericana sería competente para conocer las demandas que la CIDH presente en representación de las víctimas.

Frente a este aspecto se hace necesario revisar dos puntos: el primero es que la Corte Constitucional, en la sentencia que revisó la constitucionalidad de la Ley 975 tuvo muy en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana y las consideraciones de la CIDH sobre el tema, y de hecho dedicó gran parte de la sentencia al estudio detallado de las normas de la ley para determinar finalmente la forma en que la misma podría adaptarse a los estándares internacionales en materia de derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

El segundo punto, es que la jurisdicción de la Corte Interamericana se ejerce sobre casos puntuales y víctimas individualizadas, de forma tal que el estudio de las violaciones se hace caso por caso, lo que significa que las demandas solo podrían surgir de situaciones que a posteriori sucedan con la aplicación de la ley y que generen un daño específico a una persona determinada, que a su vez debe agotar todos los recursos jurídicos internos relativos a la protección de sus derechos.

Es de esperar, habida cuenta del rol que han desempeñado algunas organizaciones no gubernamentales, que haya una vigilancia extrema en los efectos que la aplicación de la ley tendrá frente a las víctimas y sus derechos,

y que muy posiblemente se presentarán peticiones ante la Comisión Interamericana. Sin embargo, también es muy posible que la Comisión, siendo un órgano principalmente político, decida reservarse la opción de presentar demandas ante la Corte, con su propia vigilancia sobre el proceso de paz, de forma tal que la evaluación del mismo se haga bajo un método de ponderación, en el que el efecto del proceso en la paz del país sea un elemento de valoración a la hora de revisar los derechos individuales, para verificar si existe una legitimación y proporcionalidad suficiente entre los beneficios logrados y los derechos restringidos.

CAPÍTULO TERCERO

CONCEPTOS BÁSICOS DE LA LEY 975 DE 2005

SUMARIO: I. Grupo armado organizado al margen de la ley. II. Desmovilización. 1. Clases de desmovilización. 1.1. Desmovilización individual. 1.2. Desmovilización colectiva. 1.3. Desmovilización de quienes se encuentran privados de la libertad. III. La víctima y sus derechos. 1. La víctima. 2. Sus derechos. 2.1. Derecho a la verdad. 2.2. Derecho a la justicia. 2.3. Derecho a la reparación y garantías de no repetición. IV. Daño. V. Protección de víctimas y testigos. VI. Alternatividad y pena alternativa. VII. Libertad a prueba. VIII. Postulación. IX. Complementariedad. X. Exclusión.

I. GRUPO ARMADO ORGANIZADO AL MARGEN DE LA LEY —GAOML—¹

La Ley 975 de 2005, Ley de justicia y Paz (LJP), para esta definición remite al párrafo 1.º del artículo 8.º de la Ley 418 de 1997, la cual a su vez recoge la acepción prevista en el artículo 1.º del Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, y en ese sentido se entenderá por *grupo armado organizado al margen de la ley* aquel que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte del territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas. No obstante, este concepto es restringido a dos grupos particulares en Colombia: grupos de guerrilla y de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones (art. 1.º LJP).

Así, para efectos del proceso especial de justicia y paz, es grupo armado organizado al margen de la ley aquel que se enmarque en la definición citada y adicionalmente tenga el carácter de guerrilla o autodefensa. Este concepto resulta especial para el proceso especial de justicia y paz porque si bien se basa en referentes de derecho internacional, para ser miembros de esos

1 Ver en detalle el capítulo “Aproximación a la estructura del proceso previsto en la LJP”.

grupos sólo importará su mera pertenencia al mismo, y no que ésta sea con evidente ocasión del conflicto.

II. DESMOVILIZACIÓN²

En la medida en que quien pertenece a un grupo armado organizado al margen de la ley permanece en estado de ilegalidad, y que por definición dicho grupo se encuentra en armas, se entiende por desmovilización el acto de dejar las mismas y abandonar el grupo armado organizado al margen de la ley de manera individual o colectiva ante autoridad competente (art. 9.º LJP) que, para los efectos de esta ley, serán el Alto Comisionado para la Paz o el Ministro de Defensa (Dcto. 4760 de 2005, art. 3.º).

Para que se configure el acto de desmovilización en el marco de la Ley 975 de 2005, se deben satisfacer los *requisitos de elegibilidad* de que tratan los artículos 10.º (para la desmovilización colectiva) y 11 (para la desmovilización individual) LJP.

1. Clases de desmovilización

La desmovilización, puede realizarse de una de dos formas, a saber: individual o colectiva, y así mismo puede suceder en personas privadas y no privadas de la libertad. A continuación se hará referencia a cada una de las formas de desmovilización.

1.1. Desmovilización individual

Es el acto de dejación de armas y abandono del grupo armado organizado al margen de la ley, que realiza una sola persona o un número plural de las mismas sin que sumadas constituyan un bloque, frente u otra modalidad de organización. Para que se configure la desmovilización individual, la persona que pertenece al grupo armado organizado al margen de la ley debe:

1. Ser susceptible de ser imputada, acusada o condenada como autor o partícipe de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, y no sea ser titular de alguno de los beneficios establecidos en la Ley 782 de 2002.

2 Ver adelante fase administrativa en el capítulo “Aproximaciones a la estructura del proceso previsto en la LJP”.

Encontrarse en el listado que el Gobierno Nacional remita a la Fiscalía General de la Nación.

Reunir las siguientes condiciones:

3.1. Que entregue información o colabore con el desmantelamiento del grupo al que pertenecía.

3.2. Que haya suscrito un acta de compromiso con el Gobierno Nacional.

3.3. Que se haya desmovilizado y dejado las armas en los términos establecidos por el Gobierno Nacional para tal efecto.

3.4. Que cese toda actividad ilícita.

3.5. Que entregue los bienes producto de la actividad ilegal, para que se repare a la víctima.

3.6. Que su actividad no haya tenido como finalidad el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito.

1.2. Desmovilización colectiva

Constituye, de igual forma, el acto de dejación colectiva de armas y abandono del bloque, frente o grupo armado organizado al margen de la ley. Para que se configure la desmovilización colectiva, los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley deben:

1. Ser susceptibles de ser imputados, acusados o condenados como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, y no puedan ser titulares de algunos de los beneficios establecidos en la Ley 782 de 2002.

2. Encontrarse en el listado que el Gobierno Nacional remita a la Fiscalía General de la Nación.

3. Reunir las siguientes condiciones:

3.1. Que el grupo armado organizado de que se trata se haya desmovilizado y desmantelado en cumplimiento de acuerdo con el Gobierno Nacional.

3.2. Que se entreguen los bienes producto de la actividad ilegal.

3.3. Que el grupo ponga a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la totalidad de menores de edad reclutados.

3.4. Que el grupo cese toda interferencia al libre ejercicio de los derechos políticos y libertades públicas y cualquiera otra actividad ilícita.

3.5. Que el grupo no se haya organizado para el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito.

3.6. Que se liberen las personas secuestradas que se hallen en su poder.

1.3. Desmovilización de quienes se encuentran privados de la libertad

Constituye el acto mediante el cual las personas o la persona privada efectivamente de la libertad y como consecuencia de una medida de aseguramiento o de sentencia condenatoria con pena principal de privación de la libertad decide abandonarlo³.

III. LA VÍCTIMA Y SUS DERECHOS⁴

A continuación se hará relación a la manera como la normatividad de justicia y paz en particular ha tratado las nociones de víctima y sus derechos en este proceso especial.

1. La víctima

La Ley 975 de 2005 define a la víctima con fundamento en la Declaración de los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abusos de Poder suscrita en 1985⁵. Sin embargo, establece un concepto final propio para los efectos del procedimiento especial de justicia y paz de acuerdo con el cual es víctima toda persona natural que de manera individual o colectivamente ha sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que le ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o

3 Mediante Decreto 1059 del 4 de abril de 2008 se reglamentó un trámite especial para la desmovilización de los guerrilleros que encontrándose privados de la libertad decidan abandonar el grupo armado organizado al margen de la ley al cual pertenecen y, en caso de no cumplir los requisitos para acceder a los beneficios de la Ley 782 de 2002, obtener los de la Ley 975 de 2005.

4 Ver a profundidad el capítulo titulado “El derecho de las víctimas a la reparación económica integral en la Ley de Justicia y Paz”.

5 Se trata de las personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños, e inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera, o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales. En la expresión víctima se incluye, además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños por asistir a la víctima en peligro o por prevenir la victimización.

sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales (art. 5.º LJP).

En desarrollo de esa definición, la Ley 975 de 2005 especifica, para algunos casos, la calidad de víctimas, especialmente enfatiza en los miembros de la fuerza pública, algunos de sus familiares y cuando se trata de víctimas directas que se encuentren muertas o desaparecidas:

– Los miembros de la fuerza pública que hayan sufrido lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial⁶ o menoscabo de sus derechos fundamentales, como consecuencia de las acciones de algún integrante o miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley.

– El o la cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad de los miembros de la fuerza pública que hayan perdido la vida en desarrollo de actos del servicio, en relación con el mismo, o fuera de él, como consecuencia de los actos ejecutados por algún integrante o miembros de los grupos organizados al margen de la ley (art. 5.º LJP).

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

Adicionalmente, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-370 de 2007, amplió el ámbito de interpretación del referido artículo 5.º, incisos 2.º y 5.º LJP, “en el entendido que la presunción allí establecida no excluye como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometida por miembros de grupos armados al margen de la ley”.

2. *Sus derechos*

La Ley 975 de 2005 y su normatividad complementaria es clara en deslindar cuáles son, a su entender, los derechos de las víctimas: la verdad, la justicia y la reparación (art. 4.º LJP)⁷. No obstante, cada uno de ellos se encuentra investido por un contenido y una serie de *subconceptos* que complementan su definición, como se verá a continuación.

6 Se entiende por discapacidad sensorial la que sea tanto de carácter auditivo como visual.

7 Cfr. Dcto. 3391 de 2006, art. 2.º

2.1. Derecho a la verdad

La verdad como un derecho es entendida como la prerrogativa de la sociedad, y en especial de las víctimas, de conocer la verdad sobre los delitos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley, así como sobre el paradero de las víctimas de secuestro y desaparición forzada (art. 7.º LJP). En desarrollo del mismo, las investigaciones y procesos judiciales a los que se aplique la Ley 975 de 2005 deben promover la investigación de lo sucedido a las víctimas de esas conductas e informar a sus familiares lo pertinente.

2.2. Derecho a la justicia

En el marco de la Ley 975 de 2005, este concepto está concebido bajo los términos de la justicia retributiva, es decir, enfatizando en el deber jurisdiccional de investigar y sancionar por parte de los órganos competentes, para ello. En ese sentido, el artículo 6.º LJP relaciona el derecho a la justicia con la identificación, captura y sanción de las personas responsables por los delitos cometidos por los miembros de grupos armados al margen de la ley.

En desarrollo de este derecho, la Corte Constitucional (sentencia C-370 de 2006, num. 4.4.1), con base en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha introducido medidas de protección especial para garantizar el derecho a la justicia como las siguientes:

- La obligación estatal de prevenir los graves atentados contra los derechos humanos, de investigarlos cuando ocurran, procesar y sancionar a los responsables y lograr la reparación de las víctimas.

- La prohibición de las leyes de amnistía, de las disposiciones de prescripción y del establecimiento de excluyentes de responsabilidad, respecto de graves atentados contra los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos.

- El derecho de acceso a la justicia de las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos y la relación de este derecho con la razonabilidad de los plazos dentro de los cuales se deben adoptar las decisiones judiciales.

- La no suspensión de las obligaciones de los Estados parte de la Convención Americana en materia de investigación, juzgamiento y sanción de los atentados contra los derechos humanos, mientras se adelantan procesos de paz.

2.3. Derecho a la reparación y garantías de no repetición

La reparación no goza de una definición expresa en la Ley 975 de 2005; no obstante, su contenido se fundamenta en el desarrollo de los conceptos de: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición⁸. En ese sentido, puede inferirse que la reparación en el proceso especial de justicia y paz constituye un conjunto de actos o medidas tendientes a devolver a la víctima a la situación anterior a la vulneración de sus derechos cuando ello sea posible, o a resarcir en términos físicos, económicos, simbólicos o de cualquier otro orden el daño infligido.

Los elementos que componen el concepto de reparación son definidos en el artículo 8.º LJP y complementados por disposiciones posteriores en los siguientes términos:

– *Restitución* es la realización de las acciones dirigidas a regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito, tales como el restablecimiento de la libertad, el retorno a su lugar de residencia y la devolución de sus propiedades (art. 46 LJP).

– La *indemnización* consiste en compensar los perjuicios causados por el delito.

– La *rehabilitación* consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito. La rehabilitación incluye la atención médica y psicológica para las víctimas o sus parientes en primer grado de consanguinidad (art. 47 LJP). Los servicios sociales brindados por el Gobierno a las víctimas, de conformidad con las normas y leyes vigentes, hacen parte de la reparación y de la rehabilitación.

– La *satisfacción* o compensación moral consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido.

Es preciso observar que en adición a estas formas generales de reparación, se señalan explícitamente otras dos: *simbólica* y *colectiva*. Se entiende por reparación simbólica toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas (art. 8.º LJP).

8 Cfr. Dcto. 3391 de 2006, art. 16.

Por su parte, la reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción sico-social de las poblaciones afectadas por la violencia. Este mecanismo se prevé de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática (art. 8.º LJP).

Si bien podría considerarse que las *garantías de no repetición* constituyen un derecho de las víctimas individualmente considerado, el referido artículo 8.º LJP las incluye como elemento de la reparación, aduciendo que estas comprenden, entre otras, la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley, criterio que es ampliado en el artículo 48 ibidem en el cual se indica que las garantías de no repetición, al igual que las medidas de satisfacción, deben incluir:

– La verificación de los hechos y la difusión pública y completa de la verdad judicial, en la medida en que no provoque más daños innecesarios a la víctima, los testigos u otras personas⁹, ni cree un peligro para su seguridad.

– La búsqueda de los desaparecidos o de las personas muertas y la ayuda para identificarlas y volverlas a inhumar según las tradiciones familiares y comunitarias. Esta tarea se encuentra principalmente a cargo de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz.

La decisión judicial que restablezca la dignidad, reputación y derechos de la víctima y las de sus parientes en primer grado de consanguinidad.

La disculpa, que incluya el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de responsabilidades.

La aplicación de sanciones a los responsables de las violaciones, todo lo cual estará a cargo de los órganos judiciales que intervengan en los procesos de que trata la presente ley.

La sala competente del tribunal superior de distrito judicial podrá ordenar conmemoraciones, homenajes y reconocimientos a las víctimas de los grupos armados al margen de la ley. A más de ello la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparación –CNRR– podrá recomendar a los órganos políticos o de gobierno de los distintos niveles la adopción de este tipo de medidas.

– La prevención de violaciones de derechos humanos.

9 En este punto, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006, consideró que la expresión “otras personas” es exequible “en el entendido que no excluye como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometido por miembros de grupos armados al margen de la ley”.

La asistencia a cursos de capacitación en materia de derechos humanos de los responsables de las violaciones. Esta medida podrá ser impuesta a los condenados por la sala competente del tribunal superior de distrito judicial.

Todos los anteriores constituyen elementos de la definición de reparación, a los cuales se suman los actos previstos en el artículo 44 LJP, donde se hace alusión a la *reparación integral*, entendiendo por ella un conjunto de deberes en cabeza del desmovilizado o desmovilizada (art. 15 Dcto. 3391 de 2006) los cuales se convierten en presupuesto para acceder a los beneficios de la libertad a prueba. El listado de actos de reparación integral es el siguiente:

- La entrega al Estado de bienes para la reparación de las víctimas.
- La declaración pública que restablezca la dignidad de la víctima y de las personas más vinculadas con ella.
- El reconocimiento público de haber causado daños a las víctimas, la declaración pública de arrepentimiento, la solicitud de perdón dirigida a las víctimas y la promesa de no repetir tales conductas punibles.
- La colaboración eficaz para la localización de personas secuestradas o desaparecidas y la localización de los cadáveres de las víctimas.
- La búsqueda de los desaparecidos y de los restos de personas muertas, y la ayuda para identificarlos y volverlos a inhumar según las tradiciones familiares y comunitarias.

Finalmente, es preciso relacionar el deber de memoria como otro elemento de la reparación, pues el conocimiento de la historia de las causas, desarrollos y consecuencias de la acción de los grupos armados al margen de la ley (art. 58 LJP) resulta parte fundamental para garantizar la no repetición de los hechos que en su momento vulneraron derechos.

IV. DAÑO¹⁰

La definición de daño del concepto de víctima del conflicto interno. En ese sentido se entiende por daño el sufrimiento o lesión que se ha causado a una persona, y que puede manifestarse en:

- Daños directos, tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva).

10 Ver en detalle el capítulo “El derecho de las víctimas a la reparación económica integral en la Ley de Justicia y Paz.

- Sufrimiento emocional.
- Pérdida financiera.
- Menoscabo de los derechos fundamentales¹¹.

Así, nuevamente se define una categoría –para este caso la de daño– a partir de los elementos o situaciones que la componen, y será discrecionalidad del juzgador determinar en cada caso concreto cómo se ha manifestado el daño. No obstante, se deberá tener en cuenta, para todos los casos, que los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley; es decir, para los efectos del proceso especial de justicia y paz sólo se configurará el daño si ha sido infligido por grupos de guerrilla o autodefensa y se trata de conductas susceptibles de reproche penal.

V. PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS Y TESTIGOS

Esta constituida por el conjunto de medidas que los funcionarios a los cuales se refiere la Ley 975 de 2005 deben adoptar para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos, así como la de las demás partes e intervinientes en el proceso (art. 38 LJP).

Es oportuno mencionar que las medidas de protección deben tener en cuenta factores como la edad, el género y la salud, así como la clase del delito¹².

VI. ALTERNATIVIDAD Y PENA ALTERNATIVA¹³

Dado que el sistema de punibilidad en Colombia se encuentra codificado en la Ley 599 de 2000, el nuevo sistema penal que establece la Ley 975 de 2005, en desarrollo de su carácter especial, se ha llamado *alternativo* para representar la particularidad del mismo y su diferencia con el general, dado que obedece a la lógica excepcional de la justicia transicional.

11 Cfr. Artículo 5.º LJP.

12 El procedimiento para el trámite de las solicitudes de protección ha sido regulado por una serie de memorandos proferidos por la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de Nación, por ejemplo los memorandos 03 del 1.º de febrero de 2007 y 5 del 15 de febrero de 2008.

13 Ver en detalle el capítulo titulado “El régimen de alternatividad penal”.

Así, la alternatividad constituye un beneficio, en términos punitivos, que en el proceso especial de justicia y paz reemplaza el beneficio jurídico de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por una *pena alternativa* (art. 8.º Dcto. 4670 de 2005) consistente en la privación de la libertad por un período mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y la colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos (art. 29, LJP).

En ese sentido, alternatividad no sólo hace alusión a la pena a imponer, sino también a los criterios para fijarla.

VII. LIBERTAD A PRUEBA

En desarrollo de los beneficios de que trata la alternatividad, la libertad a prueba constituye una parte adicional de la misma que se da una vez cumplidas tanto la pena alternativa como las condiciones impuestas en la sentencia y las previstas en el artículo 44 LJP. Este beneficio se concede por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período durante el cual el beneficiado se compromete a no reincidir en la comisión de delitos, a presentarse periódicamente ante el tribunal superior del distrito judicial que corresponda y a informar cualquier cambio de residencia (art. 29 LJP).

Es preciso adicionar que cumplidas dichas obligaciones, transcurrido el periodo de libertad a prueba, se declarará extinguida la pena principal que, como se dijo, ha sido *suspendida* para que se ejecute la pena alternativa. En caso contrario, se revocará la libertad a prueba y se deberá cumplir la pena inicialmente determinada, es decir, la pena principal, sin perjuicio de los subrogados previstos en el Código Penal que correspondan (art. 29 LJP).

VIII. POSTULACIÓN

Este concepto no se encuentra definido en el articulado de la Ley 975 de 2005. No obstante, el Decreto 4760 de 2005 en su artículo 3.º incluye el término, haciendo referencia con el mismo a la calidad de candidato que adquiere la persona desmovilizada de un grupo armado organizado al margen de la ley que se encuentre incluida en la lista que remite el Gobierno Nacional a la Fiscalía General de la Nación, de tal surte que el Gobierno, a través de la lista, lo postula o candidatiza para que acceda a los beneficios de la Ley 975 de 2005.

IX. COMPLEMENTARIEDAD (ART. 62 LJP)

Se trata de la remisión normativa que tiene por finalidad subsanar los posibles vacíos y conflictos que se generen en la aplicación de las disposiciones de la Ley 975 de 2005, de tal suerte que para todo lo no dispuesto en ella se aplicará la Ley 782 de 2002 y los Códigos de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000 o Ley 906 de 2004).

A propósito de la aplicación del Código de Procedimiento Penal se ha generado una confusión, dado que para la fecha de expedición de la Ley 975 se encontraban vigentes dos códigos de procedimiento penal, el que prevé el sistema mixto –Ley 600 de 2000– y el que contiene el nuevo sistema de tendencia acusatoria –Ley 906 de 2004–, de tal suerte que es preciso dilucidar a cuál de las dos disposiciones hace alusión el artículo 62 LJP.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia (sentencia 29472 de 2008) dispuso que, al menos inicialmente, que el Código de procedimiento a aplicar será el que estuviera urgente al tiempo en que se cometió la conducta punible; es decir, si se trata de un asunto ocurrido en época anterior al 1.º de enero de 2005, la regla general para efectos de remisión normativa será la de acudir a la Ley 600 de 2000, salvo que se trate de instituciones que solamente pueden tener *identidad* con las consagradas en la Ley 906 de 2004 –v. gr. exclusión y archivo–, caso en el cual la integración normativa se debe realizar con base en ese estatuto procesal penal.

X. EXCLUSIÓN

Consiste en el procedimiento mediante el cual el fiscal delegado competente de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, directamente, o el magistrado de control de garantías o la sala de justicia y paz del tribunal superior del distrito judicial competentes, por solicitud de alguno de los titulares del proceso de exclusión, separan definitivamente al postulado que se ha sometido al proceso de justicia y paz del procedimiento especial establecido en la Ley 975 de 2005, sus decretos reglamentarios y resoluciones, por haberse comprobado que ha incurrido en alguna o algunas de las causales que dan lugar a este procedimiento.

Si bien las causales de exclusión no han sido aún plenamente identificadas por la legislación o la jurisprudencia, en armonía con las mismas y con

fundamento en algunas decisiones judiciales¹⁴ se tiene que el procedimiento de exclusión del postulado del proceso de justicia y paz procede por las siguientes causas:

– Errores en la identificación (inconsistencia entre el nombre que aparece en el listado enviado por el Gobierno Nacional y la identificación real de la persona).

– Renuencia del postulado (comportamiento a partir del cual es posible inferir de manera fundada que el postulado no desea continuar en el proceso especial de justicia y paz). Se incurrirá en renuencia en los siguientes eventos:

– Si el postulado es citado en tres ocasiones para rendir versión libre y no compare sin justa causa.

– Si una vez iniciada la versión libre, el postulado se ausenta de la misma o no acude a citaciones posteriores sin causa justificada.

Cuando se rehusa a cumplir con la finalidad de la diligencia de versión libre y confesión, es decir, se niega sistemáticamente a absolver el interrogatorio formulado por el fiscal.

– Retiro voluntario (decisión expresa tomada por del postulado en virtud de la cual se abstiene de continuar en el proceso especial de justicia y paz y se somete, como consecuencia, a la jurisdicción ordinaria)¹⁵.

– No concurrencia de alguno de los presupuestos legales para obtener la pena alternativa, (incumplimiento de alguno de los requisitos de elegibilidad previstos en los arts. 10.º y 11 LJP).

– Muerte (deceso del postulado que ese encuentra sometido al procedimiento especial previsto en la Ley 975 de 2005)¹⁶.

Es preciso enfatizar en que la exclusión procede en cualquier etapa del procedimiento y constituye una decisión de carácter judicial, y en ese sentido concierne privativamente 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

14 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 29472 del 10 de abril de 2008, M. P.: YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

15 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 27873 del 27 de agosto de 2007, M. P.: JULIO ENRIQUE SOCHA.

16 Idem.

conductas investigativas. Quien sea excluido del procedimiento de justicia y paz no podrá acogerse nuevamente al procedimiento y beneficios de la Ley 975 de 2005 porque la decisión de exclusión hace tránsito a cosa juzgada.

CAPÍTULO CUARTO

MARCO JURÍDICO DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

SUMARIO: I. Introducción. II. Ámbito de aplicación de la Ley 975 de 2005. 1. Término y condiciones especiales para acceder a los beneficios de la Ley 975 de 2005. 2. Relación y complementariedad con la Ley 782 de 2002. III. Delitos políticos y delitos comunes. 1 Teorías sobre la naturaleza de los delitos políticos. 1.1. Teoría objetiva. 1.2. Teoría subjetiva. 1.3. Teorías eclécticas. 2. Tesis vigente en Colombia. IV. Delito de sedición y concierto para delinquir. V. Delito político y conexidad. VI. Vigencia del artículo 71 de la Ley 975 de 2005. VII. Amnistía e indulto.

I. INTRODUCCIÓN

Dadas las diversas interpretaciones que se han elaborado en torno a los asuntos que pueden tramitarse mediante el procedimiento especial de justicia y paz, así como en cuanto a las personas con vocación para ser postulados a obtener los beneficios del mismo, es necesario deslindar su carácter y precisar cuál es el ámbito en el que aplica la Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz, LJP), es decir, la competencia de los funcionarios y las funcionarias que dirigen el proceso, en cuanto a las personas que pueden someterse a él, los términos en los cuales pueden hacerlo, los requisitos para acceder al mismo en relación al tipo de conductas punibles cometidas y a la posibilidad de ser procesados por otra disposición jurídica.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 975 DE 2005

La Ley 975 de 2005 (LJP) surge en medio de un proceso particular de negociación política que lleva consigo la necesidad de elaborar un procedimiento especial de sanción penal que diste del proceso ordinario en virtud a que obedece al concepto de justicia transicional, y en ese sentido, como mecanismo

de transición a la paz, pretende facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley. Por esta razón se establecen una serie de beneficios.

Así, la LJP constituye un estatuto que contiene un procedimiento especial de carácter penal que regula lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales¹ de quienes acceden al mismo. No se trata de una nueva legislación que subroga un procedimiento anterior, sino que se aplica a unos sujetos calificados que deben estar incluidos en la lista de postulados elaborada por el Ministerio del Interior y Justicia.

Ahora bien, a propósito de los sujetos que pueden resultar postulados para obtener los beneficios de la ley, es preciso decir que sólo serán aquellos que reúnan las siguientes condiciones²:

– Ser miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley en los términos definidos por la LJP.

– Haber cometido conductas punibles durante y con ocasión de su pertenencia al grupo, siempre que no se trate de las conductas previstas en los artículos 10 numeral 5 y 11 numeral 6 LJP.

– Que las conductas hayan sido realizadas antes del 25 de julio de 2005.

– Que las conductas no se encuentren cobijadas por la Ley 782 de 2002.

– Encontrarse en los listados que remita el Gobierno Nacional a la Fiscalía General de la Nación.

– Reunir los requisitos de elegibilidad de que tratan los artículos 10 u 11 LJP dependiendo si la desmovilización se hizo colectiva o individualmente.

En este orden de ideas, enunciados los criterios que debe verificar el Fiscal Delegado de Justicia y Paz a la hora de conducir un caso aplicando el procedimiento de la LJP, resulta pertinente abordar el desarrollo de los asuntos que con mayor frecuencia generan dudas o diferencias en su interpretación; estos son los referidos al término o tiempo para acceder a los beneficios de la LJP y la relación y complementariedad que de manera recurrente se establece con la Ley 782 de 2002 en cuanto a la necesidad de que la conducta no se encuentre cobijada por esta ley.

1 Ley 975 de 2005, art. 2°.

2 Decreto 4760 de 2005, art. 1°. y Ley 975 de 2005, art. 2°.

1. Término y condiciones especiales para acceder a los beneficios de la Ley 975 de 2005

Como se observó, la Ley 975 sólo rige para los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley que hayan delinquido durante y con ocasión a su permanencia en el grupo, siempre que las conductas ilícitas hayan ocurrido antes del 25 de julio de 2005, lo cual implica que las conductas punibles cometidas con posterioridad a esa fecha impedirían que el postulado acceda a los beneficios de la LJP.

No obstante, ello no es óbice para que quienes decidan desmovilizarse después de la expedición de la LJP y en vigencia de la misma puedan hacerlo siempre que cumplan las condiciones relacionadas con antelación. Sin embargo, a partir de la entrada en vigencia del Decreto 3391 de 2006 se dispuso que con posterioridad a la desmovilización colectiva del grupo armado organizado al margen de la ley no podrá certificarse la desmovilización de quien, no habiendo participado en dicha desmovilización, alegue haber sido integrante del grupo, y en consecuencia, no podrá adelantársele trámite alguno para efectos de la aplicación de la LJP³. En ese sentido en términos prácticos resultaría muy difícil que un miembro de un bloque o frente del grupo al margen de la ley desmovilizado acceda a los beneficios de la LJP cuando se presente de manera extemporánea o con posterioridad a la fecha en la cual tuvo ocurrencia la desmovilización de su grupo, salvo que se halle en las listas del mismo, a pesar de que, como más adelante se observará, la Ley 782 de 2002 –complementaria de la LJP– prevé un procedimiento especial en estos casos.

Al retomar la condición en virtud de la cual, para acceder a los beneficios de la LJP, se hace preciso que las conductas se hayan cometido durante o con ocasión a su permanencia en el grupo y siempre que hayan ocurrido antes del 25 de julio de 2005, es preciso decir que hay una particularidad de por medio, dado que cuando se presente la comisión de hechos punibles al margen de la pertenencia al grupo o sin ocasión de ella, este hecho puede incidir desfavorablemente en el proceso individual de desmovilización pero no en el colectivo, cuando de este se trate⁴, luego, en tal caso, se individualiza y diferencia plenamente la responsabilidad del individuo en relación con el grupo.

3 Decreto 3391 de 2006, art. 5°.

4 Decreto 3301 de 2006, art. 5°.

Sumado a lo anterior, vale mencionar el supuesto en el cual, la persona que ha obtenido los beneficios jurídicos contemplados por la Ley 782 de 2002 para los delitos políticos y conexos, puede no encontrarse excluida *per se* de la responsabilidad penal por otras conductas punibles diferentes, por lo cual podría acceder al hacerse el procedimiento previsto en la LJP o al previsto en las leyes vigentes al momento de su comisión⁵.

De igual forma, si a los miembros de grupos armados al margen de la ley que recibieron los beneficios de la Ley 782 de 2002, o que se beneficiaron con la pena alternativa de conformidad con la LJP, con posterioridad a la obtención de los beneficios, se les llegare a imputar delitos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos y antes de su desmovilización, estas conductas serán investigadas y juzgadas por las autoridades competentes y las leyes vigentes al momento de la comisión de esas conductas⁶.

Así, no podrán acceder al procedimiento establecido en la Ley de Justicia y Paz aquellos miembros de los GAOM que hayan desarrollado actividades que tengan como finalidad el tráfico de estuperficientes o el enriquecimiento ilícito.

Ahora, en tratándose de personas que se encontraran privadas de la libertad conforme el procedimiento previsto en la Ley 782 de 2002, también podrán postular su nombre ante el Comisionado de Paz siempre que cooperen con los fines del proceso especial de justicia y paz⁷; para estos desmovilizados privados de la libertad el Gobierno expidió el Decreto 1059 de 2008 estableciendo las siguientes particularidades:

– Rige para los guerrilleros que se encuentren privados de la libertad y que, sin importar la etapa procesal en la que se encuentren –aun estando condenados–, decidan desmovilizarse.

– Para aquellos que deciden desmovilizarse se prevén dos posibles beneficios: indulto, siempre que se trate de delitos políticos y se cumplan una serie de requisitos formales previstos en el mismo decreto, además de los señalados en el artículo 50 y concordantes de la Ley 418 de 1997; y la aplicación de la pena alternativa, para quienes han cometido delitos que no les permiten ser beneficiados por la Ley 782 de 2002: pero requieren que el Ministerio del Interior y Justicia los postule en la lista que entrega a la Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional para la Justicia y la Paz.

5 Decreto 4760 de 2005, art. 1.º

6 Ley 975 de 2005, art. 25.

7 Decreto 3301 de 2006, art. 5º.

2. Relación y complementariedad con la Ley 782 de 2002

Si bien la Ley 975 de 2005 contempla un proceso especial y *sui generis* de juzgamiento penal, no tiene la posibilidad de abarcar y prever todos y cada uno de los supuestos fácticos que se puedan presentar en su aplicación, de tal forma que contempla una cláusula de complementariedad en su artículo 62, en virtud de la cual, para lo no previsto en ella, se aplicará la Ley 782 de 2002 y los Códigos de Procedimiento Penal vigentes para la fecha de comisión de las conductas punibles.

Esta relación de complementariedad se establece por dos razones, la primera, referida a la remisión al CPP, se suscita por el carácter procesal que tiene de suyo la LJP, pues como se mencionaba atrás, esta ley especial no constituye una nueva legislación en materia procesal que excluya a la anterior, ni tampoco se puede definir como un estatuto penal especial que prevea tipos penales y aplique sanciones; por el contrario, lo que se confirma con esta alusión que hace la cláusula de complementariedad es la naturaleza procesal de la LJP, y por tanto la necesidad de recurrir a las normas ordinarias en la materia cuando no haya solución aplicable al caso concreto en los términos de la misma.

En segundo lugar, la remisión que se hace a la Ley 782 de 2002 encuentra sentido en la motivación política para expedir estas dos leyes, pues ambas surgen como respuesta a la necesidad de encontrar soportes legales a los acuerdos humanitarios, que nacen con el interés de desarrollar instituciones jurídicas que aporten en los procesos paz y convivencia y, por tanto, deben tratar sobre asuntos relacionados con los grupos armados al margen de la ley, la búsqueda de su desmovilización y reincorporación a la vida civil.

En cuanto a la Ley 782 de 2002 en particular, es necesario aclarar que en realidad se encuentra constituida por una serie de leyes expedidas como *instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia*. A ella la antecede la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999, y que a su vez precede a la Ley 1106 de 2006 que la subroga en algunos apartes. No obstante, la Ley 782 de 2002 se erige como el hito en esa saga legislativa, y por eso, como generalidad, se alude a ella para referirse al ampuloso procedimiento que conjuntamente con las demás disposiciones regula, referido principalmente a la consagración del indulto como beneficio otorgado a los nacionales que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de delito político, cuando a juicio del

Gobierno Nacional, el grupo armado organizado al margen de la ley con el que se adelante un proceso de paz, del cual forme parte el solicitante, haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil⁸. Así mismo, la Ley 782 de 2002 contempla los beneficios de la cesación de procedimiento, la resolución de preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria respecto de quienes confiesen y hayan sido o fueren denunciados o procesados por hechos constitutivos de delitos políticos y conexos y no hayan sido aún condenados mediante sentencia ejecutoriada⁹.

Justificada la complementariedad de la LJP con la Ley 782 de 2002, dada la afinidad de los temas que abordan, a continuación se mencionan los aspectos más importantes de esta relación.

– Relevante resulta el primer *filtro* que establece la LJP y su normatividad complementaria para deslindar su competencia al decir que pueden acceder, a los beneficios que establece esa ley, los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que, entre otras condiciones, no puedan ser titulares de alguno de los beneficios establecidos en la Ley 782 de 2002, es decir, que no se haya incurrido en delitos políticos o conexos con estos¹⁰.

Otra remisión importante es la recogida en el artículo 2.º LJP conforme el cual la “reinserción a la vida civil de las personas que puedan ser favorecidas con amnistía, indulto o cualquier otro beneficio establecido en la Ley 782 de 2002, se regirá por lo dispuesto en dicha ley”, disposición que hace alusión expresa a los artículos 19 y siguientes *ibidem*, en los cuales se regula de forma minuciosa el procedimiento al que allí se alude.

Finalmente, es necesario mencionar que el artículo 69 LJP extendió los beneficios propios del delito político consagrados, como se mencionó, en el artículo 19 de la Ley 782 de 2002, a las siguientes conductas: concierto para delinquir simple; utilización ilegal de uniformes e insignias; instigación a delinquir en los términos del inciso 1.º del artículo 348 del C. P.; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones, siempre y cuando la persona se haya desmovilizado en el marco de la Ley 782 de 2002 y haya sido certificada por el Gobierno Nacional¹¹.

Al respecto resulta muy pertinente el análisis de las líneas que a continuación se desarrollan, pues de ser posible que los miembros de las autode-

8 Ley 782 de 2002, art. 19.

9 Ley 782 de 2002, art. 24.

10 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-928 de 2005, M. P.: JAIME ARAUJO RENTERÍA.

11 Ley 975 de 2005, art. 69.

fensas desmovilizados a propósito de la expedición de la LJP incurran sólo en los delitos mencionados, aun sin ser delitos políticos, habría lugar a que se les apliquen los beneficios de la Ley 782 de 2002, siempre que cumplan los requisitos para acceder a la misma.

III. DELITOS POLÍTICOS Y DELITOS COMUNES

Si bien es cierto el sistema de punibilidad se encuentra fundamentado en el principio de igualdad, y en ese sentido no hay lugar a discriminaciones en materia de justicia, la figura del delito político constituye la excepción a dicho principio, pues obedece a una tradición jurídica histórica propia del liberalismo francés de 1789 en virtud de la cual los pueblos tienen el derecho de rebelarse contra la opresión. Bajo esta lógica se ha establecido un sistema de penas benevolentes para con quienes deciden enfrentar el Establecimiento en aras de uno mejor. En Colombia también se ha acogido este sistema, y en desarrollo del mismo la jurisprudencia se ha pronunciado en múltiples providencias; por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia ha argumentado de la siguiente manera:

Las sociedades democráticas se caracterizan por la búsqueda permanente del consenso social, el cual viene de la mano de postulados tales como la igualdad, la justicia y la libertad, entre otros, cuya materialización compete a todos los poderes públicos. Una sociedad excluyente con graves déficits en el funcionamiento de la democracia, en la que no se respeta la dignidad humana ni los derechos fundamentales, frecuentemente cuenta con la presencia de graves conflictos, que en algunos casos llegan hasta niveles de confrontación violenta.

La violencia, fenómeno social que aparentemente está ligado a la existencia de toda sociedad, tiene que ser considerada como delito cuando afecta bienes jurídicos dignos, necesitados y merecedores de protección penal, y dependiendo de diferentes factores, la doctrina ha elaborado una amplia taxonomía sobre las clases de delitos, siendo una de ellas la que establece los comunes y políticos, sin que hasta la fecha aparezca razón alguna, fundamentada en los criterios propios de las ciencias sociales (la dogmática jurídico-penal), que cuestione la validez de tal distinción¹².

12 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 11 de julio de 2007, rad. 26945, MM. PP.: YESID RAMÍREZ BASTIDAS y Julio ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

Al observar en detalle las diferencias de los delitos políticos con los delitos comunes, se han establecido, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, una serie de criterios, como la finalidad que se persigue con uno y otro, el bien jurídico afectado, el objeto material y las prerrogativas que se le otorgan a uno y a otros no.

A partir del *bien jurídico* que cada tipo de delitos tutela se empiezan a diferenciar, pues los delitos políticos afectan el régimen constitucional y legal del Estado, mientras los delitos comunes lesionan intereses menos estructurales o con frecuencia de importancia privada, no pública como los políticos, claro, con varias excepciones como los delitos como la administración pública, entre otros. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia manifestó: “El bien jurídico protegido en los delitos políticos es el régimen constitucional y legal porque el rebelde o el sedicioso¹³ se levanta contra las instituciones para derrocarlas o perturbar su funcionamiento”¹⁴.

Así mismo, por el *objeto material* distan entre sí, puesto que los delitos políticos recaen sólo sobre el Estado y sus instituciones, mientras los comunes pueden recaer sobre éste o sobre personas o fenómenos.

Quizá la diferencia más significativa, dado el debate entre las teorías que explican la noción del delito político, se refiere a *la motivación o finalidad* del sujeto activo en cada uno de estos tipos de delitos. Acerca de dicho punto la Corte Constitucional precisó:

La Constitución distingue los delitos políticos de los delitos comunes para efectos de acordar a los primeros un tratamiento más benévolo con lo cual mantiene una tradición democrática de estirpe humanitaria [...] el Estado no puede caer en el funesto error de confundir la delincuencia común con la política [...] La acción delictiva de la criminalidad común no se dirige contra el Estado como tal, ni contra el sistema político vigente, buscando sustituirlo por otro distinto, ni persigue finalidades altruistas, sino que se dirige contra los asociados, que se constituyen así en víctimas indiscriminadas de esa delincuencia¹⁵.

En último lugar, una diferencia ya manifiesta y más de orden práctico procesal surge consecuencia de todo lo anterior: el delito político “es considerado

13 Nótese que al hacer referencia a los delitos políticos, la Corte reduce su comentario a la rebelión y la sedición, lo cual es una constante en la jurisprudencia.

14 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 11 de julio de 2007, cit.

15 Corte Constitucional. Sentencia C-171 de 1993, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA. Reiterada en la sentencia C-069 de 1994, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

por la Constitución como una infracción privilegiada que puede ser objeto de amnistías e indultos (art. 35 C. N.)¹⁶, lo que, junto a otras prerrogativas como el asilo o la reducción en las penas, constituye una nueva diferencia.

Sin embargo, es preciso mencionar que la noción de *delito político* no es tan clara como parecería a simple vista, por el contrario, se encuentra investida de una serie de discusiones que propenden por su definición, panorama que brevemente se describe a continuación.

1. Teorías sobre la naturaleza de los delitos políticos

En virtud de la dificultad que se evidencia cuando se trata de juzgar si una conducta atentatoria contra el Establecimiento es *per se* delito político o constituye un hecho punible común, es necesario deslindar la noción de delito político, para lo cual se han elaborado una serie de tesis que pretenden explicar su naturaleza¹⁷.

1.1. Teoría objetiva

Según esta teoría, también denominada de los delitos políticos puros, éstos hacen referencia a la lesión o puesta en peligro de la organización política, constitucional o legal del Estado; es decir, se enfatiza en la protección del bien jurídico que se tutela con la sanción de este tipo de conductas, y ello, aplicado a Colombia, sería lo que ocurre con los delitos del título XVIII del Código Penal que serían delitos políticos en razón de que este capítulo protege el régimen constitucional y legal.

1.2. Teoría subjetiva

De acuerdo con esta tesis, conocida como de los delitos políticos relativos o concurrentes, lo que permite identificar la esencia de un delito político no es el bien jurídico que se protege con su sanción, sino la motivación de los sujetos activos, la cual debe ser política y tener una pretensión contraestatal, en ningún momento paraestatal; es decir, se precisa la intención

16 SANDRA CASTRO OSPINA. *Lecciones de derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 172.

17 JOSÉ CEREZO, cit. en Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de diciembre de 2007, rad. 25931, M. P.: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ.

de subvertir el orden estatal, constitucional o legal es pos de obtener un beneficio común, con un proceder altruista, sin depender necesariamente para su categorización como delitos políticos del bien jurídico que con su represión se proteja.

1.3. Teorías eclécticas

Son aquellas que sin plegarse plenamente a una u otra de las tesis expuestas, las confunden en una sola, pero también se diferencian entre sí según el énfasis que hagan en la teoría subjetiva o en la objetiva, dividiéndose entonces en ecléctica extensiva y ecléctica restrictiva.

La teoría *ecléctica extensiva* entiende que los delitos políticos son aquellos que se configuran con la presencia de acciones que atentan contra el Estado, su organización y sus instituciones –teoría objetiva–, así como los que, sin dirigirse específicamente contra bienes jurídicos, tienen una finalidad política –teoría subjetiva–.

Por su parte, la teoría *ecléctica restrictiva* considera que tienen el carácter de delitos políticos aquellas conductas que implican un atentado a la organización estatal pero necesariamente motivadas por razones políticas, es decir, confluyen con el carácter de necesidad tanto la teoría objetiva como la subjetiva, en donde ésta es presupuesto de aquella.

2. Tesis vigente en Colombia

Ahora bien, habría que definir cuál es la tesis más aceptada o que se encuentra vigente en Colombia, bien sea a partir de la interpretación jurisprudencial realizada sobre el título XVIII del Código Penal o simplemente desde la línea jurisprudencial que al respecto se haya elaborado.

La Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia del 11 de julio de 2007, con ponencia de los magistrados YESID RAMÍREZ BASTIDAS y JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA, varió el criterio jurisprudencial acerca de la consideración que tenía la corporación respecto a los delitos políticos –quizá impelida en alguna medida por la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de los “19 comerciantes contra Colombia”–, pues con anterioridad a dicho pronunciamiento la postura de la Corte en este tema se esclarecía principalmente en los pronunciamientos acerca de la posibilidad de que miembros de grupos de autodefensa o paramilitares fue-

ran juzgados por el delito de sedición¹⁸ –tradicionalmente delito político–, y el criterio se acercaba a la tesis objetiva por cuanto permitir que dichas personas respondieran por sedición implicaba que este delito se considerara sin observar la motivación altruista o contraestatal que predicen las teorías subjetiva y de una u otra forma las eclécticas, enfatizando únicamente en que la conducta atentara contra el bien jurídico protegido, supuesto en el cual podría incluirse la conducta de aquellos que mediante el empleo de las armas, aun con fines paraestatales, pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes.

No obstante, con el referido cambio jurisprudencial la Corte se acercó a la teoría ecléctica restrictiva, al considerar que “los hechos delictivos cometidos por cuenta o en nombre de los paramilitares no fueron ejecutados con el propósito de atentar contra el régimen constitucional y legal vigente, con denunciado apoyo de importantes sectores institucionales y procurando obtener beneficios particulares”¹⁹, de lo cual se infirió que no había lugar a aplicar sedición sino a juzgar según el delito común correspondiente.

En ese mismo sentido: “La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha consignado que el delito político tiene ocurrencia cuando se atenta contra el régimen constitucional y legal vigente en búsqueda de un nuevo orden”²⁰, enunciado en el cual confluyen las tesis objetiva y subjetiva en el sentido prescrito por la tesis ecléctica restrictiva y que es apoyada por la misma corporación también en la sentencia del 5 de diciembre de 2007 con ponencia de la magistrada MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ, y por la Corte Constitucional que, en una de las sentencias hito de los delitos políticos, precisó: “El delito político es aquel que, inspirado en un ideal de justicia, lleva a sus autores y copartícipes a actitudes proscritas del orden constitucional y legal como medio para realizar el fin que se persigue”²¹.

Así, es claro que desde siempre la Corte Constitucional ha recogido la tesis ecléctica restrictiva que ahora también prevalece en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de lo cual se infiere que es aquella la tesis conforme a la cual es comprendida o definida la naturaleza de los delitos

18 Al respecto cfr. Corte Suprema de Justicia, rad. 24222 y 224312 del 18 de octubre de 2005.

19 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de julio de 2007, cit.

20 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia dentro del radicado 26945.

21 Corte Constitucional, Sentencia C-009 de 1995, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

políticos en Colombia y, por tanto, el criterio a seguir cuando el juez deba decidir en un caso concreto si una conducta merece calificarse bajo los presupuestos del delito político.

IV. DELITO DE SEDICIÓN Y CONCIERTO PARA DELINQUIR

A propósito de las diferencias que ocupan a la jurisprudencia entre los delitos políticos y los comunes, es ampliamente conocido por los funcionarios judiciales y la opinión pública en general el debate que se ha suscitado a partir de la expedición de la LJP y en particular de la cláusula consignada en su artículo 71 –posteriormente declarado inexecutable por vicios de forma mediante sentencia C-370 de 2006– en el cual se ampliaba la tipificación de la sedición a “quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional o legal”.

La vigencia temporal de este artículo y los efectos que produjo hicieron que la Corte Suprema sentara una posición de fondo que varió la que con anterioridad se había esbozado. En el cambio jurisprudencial, la Corte expuso *razones de orden sustancial sobre la imposibilidad de equiparar el concierto para delinquir con la sedición*, pues entre estas dos conductas típicas se centró el debate.

Con el propósito de sintetizar los argumentos a partir de los cuales el juez, de acuerdo con el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, debe distinguir la sedición del concierto para delinquir, es preciso decir que hay una serie de criterios diferenciadores, entre los que se cuentan la acción típica, el dolo, el sujeto pasivo, la culpabilidad, la consecuencia derivada del éxito del sujeto activo y el tipo de sociedad en la cual se presenta la conducta.

En lo atiente a la *acción típica*, dijo la Corte:

...el rebelde o sedicioso se encauza a un supuesto fin colectivo o de bienestar pues busca derrocar al gobierno legítimo para instaurar uno que considera justo e igualitario o perturbar la operatividad jurídica del régimen vigente; en el *concierto para delinquir* se busca la satisfacción de necesidades egoístas, individuales de los asociados pues el responsable de tal injusto se coliga con el propósito de cometer delitos en forma indiscriminada sin que sea necesaria

la producción de un resultado y menos aún la consumación de un ilícito que concrete el designio de la concertación²².

En lo referente al *dolo* como elemento diferenciador entre la sedición y el concierto, la Corte arguyó que en el delito político éste se presenta como la acción encaminada positivamente a socavar la institucionalidad alterando el orden existente y abogando por uno nuevo, mientras en el concierto para delinquir se evidencia una acción dirigida a diversos fines que no necesariamente tienen que ver con el Establecimiento ni proponen alternativas de cambio frente al mismo.

En cuanto al *sujeto pasivo*, se precisa que en el delito político el mismo se encuentra representado por el Estado, las instituciones, el gobierno que se pretende derrocar, *contrario sensu* a lo que sucede en el concierto para delinquir donde la afectada es la sociedad, los ciudadanos o los particulares.

Por su parte, la *culpabilidad* constituye también un ingrediente diferenciador por cuanto de un delincuente político se predica su culpabilidad cuando se establece

que conocía la obligación de acatar y respetar las instituciones estatales y decidió participar en su desestabilización buscando su caída; en el *concierto para delinquir* la culpabilidad del sujeto surge del afán de satisfacer sus intereses particulares por medio de una organización creada para la comisión de delitos en forma indeterminada y del conocimiento de que esa empresa se erige en un franco y permanente peligro para la sociedad en general y sin distinción²³.

En el mismo sentido, añade la Corte: “A partir del principio de proporcionalidad se establece que la relación entre tipicidad y culpabilidad no permite tener como culpable de sedición a quien realiza una conducta típica de concierto para delinquir”²⁴.

Ahora, hay que considerar los efectos que conlleva el *éxito de quien incurre en una u otra conducta punible*, pues el triunfo del delincuente político permite erigir un nuevo Estado y por tanto su conducta, seguramente, ya no sería penada sino, por el contrario, exaltada, mientras que el cumplimiento de los fines del concertado para delinquir no modifica en absoluto las institu-

22 Corte Suprema de Justicia. Auto de única instancia, 18 de julio de 2001, rad. 17089.

23 Corte Suprema de Justicia. Auto de colisión de competencia, 21 de febrero de 2001, rad. 18065.

24 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 11 de julio de 2007, cit.

ciones, sólo consigue la meta particular del sujeto activo y pone en evidencia la impunidad.

Finalmente, la Corte hace una reflexión que apoya la intención de diferenciar la sedición del concierto para delinquir centrándose en observar cómo la primera, como los demás delitos políticos, se presenta en *sociedades que tienen altos grados de conflictividad social* y tiende a desaparecer en comunidades que logran elevados niveles de consenso; el concierto para delinquir es un fenómeno delincencial que depende de fines egoístas que persiguen quienes lo cometen, y no se conoce sociedad que esté exenta del mismo²⁵.

Así, la Corte clarifica las diferencias estructurales entre uno y otro delito para concluir que, en el caso particular de los miembros de grupos paramilitares,

bajo ningún pretexto alcanzan a ser considerados como autores del punible de sedición, por cuanto tales comportamientos no pueden ser asimilados al concepto de delitos políticos [...] [y] debido a que los hechos delictivos cometidos por cuenta o en nombre de los paramilitares no fueron ejecutados con el propósito de atentar contra el régimen constitucional y legal vigente [...] pretender que una norma identifique como *delito político* conductas claramente señaladas como *delitos comunes* resulta contrario a la Constitución vigente, desconoce la jurisprudencia nacional y contradice la totalidad de doctrina nacional y extranjera.

V. DELITO POLÍTICO Y CONEXIDAD

Los efectos de punibilidad que traen consigo los delitos políticos han variado sustancialmente en Colombia, principalmente a partir de la sentencia C-456 de 1997, en la cual la Corte Constitucional abordó el debate de la *exclusión de pena para los delincuentes políticos consagrada en el Código Penal vigente de ese entonces* (art. 127 Dcto. 100 de 1980, modificado por el art. 1.º Dcto. 1857 de 1989, adoptado como legislación permanente por el art. 8.º Dcto. Extr. 2266 de 1999) en los siguientes términos:

Artículo 127. *Exclusión de pena.* Los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo.

25 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 11 de julio de 2007, cit.

Dicha disposición implicaba que los actos cometidos en combate por los rebeldes se consideraban subsumidos por esta conducta típica y por tanto no había lugar a penas más gravosas que las devenidas del punible de rebelión.

No obstante, a partir de la declaratoria de inexecutable del aludido precepto, el contenido de la decisión del órgano de control constitucional y la no inclusión de una disposición similar en la Ley 599 de 2000 que reemplazó el anterior Código Penal, los comportamientos delictivos realizados por los rebeldes que no sean elementos o circunstancia integrante de la configuración típica del delito de rebelión, en combate o fuera de él, deben, sin excepción, recibir el tratamiento de los hechos punibles concursales; es decir, una vez proscrita la noción de los delitos políticos como aquellos que subsumían a otros delitos cometidos en combate, consecuencia de lo cual la comisión de otros punibles en desarrollo de un delito político se encontraba envuelta en la comisión de aquel, la consideración del delito político como delito complejo quedó definitivamente desterrada del ordenamiento jurídico, de tal forma que, hoy, “en conexión con los delitos políticos pueden cometerse otros, que aisladamente serían delitos comunes, pero que por su relación adquieren la condición de delitos conexos, y reciben, o pueden recibir, el trato favorable reservado a los delitos políticos”²⁶.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha hecho la siguiente precisión:

Encuentra la Sala que es bastante frecuente que el delito político resulte conexo [...] con otros comportamientos, y a la postre concurre con estos, circunstancia que en sí misma no permite otorgar, sin más, la condición de delito político a tales conductas estrechamente enlazadas, como que simple y llanamente darán lugar a un concurso material efectivo de delitos y, entonces, corresponderá aplicar las reglas punitivas que se establecen en el artículo 31 de la ley 599 de 2000. Asunto diverso será, que a dichos actos, en razón de su conexidad con delitos políticos, se haga extensivo el tratamiento especial dispuesto para estos dentro de especiales condiciones.

Tampoco es viable asumir que ciertos comportamientos, como por ejemplo el homicidio en combate, tienen la condición de hechos cooperados con el delito político, pues en tal caso también se trata de un concurso material de delitos, frente al cual *sólo el legislador*, acatando la Carta Política y la normativa in-

26 Corte Constitucional. Sentencia C-456 de 1997, M.P.: JORGE ARANGO MEJÍA y EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

ternacional podrá ampliar el carácter de delito político por conexidad a dicho atentado contra la vida²⁷.

No obstante, pervive en el ordenamiento jurídico una conducta que se hace subsumible en el delito de rebelión, cual es el tráfico, fabricación o porte de armas de fuego de defensa personal y de uso privativo de las fuerzas militares o de policía²⁸ y de explosivos, pues la misma Corte ha manifestado que la descripción típica que del punible de rebelión hace el artículo 467 C. P. incluye necesariamente el empleo de las armas, entendidas estas en su natural y obvio sentido y no en el restringido de armas de fuego; motivo por el cual se incluyen los explosivos y, en consecuencia, el concurso de delitos, que así podría presentarse “solo lo es en apariencia y solucionable por senda del principio de consunción de modo que el almacenamiento o conservación que de esos instrumentos ejecuten los rebeldes y en tanto lo sea desde luego en torno a su finalidad de derrocar al Gobierno Nacional o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, debe entenderse subsumido y como parte integrante del punible de rebelión”²⁹.

También, es necesario precisar que si bien el delito político puede estar en concurso con otras conductas punibles, para efectos de la competencia en su juzgamiento se considera que, dado que el sujeto pasivo de la conducta es el Estado en sus diferentes expresiones, el rebelde puede ser investigado y juzgado en cualquier lugar del territorio nacional³⁰.

VI. VIGENCIA DEL ARTÍCULO 71 DE LA LEY 975 DE 2005

Como se mencionó antes, mediante esta norma el legislador incluyó una disposición al delito de sedición consagrado en el artículo 71 del Código Penal, en el sentido de incluir a quienes hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. Pero, mediante sentencia C-370 de 2006 la Corte Constitucional declaró inexecutable dicha norma al considerar:

27 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5 de diciembre de 2007, cit.

28 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de noviembre de 2003, rad. 13952.

29 Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de diciembre de 2005, rad. 24362, M. P.: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

30 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 11 de julio de 2007, cit.

El trámite impartido a los artículos 70 y 71 de de la Ley 975 de 2005 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, fiablemente fueron remitidos a Comisiones constitucionales que no eran competentes; y una vez aprobados por estas 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 ello³¹.

A pesar de la declaratoria de inexecutable, la Corte Constitucional advirtió que la providencia carecía de efectos retroactivos, razón por la cual, en virtud del principio de favorabilidad, habría lugar a solicitar, respecto de quien pretenda acceder a los beneficios propios de la sedición, que se le juzgue de acuerdo con el artículo 71 de la Ley 975 de 2005 y no por el artículo 340 C. P., concierto para delinquir.

Este argumento, al cual se puede ver enfrentado el funcionario judicial, fue estudiado por la Corte Suprema de Justicia, la cual consideró que “a pesar de la vigencia temporal y la posibilidad de invocación favorable del artículo 71 de la Ley 975 de 2005, no es viable su aplicación”, y ello porque:

- La Constitución establece criterios básicos sobre lo que se debe entender por delito político;
- Desde la teoría del delito se puede distinguir y establecer el antagonismo entre los delitos políticos y el concierto para delinquir;
- Aceptar que el concierto para delinquir es un delito político lleva al desconocimiento de los derechos de las víctimas, y
- Al haber sido declarado inexecutable el precepto, no puede seguir produciendo efecto alguno hacia el futuro en el mundo jurídico, y cualquier juez puede aplicar la excepción de inconstitucionalidad por razones de fondo para evitar su vigencia temporal antes de la declaratoria de inexecutable por razones de forma³².

En suma, la Corte dispuso la inaplicabilidad del artículo 71 de la Ley 975 de 2005 a partir de las tesis mencionadas que distinguen los delitos políticos de los comunes, y en particular la sedición del concierto para delinquir, así

31 Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006, MM.PP.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, RODRIGO ESCOBAR GIL, MARCO GERARDO MONROY CABRA, ÁLVARO TAFUR GALVIS y CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

32 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 11 de julio de 2007, cit.

como desde la figura de la excepción de inconstitucionalidad que resulta ser el instrumento jurídico idóneo para no otorgar vigencia en ningún tiempo a la referida disposición.

VII. AMNISTÍA E INDULTO

El delito político, dada su tradición y consolidación en los sistemas punitivos modernos, ha merecido la aplicación de una serie de beneficios en cuanto a la sanción penal y la posibilidad de que esta sea sustituida por instrumentos especiales para estas conductas punibles. En este sentido, el asilo, la prohibición de extradición, la posibilidad de ejercer cargos públicos aun después de la condena, y la amnistía y el indulto, constituyen el conjunto de prerrogativas que la legislación nacional, en concordancia con la normatividad internacional, ha previsto para quienes incurren en conductas punibles asimilables a los llamados delitos políticos.

La amnistía y el indulto son dos de las mencionadas modalidades de favorecimiento estrictamente jurídico al procesado, en el primer caso, y al condenado, en el segundo, por la comisión de delitos contra el régimen constitucional y legal. Así, la amnistía es aquella figura que extingue la acción penal pero mantiene vigente la acción civil, procediendo únicamente antes de la ejecutoria de la sentencia. Su reconocimiento –al igual que el del indulto–, cuando es general, debe ser aprobado por los dos tercios de la votación de los miembros de una y otra cámara en el Congreso de la República y atendiendo a graves motivos de conveniencia pública (art. 50 num. 17 C. N.) y por el Gobierno, cuando es particular, por autorización del Congreso (art. 201 num. 2 C. N.).

En cambio, el indulto extingue la sanción penal, no el delito ni tampoco la responsabilidad civil. *Cobija el indulto propio que es aquel que se concede al momento de proferir la sentencia condenatoria respectiva, y al impropio, cuando se reconoce con posterioridad*³³ Así mismo, sólo el Congreso puede conceder indultos generales, pero es el Gobierno el que se encuentra autorizado para reconocer indultos particulares si bien únicamente cuando hay una ley que lo faculta para ello.

Con el propósito de distinguir la naturaleza del indulto de la que caracteriza la amnistía, la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de sentar posición advirtiendo:

33 CASTRO OSPINA. *Lecciones de derecho penal*, cit., p. 167.

En términos generales puede decirse que la amnistía es un mecanismo de extinción de la acción penal y que el indulto es un mecanismo de extinción de la pena. Esta Corporación ya ha tenido oportunidad de realizar distinciones entre la amnistía y el indulto. Así, al declarar exequible el artículo 66 de la Ley 49 de 1990, manifestó: “El fundamento del indulto es el ejercicio del derecho de gracia. En sentido genérico es la remisión o perdón, total o parcial, de las penas judicialmente impuestas. Mientras la amnistía recae sobre la causa, el indulto opera sobre el efecto mismo; igualmente, mientras la amnistía hace referencia al hecho, en el indulto se mira directamente a la persona: no es real sobre la cosa o hecho, sino personal. En sana lógica, debe concluirse que se trata de un acto jurisdiccional en cuanto a la naturaleza de su objeto y a los efectos que tiene”. (Corte Constitucional. Sentencia C-260-93. M. P. VLADIMIRO NARANJO MESA)³⁴.

Ahora bien, se expuso que tanto la amnistía como el indulto atacan las acciones penales ya sean concomitantes o posteriores al proceso y la sentencia, pero no ocurre lo mismo con las acciones civiles, pues el Estado se encuentra en la obligación de garantizar la reparación integral a las víctimas, de tal suerte que “la acción civil queda supeditada a la decisión del legislador y de allí por qué el constituyente haya dispuesto que en caso que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a indemnizar”³⁵.

En adición a lo anterior es necesario observar dos obligaciones que tiene el Congreso a propósito de la amnistía y el indulto. Por un lado, la prohibición para concederlos en tratándose de delitos comunes, lo cual

es así porque el constituyente, teniendo en cuenta que en esos delitos no concurre la motivación altruista que se advierte en los delitos políticos, los ha excluido de tales beneficios. De allí que si el legislador extiende esos institutos a la delincuencia común, no sólo estaría desconociendo la particular naturaleza que les asiste a aquellos, sino también incurriendo en un manifiesto quebrantamiento de la Carta³⁶.

En segundo término, de manera consecuente con el argumento planteado, se dice que el Congreso no puede prohibir la concesión de amnistías e indultos por delitos políticos, lo cual se explica por cuanto

34 Corte Constitucional. Sentencia C-695 de 2002, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

35 Corte Constitucional. Sentencia C-695 de 2002, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

36 Ibid.

el constituyente ha circunscrito el ámbito de aplicación de la amnistía y el indulto a los delitos políticos. Luego, si sobre ese punto existe también un mandato superior, el legislador no podría desconocerlo realizando distinciones entre los delitos políticos de tal manera que esos beneficios resultaran viables para unos de ellos y no para otros³⁷.

Para efectos de los procesos especiales que se han instituido para la consecución de la paz y la convivencia, es preciso recordar que la normatividad recogida en la Ley 782 de 2002 desarrolla principalmente la institución del indulto (art. 19).

37 *Ibíd.*

CAPÍTULO QUINTO

PRINCIPIOS PROCESALES ESPECIALMENTE RECOGIDOS EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

SUMARIO: I. Introducción. II. Los principios procesales contenidos expresamente en el capítulo III de la LJP. 1. Oralidad. 2. Celeridad. 3. Defensa. 4. Esclarecimiento de la verdad. III. Otros principios procesales contenidos en la LJP. IV. Fundamentos jurídicos y dogmáticos.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 975 de 2005, Ley de Justicia y Paz (LJP) incluye dentro de su articulado varias normas que consagran principios procesales y, de hecho, le dedica un capítulo independiente, el tercero, a dicho tema. Lo manifestado fuerza a efectuar un par de precisiones: de un lado, la agrupación de algunos principios procesales en el citado capítulo III de la LJP no supone la exclusión de otros consagrados a lo largo de la referida normatividad, incluso, de forma tácita; de otro, la remisión al CPP supone la inclusión de, cuando menos, el conjunto de principios propios de las actuaciones regladas con sujeción a la Ley 906 de 2004 (art. 62 LJP)¹ y, por esta vía, como es apenas natural, de los principios procesales constitucionales².

No obstante lo anotado, conviene aclarar que, en lo sucesivo, sólo se hará mención de aquellos principios consignados en el capítulo III de la LJP, sin perjuicio de hacer referencia, en un segundo momento, a algunos otros incorporados en la ley objeto de examen, pero ubicados por fuera del capítulo aludido.

1 “Artículo 62. *Complementariedad*. Para todo lo no dispuesto en la presente ley se aplicará la Ley 782 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal”.

2 Aglutinados, de modo genérico, en el concepto marco de debido proceso y recogidos en diversos artículos de la Constitución Nacional, empezando por el 29.

II. LOS PRINCIPIOS PROCESALES CONTENIDOS EXPRESAMENTE EN EL CAPÍTULO III

Conforme viene de anotarse, el capítulo III de la LJP consagra expresamente un grupo de principios que, de forma general, constituye la esencia del sistema procesal previsto en la referida ley. Se trata, en concreto, de los principios de *oralidad*, *celeridad*, *defensa* y *esclarecimiento de la verdad* contenidos entre los artículos 12 y 15.

Ninguno de ellos, sin embargo, es exclusivo del esquema de investigación y juzgamiento de la LJP; por el contrario, todos y cada uno de los mencionados también tienen vigencia en la legislación ordinaria prevista en el CPP de 2004, que, dicho sea de paso, supuso una intensificación de la oralidad en la actuación procesal penal.

1. Oralidad

En consonancia con este principio, conforme al entendimiento que de él tiene en forma unánime la doctrina, la actuación procesal ha de desarrollarse privilegiando la palabra oral, a través de sucesivas *audiencias*, en contraposición a las actuaciones escritas, tan propias y características de los modelos o sistemas inquisitivos de procesamiento.

Que la actuación sea oral, empero, no significa que carezca de archivos, pues las mixturas procesales típicas de los sistemas contemporáneos hace imperativo conservar ciertos registros de las actuaciones (muy importantes, p. ej., a la hora de ejercitar los recursos que acarrearán la intervención de una segunda instancia). Por ello, el artículo 12 LJP es claro al ordenar que la reproducción fidedigna de las actuaciones orales sea garantizada e invita, para tales efectos, a emplear los medios técnicos idóneos:

Artículo 12. *Oralidad*³. La actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos idóneos que garanticen su reproducción fidedigna.

La conservación de los registros corresponderá al Secretario de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz creada por la presente ley, y al de la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial que conozca del juzgamiento, según corresponda.

3 Corte Constitucional. Sentencias C-080 de 2007, C-719 de 2006, C- 575 de 2006 y C-531 de 2006.

En la práctica, este principio implica, como es obvio, actividades jurisdiccionales propiamente dichas (relativas a la realización y a la garantía del principio mismo), así como administrativas (atinentes a la consecución e implementación de los medios técnicos necesarios para ello). En este sentido, resultan particularmente ilustrativos los artículos 32, inciso 2.º, 56, 57 y 58 LJP.

2. Celeridad

Se ha entendido que la vigencia del principio de oralidad permite agilizar la actuación procesal, al desembarazar a quienes participan en ella de la necesidad de dejar constancias escritas de todo lo actuado. Desde esa perspectiva —esencialmente correcta—, la celeridad es una consecuencia lógica de la vigencia del principio arriba comentado; otro tanto ocurre, en buena medida, con la publicidad, todo lo cual contribuye a incrementar, de manera correlativa, la importancia de las audiencias como los verdaderos ejes del procedimiento oral.

Al hilo de lo anterior, puede resaltarse otra de las consecuencias de la implementación de la oralidad: la relativa a la particular dinámica de las actividades decisoria e impugnatoria (aun cuando no solo de ellas), pues tanto en uno como en otro caso, las actuaciones en las cuales se concretan las aludidas actividades deben tener lugar en el marco propio de las audiencias. En el primer caso, es decir, el de la actividad decisoria, es regla general que los asuntos debatidos en las audiencias deban, en efecto, resolverse en ellas y que las decisiones adoptadas, salvo circunstancias excepcionales, se entiendan notificadas en el mismo acto, esto es, *en estrados* (art. 13 LJP); en el segundo caso, o sea, el de la actividad impugnatoria, es claro que la interposición, el trámite y la decisión de los recursos también están sometidos a la exigencia de que todo ello tenga lugar, en forma oral, dentro de la audiencia respectiva (art. 26 LJP).

En consonancia con lo expuesto, se entiende perfectamente que el artículo 13 LJP, destinado en principio a consagrar la vigencia del principio de *celeridad*, se ocupe igualmente de regular lo relativo a las *audiencias preliminares*, enlistando como asuntos llamados a tramitarse en dicha sede la práctica de pruebas anticipadas⁴, la adopción de medidas para la protección

4 De manera excepcional y siempre que la misma se requiera para evitar la pérdida o la alteración del medio probatorio. En este caso, es necesario que existan motivos fundados y de extrema necesidad.

de víctimas⁵ y testigos, la solicitud y la decisión de imponer medidas cautelares de carácter personal o real (esto es, sobre las personas o los bienes⁶), la formulación de la imputación y de los cargos y cualquier otro asunto similar a los anteriores:

Artículo 13. *Celeridad*⁷. Los asuntos que se debatan en audiencia serán resueltos dentro de la misma. Las decisiones se entenderán notificadas en estrados. Las audiencias preliminares se realizarán ante el Magistrado de Control de Garantías que designe el Tribunal respectivo.

En audiencia preliminar se tramitarán los siguientes asuntos: 1. La práctica de una prueba anticipada que por motivos fundados y de extrema necesidad se requiera para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio. 2. La adopción de medidas para la protección de víctimas y testigos. 3. La solicitud y la decisión de imponer medida de aseguramiento. 4. La solicitud y la decisión de imponer medidas cautelares sobre bienes⁸. 5. La formulación de la imputación. 6. La formulación de cargos. 7. Las que resuelvan asuntos similares a los anteriores.

Las decisiones que resuelvan asuntos sustanciales y las sentencias deberán fundamentarse fáctica, probatoria y jurídicamente e indicar los motivos de estimación o de desestimación de las pretensiones de las partes.

El reparto de los asuntos a que se refiere la presente ley, deberá hacerse el mismo día en que se reciba la actuación en el correspondiente despacho.

Como puede verse, sin menoscabo de la celeridad, pero ante la necesidad de garantizar el derecho de defensa y –de modo general– el principio de contradicción respecto de todos los sujetos procesales e intervinientes, el propio

5 El Decreto 3570 de 2007, reglamentario de la LJP, al referirse en su artículo 3.º al principio de celeridad en el contexto del Programa de Protección para Víctimas y Testigos en el ámbito de dicha ley, establece: “Artículo 3.º. *Celeridad*. Para garantizar una atención efectiva a la población objeto de protección, las entidades del Estado responsables deberán adoptar de manera inmediata, con celeridad y diligencia, las medidas tendientes a la protección de la vida, integridad, seguridad y libertad de las víctimas y testigos para garantizar su participación en las diferentes etapas del proceso de justicia y paz”.

6 No sólo ilícitos, como decía originalmente el numeral 4 del artículo 13 LJP.

7 Corte Constitucional. Sentencias C-080 de 2007, C-719 de 2006, C- 670 de 2006, C-575 de 2006 y C-531 de 2006.

8 El agregado original “*de procedencia ilícita*” fue declarado inexecutable por la sentencia C-370 de 2006.

texto legal recién transcrito exige que, cuando las decisiones adoptadas en las audiencias resuelvan asuntos sustanciales, a pesar de ser orales, se fundamenten adecuadamente desde las perspectivas fáctica, probatoria y jurídica, indicando así mismo los motivos por los cuales estiman o no las pretensiones discutidas⁹.

Tornando al postulado objeto de comentario, conviene añadir que, al margen de la estrecha relación existente entre oralidad y celeridad, hay razones de especial fuerza que avalan la inclusión de la celeridad a modo de principio procesal dentro del marco de la LJP; efectivamente, tanto el propósito de pacificación nacional al cual sirve el ejercicio de justicia transicional plasmada en aquélla, como la salvaguarda de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, son razones más que suficientes para que la antigua máxima de acuerdo con la cual *la justicia lenta no es justicia* cobre un significativo interés en esta materia.

Téngase en cuenta, por último, que, siempre en pro de la celeridad como principio procesal, en el último inciso del artículo que ha venido mencionándose la LJP dispone que el *reparto* de los asuntos entre los titulares de los distintos órganos jurisdiccionales competentes (no obstante tratarse de una actividad típicamente administrativa perfectamente susceptible de una simple reglamentación interna), debe llevarse a cabo el mismo día en el cual se reciba la actuación respectiva en el correspondiente despacho.

3. Defensa

En adición a su explícito reconocimiento constitucional como uno de los elementos estructurales esenciales del derecho fundamental al debido proceso, la inclusión expresa del derecho a la defensa en los textos procesales penales de rango legal ha venido siendo, últimamente, una constante en el ordenamiento jurídico colombiano, tal como lo corrobora el artículo 14 LJP cuando, haciendo referencia al mencionado derecho, establece que “la defensa estará a cargo del defensor de confianza que libremente designe el imputado o acusado o, en su defecto, del asignado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública”.

Aunque de lo transcrito parecería inferirse, merced a la escueta redacción del texto, que la defensa estaría en principio circunscrita al imputado o acu-

9 Determinante es, en verdad, el papel que en el ámbito de lo procesal se le reconoce a la motivación de las decisiones a los efectos de su control vía recursos.

sado, tal inferencia debe, sin embargo, descartarse de inmediato, recordando simplemente que, en atención a la normatividad supralegal que la regula, la defensa, en cuanto actividad procesal, no se refiere de manera exclusiva al sujeto pasivo de la persecución penal, ni —en relación con éste— se limita, únicamente, a la llamada *defensa técnica*.

En ratificación de lo primero, no se olvide que la actividad defensiva supone la simultánea realización de otros principios, unánimemente reconocidos en el concierto nacional e internacional como inherentes a la misma, tal como ocurre, por ejemplo, con los de *bilateralidad de la audiencia*, *contradicción* e *igualdad*, en modo alguno restringibles sólo al procesado; en relación con lo segundo, urge tener presente que, respecto del imputado o acusado, la *vertiente material de la defensa* reviste singular importancia en cualquier contexto procesal, a raíz de su estrecha conexión con actividades tales como la probatoria y impugnatoria¹⁰, tradicionalmente susceptibles de realización, en forma directa, por el propio procesado.

4. *Esclarecimiento de la verdad*

Aun cuando en el ámbito procesal comporta una especie de lugar común aseverar que el *esclarecimiento de la verdad* constituye uno de los fines propios de los procesos judiciales, en el específico caso de la LJP dicha finalidad ha sido explícitamente erigida en un principio procesal, erección ésta que, a no dudarlo, se compadece a cabalidad con el contexto dentro del cual se inscribe el referido cuerpo legal, si se tiene en cuenta que —como es apenas entendible— la política criminal en una materia tan sensible como lo es la relacionada con la pacificación nacional debe basarse, entre otras cosas, en el *conocimiento y divulgación de la verdad*.

De esta suerte, no es de extrañar, entonces, que el artículo 15 LJP comience por conminar indiscriminadamente, a todos los servidores públicos¹¹ concernidos por los mandatos de aquélla, a disponer “*lo necesario para que se asegure el esclarecimiento de la verdad sobre los hechos objeto de investigación*”. Obsérvese:

10 Sobre este tema en particular se volverá en una sección ulterior de este escrito.

11 Al respecto ver los decretos 3391 de 2006 (art. 2.º) y 4760 de 2005 (art. 4.º).

*Artículo 15. Esclarecimiento de la verdad*¹². Dentro del procedimiento que establece la presente ley los servidores públicos dispondrán lo necesario para que se asegure el esclarecimiento de la verdad sobre los hechos objeto de investigación y se garantice la defensa de los procesados.

La Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz creada por esta ley, deberá investigar, por conducto del fiscal delegado para el caso, con el apoyo del grupo especializado de policía judicial, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron las conductas punibles; las condiciones de vida, sociales, familiares e individuales del imputado o acusado y su conducta anterior; los antecedentes judiciales y de policía, y los daños que individual o colectivamente haya causado de manera directa a las víctimas, tales como lesiones físicas o psicológicas, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de derechos fundamentales.

Con la colaboración de los desmovilizados, la policía judicial investigará el paradero de personas secuestradas o desaparecidas, e informará oportunamente a los familiares sobre los resultados obtenidos.

La Fiscalía General de la Nación velará por la protección de las víctimas, los testigos y los peritos que pretenda presentar en el juicio. La protección de los testigos y los peritos que pretenda presentar la defensa estará a cargo de la Defensoría del Pueblo. La protección de los magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial que deban conocer del juzgamiento será responsabilidad del Consejo Superior de la Judicatura.

Más allá, empero, de las consideraciones que su carácter de principio acarrea –sobre todo en el ámbito de la teoría de las normas–, resulta pertinente resaltar cómo el legislador se ha valido de la disposición recién transcrita para ratificar la vigencia, en cabeza de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, por conducto del fiscal delegado para el caso, del *deber procesal de investigar*¹³.

Por virtud de la antedicha titularidad, conferida en términos generales por la Constitución Política, le corresponde, pues, a la Fiscalía General de la Nación, con arreglo a la disposición que se examina, investigar, con el apoyo del correspondiente grupo especializado de policía judicial, “las circunstan-

12 Corte Constitucional. Sentencias C-719 de 2006 y C-080 de 2007.

13 De esta forma, la LJP no hace nada distinto de reiterar las competencias que, constitucionalmente, le fueron atribuidas a la Fiscalía General de la Nación en materia penal.

cias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron las conductas punibles; las condiciones de vida, sociales, familiares e individuales del imputado o acusado y su conducta anterior; los antecedentes judiciales y de policía, y los daños que individual o colectivamente haya causado de manera directa a las víctimas”. Asimismo, ha de investigarse el paradero de las personas secuestradas.

La verdad, en todo caso, en el contexto de la ley que se comenta, tiene dos manifestaciones, que vale la pena tener siempre presentes: una individual, referida básicamente a las víctimas de los delitos cometidos por los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley (arts. 4.º y 7.º LJP) y otra colectiva, que, además de las víctimas, involucra a la sociedad en general (arts. 15 y 7.º LJP).

Con todo, el tantas veces aludido principio procesal no es –ni puede ser– absoluto y, desde esa perspectiva analítica, han de entenderse las limitaciones que la propia LJP le introduce en forma expresa y que atañen al debido proceso, al derecho de defensa y, en general, a las garantías judiciales de los procesados (arts. 15 y 4.º LJP)¹⁴.

III. OTROS PRINCIPIOS PROCESALES

CONTENIDOS EN LA LJP

Se trata, en este punto, de mencionar algunos de los principios de mayor relevancia dentro de la LJP y que no fueron incluidos en el capítulo III examinado con anterioridad. La enunciación que se hace a continuación no es, entonces, taxativa ni, tampoco, exhaustiva y pretende, solamente, reseñar de modo breve aquellos que representan un mayor interés práctico, a la luz de los contenidos desarrollados en las restantes secciones de este escrito.

En primer lugar, es pertinente mencionar el *principio de responsabilidad*, pues los desmovilizados sometidos a la LJP deben enfrentar las consecuencias jurídicas de sus actos delictivos y la consecuente condena en los órdenes civil y penal. Lo anterior, sin perjuicio de la concesión de determinados beneficios, igualmente jurídicos, como es el caso, en concreto, de una pena alternativa, cuando se verifiquen determinados requisitos de orden legal, siendo importante insistir, desde ahora, en que la concesión del referido

14 En cualquier caso, los límites reseñados exceden el marco propio del esclarecimiento de la verdad y, en tal virtud, deben entenderse impuestos a la actividad jurisdiccional en conjunto.

beneficio no supone un indulto ni, tampoco, una amnistía (arts. 17 a 24, 29 y 30)¹⁵. En este mismo sentido, puede hablarse, igualmente, de una especie de *principio de jurisdiccionalidad*, en tanto sólo un juez de la República, para el caso colegiado, puede imponer la pena correspondiente y reconocer el beneficio de la alternatividad penal (arts. 29 y 32 LJP).

En segundo lugar, enfatizando en la *aplicación preferente del bloque de constitucionalidad*, el inciso 2.º del artículo 2.º LJP dispone que la interpretación y aplicación de las disposiciones previstas en aquélla deben efectuarse de acuerdo con las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados por Colombia, lo cual entraña también el reconocimiento, aunque tácito, de cualesquiera otras normas internacionales que, regulando la misma materia, no hayan sido incluidas expresamente en la ley.

En tercer lugar, el *principio de promoción de la justicia y de la reparación de las víctimas*, por virtud del cual, teniendo siempre a la vista el propósito de reconciliación nacional, los miembros de los grupos organizados al margen de la ley que se desmovilicen sólo pueden acceder a la pena alternativa si cumplen con las obligaciones que el legislador les ha impuesto en relación con las víctimas de sus delitos (arts. 4.º, 6.º y 8.º LJP), las cuales, teniendo como marco de referencia a la *justicia*, apuntan tanto hacia la *verdad* en sus dos manifestaciones –la individual y la colectiva– como hacia la *reparación integral*.

En cuarto lugar, el *principio de la doble instancia*, que bien puede considerarse comprendido, como ya se dijo, dentro del derecho a la *defensa* como principio procesal. Con todo, en la medida en que el artículo 26 LJP (enteramente dedicado al tema de los recursos) consagra de manera expresa la procedencia del recurso de apelación contra la sentencia y los autos que resuelvan asuntos de fondo, la específica referencia en este escrito al antedicho principio no resulta del todo superflua.

Relacionado de manera estrecha con el anterior, puede mencionarse, en quinto lugar, el *principio de prevalencia*, en armonía con el cual, tratándose del ejercicio de los recursos previstos en la LJP, todos aquellos cuyo trámite le corresponda a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia han de sustanciarse y decidirse de forma prioritaria sobre cualquier otro asunto sujeto a su competencia, excepción hecha de la acción de tutela (arts. 68 y 26 LJP).

15 De los asuntos regulados en estos artículos se ocupan, en su momento, los diferentes acápite que componen este escrito.

En sexto lugar, el *principio de complementariedad*, a la vista del cual todo aquello no previsto en la LJP debe regularse por lo dispuesto en la Ley 782 de 2002 y en el Código de Procedimiento Penal (art. 62 LJP), entendiéndose por tal, en forma inicial, el recogido en la Ley 906 de 2004, pero sin descartar la eventual aplicabilidad, por razones de favorabilidad, del plasmado en la Ley 600 de 2000, pues, como bien lo ha resaltado la Corte Constitucional, “también es del resorte del funcionario judicial en cada caso concreto y no de la ley en términos generales, determinar cuáles de las normas de la Ley 600 de 2000 son compatibles con el esquema fijado por la Ley 975 de 2005 y pueden ser aplicables, y en qué eventos de la Ley 906 de 2004, es aplicable a hechos anteriores, en virtud del principio de favorabilidad”¹⁶.

En séptimo y último lugar, el *principio de favorabilidad*, sobradamente conocido en razón de su rango supralegal (art. 29 C. N.) y al cual acaba de hacerse referencia en conexión con el postulado anterior; por virtud de él, las personas sometidas al régimen de la alternatividad penal, en el específico contexto de la ley que se examina, pueden, en cualquier tiempo, acogerse a las condiciones más favorables que lleguen eventualmente a establecer normatividades posteriores (art. 63 LJP).

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y DOGMÁTICOS

Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006, MM.PP.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, RODRIGO ESCOBAR GIL, MARCO GERARDO MONROY CABRA, ÁLVARO TAFUR GALVIS y CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Corte Constitucional. Sentencia C-531 de 2006, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Corte Constitucional. Sentencia C-575 de 2006, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

Corte Constitucional. Sentencia C-670 de 2006, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

Corte Constitucional. Sentencia C-719 de 2006, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

Corte Constitucional. Sentencia C-080 de 2007, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

Corte Constitucional. Sentencia C-4030 de 2006, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

16 Corte Constitucional. Sentencia C-4030 de 2006, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

NORMAS

Ley 975 de 2005.

Decreto 4760 de 2005.

Ley 904 de 2006.

Decreto 3391 de 2006.

Decreto 3570 de 2007.

CAPÍTULO SEXTO

LA JURISDICCIÓN Y LA COMPETENCIA

SUMARIO: I. La jurisdicción. 1. Los fundamentos. 2. La jurisdicción penal ordinaria en Colombia. 3. La Ley de Justicia y Paz. II. La competencia. 1. Los fundamentos. 2. En la jurisdicción ordinaria. 2.1. En razón de los factores objetivo y subjetivo. 2.2. En razón del factor territorial. 2.3. En razón del factor funcional. 2.4. En razón del factor de conexión. 2.5. Los incidentes relacionados con la competencia. 2.6. La incompetencia. 3. En la Ley de Justicia y Paz. III. Fundamentos jurídicos y dogmáticos.

I. LA JURISDICCIÓN

1. Los fundamentos

Como bien se sabe, el concepto objeto de estudio en este acápite es equívoco, pues alude a significados plurales y, en este entendido, puede ser analizado, cuando menos, desde tres perspectivas diferentes, a saber: como una *función esencial* del Estado (la encargada de aplicar el derecho material a los casos concretos¹); como el *conjunto de órganos* que realizan la aludida función (unipersonales o colegiados, legos, técnicos o mixtos, los cuales, considerados en conjunto, integran el denominado poder o rama judicial), y, en fin, como un *presupuesto procesal* (requisito de validez de la actuación). La sumatoria de los tres aspectos reseñados permite diferenciar la jurisdicción de las funciones tradicionales de legislar o de administrar, así como de otras de existencia más reciente en los Estados contemporáneos, cual es el caso de la de control.

De otra parte, pese a ser *única*, la jurisdicción se subdivide y especializa acorde con las principales áreas constitutivas de las diferentes parcelas de lo jurídico; por consiguiente, cuando en este ámbito conceptual se alude a

1 “Juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”, como certeramente lo señala, por ejemplo, el artículo 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en España.

la *jurisdicción penal*, se hace referencia al *conjunto de órganos encargados de aplicar el derecho penal material a los casos concretos*, siendo ese su ámbito objetivo.

A lo descrito, que bien puede denominarse *jurisdicción penal ordinaria*, debe, empero, agregarse un número variable –según el ordenamiento jurídico– de *jurisdicciones penales especiales*, a las que corresponde aplicar la ley penal en casos de alguna manera especiales, bien sea por el tipo de comportamiento incriminado, por el sujeto que lo realiza o por ambos, pudiendo ser la *jurisdicción penal militar* la más representativa y extendida de ellas². De ahí que sea necesario aclarar que, cuando se presentan dudas sobre si el juzgamiento de un determinado asunto corresponde a la primera o a una de las segundas, lo que se suscita es un *conflicto de jurisdicción* y no uno de competencia, pues este último, para ser tal, precisa desatarse entre órganos adscritos a una misma jurisdicción, para el caso, la penal³. En todo caso, la tendencia actual es a reducir los supuestos de especialidad jurisdiccional, en aras del principio de *igualdad ante la ley*, de amplia aceptación en el contexto procesal internacional.

Al margen, sin embargo, de lo anotado en precedencia, la jurisdicción penal no sólo se ocupa de asuntos estrictamente penales, sino que, con alguna frecuencia, a ella también le corresponde resolver ciertos temas extrapenales, como los concernientes, por ejemplo, a la *responsabilidad civil extracontractual derivada de la realización de un comportamiento penalmente desvalorado*, o a aquellas otras cuestiones de diversa índole genéricamente llamadas *prejudiciales*⁴.

En otro orden de cosas, no debe olvidarse que, en tanto manifestación de la soberanía estatal, la jurisdicción penal se extiende y delimita en la medida en que lo hace aquélla, lo cual explica el que en esta materia rija un principio

2 En ciertos países se reconoce carácter jurisdiccional en materia penal a las autoridades de determinados grupos étnicos, como ocurre en Colombia con los indígenas. Un tema menos claro en la doctrina es el relativo a la justicia penal juvenil, pues, aunque los menores de edad están sujetos a un procedimiento y a unos órganos especiales, no es infrecuente su adscripción a la jurisdicción penal ordinaria (cfr. FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ. *Enjuiciamiento criminal. Octava lectura constitucional*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 95).

3 Ello porque la jurisdicción es, sin lugar a dudas, anterior a la competencia.

4 De acuerdo con la literatura especializada, “prejudicial” es “la cuestión que debe ser tratada y resuelta antes que la principal” (cfr. EDUARDO PALLARES. *Diccionario de derecho procesal civil*, México, Porrúa, 1986. p. 612).

fundamental: de acuerdo con éste, la jurisdicción penal se ejerce sobre todos los habitantes del territorio nacional, con independencia de su nacionalidad. Se trata del *principio de territorialidad*, respecto de cuya vigencia, empero, suelen reconocerse dos clases de excepciones: las primeras tienen que ver con la imposibilidad de ejercer la función jurisdiccional respecto de determinadas personas dentro del territorio del propio Estado, a causa de una *inmunidad*⁵; las segundas, por su parte, atañen a la *extraterritorialidad* de la jurisdicción y están relacionadas, casi siempre, o bien con la nacionalidad del sujeto activo o del sujeto pasivo de la infracción –*principio de nacionalidad o de personalidad*–⁶, o bien con el tipo concreto de delito o de bien jurídico protegido –*principio real o de protección*–⁷.

A propósito de las prementadas excepciones, no puede dejar de resaltarse la forma como ha venido tomando fuerza, recientemente, el *principio de universalidad o de justicia universal*, a tono con el cual existe un acuerdo sobre, primero, la necesidad de perseguir a los autores de las conductas que lesionan bienes jurídicos cuya valía ha sido reconocida por la comunidad internacional, sin que importen la nacionalidad del autor o el territorio en el cual se llevaron a cabo, y, segundo, el derecho de cualquier Estado a asumir su juzgamiento. En todo caso, lo normal es exigir, además de la naturaleza del bien jurídico vulnerado, un punto adicional de conexión, que suele ser definido en términos de un *interés nacional* por parte del ente estatal interesado en asumir su juzgamiento.

Tornando a la jurisdicción, normalmente no se discute el monopolio del Estado en punto de la titularidad del *ius puniendi*, y ello es consecuencia de la *interdicción de la autotutela* (salvedad hecha de unas cuantas instituciones de excepción, como es el caso, p. ej., de la legítima defensa) y del *carácter indisponible de la pena por los particulares* (sin perjuicio de algunos supuestos en los cuales la persecución penal se condiciona a la voluntad del agraviado por el delito, o se acepta la viabilidad de figuras como el desistimiento o el perdón del ofendido).

Además de lo anterior, tampoco se discute la exclusividad estatal en punto de los órganos encargados de cumplir con la función jurisdiccional –los tribunales y los jueces– y del instrumento empleado para ello –el proceso–. En efecto, por un lado, sólo los jueces –en sentido amplio– pueden decla-

5 Como se sabe, esta figura es distinta, en todo caso, del *fuero*, concepto éste sobre el cual se volverá más adelante.

6 Los nacionales de un Estado están sometidos a la jurisdicción de su respectivo país.

7 Normalmente se trata de bienes jurídicos de relevancia y/o interés nacional.

rar la existencia de un delito e imponer las respectivas penas o medidas de seguridad y, por el otro, el proceso penal es, en principio, el único escenario institucional previsto para que las personas, los hechos y las normas jurídico-penales se relacionen en una serie de actos orientados a facilitar la aplicación del derecho penal material a los casos concretos.

2. La jurisdicción penal ordinaria en Colombia

Como cualquier otro asunto jurídico de derecho interno, el tema objeto de este acápite debe examinarse al amparo del marco constitucional y legal que condiciona su legitimidad y su validez; en este orden de ideas, antes de abordar el asunto en el contexto de la Ley de Justicia y Paz (LJP), los referentes normativos propios de la materia han de buscarse, primero, en la Constitución Política de 1991 (en adelante C. N.) y, posteriormente, en las leyes 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia, en adelante LEAJ) y 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal, en adelante CPP).

De esta suerte, por cuanto atiende al orden constitucional, sea lo primero anotar que la jurisdicción se establece en términos de *función pública* y, desde esa perspectiva, su cometido primordial gira en torno a la actividad consistente en *administrar justicia*⁸. En este sentido, la jurisdicción ha sido definida por la Corte Constitucional colombiana como “la potestad que tiene el Estado para administrar justicia en ejercicio de la soberanía de que es titular, mediante el conocimiento y decisión de las diferentes causas (civiles, criminales, administrativas, etc.) y, en tal virtud, es única e indivisible”⁹.

A propósito de las precitadas *unidad e indivisibilidad*, características universalmente atribuidas por la doctrina especializada a la función en comento, no puede dejar de mencionarse cómo el constituyente patrio, al ocuparse del tema, optó, sin embargo, por establecer, al lado de una proteica *jurisdicción ordinaria*, algunas otras de carácter *especial*. Ahora, si bien a la primera de las mencionadas jurisdicciones le corresponde, entre otras, la administración de justicia en materia penal, no puede olvidarse que dos de las especiales

8 Artículo 228. “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.

9 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-392 de 2000, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

gozan de idéntica potestad (la *penal militar*¹⁰ y la *indígena*¹¹), en tanto que las restantes, esto es, la *contencioso administrativa* (arts. 236 y ss. C. N.), la *constitucional* (arts. 239 y ss. C. N.) y la *de paz* (art. 247 C. N.) carecen, por el contrario, de ella¹².

Conforme viene de exponerse, la función jurisdiccional penal del Estado se ejercita, entonces, de forma regular, por la jurisdicción ordinaria y, de forma excepcional, por las especiales; a continuación, atendiendo a claros propósitos expositivos cuya pertinencia se advertirá luego¹³, interesa ocuparse de la primera.

10 Artículo 221: “De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro”.

Aunque la jurisprudencia constitucional en esta materia es abundante, por vía de ejemplo puede tenerse el siguiente extracto: “La jurisdicción penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general. Por ende, su ámbito debe ser interpretado de manera restrictiva, tal como lo precisa la Carta Política al establecer en su artículo 221 que la justicia penal militar conocerá ‘de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio’. Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor –es decir del servicio– que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública” (sentencia C-358 de 1997, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ).

11 Artículo 246: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

12 No está de más recordar que en vigencia de la Constitución de 1886 había un sistema de justicia penal especial que desapareció con la expedición de la nueva Carta de 1991; se trataba de la llamada *jurisdicción de orden público*, conformada por órganos separados e independientes del resto de la estructura judicial (los jueces y el tribunal de Orden Público), con normas procesales específicas y que conocía de determinados delitos. Con todo, muchas de las competencias de la jurisdicción de orden público están radicadas en cabeza de jueces especializados, los cuales, se ha entendido, están adscritos a la jurisdicción ordinaria.

13 Desde ya, puede adelantarse que, en síntesis, la Ley de Justicia y Paz no crea una nueva jurisdicción especial, sino que introduce una nueva especialidad dentro de la jurisdicción ordinaria.

De acuerdo con lo anotado, la jurisdicción ordinaria tiene a su cargo la administración de justicia en materia penal; no obstante, éste no es el único ámbito jurídico dentro del cual ejerce la potestad inherente a su función, pues, como ya se dijo, también se extiende a otros temas, entre ellos los civiles y los laborales. Con todo, merced a la referida *unidad* de la jurisdicción, la pluralidad de asuntos sugerida no supone, se reitera, la existencia de jurisdicciones independientes y, en este sentido, la actividad en punto de las cuestiones penales –o de cualesquiera otras– no es en nada diferente de una especialidad al interior de la propia jurisdicción ordinaria. Sobre el particular, ha dicho la Corte Constitucional lo siguiente:

Ahora bien, dentro de la jurisdicción ordinaria se encuentran las que se refieren a ramas o áreas del derecho como son la civil, de familia, agraria, laboral, etc., las cuales constituyen especialidades de esa determinada jurisdicción y no jurisdicciones independientes¹⁴.

Según se infiere de la transcripción anterior, el ejercicio de la función jurisdiccional penal ordinaria corresponde, pues, por regla general, a órganos especializados, aunque en algunos eventos puede estar a cargo de órganos promiscuos; así, aunque el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria es la Corte Suprema de Justicia, la administración de justicia penal le corresponde, dentro de ella, a una de sus salas especializadas¹⁵, concretamente, a la de Casación Penal.

Aun cuando en los párrafos precedentes ya se ha hecho referencia a las principales normas constitucionales atinentes al tema que se comenta, resta, empero, mencionar aquellas que, en el marco de los derechos fundamentales, reconocen garantías y derechos de orden penal, que condicionan, limitan y orientan la aplicación del derecho material a los casos concretos, entre las cuales descuellan por su importancia, como es apenas lógico, las vertidas en el artículo 29 superior, contentivo, entre otros, del postulado concerniente al juez natural, que, a propósito de la Fiscalía General de la Nación, ha suscitado siempre alguna discusión, por razones como las que se expresan a continuación:

14 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-985 de 2005, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

15 Artículo 234 C. N.: “La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y se compondrá del número impar de magistrados que determine la ley. Esta dividirá la Corte en salas, señalará a cada una de ellas los asuntos que deba conocer separadamente y determinará aquellos en que deba intervenir la Corte en pleno”.

El *status* de los órganos estatales que intervienen en el proceso sigue siendo, esencialmente, el mismo del esquema de 1991, puesto que (i) la Fiscalía como órgano continúa incluida entre los que administran justicia (C. N., art. 116 reformado), a pesar de que sus funciones han sido sustancialmente modificadas, como ya se advirtió en el apartado 3.4.3. [...] Así pues, en lo que concierne a la *ubicación constitucional* de la Fiscalía General de la Nación, cabe señalar que sigue siendo parte de la *Rama Judicial*, a pesar de que sus funciones han sido modificadas, en especial, en lo que concierne a las medidas restrictivas de los derechos fundamentales. De tal suerte que si bien en virtud del inciso tercero del artículo 251 Superior el Fiscal General de la Nación puede asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos, al igual que determinar el criterio y posición que la Fiscalía deba asumir, dichas facultades se ejercerán “sin perjuicio de la *autonomía* de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley”, y en consonancia con los artículos 228 y 230 constitucionales, según los cuales, las decisiones adoptadas por la administración de justicia son independientes, no encontrándose los jueces sometidos en sus providencias mas que “al imperio de la ley”¹⁶.

Pasando, ahora, al segundo nivel normativo que interesa considerar, esto es, el de la LEAJ, cabe anotar que, en armonía con la referida ley, la administración de justicia es una parte de la función pública estatal –gratuita¹⁷, eficiente¹⁸, independiente y autónoma¹⁹– consistente en hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en la Constitu-

16 Cfr. sentencia C-873 de 2003.

17 Artículo 6.º LEAJ: “*Gratuidad*. La administración de justicia será gratuita y su funcionamiento estará a cargo del Estado, sin perjuicio de las expensas, agencias en derecho y costos judiciales”.

18 Artículo 7.º LEAJ: “*Eficiencia*. La administración de justicia debe ser eficiente. Los funcionarios y empleados judiciales deben ser diligentes en la sustanciación de los asuntos a su cargo, sin perjuicio de la calidad de los fallos que deban proferir conforme a la competencia que les fije la ley”.

19 Artículo 5.º LEAJ: *Autonomía e independencia de la Rama Judicial*. La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia.

Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias”. (La constitucionalidad de este artículo fue condicionada mediante la sentencia C-037 de 1996, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA).

ción y en las leyes, a fin de realizar la convivencia social y mantener la concordia nacional²⁰.

A tono con lo expuesto, la función analizada constituye, pues, un servicio público esencial²¹ y se ejerce por las jurisdicciones ordinaria, constitucional, de lo contencioso administrativo, penal militar, indígena y de paz. La ordinaria, por lo demás, tiene señalada una especie de jurisdicción residual merced a la cual a ella le corresponde conocer de aquellos asuntos no atribuidos de forma expresa a ninguna otra por la Constitución o por la ley (art. 12 inc. 2.º LEAJ)²².

Ahora bien, ya se ha explicado que la función jurisdiccional se lleva a cabo por órganos jurisdiccionales y que estos, independientemente de la jurisdicción a la cual estén adscritos, conforman la denominada *rama judicial del poder público* (art. 11 num. 1, 2 y 3 LEAJ). En punto de la jurisdicción ordinaria, la LEAJ aclara que la aludida rama está integrada por la Corte Suprema de Justicia²³, los tribunales superiores de distrito judicial²⁴ (tanto estos últimos como la primera por conducto de sus respectivas salas) y los juzgados²⁵ –civiles, laborales, penales, agrarios, de familia, de ejecución de penas y los demás especializados y promiscuos creados por la ley– (art. 11 num. 1 LEAJ)²⁶.

20 Artículo 1.º LEAJ: “*Administración de justicia*. La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional”.

21 Artículo 125 LEAJ: “*De los servidores de la rama judicial según la naturaleza de sus funciones* [...] La administración de justicia es un servicio público esencial”.

22 Artículo 12 LEAJ: “*Del ejercicio de la función jurisdiccional por la rama judicial* [...] Dicha función se ejerce por la jurisdicción constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las jurisdicciones especiales tales como: la penal militar, la indígena y la justicia de paz, y la jurisdicción ordinaria que conocerá de todos los asuntos que no estén atribuidos expresamente por la Constitución o la ley a otra jurisdicción”. (La constitucionalidad de este artículo fue condicionada mediante la sentencia C-037 de 1996, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA).

23 Arts. 15 y ss. LEAJ.

24 Arts. 19 y ss. LEAJ.

25 Arts. 21 y ss. LEAJ.

26 Artículo 11 LEAJ: “La Rama Judicial del Poder Público está constituida por:

1. Los órganos que integran las distintas jurisdicciones:

a) De la Jurisdicción Ordinaria: 1. Corte Suprema de Justicia. 2. Tribunales Superiores de Distrito Judicial. 3. Juzgados civiles, laborales, penales, agrarios, de familia, de eje-

En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta, no obstante, la posibilidad legal de que órganos vinculados a otros ámbitos del quehacer estatal, es decir, no adscritos a la rama judicial del poder público, puedan ejercer, eventualmente, funciones jurisdiccionales; se trata, en concreto, del Congreso de la República²⁷, de las autoridades administrativas y de los particulares (los jurados, p. ej.). De todas maneras, las autoridades administrativas tienen expresamente prohibido realizar funciones de instrucción o juzgamiento de carácter penal²⁸.

cución de penas, y los demás especializados y promiscuos que se creen conforme a la ley;

b) De la jurisdicción de lo contencioso administrativo: 1. Consejo de Estado. 2. Tribunales Administrativos. 3. Juzgados Administrativos;

c) De la Jurisdicción Constitucional: Corte Constitucional;

d) De la Jurisdicción de la Paz: Jueces de Paz;

e) De la Jurisdicción de las Comunidades Indígenas: Autoridades de los Territorios Indígenas.

2. La Fiscalía General de la Nación.

3. El Consejo Superior de la Judicatura.

Parágrafo 1.º. La Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura tienen competencia en todo el territorio nacional. Los Tribunales Superiores, los Tribunales Administrativos, los Consejos Seccionales de la Judicatura tienen competencia en el Distrito. Los jueces de circuito tienen competencia en el respectivo circuito. Los jueces municipales tienen competencia en el respectivo municipio.

Parágrafo 2.º. El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional”.

27 En los términos dispuestos en la Constitución Nacional y en los artículos 178 y siguientes LEAJ.

28 Artículo 13 LEAJ: “*Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares.* Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:

1. El Congreso de la República, con motivo de las acusaciones y faltas disciplinarias que se formulen contra el Presidente de la República o quien haga sus veces; contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos.

2. Las autoridades administrativas, de acuerdo con las normas sobre competencia y procedimiento previstas en las leyes. Tales autoridades no podrán, en ningún caso, realizar funciones de instrucción o juzgamiento de carácter penal; y

3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las

Para concluir esta rápida aproximación a la jurisdicción penal ordinaria, resta sólo echar un vistazo, antes de examinar las disposiciones pertinentes de la LJP, a lo establecido al respecto por la Ley 906 de 2004, contentiva del Estatuto Procesal Penal tomado como punto de referencia por aquélla.

De acuerdo con el CPP, la jurisdicción penal ordinaria constituye el marco de la garantía constitucional del juez natural, en tanto nadie puede ser juzgado por un juez o un tribunal *ad hoc*, o especial, instituido con posterioridad a la comisión del delito. Adicionalmente, el Estatuto en mención fija el límite de la jurisdicción penal, señalando que las actuaciones jurisdiccionales originadas con motivo de la realización de un delito²⁹ han de adelantarse por los órganos y los procedimientos previstos en él³⁰. Así rezan, en efecto, las disposiciones respectivas:

Artículo 19 CPP. *Juez Natural*. Nadie podrá ser juzgado por juez o tribunal *ad hoc* o especial, instituido con posterioridad a la comisión de un delito por fuera de la estructura judicial ordinaria.

Artículo 24 CPP. *Ámbito de la jurisdicción penal*. Las indagaciones, investigaciones, imputaciones, acusaciones y juzgamientos por las conductas previstas en la ley penal como delito, serán adelantadas (*sic*) por los órganos y mediante los procedimientos establecidos en este código y demás disposiciones complementarias.

En este mismo orden de ideas, tras reafirmar el carácter único y nacional de la jurisdicción penal ordinaria³¹, el CPP precisa que el objeto de la misma se circunscribe a la persecución y al juzgamiento de los delitos³², tanto de aquellos cometidos en el territorio nacional como de los perpetrados en

reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad”.

29 Esta referencia al delito debe entenderse en sentido amplio, para incluir también a las contravenciones.

30 Como puede verse, se reiteran las exclusividades orgánica y procedimental a las cuales se hizo referencia antes.

31 Artículo 28 CPP: “*La jurisdicción penal ordinaria*. La jurisdicción penal ordinaria es única y nacional, con independencia de los procedimientos que se establezcan en este código para la persecución penal”.

32 Sin perjuicio de las facultades en materia disciplinaria y correccional en el marco propio del proceso conferida de modo general a la jurisdicción y en el marco estricto del ejercicio de su función (cfr. art. 143 CPP).

el extranjero, en las condiciones previstas por los tratados internacionales ratificados por Colombia y su legislación interna³³, salvedad hecha de los asuntos propios de la jurisdicción indígena³⁴ y de los punibles realizados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y que tengan relación con el mismo.

Ahora bien, a la vista de la legislación procesal penal vigente, desde el punto de vista orgánico, la administración de justicia penal está integrada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los tribunales superiores de distrito judicial (y sus respectivas salas de decisión penal, cuando existieren), los juzgados penales de circuito especializados, los juzgados penales de circuito, los juzgados penales municipales, los juzgados promiscuos, de circuito o municipales, cuando resuelven asuntos de carácter penal, y los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad. También lo hacen los jurados en las causas criminales, en los términos que determine la ley, los órganos que excepcionalmente cumplan funciones de control de garantías, lo mismo que el Congreso de la República y la Fiscalía General de la Nación³⁵.

Téngase en cuenta, por último, que quienes ejercen funciones jurisdiccionales en materia penal también están facultados para, dentro del ámbito

33 Artículo 29 CPP: “*Objeto de la jurisdicción penal ordinaria.* Corresponde a la jurisdicción penal la persecución y el juzgamiento de los delitos cometidos en el territorio nacional, y los cometidos en el extranjero en los casos que determinen los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Colombia y la legislación interna”.

34 Artículo 30 CPP: “*Excepciones a la jurisdicción penal ordinaria.* Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, y los asuntos de los cuales conozca la jurisdicción indígena”.

35 Artículo 31 CPP: “*Órganos de la jurisdicción.* La administración de justicia en lo penal está conformada por los siguientes órganos:

1. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.
2. Los tribunales superiores de distrito judicial.
3. Los juzgados penales de circuito especializados.
4. Los juzgados penales de circuito.
5. Los juzgados penales municipales.
6. Los juzgados promiscuos cuando resuelven asuntos de carácter penal.
7. Los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad.
8. Los jurados en las causas criminales, en los términos que determine la ley.

Parágrafo 1.º. También ejercerán jurisdicción penal las autoridades judiciales que excepcionalmente cumplen funciones de control de garantías.

Parágrafo 2.º. El Congreso de la República y la Fiscalía General de la Nación ejercerán determinadas funciones judiciales”.

de sus potestades, resolver cuestiones extrapenales tales como las relativas al restablecimiento del derecho³⁶ o la responsabilidad civil derivada de la conducta punible (en este caso, mediante el respectivo incidente de reparación integral³⁷), sin olvidar las cuestiones prejudiciales.

3. *La ley de justicia y paz*

A la luz de lo dicho hasta ahora, se entiende perfectamente la afirmación de acuerdo con la cual la LJP no ha introducido una jurisdicción especial y, en consecuencia, apenas ha dado lugar a un *régimen especial*, enmarcado dentro del ámbito más general de la jurisdicción penal ordinaria. En esencia, se trata, pues, del establecimiento de un *procedimiento especial*, que debe seguirse ante *ciertos órganos*, por *determinados delitos* y al cabo del cual puede haber lugar a la concesión de algunos *específicos beneficios* para quienes sean declarados responsables de acuerdo con sus previsiones.

Sin embargo, su adscripción a la jurisdicción penal ordinaria no implica la imposibilidad de crear órganos especializados, ni de introducir variaciones al procedimiento ordinario, debiendo empero aclararse, eso sí, que, conforme a lo explicado por la Corte Constitucional, dichas alteraciones han de estar justificadas constitucionalmente y que el principio del debido proceso debe seguir siendo un límite infranqueable a la hora de administrar justicia en materia criminal³⁸. La justificación constitucional en este caso concreto,

36 Art. 22 CPP.

37 Arts. 102 y ss. CPP.

38 Algo similar había ocurrido ya con motivo de los *jueces especializados* y de la –así llamada– *justicia especializada*. En su momento, la Corte Constitucional se pronunció sobre el particular diciendo: “Los jueces especializados, no pueden ser asimilados a jueces extraordinarios pertenecientes a una jurisdicción especial distinta a las autorizadas por la Constitución. La existencia de dichos jueces, por consiguiente, sólo puede admitirse bajo la idea de que se trata de funcionarios judiciales, que hacen parte de la justicia ordinaria y a quienes se les adscribe de manera habitual el conocimiento de ciertas causas en razón de la especificidad o particularidad de la materia, sin que ello implique el desconocimiento de las garantías procesales y sustanciales básicas propias del debido proceso [...] En las circunstancias analizadas, la Corte entiende que se justifica constitucionalmente la creación de unos jueces penales del circuito especializados a quienes se les ha asignado la competencia para el juzgamiento de determinados delitos, con observancia de las garantías, propias del debido proceso que, en general, deben reconocerse a todos los procesados, aun cuando ello no excluye, siempre que se justifique constitucionalmente, la regulación diferente de algunas actuaciones procesales” (sentencia C-392 de 2000, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL).

huelga anotararlo, dice relación con la consecución de la paz, en el marco de los procesos de desmovilización de grupos armados al margen de la ley.

De esta suerte, en tanto la LJP no modifica ni desarrolla principios generales o aspectos sustanciales de la rama judicial del poder público, la corporación encargada entre nosotros del control constitucional consideró que la normatividad en comento no debía someterse al procedimiento especial de una ley estatutaria³⁹, máxime cuando, como ya lo había adelantado en un fallo anterior, tampoco afectaba la estructura general de la administración de justicia⁴⁰.

A tono con lo expuesto, se impone simplemente remarcar cómo la LJP no supone la concesión de una amnistía –propia o impropia– ni, mucho menos, de un indulto⁴¹; es decir, no supone una renuncia a la potestad jurisdiccional del Estado, aunque, es cierto, en aras de la consecución de la paz arriba aludida, prevé un procedimiento acorde con el cual quienes se desmovilicen en el marco propuesto por la misma, se hacen merecedores de un tratamiento menos riguroso comparado con el previsto en el Código Penal; con todo, en ningún caso se pretermite la pena, a pesar del equívoco –tan sólo aparente– que pudiera suscitar el concepto de alternatividad penal, del cual se tratará, en extenso, en un acápite ulterior.

39 “De otra parte, observó que la Ley 975 de 2005 no crea una jurisdicción especial, sino que simplemente atribuye a la jurisdicción ordinaria un procedimiento especial que debe surtirse ante la Fiscalía General y los tribunales superiores, de manera que no se afecta la estructura general de la administración de justicia, ni se tocan principios generales o aspectos sustanciales de la Rama Judicial del poder público, razón por la cual tampoco por este aspecto debía ser objeto de una ley estatutaria” (sentencia C-370 de 2006, MM.PP.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, RODRIGO ESCOBAR GIL, MARCO GERARDO MONROY CABRA, ÁLVARO TAFUR GALVIS y CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ).

40 “*Se tiene de esta manera que la Ley 975 de 2005 no infringe la reserva de ley estatutaria en materia de administración de justicia pues no contiene disposiciones que (i.) afectan la estructura general de la administración de justicia, (ii.) establezcan o garanticen la efectividad de los principios generales sobre el tema, o (iii.) desarrollan aspectos sustanciales de esta rama judicial del poder público*” (sentencia C-319 de 2006, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS).

41 Cfr. sentencia C-370 de 2006.

II. LA COMPETENCIA

1. *Los fundamentos*

Como se explicó en su momento, la función jurisdiccional en materia criminal está referida, de modo general, al enjuiciamiento de las conductas punibles tipificadas en la ley penal o en las leyes especiales o complementarias; la competencia, por su parte, puede ser entendida como la medida en que dicha potestad se distribuye entre los diferentes órganos jurisdiccionales; opera, pues, como un *instrumento técnico* para repartir el trabajo entre los órganos encargados de aplicar el derecho, pero, además de ello, también constituye un *presupuesto procesal*, específicamente referido al ejercicio válido de la función jurisdiccional.

Es importante resaltar que, al lado de su importancia jurídico-dogmática, las reglas a este respecto son fundamentales en aras de la credibilidad y de la legitimidad del sistema, pues este último siempre puede ser usado con fines ajenos al de administrar justicia, sobre todo en materia penal, ámbito dentro del cual no ha sido infrecuente su uso, *v. gr.*, como un instrumento de persecución política. A más de lo anterior, téngase en cuenta que la atribución de competencias supone, conforme anota con acierto RAMOS MÉNDEZ, la necesidad de evaluar “su viabilidad práctica, en lo que respecta a las dotaciones y rendimiento de los Tribunales a quienes se encomiendan los asuntos. Poco importa atribuir el conocimiento de una materia a un órgano judicial, si luego está falto de medios o de capacidad para sacar adelante el papel”⁴².

Ahora bien, teniendo en cuenta que el conocimiento de las cuestiones penales está atribuido en abstracto a la jurisdicción ordinaria⁴³, resulta imprescindible establecer unos criterios que permitan racionalizar el ejercicio de la función señalada en materia criminal, debido, primero, a la diversidad de asuntos propios del ámbito en comento y, segundo, a la pluralidad de órganos jurisdiccionales tanto del mismo como de diverso rango o jerarquía⁴⁴. En últimas, se hace necesario precisar *quién conoce de qué*, y es de ello que

42 RAMOS MÉNDEZ. *Enjuiciamiento criminal*, cit., p. 97.

43 Salvedad hecha de lo ya dicho en relación con las jurisdicciones especiales en sus respectivos ámbitos.

44 “La jurisdicción penal es, sí, única, pero la división del trabajo en relación con el mejor desarrollo de la función ha exigido la institución de varios órdenes de Tribunales de diferente jerarquía, de una parte, y de otra, el que se multiplique el número de los de cada orden jerárquico” (MIGUEL FENECH. *El proceso penal*, 4.^a ed., Madrid, Agesa, 1982, p. 45).

se ocupan, precisamente, las normas sobre *competencia* y, de forma complementaria, las relativas al *reparto*.

De cara a la práctica, la distribución de la competencia suele verificarse, entonces, atendiendo a unas *pautas o criterios* de acuerdo con los cuales se individualiza el órgano de la jurisdicción al cual le corresponde conocer válidamente de un determinado asunto. A dichos parámetros la doctrina les asigna el nombre de *factores determinantes de la competencia* y, en general, reconoce como tales el *objetivo*, el *subjetivo*, el *territorial*, el *funcional* y el *de conexión*⁴⁵.

El *objetivo*, así denominado por causa de su énfasis en la *naturaleza del asunto* objeto del proceso, implica la atribución de competencias con base en pautas *cualitativas*, del estilo, por ejemplo, de la mayor o menor relevancia penal de los hechos (delitos, contravenciones, faltas, etc.), o del tipo de pena a imponer (privativas de libertad o de otros derechos, multas, etc.), o *cuantitativas*, que, cuando se trata, *v. gr.*, de delitos que acarrear el mismo tipo de sanción, colocan el acento en la *gravedad* de los mismos (monto de la apropiación, en los ilícitos patrimoniales, cantidad de droga o sustancia estupefaciente incautada, etc.).

Aunque resulta bastante frecuente encontrar que la doctrina incluye como un supuesto más del factor objetivo el evento en el cual la competencia del órgano viene determinada en razón de la *persona* o el *cargo* del presunto autor⁴⁶, merced a su naturaleza claramente *subjetiva*, lo indicado parece ser no dejar de reconocerle autonomía como criterio atributivo de competencia. Con independencia, sin embargo, de que se le reconozca o no dicha autonomía, lo cierto es que a través de él se desemboca en los llamados *fueros*, cuya razón de ser obedece a la idea de fijar el juez competente atendiendo a la persona misma del justiciable (los menores de cierta edad, p. ej.) o a la dignidad

45 Si bien se reconocen doctrinalmente como factores determinantes de la competencia, también es cierto que dichos criterios operan como límites –objetivos, subjetivos y territoriales– al ejercicio de la jurisdicción penal estatal (cfr. ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, SARA ARAGONESSES MARTÍNEZ, RAFAEL HINOJOSA SEGOVIA, JULIO MUERZA ESPARZA y JOSÉ ANTONIO TOMÉ GARCÍA. *Derecho procesal penal*, 7.^a ed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004, p. 99; RAMOS MÉNDEZ. *Enjuiciamiento criminal*, cit., pp. 88 y 89).

46 FENECH. *El proceso penal*, cit., p. 46; VICENTE GIMENO SENDRA. *Derecho procesal penal*, Madrid, Colex, 2004, p. 122; JUAN MONTERO AROCA, JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER, ALBERTO MONTÓN REDONDO y SLIVIA BARONA VILAR. *Derecho jurisdiccional III. El proceso penal*, 14.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 44; OLIVA SANTOS et al. *Derecho procesal penal*, cit., p. 117 y RAMOS MÉNDEZ. *Enjuiciamiento criminal*, cit., pp. 95 y 96.

o estatus inherentes a ciertos cargos (jefes de Estado, ministros, congresistas o magistrados, entre otros)⁴⁷. Estos supuestos subjetivos, además de primar sobre los mencionados antes, es decir, los *cualitativos* y *cuantitativos*⁴⁸, deben ser interpretados de modo restrictivo puesto que excepcionan el *principio de igualdad*.

El factor *territorial*, por su parte, distribuye la competencia atendiendo al principio según el cual el órgano competente debe ser aquel cuya sede coincida con el lugar de ocurrencia de los hechos –*forum commisi delicti*–; lo anterior, por cuanto –al menos en principio– la investigación y el juzgamiento de lo sucedido se facilitan en gran medida por la proximidad entre el órgano jurisdiccional y el acervo probatorio necesario para reconstruirlo. Empero, como no siempre es fácil precisar con certeza el lugar de ocurrencia de los hechos (v. gr., en los delitos continuados), los ordenamientos jurídicos suelen incluir algunas reglas complementarias sobre la materia, que responden indistintamente a las tres diversas teorías propuestas por la doctrina para solucionar las dificultades relacionadas con el lugar y el momento de comisión de cualquier ilícito penal: la de la *actividad*, la del *resultado* y la de la *ubicuidad* o *unitaria*⁴⁹.

El factor *funcional*, a su turno, pone en relación a dos órganos jurisdiccionales, por lo general de diferente jerarquía⁵⁰, dando lugar a la denominada *competencia por grados o instancias*, que está directamente relacionada con el tema de los recursos en el proceso penal, así como con el ejercicio de los controles oficiosos, cuando dichos dispositivos existen al interior del

47 En este último caso suele elevarse la jerarquía del órgano competente.

48 “De estos tres elementos, el primero conforma la regla general de atribución de la competencia objetiva, mientras que los dos restantes, como especiales que son, tienen aplicación preferente, teniendo en cuenta que el criterio *ratione personae* es preferente sobre el *ratione materiae*” (GIMENO SENDRA. *Derecho procesal penal*, cit., p. 122).

49 “Con el fin de colmar esta laguna legal, la doctrina ha elaborado tres tesis distintas: a) la teoría de la *actividad*, que identifica el lugar de la comisión del delito con aquél es que se exteriorice la voluntad delictiva; b) la teoría del *resultado*, que lo sitúa en el lugar donde se consuma; y c) la teoría de la *ubicuidad*, que admite, a efectos de entender cometido el delito, tanto el lugar donde se realiza la actividad, como donde se produce el resultado, debiéndose estar a las circunstancias concretas de cada caso” (GIMENO SENDRA. *Derecho procesal penal*, cit., p. 142). En el mismo sentido, OLIVA SANTOS et al. *Derecho procesal penal*, cit., p. 128.

50 En sentido contrario, la competencia territorial, por ejemplo, precisa escoger entre órganos del mismo grado jerárquico.

mismo⁵¹; dicho en pocas palabras, su cometido no es otro que el de precisar a cuál órgano jurisdiccional le corresponde revisar lo actuado y resuelto por otro, para confirmarlo, modificarlo, anularlo o revocarlo.

Por virtud, en fin, del factor *de conexión*, la competencia previamente fijada atendiendo a los diversos criterios anteriormente señalados, puede eventualmente modificarse. Ello ocurre, de modo excepcional, cuando dos o más conductas punibles –que individualmente consideradas son de competencia de distintos órganos–, por causa de ciertos nexos existentes entre las mismas (casi siempre derivados de los autores o de las propias circunstancias de comisión de los hechos⁵²), terminan adscribiéndose al conocimiento de uno solo de ellos, obviamente el de mayor jerarquía cuando haya diferencia al respecto.

Finalmente, a todo lo hasta ahora dicho en relación con la competencia debe agregarse lo atinente al *reparto*, último peldaño en la distribución de los asuntos, que funciona como una especie de sorteo entre los diferentes órganos de igual jerarquía pertenecientes a una misma sede y titulares, por ende, de idéntica competencia⁵³; por esa razón, antes que de un nuevo factor atributivo de competencia, se trata, simplemente, de una herramienta utilizada para racionalizar el trabajo entre pares.

Naturalmente, salvo por la eventual aplicabilidad del *factor de conexión*, la competencia, una vez asignada, se convierte en *improrrogable e inderogable*; lo primero implica que la competencia de un órgano se limita, única y exclusivamente, a los asuntos previamente asignados a él por la ley; lo segundo, que las normas relativas a la competencia prevalecen sobre cualquier interés o voluntad privados. De esta forma, sólo el órgano jurisdiccional competente, legalmente predeterminado, puede conocer válidamente de un asunto concreto, so pena de infracción al postulado –consustancial al debido proceso– del *juez natural*.

Precisamente por ello, el desconocimiento de las reglas relativas a la competencia suele ser considerado como una causal de *ineficacia de los actos*

51 Recuérdese, en Colombia, la desaparecida institución de la consulta, que pervivió hasta el Decreto 2700 de 1991.

52 En este entendido, la doctrina alude a la conexidad subjetiva, objetiva y, claro, mixta.

53 “La actividad de reparto [...] presupone, pues, la existencia de una pluralidad de órganos jurisdiccionales con competencia objetiva y territorial [...] El reparto ha de responder a criterios estrictamente cuantitativos de distribución equitativa del trabajo, procurando la mayor homogeneidad en el tratamiento de los asuntos y la mayor eficacia del servicio” (OLIVA SANTOS et al. *Derecho procesal penal*, cit., p. 136).

procesales, que se sanciona con la *nulidad* de lo actuado. De ahí que, para evitar la proliferación de actuaciones procesales viciadas, sea común prever, a título de deber, que los órganos jurisdiccionales controlen y revisen oficiosamente su competencia, sin perjuicio de lo cual se faculta a las partes y a los demás intervinientes para denunciar, si fuere del caso, la incompetencia.

En todo caso, como puede ocurrir que, frente a una actuación procesal cualquiera, varios órganos jurisdiccionales reclamen o rechacen, al unísono, el conocimiento de la misma, es indispensable la existencia (y así suelen preverlo los estatutos respectivos) de ciertos mecanismos o dispositivos procesales adecuados para resolver este tipo de controversias, que, técnicamente, se denominan *conflictos* –positivos o negativos, según el caso– *de competencia*.

2. En la jurisdicción ordinaria

En lo concerniente a la jurisdicción penal ordinaria, las competencias de los diferentes órganos que la integran están contenidas y desarrolladas en el CPP, que determina los asuntos cuyo conocimiento corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (art. 32 CPP), a las salas de decisión penal de los tribunales superiores de distrito judicial (arts. 33 y 34 CPP), a los jueces de circuito especializados (art. 35 CPP), a los jueces penales del circuito (art. 36 CPP)⁵⁴, a los jueces penales municipales (art. 37 CPP) y a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad (art. 38 CPP).

2.1. En razón de los factores objetivo y subjetivo

De forma general (pues no es esta la sede para entrar ahora en detalles), los asuntos de los cuales conocen los órganos adscritos a la jurisdicción penal ordinaria, atendiendo a este par de factores, se encuentran recogidos y ago-

54 Teniendo en cuenta que a estos jueces les corresponde la llamada competencia residual, conforme se desprende del numeral 2 del artículo 36 en cita y cuyo texto es el siguiente: “Artículo 36 CPP: *De los jueces penales del circuito*. Los jueces penales de circuito conocen: 1. Del recurso de apelación contra los autos proferidos por los jueces penales municipales o cuando ejerzan la función de control de garantías. 2. *De los procesos que no tengan asignación especial de competencia*. 3. De la definición de competencia de los jueces penales o promiscuos municipales del mismo circuito” (cursivas no originales).

tan casi todo el contenido normativo de los precitados artículos 32 y siguientes CPP.

Por lo pronto, resulta de mayor interés remarcar que, en punto del ejercicio de la función jurisdiccional, el legislador procesal penal ha distinguido, a la hora de asignar competencias, dos tipos de *jueces* (entendida esta expresión, claro está, en sentido amplio): los *de conocimiento* y los que ejercen la función *de control de garantías*. Los primeros son los encargados de conducir la etapa de juzgamiento e imponer al término de la misma, en la sentencia, las penas y las medidas de seguridad⁵⁵, de cuya ejecución les corresponde ocuparse, acto seguido, a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad⁵⁶.

Los segundos constituyen, como se sabe, una innovación introducida en el proceso penal colombiano por la Ley 906 de 2004, con miras a adecuar su estructura a lo que suele ser la usanza dentro de los llamados modelos acusatorios, que, por una parte, privan de funciones jurisdiccionales al ente investigador, concentrándolas en los jueces o tribunales en tanto órganos de conocimiento, y, por la otra, precisan mantener incólume el principio de imparcialidad respecto de éstos, evitando que intervengan en las fases previas a la etapa de juzgamiento propiamente dicha⁵⁷.

En punto de competencias, los asuntos respecto de los cuales se ha previsto la intervención de los antedichos jueces se compendian en el *control jurisdiccional*—previo o posterior, según el caso— de las actividades de la Fiscalía General de la Nación como ente conductor de la fase de investigación y en la adopción de las *medidas cautelares* personales, reales o de cualquiera otra especie que, afectando derechos fundamentales, no tenga autorización expresa en la Constitución⁵⁸.

55 Artículo 40: “*Competencia para imponer las penas y las medidas de seguridad*. Anunciado el sentido del fallo, salvo las excepciones establecidas en este código, el juez del conocimiento será competente para imponer las penas y las medidas de seguridad, dentro del término señalado en el capítulo correspondiente”.

56 Artículo 41: “*Competencia para ejecutar*. Ejecutoriado el fallo, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad será competente para los asuntos relacionados con la ejecución de sanción”.

57 Activamente, actuaciones tales como las consistentes en adoptar medidas limitativas de derechos, durante la investigación, pueden comprometer la imparcialidad del juez.

58 “Una de las modificaciones más importantes que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002 al nuevo sistema procesal penal, fue la creación del *juez de control de garantías*, sin perjuicio de la interposición y ejercicio de las acciones de tutela cuando sea del caso, con competencias para adelantar (i) un control sobre la aplicación del principio de oportu-

A modo de resumen, los aspectos fundamentales de la distinción susceptible de ser establecida entre los dos estamentos judiciales en mención, han sido sintetizados por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

...la institución del *juez de control de garantías* en la estructura del proceso penal es muy importante, como quiera que a su cargo está examinar si las facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía se adecúan o no a sus fundamentos constitucionales y, en particular, si su despliegue ha respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos [...] Ante el *juez de conocimiento*, por su parte, se presenta el escrito de acusación con el fin de dar inicio al juicio público, oral, con inmediación de la prueba, contradictorio, concentrado y con todas las garantías; se solicita la preclusión de la investigación cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar; y se demanda la adopción de las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas⁵⁹.

Tornando a los *jueces de control de garantías*, cabe finalmente agregar que, en Colombia, el ejercicio de dicha función les corresponde, en principio, a los jueces penales municipales (art. 37 num. 5 CPP), que deberán ser desplazados por alguno de los magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, cuando el asunto fuere de competencia de la Corte Suprema de Justicia (art. 39 parág. 1.º *ibíd.*).

tunidad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad y (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; (vi) igualmente deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución. De tal suerte que el juez de control de garantías examinará si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental (i) es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) si es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y (iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad” (sentencia C-591 de 2005, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ). En el mismo sentido, sentencia C-1092 de 2003, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

59 Cfr. sentencia C-1092 de 2003. También cfr. sentencia C-873 de 2003.

2.2. En razón del factor territorial

Desde el punto de vista territorial y para efectos del funcionamiento de la administración de justicia, la LEAJ divide el territorio nacional, como es sabido, en *distritos* judiciales o distritos judiciales administrativos, subdivididos, a su vez, en *circuitos*, dentro de los cuales quedan comprendidos, al interior de la jurisdicción ordinaria, los *municipios*⁶⁰. Lo anterior, claro está, sin perjuicio de lo dispuesto eventualmente en normas especiales y de las *zonas judiciales especiales de frontera* (art. 52 LEAJ). En este orden de ideas, desde la perspectiva del factor que ahora interesa: la Corte Suprema de Justicia tiene competencia en todo el territorio nacional; los tribunales superiores la tienen en el correspondiente distrito judicial, y los jueces de circuito y municipales, en los respectivos circuito y municipio (art. 11 LEAJ).

En consonancia con lo precedente, el artículo 42 CPP refrenda la antedicha distribución⁶¹ para los específicos efectos del juzgamiento; con todo, debe recordarse que en esta materia la regla general fluye del principio *forum commisi delicti*, razón por la cual, cuando no sea posible determinar el lugar de ocurrencia del hecho, o cuando el mismo se hubiere llevado a cabo en varios lugares, en lugar incierto o en el extranjero, la competencia del juez

60 Artículo 50 LEAJ: “*Desconcentración y división del territorio para efectos judiciales.* Con el objeto de desconcentrar el funcionamiento de la administración de justicia, y sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, para efectos judiciales, el territorio de la nación se divide en distritos judiciales o distritos judiciales administrativos y éstos en circuitos. En la jurisdicción ordinaria, los circuitos estarán integrados por jurisdicciones municipales.

La división judicial podrá no coincidir con la división político administrativa y se hará procurando realizar los principios de fácil acceso, proporcionalidad de cargas de trabajo, proximidad y fácil comunicación entre los distintos despachos, cercanía del juez con los lugares en que hubieren ocurrido los hechos, oportunidad y celeridad del control ejercido mediante la segunda instancia y suficiencia de recursos para atender la demanda de justicia”.

61 Artículo 42 CPP: “*División territorial para efecto del juzgamiento.* El territorio nacional se divide para efectos del juzgamiento en distritos, circuitos y municipios.

La Corte Suprema de Justicia tiene competencia en todo el territorio nacional.

Los tribunales superiores de distrito judicial en el correspondiente distrito.

Los jueces de circuito especializado en el respectivo distrito.

Los jueces del circuito en el respectivo circuito, salvo lo dispuesto en norma especial.

Los jueces municipales en el respectivo municipio, salvo lo dispuesto en norma especial.

Los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad en el respectivo distrito”.

de conocimiento la fija la Fiscalía General de la Nación, al momento de formular la acusación.

Lo anterior no significa, sin embargo, que la Fiscalía pueda disponer libremente de la competencia, pues el CPP le exige acusar en el lugar donde se encuentren los elementos fundamentales de la acusación (art. 43 CPP)⁶², aunque no debe perderse de vista que la competencia de aquélla, como ente conductor de la investigación, no está circunscrita a un determinado lugar y que, en consecuencia, puede actuar válidamente a lo largo y ancho de todo el territorio nacional (art. 45 CPP).

En adición a todo lo dicho hasta ahora, el artículo 44 CPP prevé unos supuestos de competencia excepcional, cuando en el lugar en el cual deba adelantarse la actuación no haya juez, o el juez único o todos los jueces disponibles se hallaren impedidos; en estos casos, acorde con el precitado artículo, puede ordenarse el traslado temporal del juez que razonablemente se considere *el más próximo*, teniendo en cuenta, eso sí, que ha de ser un funcionario de la misma categoría del impedido, cuya competencia por razón del territorio se entiende, entonces, válidamente prorrogada, por ministerio de la ley⁶³.

62 Artículo 43: “*Competencia*. Es competente para conocer del juzgamiento el juez del lugar donde ocurrió el delito.

Cuando no fuere posible determinar el lugar de ocurrencia del hecho, este se hubiere realizado en varios lugares, en uno incierto o en el extranjero, la competencia del juez de conocimiento se fija por el lugar donde se formule acusación por parte de la Fiscalía General de la Nación, lo cual hará donde se encuentren los elementos fundamentales de la acusación.

Las partes podrán controvertir la competencia del juez únicamente en audiencia de formulación de acusación.

Para escoger el juez de control de garantías en estos casos se atenderá lo señalado anteriormente. Su escogencia no determinará la del juez de conocimiento”.

63 Artículo 44 CPP: “*Competencia excepcional*. Cuando en el lugar en que debiera adelantarse la actuación no haya juez, o el juez único o todos los jueces disponibles se hallaren impedidos, las salas administrativas del Consejo Superior de la Judicatura, o los consejos seccionales, según su competencia, podrán a petición de parte, y para preservar los principios de concentración, eficacia, menor costo del servicio de justicia e intermediación, ordenar el traslado temporal del juez que razonablemente se considere el más próximo, así sea de diferente municipio, circuito o distrito, para atender esas diligencias o el desarrollo del proceso. La designación deberá recaer en funcionario de igual categoría, cuya competencia se entiende válidamente prorrogada. La Sala Penal de la Corte, así como los funcionarios interesados en el asunto, deberán ser informados de inmediato de esa decisión”.

2.3. En razón del factor funcional

De acuerdo con la regulación establecida al efecto por el legislador procesal de 2004 –que en este punto da la impresión de querer apartarse un poco de la tradición⁶⁴–, solamente las sentencias y los autos relativos a la libertad del imputado o acusado, a la práctica de pruebas o con efectos patrimoniales, son susceptibles, en principio, del recurso de apelación. Así reza, de veras, la norma rectora contenida en el artículo 20 CPP, que desarrolla la previsión supralegal del artículo 31 C. N. y constituye la base de la competencia funcional (también llamada por grados o instancias) dentro del proceso penal colombiano:

Artículo 20. Doble instancia. Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación.

El superior no podrá agravar la situación del apelante único.

No obstante lo anterior, al ocuparse nuevamente del referido dispositivo impugnatorio para reglamentar su procedencia, el tercer inciso del artículo 176 CPP lo declara viable tanto frente a la sentencia –condenatoria o absolutoria– como, en general, “contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias” (que obviamente no se limitan a las tres categorías enlistadas en el precitado artículo 20), apertura que ratifica luego el artículo 177 *ibidem*, cuando, a propósito de los efectos en los cuales debe concederse la apelación, hace igualmente referencia a autos del estilo del que decreta o rechaza la solicitud de preclusión o del que decide la nulidad, entre otros.

Las sentencias y los autos (considérense o no circunscritos a la enunciación del art. 20 CPP) son, empero –no se olvide–, providencias de carácter estrictamente judicial, toda vez que, merced a la configuración actual del proceso penal, de tendencia marcadamente acusatoria, la competencia por el factor funcional ha desaparecido dentro de la estructura de la Fiscalía General de la Nación y sólo pervive en el marco de las atribuciones propias de los jueces de control de garantías y de los de conocimiento.

64 Lo usual en nuestro medio había sido, en efecto, declarar procedente la apelación contra la sentencia y los autos interlocutorios de primera instancia, en el caso de los segundos, sin ninguna restricción.

2.4. En razón del factor de conexión

Lo normal, conforme se indicó en su momento, es que por cada conducta punible se adelante una sola actuación procesal, sin importar el número de autores o partícipes de la misma. Este principio, conocido como de *unidad de objeto procesal* o de *unidad de proceso* es, no obstante, susceptible de ser excepcionado por causa de la *figura de la conexidad* (única contingencia generadora entre nosotros de competencia por el factor de conexión), siempre y cuando con ello no se afecten las garantías constitucionales. Lo anterior fluye del artículo 50 CPP, cuyo texto reza:

Artículo 50. *Unidad procesal*. Por cada delito se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, salvo las excepciones constitucionales y legales.

Los delitos conexos se investigarán y juzgarán conjuntamente. La ruptura de la unidad procesal no genera nulidad siempre que no afecte las garantías constitucionales.

De acuerdo con el artículo 51 *ibídem*, los supuestos en los cuales puede haber lugar a *conexidad* (y, por ende, a competencia por el *factor de conexión*) van desde los simples eventos de *coparticipación criminal* (ord. 1.º) hasta los de *concurso de conductas punibles* (ords. 2.º y 4.º), con o sin unidad de tiempo y lugar (aunque en la segunda hipótesis debe haber, eso sí, algún otro factor de unificación), incluyendo, claro está, los conocidos ejemplos de *conexidad ideológica, consecencial* o *circunstancial* (ord. 3.º), a los cuales hay lugar, como se sabe, cuando alguno de los hechos punibles opera como *medio, causa* u *ocasión* para la realización de otro u otros.

Ahora bien, atendida la reglamentación pertinente (art. 51 inc. 1.º y párag. único CPP), la solicitud de que se decrete la conexidad pueden formularla, en su orden, la Fiscalía (al formular la acusación) y la defensa (durante la audiencia preparatoria), teniendo en cuenta que el conocimiento en estos casos debe atribuirse conforme lo indica el artículo 52 *ibídem*, es decir, dando prelación al *juez de mayor jerarquía*, de acuerdo con la competencia por razón del fuero legal⁶⁵ o la naturaleza del asunto; no habiendo diferencia en

65 Tal vez sea pertinente recordar que los fueros pueden ser, además de *legales en sentido estricto, constitucionales*. En tales condiciones, lo adecuado parece ser entender la expresión *fueros legales* en sentido amplio, para no dejar por fuera los segundos.

estos aspectos, debe atenderse en forma excluyente al *territorio* como factor atributivo de la competencia, prefiriendo, en orden sucesivo, al juez del territorio donde se haya cometido el delito más grave o el mayor número de delitos, donde se haya realizado la primera aprehensión o donde se haya, finalmente, formulado en primer término la imputación. En todo caso, a la luz del inciso final del artículo arriba mencionado, si el conocimiento de alguno de los asuntos conexos correspondiere a los jueces especializados, ellos serán en definitiva los competentes.

2.5. Los incidentes relacionados con la competencia

Una vez radicada en un órgano jurisdiccional específico, con el auxilio de los distintos factores que la determinan, la competencia puede, no obstante, ser objeto de ulterior modificación, por causa de determinadas circunstancias de diversa índole, cuya presencia puede dar origen a uno cualquiera de los incidentes aludidos en el epígrafe, que, aparte del de *incompetencia*, son el de *cambio de radicación* y el de *impedimentos y recusaciones*, este último, a su vez, susceptible de escisión en dos, según que sean el titular del órgano jurisdiccional o las partes quienes provean a su promoción.

Reservando para el incidente de *incompetencia* el acápite subsiguiente, cabe simplemente anotar, en relación con el de *cambio de radicación*, que por virtud de él la que se afecta es la competencia previamente asignada de acuerdo con el *factor territorial*, en la medida en que su propósito es, precisamente, el de tornar jurídicamente viable la radicación de una actuación procesal en un lugar distinto del señalado conforme al antedicho factor⁶⁶, cuando en la sede legalmente preestablecida existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento o la seguridad o integridad personal de los intervinientes (art. 46 CPP)⁶⁷.

En cuanto al incidente de *impedimentos y recusaciones* (con independencia de que se le escinda o no en dos), su finalidad no es otra que la de garantizar la *imparcialidad* del titular del órgano jurisdiccional competente

66 Vulnerando, así, en alguna medida, el postulado del *juez natural predeterminado por la ley*.

67 Todo lo relacionado con la competencia para decidir el incidente (reservada tanto a la Corte como a los tribunales, según que el cambio involucre o no más de un distrito) y con el trámite del mismo está señalado en los artículos 47 y siguientes CPP.

y, en tal virtud, su relación con el tema de la competencia, además de ser mediata, funciona desde una perspectiva estrictamente subjetiva, toda vez que en este caso el eventual cambio obedece, de manera única y exclusiva, a la necesidad de garantizar, precisamente, el postulado de la imparcialidad, comprometida o amenazada por causa de cierta y específica relación del juzgador con el objeto del proceso o con las partes o los apoderados o defensores de las mismas.

En atención a lo anterior, en modo alguno se hace necesario abundar en adicionales explicaciones sobre uno u otro incidente, salvo para recalcar que la diferencia entre ambos radica en el sujeto procesal por cuya iniciativa se suscitan y para recordar que, además de ser comunes, las causales sobre las cuales se fundan se extienden igualmente a los fiscales, agentes del ministerio público, miembros de los organismos que cumplan funciones permanentes o transitorias de policía judicial y empleados de los despachos judiciales, e incluso a los peritos⁶⁸.

2.6. La incompetencia

A diferencia de los anteriores, el incidente que ahora se examina se caracteriza por el hecho de que su irrupción desencadena una especie de *crisis de juez* en el proceso, en la medida en que quien había venido actuando como tal cuestiona o siente cuestionada su aptitud legal para seguirlo haciendo. Justamente por lo anterior, la competencia del juez a cargo de la etapa de juzgamiento sólo puede controvertirse en la audiencia de formulación de la acusación⁶⁹ (art. 54 CPP), con independencia de que la promoción del incidente corra a cargo del propio titular del órgano jurisdiccional, de alguna de las partes o, incluso, de un interviniente.

Como es natural, dada la índole de la cuestión, la oportunidad indicada con antelación es preclusiva. Por ello, si la incompetencia no se manifiesta o alega en la prealudida audiencia, la consecuencia es que la competencia del órgano jurisdiccional se entiende legalmente prorrogada para conocer de ese específico asunto, salvo que por causa de la mencionada prórroga se termine desconociendo un fuero establecido en beneficio del procesado o

68 Cfr. arts. 56 y ss. y 411 CPP.

69 Entiéndase, durante las instancias, pues, en sede de casación, el debate puede perfectamente retomarse desde la óptica del debido proceso, al amparo de la causal 2.^a del artículo 181 CPP.

desatendiendo la jerarquía de un órgano jurisdiccional de rango superior (art. 55 CPP), eventos en los cuales la situación de incompetencia daría lugar a la nulidad de la actuación:

Artículo 456. *Nulidad por incompetencia del juez.* Será motivo de nulidad el que la actuación se hubiere adelantado ante juez incompetente por razón del fuero, o porque su conocimiento esté asignado a los jueces penales de circuito especializados.

A propósito de la transcripción precedente, no deja de ser problemático el hecho de que, en vez de una referencia genérica a órganos o jueces *de mayor jerarquía*, en el precitado texto legal se hubiera aludido específicamente a los *jueces penales de circuito especializados*, con todas las implicaciones que semejante restricción puede generar (tanto a nivel teórico como práctico) en un sistema gobernado, en materia de nulidades, por el *principio de taxatividad* (art. 458 CPP).

Al margen de lo anterior, para los efectos del trámite y resolución del incidente, ha de estarse a lo dispuesto por el artículo 54 CPP, que, en busca de celeridad, prevé, de una vez, la remisión del expediente al órgano competente para decidirlo, para que, en el improrrogable término de tres días, adopte de plano (esto es, sin más trámite) la decisión que corresponda. Obviamente, en el caso de los jueces que ejercen la función de control de garantías debe procederse exactamente de la misma manera, aunque, huelga anotarlo, en el marco propio de los actos procesales adscritos a su competencia, siendo el más importante de todos ellos el de la audiencia de formulación de la imputación (arts. 286 y ss. CPP).

3. En la Ley de Justicia y Paz

Como es de sobra conocido, conforme al texto del artículo 1.º LJP, la normatividad en comento “tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”.

En tal virtud, la LJP está integrada por un conjunto de normas que, en el marco de los procesos de paz y de reincorporación a la vida civil de los integrantes de grupos armados ilegales, sirven de medio para la regularización de sus respectivas situaciones jurídicas y, con ese cometido, reglamentan

todo lo relacionado con la investigación, procesamiento, sanción y beneficios jurídicos otorgables de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a dichos grupos, siempre que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir en forma decisiva al logro del propósito inspirador de todo el estatuto, que no es otro que el de la reconciliación nacional:

Artículo 2.º *Ámbito de la ley, interpretación y aplicación normativa*⁷⁰. La presente ley regula lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional.

La interpretación y aplicación de las disposiciones previstas en esta ley deberán realizarse de conformidad con las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados por Colombia. La incorporación de algunas disposiciones internacionales en la presente ley, no debe entenderse como la negación de otras normas internacionales que regulan esta misma materia.

La reinserción a la vida civil de las personas que puedan ser favorecidas con amnistía, indulto o cualquier otro beneficio establecido en la Ley 782 de 2002, se regirá por lo dispuesto en dicha ley.

En este orden de ideas, partiendo de la base de que el Estado colombiano no renuncia al ejercicio de la función jurisdiccional en estos casos, es claro que sobre él recae el perentorio e ineludible deber de adelantar investigaciones realmente efectivas, de cara a la identificación, captura y sanción de las *personas responsables por los delitos cometidos por los miembros de grupos armados al margen de la ley* (art. 6.º inc. 1.º LJP), con miras a garantizar los derechos de las víctimas a la justicia, a la verdad y a la reparación integral (arts. 6.º, 7.º y 8.º LJP).

Luego de esclarecer lo anterior, cabe señalar ahora, en punto de los núcleos temáticos objeto de consideración en este capítulo (vale decir, la jurisdicción y la competencia), que la LJP, siguiendo el esquema propio del CPP,

70 Corte Constitucional. Sentencias C-370 de 2006, C-575 de 2006, C-650 de 2006 y C-719 de 2006.

prevé la intervención dos tipos de *jueces*, entendiendo obviamente la expresión en sentido amplio: el *de conocimiento* y el llamado a ejercer la función *de control de garantías*.

En cuanto al primero, dos aspectos son especialmente dignos de señalarse: por una parte, que se trata de un órgano plural, distinguido dentro de la escala jerárquica de la rama judicial del poder público con el rango propio de un tribunal superior de distrito judicial, cuya determinación le correspondía verificar mediante acuerdo, antes de la iniciación de cualquier trámite⁷¹, al Consejo Superior de la Judicatura⁷²; por la otra, que, de acuerdo con el artículo 16 LJP, su competencia se circunscribe al juzgamiento de las conductas punibles objeto de la normatividad en comento, que son, como se ha dicho y reiterado, los delitos cometidos, a título de autores o partícipes, por los miembros de grupos armados al margen de la ley, durante su pertenencia a dichos grupos y con ocasión de la misma:

Artículo 16. *Competencia* [...] El Tribunal Superior de Distrito Judicial que determine el CSJ⁷³, mediante acuerdo que expida antes de que se inicie cualquier trámite, será competente para conocer del juzgamiento de las conductas punibles a que se refiere la presente ley.

En armonía con lo expuesto, los referidos órganos de conocimiento tienen limitada su competencia en razón de, básicamente, dos circunstancias: de un lado, las personas cuyas conductas constituyen el objeto de la investigación y el juzgamiento, que lo son los miembros de grupos armados al margen de

71 En acatamiento, claro está, de la exigencia concerniente a la *preexistencia del juez*, emparentada, a su vez, con el postulado del *juez natural* y, a través de éste, con la garantía constitucional del *debido proceso*.

72 Cfr. Acuerdo PSAA06-3275 del 19 de enero de 2006, por el cual se designan los tribunales superiores de distrito judicial que conocerán de las competencias de que trata la Ley 975 de 2005. En cuanto a la estructura de los tribunales, el Consejo Superior de la Judicatura expidió los acuerdos PSAA06-3471 del 29 de junio de 2006 y PSAA06-3549 del 1.º de agosto de 2006, los cuales modificaron el Acuerdo PSAA-06 3276 del 19 de enero de 2006.

73 Cfr. art. 24 Dcto. 4760 de 2005: “*Elección de magistrados de los tribunales superiores para justicia y paz*. Los magistrados de los Tribunales Superiores que se creen en virtud de la Ley 975 de 2005, serán elegidos por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, de listas enviadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las cuales serán elaboradas siguiendo para el efecto el mismo procedimiento señalado en el artículo 53 de la Ley 270 de 1996”.

la ley, y, del otro, los hechos delictivos que dan lugar a los procesos judiciales de la LJP, esto es, aquellos cometidos en el marco de las actividades de dichas organizaciones ilegales. En cualquier caso, hay que añadir a sus competencias todo lo relacionado con la reparación integral de las víctimas y, en particular, lo atinente a la tramitación y decisión del incidente de reparación integral (art. 23 LJP).

Con todo, es preciso aclarar que las conductas punibles objeto de su competencia lo son en tanto los desmovilizados sean destinatarios de las normas previstas en la LJP, en atención a que bien puede ocurrir que, por diversas razones (*v. gr.*, el incumplimiento por su parte de los compromisos adquiridos o la aceptación parcial de cargos), la investigación y el juzgamiento de los comportamientos punibles de los miembros de organizaciones armadas ilegales, realizados durante su pertenencia a las mismas, dejen de ser de competencia de los órganos jurisdiccionales que se han venido mencionando y regresen, en cambio, a los entes ordinariamente competentes a la luz de las normas del CPP (art. 21 LJP).

Para retomar el artículo 16 LJP, la aludida disposición prevé, en su inciso final, que, entre los tribunales superiores de distrito judicial encargados de conocer de estos asuntos y cualesquiera otras autoridades judiciales, no habrá lugar a conflictos ni colisiones de competencia, mandato éste cuya constitucionalidad fue avalada por la Corte con fundamento en que, contrario a lo sostenido por el actor en su demanda, la prohibición en él contenida no implicaba desconocimiento alguno de la imparcialidad inherente a la administración de justicia, más propia de los impedimentos y de las recusaciones y, en tal virtud, ajena al instituto de la colisión de competencias⁷⁴.

Una vez examinado lo concerniente a los entes con funciones de conocimiento y revisada su competencia por los factores objetivo y subjetivo, pertinente resulta retomar ahora lo anticipado en otro lugar de este escrito, en el sentido de que el plexo normativo que se comenta no ha dispuesto la creación de un nuevo órgano jurisdiccional. En realidad, una interpretación

74 “En cuanto se refiere a la afirmación según la cual en este caso se desconoce el derecho de la víctima a un recurso eficaz para garantizar la imparcialidad de la administración de justicia, basta señalar como lo hace el señor Procurador que los conflictos de competencia no se promueven, establecen ni deciden para garantizar la imparcialidad de los funcionarios que administran justicia, pues para tal efecto existe la figura de los impedimentos y las recusaciones, por el contrario, mediante la colisión de competencia se busca garantizar el juzgamiento por el funcionario competente en los términos previstos en el artículo 29 constitucional” (sentencia C-575 de julio de 2006).

sistemática de los artículos 16 y 32 LJP permite concluir que lo que se ha hecho ha sido, simplemente, asignar determinadas competencias a ciertos órganos ya constituidos, así ello entrañe, administrativamente hablando, proveer a la apertura de nuevas plazas para magistrados, en los términos del artículo 67 *ibídem*⁷⁵.

Corroborándose lo expuesto, obsérvese cómo el precitado artículo 32 LJP, en su inciso inicial, se limita a disponer:

Además de las competencias establecidas en otras leyes, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial designados⁷⁶ por el Consejo Superior de la Judicatura serán competentes para adelantar la etapa de juzgamiento de los procesos de los que trata la presente ley, vigilar el cumplimiento de las penas y las obligaciones impuestas a los condenados.

Avocando ahora el examen de la *función de control de garantías*, cabe anotar que ante los órganos llamados a cumplirla deben adelantarse las *audiencias preliminares*, que pueden versar sobre plurales y disímiles asuntos, cuyo espectro se extiende desde la práctica anticipada de pruebas (cuando, por motivos fundados y de extrema necesidad, se requiera para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio) hasta la formulación de cargos.⁷⁷ Obsérvese:

75 Artículo 67: “*Los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito judicial, que se creen en virtud de la presente ley, serán elegidos por la Sala Plena de la Corte Suprema de justicia, de listas enviadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.*”

Los requisitos exigidos para ser Magistrado de estos Tribunales, serán los mismos exigidos para desempeñarse como Magistrado de los actuales Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, podrá conformar los grupos de apoyo administrativo y social para estos Tribunales. La nominación de los empleados, estará a cargo de los Magistrados de los Tribunales creados por la presente ley”. (resaltado fuera de texto). Cfr. art. 24 Dcto. 4760 de 2005.

76 Este participio (que en el contexto de la frase significa tanto como *señalados* o *elegidos*) ratifica la necesidad de que los mencionados órganos preexistan.

77 Sin dejar de lado un supuesto tan excepcional como el previsto en el artículo 22 LJP, relativo a la aceptación, por parte del desmovilizado, de cargos preexistentes, entendiéndose por tales los formulados por la Fiscalía, en cualquier tipo de providencia o actuación, con anterioridad, eso sí, a su desmovilización.

Artículo 13. *Celeridad*⁷⁸. Los asuntos que se debatan en audiencia serán resueltos dentro de la misma. Las decisiones se entenderán notificadas en estrados.

Las audiencias preliminares se realizarán ante el Magistrado de Control de Garantías que designe el Tribunal respectivo.

En audiencia preliminar se tramitarán los siguientes asuntos:

1. La práctica de una prueba anticipada que por motivos fundados y de extrema necesidad se requiera para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio.
2. La adopción de medidas para la protección de víctimas y testigos.
3. La solicitud y la decisión de imponer medida de aseguramiento.
4. La solicitud y la decisión de imponer medidas cautelares sobre bienes⁷⁹.
5. La formulación de la imputación.
6. La formulación de cargos.
7. Las que resuelvan asuntos similares a los anteriores. Las decisiones que resuelvan asuntos sustanciales y las sentencias deberán fundamentarse fáctica, probatoria y jurídicamente e indicar los motivos de estimación o de desestimación de las pretensiones de las partes.

El reparto de los asuntos a que se refiere la presente ley, deberá hacerse el mismo día en que se reciba la actuación en el correspondiente despacho.

A propósito, no obstante, de los asuntos cuyo conocimiento la LJP atribuye a los órganos convocados a ejercer la *función de control de garantías* mediante las *audiencias preliminares* en comentario⁸⁰, conviene advertir que la enunciación temática realizada en el precitado artículo 13 no es taxativa, pues, como bien se infiere de la simple lectura de su texto, el numeral 7 de la antedicha disposición introduce una especie de *cláusula de competencia por analogía*, al señalar que en el escenario propio de la referidas audiencias deben igualmente ventilarse cualesquiera otros asuntos *similares a los anteriores*, incluidos, por supuesto, todos aquellos eventos omitidos en la LJP pero contemplados, de manera expresa o tácita, en el CPP.

Tómese nota, finalmente, de que, por mandato del plurimentado artículo 13 LJP, en su inciso segundo, el ejercicio de la *función de control de garantías* le corresponde al magistrado *que designe el tribunal respectivo*, desig-

78 Corte Constitucional. Sentencias C-370 de 2006, C-531 de 2006, C-575 de 2006, C-670 de 2006, C-719 de 2006 y C-080 de 2007.

79 El aparte original *de procedencia ilícita* fue declarado inexecutable por la sentencia C-370 de 2006.

80 Cfr. arts. 15, 5.º y 6.º del Decreto 4760 de 2005.

nación ésta que, en salvaguarda de la exigencia de preexistencia inherente al postulado del juez natural, debe obviamente realizarse con antelación a la asunción de conocimiento, por parte de la mencionada corporación, respecto de cualquier asunto adscrito a su competencia. Como es natural, en tanto las decisiones de este específico órgano resuelven *asuntos sustanciales* durante la investigación, es claro que la mismas (por expreso imperativo legal contenido en el penúltimo inciso del artículo en cita) deben fundamentarse adecuadamente desde las perspectivas fáctica, probatoria y jurídica e indicar las razones por las cuales estiman o desestiman las pretensiones de las partes.

En relación con el *factor funcional* (íntimamente emparentado, como se sabe, con la regulación de la impugnación de las distintas decisiones), sólo es necesario señalar, por ahora (toda vez que sobre ello se volverá en una sección ulterior), que la LJP prevé, conforme a las exigencias propias del debido proceso, la existencia de *dos instancias*, radicando la segunda de las mismas en cabeza de los magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Como es de rigor, la viabilidad de la segunda instancia en la LJP se halla condicionada, tal como acontece en cualquier otro contexto procesal, a las correctas interposición y concesión del *recurso de apelación*, que, atendido el tenor del artículo 26 de aquélla, procede contra los *autos dictados durante el desarrollo de las audiencias*, siempre y cuando resuelvan *asuntos de fondo*, y contra las *sentencias*⁸¹.

81 Artículo 26: “*Recursos*. Salvo la sentencia, la reposición procede para todas las decisiones y se sustenta y resuelve de manera oral e inmediata en la respectiva audiencia.

La apelación procede contra los autos que resuelvan asuntos de fondo, adoptados durante el desarrollo de las audiencias, y contra las sentencias. Se interpone en la misma audiencia en que se profiera la decisión, y se concede en el efecto suspensivo ante la Sala Penal de la Corte Suprema de justicia.

El Magistrado ponente citará a las partes e intervinientes a audiencia de argumentación oral que se celebrará dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la actuación en la Secretaría de la Sala de Casación Penal. Sustentado el recurso por el apelante y oídos las demás partes e intervinientes, la Sala podrá decretar un receso hasta por dos (2) horas para emitir la decisión que corresponda.

Si el recurrente no concuriere o no sustentare el recurso, se declarará desierto.

Parágrafo 1.º El trámite de los recursos de apelación de que trata la presente ley, tendrá prelación sobre los demás asuntos de competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de justicia, excepto lo relacionado con acciones de tutela.

Parágrafo 2.º De la acción extraordinaria de revisión conocerá la Sala Plena de la Corte Suprema de justicia, en los términos previstos en el Código de Procedimiento Penal vigente.

Pasando ahora al *factor de conexión*, aunque la LJP en el artículo respectivo, que es el 20, alude a la *acumulación de procesos y de penas*, no resulta desatinado afirmar que entre los supuestos considerados en punto de los primeros se atiende más a la *conexidad* que a la *acumulación* propiamente dicha, la cual, en estricto sentido, es una consecuencia de la primera y supone la fusión en uno solo de dos o más procesos iniciados en forma independiente pero unidos por cierto nexo que justifica, precisamente, la acumulación.

Acorde con lo anterior, es claro que el *principio de unidad procesal* (en armonía con el cual, recuérdese, salvo las excepciones legales, por cada conducta punible es preciso adelantar un solo proceso) también se excepciona en la LJP, aunque, debe advertirse de una vez, con ciertas particularidades.

De veras, conforme a las previsiones del precitado artículo 20 de la referida ley (y para los efectos de la misma), los procesos en curso por *hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del desmovilizado a un grupo armado* organizado al margen de la ley pueden y deben acumularse⁸². Así las cosas, las particularidades antes aludidas tienen que ver tanto con el *tipo de delito* como con el *tiempo de la comisión* del mismo: expresado en sentido positivo, sólo pueden acumularse los procesos en curso por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del desmovilizado a un grupo armado organizado al margen de la ley (así sean, incluso, anteriores al momento en que el desmovilizado se haya acogido a la LJP⁸³); dicho en sentido negativo, no pueden acumularse aquellos procesos referidos a conductas punibles realizadas con anterioridad a la pertenencia del desmovilizado al grupo armado al margen de la ley.

Es más, satisfecha la exigencia alusiva a que el delito haya sido cometido *durante y con ocasión de la pertenencia del desmovilizado a un grupo armado organizado al margen de la ley*, puede haber incluso lugar a la acu-

Parágrafo 3.º Contra la decisión de segunda instancia no procede recurso de casación”.

82 Al respecto, conviene tener en cuenta paralelamente lo dispuesto en los artículos 10.º y 11 del Decreto 3391 de 2006 sobre la acumulación de penas y de procesos.

83 Artículo 22: “*Investigaciones y acusaciones anteriores a la desmovilización*. Si para el momento en que el desmovilizado se acoja a la presente ley, la Fiscalía adelanta investigaciones o formuló acusación en su contra, el imputado, o acusado, asistido por su defensor, podrá oralmente o por escrito aceptar los cargos consignados en la resolución que le impuso medida de aseguramiento, o en la formulación de imputación, o en la resolución o escrito de acusación, según el caso. Dicha aceptación deberá hacerla ante el magistrado que cumpla la función de control de garantías en las condiciones previstas en la presente ley”.

mulación de penas postsentencia, atendido el diáfano tenor del artículo que se ha venido mencionando:

Artículo 20. *Acumulación de procesos y penas*⁸⁴. Para los efectos procesales de la presente ley, se acumularán los procesos que se hallen en curso por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del desmovilizado a un grupo armado organizado al margen de la ley. En ningún caso procederá la acumulación por conductas punibles cometidas con anterioridad a la pertenencia del desmovilizado al grupo armado organizado al margen de la ley.

Cuando el desmovilizado haya sido previamente condenado por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la ley, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Código Penal sobre acumulación jurídica de penas⁸⁵.

Ahora bien, decretada la acumulación, los procesos acumulados pueden, no obstante, desmembrarse luego, si acontece, por ejemplo, que el imputado o acusado sólo acepte parcialmente los cargos que, en el momento procesal adecuado para ello, le sean imputados. De esta forma (y esto es muy importante en aras de la correcta intelección de la normatividad especial que se comenta), las conductas que no sean aceptadas por los desmovilizados deben investigarse y juzgarse, en forma separada, por los órganos jurisdiccionales competentes y con apego al rito previsto en las leyes vigentes al momento de su comisión, en tanto que las actuaciones procesales basadas en los cargos aceptados por el imputado continúan sujetas, por su parte, al procedimiento de la LJP y, como es apenas obvio, sólo respecto de ellas podrán aplicarse los beneficios previstos en aquélla:

Artículo 21. *Ruptura de la unidad procesal*⁸⁶. Si el imputado o acusado acepta parcialmente los cargos se romperá la unidad procesal respecto de los no admitidos. En este caso la investigación y el juzgamiento de los cargos no aceptados se tramitarán por las autoridades competentes y las leyes procedimentales vi-

84 Corte Constitucional. Sentencias C-370 de 2006, C-531 de 2006, C-575 de 2006 y C-719 de 2006. Además Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia rad. 28250 del 25 de septiembre de 2007, M. P.: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ.

85 El aparte original “pero en ningún caso, la pena alternativa podrá ser superior a la prevista en la presente ley” fue declarado inexecutable por sentencia C-370 de 2006.

86 Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006.

gentes al momento de su comisión. Respecto de los cargos aceptados se otorgarán los beneficios de que trata la presente ley.

Ratificando, finalmente, el carácter especial de la normatividad objeto de comentario, el legislador tuvo a bien disponer, en el artículo 25 LJP, que si al desmovilizado beneficiario de la Ley 782 de 2002 o a quien se le haya impuesto la pena alternativa prevista en la propia LJP le son imputados posteriormente otros delitos realizados durante y con ocasión de su pertenencia a los grupos armados ilegales, pero *con anterioridad a su desmovilización* (razón por la cual el desmovilizado debió haberlos confesado en su versión), la investigación y juzgamiento de los mismos debe hacerse de acuerdo con las leyes vigentes al momento de su realización y por parte de las autoridades competentes en idéntico momento:

Artículo 25. Hechos conocidos con posterioridad a la sentencia o al indulto. Si a los miembros de grupos armados al margen de la ley que recibieron los beneficios de la Ley 782 de 2002, o que se beneficiaron con la pena alternativa de conformidad con la presente ley, con posterioridad se les llegare a imputar delitos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos y antes de su desmovilización, estas conductas serán investigadas y juzgadas por las autoridades competentes y las leyes vigentes al momento de la comisión de esas conductas.

Otro tanto debe ocurrir respecto de las conductas punibles imputadas en las mismas condiciones temporales recién expuestas a los desmovilizados que se hayan beneficiado de la Ley 782 de 2002 o de la pena alternativa de la LJP, pero *carentes de relación alguna con su pertenencia a los grupos armados* organizados al margen de la ley, cuya investigación y juzgamiento les corresponde igualmente asumir a las autoridades competentes y con arreglo a las leyes vigentes al momento de su comisión.

Con miras a centrar ahora la atención –ya no en los jueces sino– en la Fiscalía, se ha de comenzar por recordar cómo, desde la reforma constitucional de 1991, el estamento creado por ella bajo el nombre de Fiscalía General de la Nación hace parte de la rama judicial del poder público y, por esa razón, se le ha permitido ejercitar ciertas funciones jurisdiccionales, que tradicionalmente se han concretado en determinadas competencias, las cuales, en punto de la LJP, vienen dadas de forma genérica por los artículos 15 y 33 y, de forma específica, por el artículo 16 *ibídem*.

Al efecto, la LJP prevé la creación, dentro de la estructura del referido ente, de una sección especial denominada Unidad Nacional para la Justicia y la Paz, delegada ante los tribunales superiores de distrito judicial y dotada, en cuanto al territorio concierne, de competencia nacional:

Artículo 33. *Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz*⁸⁷. Créase la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, delegada ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, con competencia nacional e integrada en la forma que se señala en la presente ley.

Atendido el diseño legal sobre el particular, a la referida unidad le corresponde esclarecer la verdad sobre los hechos objeto del proceso, propósito en pos del cual debe acometer, por conducto del fiscal delegado para el caso (quien contará con el apoyo del grupo especializado de policía judicial), la investigación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron las conductas punibles y de todos los demás aspectos enlistados en las disposiciones legales que se transcriben a continuación:

Artículo 15. *Esclarecimiento de la verdad*⁸⁸. Dentro del procedimiento que establece la presente ley los servidores públicos dispondrán lo necesario para que se asegure el esclarecimiento de la verdad sobre los hechos objeto de investigación y se garantice la defensa de los procesados.

La Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz creada por esta ley, deberá investigar, por conducto del fiscal delegado para el caso, con el apoyo del grupo especializado de policía judicial, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron las conductas punibles; las condiciones de vida, sociales, familiares e individuales del imputado o acusado y su conducta anterior; los antecedentes judiciales y de policía, y los daños que individual o colectivamente haya causado de manera directa a las víctimas, tales como lesiones físicas o psicológicas, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de derechos fundamentales.

Artículo 33. *Unidad nacional de fiscalía para la justicia y la paz* [...]

87 Corte Constitucional. Sentencias C-531 de 2006, C-575 de 2006, C-650 de 2006 y C-719 de 2006.

88 Corte Constitucional. Sentencias C-575 de 2006, C-719 de 2006 y C-080 de 2007.

Esta unidad será la responsable de adelantar las diligencias que por razón de su competencia, le corresponden a la Fiscalía General de la Nación, en los procedimientos establecidos en la presente ley.

La Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz tendrá el apoyo permanente de una unidad especial de policía judicial, conformada por miembros de las autoridades que corresponda, con dedicación exclusiva, permanente y con competencia en todo el territorio nacional⁸⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, a la referida Unidad le compete conocer, igualmente, de las distintas conductas punibles a las cuales hace referencia el artículo 16 LJP, en los siguientes términos:

Artículo 16. *Competencia*⁹⁰. Recibido por la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, el, o los nombres de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley dispuestos a contribuir de manera efectiva a la consecución de la paz nacional, el fiscal delegado que corresponda, asumirá de manera inmediata la competencia para⁹¹:

1. Conocer de las investigaciones de los hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley.
2. Conocer de las investigaciones que cursen en contra de sus miembros.
3. Conocer de las investigaciones que deban iniciarse y de las que se tenga conocimiento en el momento o con posterioridad a la desmovilización.

De la misma manera, le corresponde velar por la protección de las víctimas, los testigos y los peritos que pretenda presentar en el juicio:

89 Sobre este particular, el artículo 6.º del Decreto 4760 de 2005 establece: “*Término para la formulación de cargos*. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley 975 de 2005, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la realización de la audiencia de formulación de imputación, la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, con el apoyo de su grupo de policía judicial, adelantará las labores de investigación y verificación de los hechos admitidos por el imputado, y todos aquellos de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia”.

90 Corte Constitucional. Sentencias C-370 de 2006, C-531 de 2006, C-575 de 2006, C-719 de 2006 y C-080 de 2007.

91 Cfr. art. 4.º Dcto. 4760 de 2005.

Artículo 15. *Esclarecimiento de la verdad* [...] La Fiscalía General de la Nación velará por la protección de las víctimas⁹², los testigos y los peritos que pretenda presentar en el juicio. La protección de los testigos y los peritos que pretenda presentar la defensa estará a cargo de la Defensoría del Pueblo. La protección de los magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial que deban conocer del juzgamiento será responsabilidad del Consejo Superior de la Judicatura.

Artículo 38. *Protección a víctimas y testigos*⁹³. Los funcionarios a los que se refiere esta ley adoptarán las medidas adecuadas y todas las acciones pertinentes para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos, así como, la de las demás partes del proceso.

Para ello se tendrán en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género y la salud, así como la índole del delito, en particular cuando este entrañe violencia sexual, irrespeto a la igualdad de género o violencia contra niños y niñas.

Se dará capacitación especial a los funcionarios que trabajan con este tipo de víctimas.

Estas medidas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial, ni serán incompatibles con estos.

Por último, imperativo es también anotar que, por expresa disposición legal, la tarea consistente en buscar a los desaparecidos o a las personas muertas, así como la de ayudar a su identificación y posterior inhumación, de acuerdo con las tradiciones familiares y comunitarias, está en cabeza, principalmente, de la tantas veces mencionada Unidad especial:

Artículo 48. *Medidas de satisfacción y garantías de no repetición* [...] 49.2. (sic) La búsqueda de los desaparecidos o de las personas muertas y la ayuda para identificarlas y volverlas a inhumar según las tradiciones familiares y comunitarias. *Esta tarea se encuentra principalmente a cargo de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz...* (resaltado fuera de texto).

92 Cfr. arts. 11 y 25 Dcto. 4760 de 2005.

93 Corte Constitucional. Sentencia C-575de 2006.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y DOGMÁTICOS

GIMENO SENDRA, VICENTE. *Derecho procesal penal*, Madrid, Colex, 2004.

OLIVA SANTOS, ANDRÉS DE LA, SARA ARAGONESES MARTÍNEZ, RAFAEL HINOJOSA SEGOVIA, JULIO MUERZA ESPARZA y JOSÉ ANTONIO TOMÉ GARCÍA. *Derecho procesal penal*, 7.^a ed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004.

RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO. *Enjuiciamiento criminal. Octava lectura constitucional*. Barcelona, Atelier, 2006.

Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

Corte Constitucional. Sentencia C-392 de 2000, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Corte Constitucional. Sentencia C-873 de 2003, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Corte Constitucional. Sentencia C-1092 de 2003, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Corte Constitucional. Sentencia C-985 de 2005, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006, MM.PP.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, RODRIGO ESCOBAR GIL, MARCO GERARDO MONROY CABRA, ÁLVARO TAFUR GALVIS y CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Corte Constitucional. Sentencia C-531 de 2006, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Corte Constitucional. Sentencias C-575 de 2006, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

Corte Constitucional. Sentencia C-650 de 2006, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

Corte Constitucional. Sentencia C-670 de 2006, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

Corte Constitucional. Sentencia C-719 de 2006, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

Corte Constitucional. Sentencia C-080 de 2007, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

Normas

Ley 975 de 2005.

Decreto 4760 de 2005.

Ley 904 de 2006.

Decreto 3391 de 2006.

Ley 270 de 2006.

Constitución Política de 1991.

CAPÍTULO SÉPTIMO

EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA LEY 975 DE 2005

SUMARIO: I. Introducción. II. El Ministerio Público en la LJP. 1. La Procuraduría General de la Nación. 2. La Defensoría del Pueblo. 3. Las personerías municipales. IV. Fundamentos jurídicos y dogmáticos

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de la estructura del Estado impuesta por la Constitución Política de 1991, a las tradicionales ramas legislativa, ejecutiva y judicial del poder público se añadieron algunos órganos autónomos que, siendo independientes, cumplen con otras funciones de rango equiparable a las anteriores. En tal contexto se incardinan tanto el Ministerio Público como la Contraloría General de la Nación, que están a cargo, genéricamente hablando, de los controles disciplinario y fiscal (arts. 113, 117 y 118 C. N.).

Desde el punto de vista de sus tareas, conforme aclara la propia Carta de 1991, al Ministerio Público le corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas; por ello, los órganos que lo integran tienen una función preponderantemente de control (arts. 117, 118, 277, 278 y 282 C. N.)¹, ámbito dentro del cual las competencias en cuestión son realizadas por el Procurador General de la Nación², el Defensor

1 En una democracia, el buen manejo de lo público depende de la rectitud (aspecto subjetivo) y de la eficiencia (aspecto objetivo) con que el funcionario desempeñe su labor, con la garantía de que toda actuación de las autoridades públicas tiene que estar autorizada por la ley. Pero el Ministerio Público no sólo ejerce función de control, sino de defensa del interés social y de vocero del común en los aspectos trascendentes de la función pública (cfr. sentencia C-479 de 2005, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA).

2 Quien, por lo demás, es el *supremo director* del Ministerio Público (art. 275 C. N.).

del Pueblo³, los procuradores delegados y los agentes del Ministerio Público, los personeros municipales y los demás funcionarios que determine la ley (arts. 118, 242, 275, 277, 278 y 281 C. N.).

A la vista de lo anterior cobra pleno sentido, entonces, lo dicho por la Corte Constitucional cuando, con referencia al tema que se comenta, ha insistido en que “el Ministerio Público no se manifiesta e identifica como una entidad única, orgánica y funcionalmente homogénea, pues la variedad de las funciones que le han sido encomendadas están asignadas a los órganos institucionales y personales que se determinan en el art. 118”⁴.

Ahora bien, acorde con la Constitución colombiana, el Procurador General de la Nación es el supremo director del Ministerio Público y dentro de sus variadas funciones⁵ se encuentra la de intervenir, cuando sea necesario, en los procesos y ante las autoridades judiciales –incluidas las penales– o administrativas⁶, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales (arts. 275 y 277 ord. 7.º C. N.)⁷.

No obstante lo dicho, ha de precisarse que en el ejercicio de estas facultades el Ministerio Público actúa sobre todo en defensa del interés social, razón por la cual su intervención tiene lugar en calidad de colaborador de la administración de justicia y en el rol de sujeto procesal, sin que ello implique, en ningún momento, el ejercicio de función jurisdiccional⁸; aún así, conviene aclarar que cuando la intervención del Ministerio Público en las actuaciones penales está afincada en la protección de los derechos y garantías fundamentales de las personas, se alude, por igual, tanto a los de la sociedad, como a los de las víctimas y, desde luego, a los del imputado o acusado.

En cualquier caso, el Acto Legislativo 03 de 2002, constitutivo del marco supralegal dentro del cual se edificó luego el actual sistema penal acusatorio, conservó inalterada esta competencia en materia penal y estableció que

3 Para más detalles sobre este órgano y su función cfr. la sección correspondiente dentro de este mismo acápite.

4 Cfr. sentencia C-223 de 1995, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

5 Ha de revisarse, sobre este particular, el artículo 7.º del Decreto Ley 262 de 2000.

6 Esto ha dado lugar a que, además de la función de control sobre la que se ha venido haciendo referencia, aparezca otra de *intervención* (así, p. ej., HELIODORO FIERRO MÉNDEZ. *Manual de derecho procesal penal. Sistema acusatorio y juicio oral y público*, t. 1, Bogotá, Edit. Leyer, 2008, p. 823).

7 Resulta pertinente recordar que, para el cumplimiento de las funciones de la Procuraduría General de la Nación, la Constitución le confiere atribuciones de policía judicial y, en tal virtud, puede ejercer, en ese ámbito, las acciones que considere necesarias.

8 Corte Constitucional. Sentencia C-479 de 1995.

la Procuraduría continuaría cumpliendo las funciones contempladas en la Constitución, durante las etapas de la indagación, la investigación y el juzgamiento, previstas en el antedicho sistema (art. 109 Ley 906 de 2004).

II. EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

Acorde con lo dispuesto en la Ley 975 de 2005, Ley de Justicia y Paz (LJP), el Ministerio Público debe intervenir cuando sea necesario –dentro del marco del art. 277 C. N.–, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales (art. 28 LJP). Lo anterior supone que la intervención del Ministerio Público no reviste, desde el punto de vista formal, carácter obligatorio, aunque los intereses comprometidos en este tipo de procesos sugieren, sin duda alguna, su participación:

Artículo 28. *Intervención del Ministerio Público*⁹. En los términos del artículo 277 de la Constitución Política, el Ministerio Público intervendrá cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.

La Procuraduría General de la Nación

De conformidad con el mismo plexo legal y sus decretos reglamentarios, la Procuraduría General de la Nación debe cumplir, en este ámbito, con sus funciones constitucionales y legales. Para tales efectos, el artículo 35 LJP dispone, incluso, la creación de una Procuraduría Judicial para la Justicia y la Paz, con competencia en todo el territorio nacional¹⁰.

Ahora bien, dentro del elenco de funciones correspondientes a la Procuraduría General de la Nación, en el marco de la LJP, aparecen, en primer lugar, las relativas a la *intervención judicial*, por conducto de las procuradurías judiciales¹¹, las cuales actuarán con el apoyo de los procuradores judiciales agrarios y de los procuradores judiciales para la defensa del menor y la familia, particularmente, en representación de las víctimas individuales o colectivas.

9 Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006.

10 Resolución 171 de 2006 de la Procuraduría General de la Nación.

11 Cfr. *ibíd.*

A propósito de lo anterior, resulta pertinente señalar que, además de la *intervención* propiamente dicha, la Procuraduría General de la Nación debe: *impulsar* los mecanismos para la participación de las víctimas y de las organizaciones sociales que las representan (arts. 36 LJP, 9.º y 10.º Dcto. 4760 de 2005)¹²; *participar* en la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (art. 53 LJP); *adoptar* medidas para impedir la sustracción, destrucción o falsificación de los archivos relacionados con los procesos de desmovilización y reinserción que se produzcan con la aplicación de la LJP (art. 57 LJP)¹³; *atender* y *considerar* las necesidades especiales de las mujeres, las niñas, los niños, las personas mayores o con discapacidad que participen en el proceso (arts. 41 LJP y 11 Dcto. 4760 de 2005), y *citar* al Director de la Red de Solidaridad Social, en su condición de ordenador del gasto del Fondo para la Reparación de las Víctimas, para efectos de la conciliación (parág. 1.º art. 23 LJP).

A tono con lo expuesto, en orden a la reglamentación y a la definición de sus funciones, la Procuraduría General de la Nación, mediante la Resolución 171 del 27 de junio de 2006, dictó una serie de medidas encaminadas a garantizar la intervención del Ministerio Público en los procedimientos regulados en la LJP, remarcando, precisamente, las obligaciones constitucionales y legales relacionadas con la efectiva realización de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación¹⁴, todo ello en consonancia con lo previsto en el artículo 37 numeral 38.7 (*sic*) LJP.

12 El Ministerio Público, conforme al artículo 118 C. N., debe diseñar y ejecutar programas de divulgación, promoción e información general de los derechos de las víctimas (cfr. art. 9.º Dcto. 4760 de 2005).

13 Sin perjuicio de la aplicación de las normas penales pertinentes.

14 Conviene no olvidar que el derecho de las víctimas a ser asistidas durante el juicio por un abogado de confianza o por la Procuraduría Judicial no excluye el derecho que tienen las mismas a ejercer el derecho de postulación en otras fases del proceso. En palabras de la Corte: “Esta norma como todas las que regulan los derechos de las víctimas en el proceso penal debe ser interpretada conforme al estado actual de desarrollo que a partir de la jurisprudencia constitucional se ha producido en torno a esta materia. Desde esta perspectiva es claro que actualmente se encuentra superada la concepción reductora de los derechos de las víctimas a una simple pretensión indemnizatoria. La adaptación de los derechos de las víctimas a los estándares internacionales a través de la jurisprudencia, comporta el reconocimiento de que los derechos universales a la verdad, la justicia y la reparación, llevan implícita la potestad de intervenir en todas las fases de la actuación, en desarrollo del derecho de acceder a la justicia en condiciones de igualdad. Este acceso, en condiciones de igualdad, se deriva del carácter bilateral del derecho a un recurso judicial efectivo en virtud del cual los derechos de las víctimas no pueden verse menguados en relación con los que asisten al procesado. La consideración contemporá-

Es más, de cara al cumplimiento de las obligaciones de orden constitucional y legal a las cuales se ha venido haciendo referencia, el Procurador General de la Nación designó, en un primer momento, una serie de funcionarios en la planta global de la entidad, mientras se proveía lo necesario para crear la planta de personal requerida para cumplir con lo previsto en la LJP; ello dio lugar a la conformación de un grupo de trabajo adscrito a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales, al cual se le encomendó el desempeño de las funciones de intervención ante las autoridades que tienen bajo su responsabilidad lo relativo a la LJP¹⁵.

Asimismo, sin perjuicio de las funciones de intervención antes aludidas, o de las demás que la Constitución, la ley o el Procurador General de la Nación le asignen, al precitado grupo de trabajo le corresponde¹⁶:

– Intervenir ante las autoridades judiciales y administrativas, en todas las actividades que se adelanten para facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, con el fin de defender el ordenamiento jurídico, los derechos y garantías de los desmovilizados y reinsertados y los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación.

Intervenir ante las autoridades judiciales a las que se refieren las leyes 782 de 2002 y 975 de 2005 y demás normas que rigen el proceso de desmovilización, y ante las que adelanten procesos penales en contra de quienes se acojan a las políticas de desmovilización y reinserción, en defensa del orden jurídico y de los derechos y garantías fundamentales, en especial para asegurar que se adelanten las investigaciones respectivas de conformidad con la ley, se apliquen los mecanismos legales específicamente relacionados con

nea de la víctima como protagonista activo del proceso, conduce al goce de estándares de protección similares a los de otros intervinientes en el proceso” (sentencia C-370 de 2006, MM.PP.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, RODRIGO ESCOBAR GIL, MARCO GERARDO MONROY CABRA, ÁLVARO TAFUR GALVIS y CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ).

15 El Grupo de Trabajo será coordinado por el Procurador Delegado para el Ministerio Público en Asuntos Penales y estará integrado por doce (12) Procuradores Judiciales II adscritos a esa dependencia y doce (12) sustanciadores grado once (11), seleccionados por aquel. Además, el Grupo de Trabajo contará con el apoyo de los Procuradores Judiciales II adscritos a las Procuradurías Delegadas para Asuntos Ambientales y Agrarios y para la Defensa del Menor y de Familia, de modo que queden adecuadamente cubiertos todos los aspectos temáticos que puedan derivarse de la intervención del Ministerio Público en los procedimientos judiciales y administrativos a que se refiere la Ley 975 de 2005.

16 Resolución 171 del 27 de junio de 2006, artículo 2.º.

los procesos de desmovilización y reinserción, se respeten los derechos de los procesados y se garanticen a las víctimas y a la sociedad sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

– Intervenir ante las autoridades judiciales y administrativas en los procesos y actuaciones anteriormente mencionados, con el fin de vigilar el respeto por el ordenamiento jurídico y, en particular, las disposiciones que conforman el bloque de constitucionalidad aplicables a los procesos de desmovilización y reinserción.

– Promover y hacer respetar los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación.

– Adelantar o promover las gestiones necesarias para garantizar que las víctimas de los hechos punibles imputables a quienes se acojan a la política de desmovilización y reinserción sean debidamente identificadas, y procurar la demostración de la naturaleza y la cuantía de los daños ocasionados con tales comportamientos.

– Solicitar a las autoridades judiciales competentes que se adelanten las actuaciones o se realicen las diligencias o gestiones que sean necesarias para garantizar la efectiva protección de los derechos de las víctimas, de conformidad con lo previsto en los artículos 38, 39, 40 y 41 de la Ley 975 de 2005, y atender las solicitudes de información que formulen las víctimas en relación con los derechos que les asisten y las formas de protección de los mismos. En el mismo sentido, intervenir ante las autoridades reseñadas en precedencia, con el fin de propiciar mecanismos de información a las víctimas acerca de los procesos en curso contra quienes se acojan a las políticas de desmovilización y reinserción.

– Promover, a solicitud de las víctimas, los incidentes de reparación integral e intervenir en su trámite, de conformidad con las disposiciones legales vigentes, y supervisar la entrega de bienes destinados a la reparación de los daños.

– Intervenir ante las autoridades judiciales y administrativas competentes para que se asegure el pleno y efectivo derecho a conocer la verdad sobre los delitos cometidos por los grupos armados organizados al margen de la ley y sobre el paradero de las personas secuestradas o sometidas a desaparición forzada, o de sus cadáveres, según sea el caso.

– Intervenir ante las autoridades judiciales y administrativas a fin de garantizar que las personas que se acojan al proceso de desmovilización y reinserción estén adecuada y plenamente identificadas y cumplan estrictamente

los requisitos señalados en las leyes 782 de 2002 y 975 de 2005, para acceder a los beneficios previstos en ellas.

– Intervenir en la versión libre que rindan quienes se acojan a la política de desmovilización y reinserción, con el fin de proteger los derechos y garantías de los procesados y velar por que en esta diligencia se les interroge sobre todos los aspectos necesarios para asegurar el esclarecimiento de los hechos punibles que se les atribuyan.

– Intervenir ante las autoridades judiciales para garantizar que quienes acepten los cargos formulados por la Fiscalía lo hagan de manera libre, voluntaria, espontánea y con asistencia de su defensor.

– Verificar que las personas desmovilizadas o reinsertadas que se acojan a las normas de la Ley 975 de 2005 sean recluidas en los centros específicamente determinados para ese fin, cuando hubiere lugar a ello.

– Vigilar que, en la ejecución de la pena alternativa, el beneficiado realice efectivamente labores de estudio, trabajo o enseñanza, con miras a obtener su adecuada resocialización, y promueva actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado organizado al margen de la ley al cual perteneció.

– Verificar que durante el término de libertad a prueba previsto en el artículo 29 de la Ley 975 de 2005 los beneficiarios de dichas medidas cumplan con las obligaciones impuestas por la autoridad judicial competente.

– Informar inmediatamente a la Coordinación del Grupo y a la Procuraduría Delegada para el Menor y la Familia, de todas las actuaciones judiciales que se adelanten en relación con el juzgamiento o protección de los menores de edad que se acojan a la política de desmovilización y reinserción.

– Integrar las comisiones regionales para la restitución de bienes, en los términos previstos en la Ley 975 de 2005.

– Intervenir en el trámite de la extinción de dominio relacionado con los bienes de quienes se acojan a la política de desmovilización y reinserción, así como en la entrega de los bienes al Fondo para la Reparación a que hace referencia el parágrafo del artículo 54 LJP.

– Adoptar, en los términos previstos en la Ley 975 de 2005, las medidas que tiendan a impedir la impunidad y, particularmente, la sustracción, destrucción o falsificación de los archivos, en aras de garantizar la efectiva constatación de la verdad. Lo anterior, sin perjuicio de la aplicación de las normas penales pertinentes.

– Cumplir las instrucciones que imparta la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales y las decisiones que adopte el Comité de Coordinación¹⁷. El coordinador del grupo de trabajo creado podrá solicitar el apoyo de otras dependencias de la Procuraduría General de la Nación, el cual se brindará de manera inmediata, prioritaria y obligatoria; igualmente, los procuradores delegados con función de coordinación podrán designar temporalmente a otros procuradores judiciales o empleados de su dependencia, debidamente calificados, para el cumplimiento de funciones como agentes especiales del Ministerio Público.

De otro lado, mediante la Circular 52 del 11 de octubre de 2006, el Procurador General de la Nación dio instrucciones a los procuradores regionales y provinciales, en el sentido de proteger los derechos de las víctimas¹⁸ y de la población desmovilizada, lo mismo que para asegurar su efectividad en el marco de aplicación de la LJP, de sus decretos reglamentarios 4760 de 2005, 2898 de 2006 y 3391 de 2006, y de la sentencia C-370 de 2006. En este mismo orden de cosas, debe igualmente tenerse en cuenta a la Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos, que es la dependencia encargada de apoyar las consultas sobre los temas anotados en precedencia.

17 A fin de garantizar la coordinación de las tareas que deben cumplir los miembros del Grupo de Trabajo en comento, funcionará un comité de coordinación (que se reunirá cuando las necesidades del servicio lo aconsejen) integrado por el Procurador Delegado para el Ministerio Público en Asuntos Penales, el Procurador Delegado para Asuntos Ambientales y Agrarios, y el Procurador Delegado para la Defensa del Menor y la Familia, el Procurador Delegado para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos, el cual estará presidido por el primero de los nombrados (el Procurador Delegado para Asuntos Civiles, el Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado y el Director Nacional de Investigaciones Especiales también actuarán como miembros del comité de coordinación, cuando en el orden del día se vayan a tratar asuntos de su competencia). Dicho comité, además de las funciones de coordinación que son propias de su naturaleza, cumplirá funciones de apoyo y asesoría a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales, en todo lo concerniente a la aplicación de la Ley 975 de 2005 y demás disposiciones legales y reglamentarias, y cumplirá las demás funciones que demande el cumplimiento de las misiones constitucional y legalmente asignadas al Ministerio Público con respecto a estas materias.

18 No puede olvidarse, en este punto, el formato de *Registro de Hechos Atribuibles a Grupos Organizados al Margen de la Ley*, elaborado por la Fiscalía General de la Nación y que debe diligenciarse cuando las víctimas acudan a las procuradurías regionales y provinciales.

Dentro de este recuento normativo, también es importante mencionar la Directiva del 5 de junio de 2007, mediante la cual el Procurador General de la Nación impartió instrucciones enderezadas a garantizar la participación de las víctimas en el proceso de la LJP, de conformidad con el artículo 8.º del Decreto 3391 de 2006, reiterando así el compromiso del Ministerio Público con la promoción y protección de los intereses de la sociedad y, en especial, de los derechos de las víctimas del conflicto armado interno a la verdad, a la justicia y a la reparación¹⁹.

Finalmente, en fecha más o menos reciente, en concreto el 12 de diciembre de 2007, fue expedido el Decreto 4795, por medio del cual se crearon en la planta de personal de la Procuraduría General de la Nación los cargos indispensables para cumplir con las funciones del Ministerio Público en el marco de lo señalado en la LJP, así como los necesarios para hacer otro tanto ante los jueces administrativos. Los referidos cargos fueron los siguientes:

Número de cargos	Denominación del empleo	Código	Grado
Planta globalizada			
20	Procurador judicial II	3PJ	EC
55	Procurador Judicial I	3PJ	EG
75	Sustanciador	4SU	11

19 Advierte a los servidores del Estado que tengan responsabilidad en la aplicación de lo dispuesto en la LJP y los decretos reglamentarios, que su actividad debe enmarcarse en el estricto respeto de las normas de derechos humanos y derecho internacional humanitario (sentencia C-370 de 2006), y recuerda que la participación de las víctimas en los procesos de esclarecimiento judicial que se deriven de la aplicación del marco normativo antes citado debe respetar los mandatos establecidos en los artículos 8.º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2.º y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativos a las garantías judiciales y a un recurso judicial efectivo. En consecuencia, se deberá dar estricta aplicación y garantizar los derechos de las víctimas frente a la administración de justicia en todas las etapas del proceso penal (versión libre y confesión, audiencia de imputación, audiencia de formulación de cargos, audiencia de verificación de la aceptación de cargos, incidente de reparación integral, audiencia de sentencia, apelación y acción extraordinaria de revisión, así como en las demás audiencias de trámite (sentencia C-209 de 2007).

II. LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

La Defensoría del Pueblo, cuya máxima autoridad es el Defensor del Pueblo, está bajo la *suprema dirección del Procurador General de la Nación*²⁰ y sus funciones tienen fuentes tanto constitucionales como legales (art. 282 C. N. y Ley 24 de 1992). Por ello, al margen de las importantes tareas que se le asignan en el contexto de los Estados contemporáneos, la Defensoría del Pueblo cumple, en materia penal, con la trascendental misión de organizar y dirigir la defensoría pública, en los términos señalados por la ley (función 4.^a art. 282 C. N., concordado con el art. 283 *ibíd.*).

Ahora bien, en cuanto atañe a la LJP, las funciones de la Defensoría del Pueblo se escinden en dos vertientes, en principio antagónicas; en realidad, mientras por un lado le corresponde asesorar a los imputados, acusados o condenados, por el otro tiene igualmente el encargo de asistir a las víctimas, en el ejercicio de sus derechos en el marco de la ley²¹. Ello, sin ninguna duda, genera la necesidad de insistir en que, pese a pertenecer a la misma institución, las dependencias respectivas deben ser diferentes, pues los intereses en función de los cuales intervienen lo son igualmente.

Tratándose de la primera vertiente, las funciones en mención giran en torno a la *garantía del ejercicio del derecho de defensa* de los imputados,

20 Artículos 281 y 282 C. N.

21 Conviene complementar lo dicho hasta ahora, con lo anotado por la Corte Constitucional en punto del inciso 2.^o del artículo 34 LJP: “limitar las posibilidades de asistencia que las víctimas puedan obtener de la Defensoría de Pueblo al marco de la ‘presente ley’ introduce una desproporcionada limitación al ejercicio de sus derechos. Se observa que la norma parcialmente impugnada forma parte del capítulo VII relativo a las ‘Instituciones para la ejecución de la presente ley’, de donde se deduce que no se puede restringir las posibilidades de asistencia defensorial a las meramente procesales, como tampoco a las que se deriven de la presente Ley. El propósito del capítulo es el de establecer toda una estructura de apoyo para la ejecución de la Ley, y la promoción y defensa de los derechos de las víctimas. Las víctimas integran, sin duda, uno de los sectores más vulnerables de la población frente al cual la Defensoría del Pueblo, en el marco de sus competencias, puede desarrollar toda una gama de posibilidades de asesoría, asistencia y protección, en desarrollo de las facultades que le han sido atribuidas por las leyes que se ocupan de esta importante institución. La expresión ‘presente’ del segmento normativo impugnado en efecto introduce una severa restricción a las posibilidades de asistencia a las víctimas por parte de la Defensoría del Pueblo, lo cual riñe con la concepción amplia de los derechos de las víctimas a la cual se ha hecho referencia de manera reiterada en esta sentencia” (sentencia C-370 de 2006, *cit.*).

acusados o condenados, mediante los mecanismos de la Defensoría Pública (art. 34 LJP), que incluyen la designación de un defensor al acusado cuando éste no tenga uno de confianza (art. 14 LJP) y la protección de los testigos y los peritos que pretenda presentar la defensa (art. 15 LJP).

Al hilo de lo expuesto, no puede olvidarse que el defensor público es el encargado de suministrar asesoría gratuita²² a quienes, por diversas razones, no pueden contar con los servicios de un abogado; se trata, como se sabe, de un profesional del derecho vinculado al Sistema Nacional de Defensoría Pública (a través de un proceso de selección para el cual debe satisfacer unos requisitos específicos²³), cuya designación en el proceso concreto ocurre a solicitud del imputado (acusado o condenado), del Ministerio Público, del funcionario judicial o, inclusive, por iniciativa del Defensor del Pueblo.

Respecto de la segunda vertiente o grupo de funciones, el mismo artículo 34 recién mencionado indica que se debe proveer de un defensor público a las víctimas, para garantizar su representación judicial y la defensa material de sus derechos, a lo largo de las distintas etapas que conforman el proceso penal (art. 34 LJP)²⁴. Así las cosas, la intervención de la Defensoría del Pueblo a este respecto tiene dos manifestaciones: una de *orientación, atención y asesoría en general de las víctimas*, y otra de *representación extrajudicial o judicial*, encaminada a la efectiva realización de los derechos de aquéllas a la verdad, a la justicia y a la reparación²⁵.

A propósito de esta segunda perspectiva relativa a las víctimas, la Defensoría del Pueblo creó la Unidad Temática especializada de Justicia y Paz (conformada por abogados, psicólogos y comunicadores sociales), a la cual

22 Gratuita para sus destinatarios, porque, en todo caso, son personas remuneradas por el Estado.

23 El Sistema Nacional de Defensoría Pública está integrado por la Dirección del Sistema Nacional de Defensoría Pública, los defensores del pueblo regionales y seccionales, los coordinadores administrativos y de gestión, los coordinadores académicos, los pesoneros municipales, los defensores públicos, los abogados particulares vinculados como defensores públicos para las excepciones previstas en esta ley, los investigadores, técnicos y auxiliares, los judicantes, los estudiantes de los consultorios jurídicos de las facultades de derecho, las personas y asociaciones científicas dedicadas a la investigación criminal y las organizaciones que brinden capacitación a los componentes del Sistema (Ley 941 de 2005).

24 Esta disposición permite reafirmar lo explicado antes sobre el carácter común del derecho de defensa, por contraposición a las tesis de acuerdo con las cuales aquél se le atribuye de forma exclusiva al procesado.

25 Cfr. Decreto 315 de 2007.

le corresponde, justamente, proporcionar orientación jurídica y psicosocial²⁶ a las víctimas en general. Pero, en aquellas sedes que no cuenten con los profesionales especializados para integrarlas, los propios funcionarios de la Defensoría deben atender los lineamientos propuestos por la entidad, con miras a facilitar la defensa y orientación de las víctimas. Para estos fines, el Defensor del Pueblo expidió las resoluciones 1113 del 15 de diciembre de 2006 y 438 de 2007²⁷.

Por último, no puede dejar de anotarse que, si bien la Defensoría Pública ha dispuesto defensores públicos dedicados en forma exclusiva a atender a las víctimas, lo cierto es que todos los defensores públicos adscritos a las defensorías regionales o seccionales están habilitados y disponibles para prestar asesoría y orientar a aquellas víctimas que tengan interés en obtener información sobre la viabilidad de sus derechos y la forma de hacerlos efectivos.

Las personerías municipales

En este caso, como es de sobra conocido, se trata de entidades del orden local, con autonomía administrativa, presupuestal y contractual, pero adscritas e integradas, funcionalmente hablando, al Ministerio Público; por ende, sus funciones constitucionales no son diferentes de las examinadas en punto de la Procuraduría General de la Nación o la Defensoría del Pueblo, es decir, de las previstas en el artículo 118 C. N. Al margen, sin embargo, de la precedente mención, la Carta no trae más información sobre estos entes municipales y, por lo mismo, el grueso de la normatividad que los rige tiene rango legal.

Con todo, habida cuenta de que las personerías municipales son los receptores naturales de las denuncias de las víctimas en las regiones, es indis-

26 Las actividades de acompañamiento psicosocial están dirigidas a proteger a las víctimas de los posibles impactos emocionales que su participación en el proceso de justicia y paz pudiera suscitar, a través de actividades psicoeducativas (facilitar la comprensión del proceso que deben atravesar para reclamar sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral, brindando todas las herramientas necesarias para que puedan adoptar –de forma libre y consciente– la decisión de participar en el proceso de justicia y paz) y de intervención en crisis especializadas para evitar una nueva victimización.

27 Por las cuales, primero, se organiza la prestación del servicio de defensoría pública para víctimas de las conductas delictivas en el marco de la Ley de Justicia y Paz y, segundo, se establece el procedimiento para la orientación y atención de las víctimas en el ámbito de la misma y se dictan otras disposiciones.

cutible que sus actuaciones deben estar encaminadas, como mínimo, a lo siguiente:

– Determinar de qué tipo de víctima se trata (desplazado, familiar de desaparecido, sobreviviente de minas antipersonales, torturado, despojado de sus bienes y/o sus tierras, secuestrado, minoría étnica, indígena, afrocolombiano, u otros), con miras a que, luego de que se le brinde una orientación general en los asuntos propios de la LJP, pueda tener una asesoría acorde con su calidad.

– Ayudar a las víctimas a documentar el caso para cuando realmente participen del proceso penal y, por supuesto, en el incidente de reparación integral.

– Recaudar la información requerida por la Unidad Nacional de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, respecto de aquellas víctimas que tengan interés en participar en el proceso penal, procediendo luego a remitir los formularios respectivos.

– Informar a las víctimas o a sus beneficiarios que serán citados y/o entrevistados por fiscales o miembros de la Policía Judicial de la Unidad Nacional de Justicia y Paz.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y DOGMÁTICOS

HELIODORO FIERRO MÉNDEZ. *Manual de derecho procesal penal. Sistema acusatorio y juicio oral y público*, t. 1, Bogotá, Edit. Leyer, 2008.

Corte Constitucional. Sentencia C-223 de 1995, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Corte Constitucional. Sentencia C-479 de 1995, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006, MM.PP.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, RODRIGO ESCOBAR GIL, MARCO GERARDO MONROY CABRA, ÁLVARO TAFUR GALVIS y CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Corte Constitucional. Sentencia C-209 de 2007, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA.

Decreto Ley 262 de 2000.

Ley 975 de 2005.

Decreto 4760 de 2005.

Decreto 3391 de 2006.

Decreto 2898 de 2006.

Decreto 4795 de 2007.

Decreto 315 de 2007.

Resolución 171 de 2006 de la Procuraduría General de la Nación.

Circular 52 de 2006 de la Procuraduría General de la Nación.

Resolución 1113 de 2006 de la Defensoría del Pueblo.

Directiva del 5 de junio de 2007 de la Procuraduría General de la Nación.

Resolución 438 de 2007 de la Defensoría del Pueblo.

[www.cnrr.org.co/interior_otros/word/intsoc11.doc].

[www.defensoria.org.co].

SEGUNDA PARTE
EL PROCESO ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ

CAPÍTULO PRIMERO

APROXIMACIÓN A LA ESTRUCTURA DEL PROCESO PREVISTO EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

SUMARIO: I. Introducción. II. Fase administrativa. III. Fase judicial. 1. Actuaciones previas a la recepción de la versión libre. 2. Versión libre y confesión. 3. Elaboración del plan metodológico de investigación. 4. Archivo de diligencias. 5. Solicitud de audiencia de formulación de la imputación. 6. Audiencia preliminar de formulación de la imputación. 7. Investigación previa a la solicitud de la Audiencia de formulación de cargos. 8. Solicitud de audiencia de formulación de cargos. 9. Audiencia de formulación de cargos. 10. Audiencia pública de control de legalidad de la aceptación de cargos. 11. Audiencia pública de sentencia e individualización de la pena. 12. El cumplimiento de la pena.

I. INTRODUCCIÓN

Teniendo en cuenta que la normatividad especial que ha venido siendo objeto de comentario se ocupa de lo relativo a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, siempre y cuando hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decididamente a la reconciliación nacional, la presente sección estará dedicada a dar cuenta de la estructura general de la actuación procesal prevista en la Ley 975 de 2005.

Sea lo primero anotar que el proceso, en cuanto instrumento jurídico a través del cual se ejercita la función jurisdiccional del Estado, puede entenderse desde dos distintas perspectivas: por una parte, como un conjunto sucesivo y coordinado de *actos*; por la otra, como un *método* cuyo adelantamiento reclama, precisamente, la realización de los antedichos actos. Aunque desde el punto de vista estrictamente procesal tal vez resulte más adecuada la segunda perspectiva, es importante tener en cuenta que las dos no son excluyentes,

sino que, por el contrario, se complementan recíprocamente, comoquiera que en ningún proceso, entendido como método, es posible prescindir de los actos, esto es, del *procedimiento*.

Como es obvio, conceptualizar el proceso como un método edificado a partir de un conjunto sucesivo y coordinado de actos, es algo que, por razones fácilmente entendibles, tiene particular relevancia en punto de la ineficiencia de los actos procesales y de sus consecuencias en el proceso, esto es, en lo atinente a su (in)existencia y/o (in)validez –tanto general como particular–; pero sobre ese interesante tópico no es del caso profundizar aquí. Aún así, imperativo es no dejar pasar desapercibidas al respecto, por lo menos, estas dos precisiones: en primer lugar, que la *irregularidad* de un acto procesal se define en función de la disconformidad entre las formas¹ mandadas por el ordenamiento jurídico para la realización o ejecución del mismo y la manera en que él se ha producido o ejecutado efectivamente²; en segundo lugar, que la misma es susceptible de graduarse y, como consecuencia de ello, devenir relevante o no³.

-
- 1 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejeción 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 desmantelamiento 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.º
 - 2 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejeción 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 desmantelamiento 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.º
 - 3 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML ante cualquier autoridad militar, policial, judicial, defensoría o procuraduría en la

Sobre este asunto concreto, la LJP trae un procedimiento especial que debe complementarse con los códigos de procedimiento penal –leyes 600 de 2000 y 906 de 2004– y con los decretos reglamentarios de la Ley 975 de 2005, las resoluciones proferidas por el Fiscal General de la Nación y los memorandos expedidos por la Jefatura de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz. Dicho esto, puede acometerse, acto seguido, el estudio de la actuación traída a colación en la referida ley, poniendo de presente que el procedimiento establecido en la Ley de Justicia y Paz tiene dos fases: *una administrativa*, a cargo del Comisionado de Paz, el Ministerio de Defensa y el Ministerio del Interior y Justicia y que tiene que ver con las desmovilizaciones colectivas⁴ o individuales⁵ de los miembros de grupos armados organizados al margen de

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 Dejaración 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 desmantelamiento 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.º

- 4 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejaración 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 desmantelamiento 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.º
- 5 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejaración 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 relacio-

la ley que están o no privados de la libertad y que manifiestan su voluntad de desmovilizarse y suministrar información que sea de ayuda para dismantelar estos grupos armados con miras a poder acceder a los beneficios jurídicos, económicos y sociales cuando se reintegren a la sociedad civil; y una *fase judicial*, que se inicia cuando la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz recibe la lista de postulados elaborada por el Ministro del Interior y Justicia, y que termina con la sustitución de la pena principal por la pena alternativa con el correspondiente periodo de libertad a prueba que equivale a la mitad de la pena alternativa.

II. FASE ADMINISTRATIVA

Para que la Ley de Justicia y Paz pueda aplicarse, es necesario agotar previamente un trámite de carácter administrativo, que 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* (art. 9.º LJP).

En ese acto de desmovilización el o los miembros de un GAOML voluntariamente dejan las armas, abandonan el grupo y se entregan a las autoridades. Dependiendo del tipo de delito cometido, el proceso se enmarca por la Ley 418 de 1997 prorrogada y modificada por las leyes 548 de 1999, 782 de 2002 y 1106 de 2006 para los casos de delito político y conexos, y por la Ley 975 de 2005 para los que no queden cobijados por la anterior.

Al efecto, es preciso recordar, antes de proseguir, que la calidad de desmovilizado, de conformidad con lo dispuesto en la ley, se adquiere en el mismo momento en que se expide la certificación por el Comité Operativo para la Dejeción de Armas –CODA⁶– cuando se trata de desmovilizaciones

nada 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.º

6 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejeción 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 relacio-

individuales, y con la lista de integrantes suscrita por el vocero o miembro representante del grupo armado organizado al margen de la ley y aceptada por el Gobierno Nacional, cuando se trata de desmovilizados colectivos⁷. Así mismo, conviene no olvidar que los miembros de los grupos organizados al margen de la ley privados de la libertad también pueden beneficiarse de lo dispuesto en la LJP —o incluso de lo establecido en la Ley 782 de 2002, siempre y cuando su pertenencia al respectivo grupo quede establecida en la decisión judicial correspondiente (parág. art. 10.º LJP)—.

Los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley deberán brindar información sustancial sobre el grupo al cual pertenecían y describir sus acciones en el mismo. En este evento, el Ministerio de Defensa, en coordinación con la Fiscalía General de la Nación, deberá emitir un concepto valorativo sobre la importancia y pertinencia de la información suministrada para lograr el desmantelamiento del grupo de guerrilla al cual pertenece el solicitante. De acuerdo con este concepto, se otorgará la certificación de pertenencia y abandono expedido por el CODA.

Aquellos que aleguen pertenecer a un grupo armado organizado al margen de la ley que se haya desmovilizado colectivamente y pretendan ser reconocidos como tal, deberán estar relacionados en la lista remitida por el miembro representante del grupo armado organizado al margen de la ley desmovilizado, y además mediante una providencia judicial debe poder determinarse su pertenencia al grupo. En este caso, el solicitante adquiere la condición de desmovilizado a partir de la fecha en la cual el Alto Comisionado reconoció la desmovilización del grupo ilegal al cual perteneció.

nada con el desmantelamiento 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.º

7 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejaración 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 desmantelamiento 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.º

De acuerdo al momento procesal en que se encuentre la investigación o investigaciones en contra del desmovilizado, la autoridad competente remitirá copia de la certificación a las autoridades judiciales encargadas del caso con la finalidad de que se otorguen los beneficios a que haya lugar en el marco de la Ley 782 de 2002⁸. En caso de que el desmovilizado no quede cobijado por los beneficios establecidos en la citada ley, si lo solicita, el Ministerio del Interior y Justicia lo postulará al procedimiento y beneficios de la Ley 975 de 2005 y enviará copia del trámite a la Fiscalía General de la Nación.

Para volver a los desmovilizados, éstos deben manifestar por escrito (y con la debida antelación) su voluntad de ser postulados para acogerse al procedimiento y a los beneficios previstos en la LJP; a más de lo anterior, han de declarar, bajo la gravedad del juramento, cumplir con lo determinado por los artículos 10.º y 11 de la citada ley; esta manifestación se realiza ante el Alto Comisionado para la Paz o el Ministro de Defensa, según se trate de una desmovilización colectiva o individual, teniendo en cuenta que tanto al Alto Comisionado para la Paz como al ministro de Defensa les corresponde enviar las listas de postulados al ministro del Interior y de Justicia, quien, a su turno, debe remitirlas a la Fiscalía General de la Nación⁹, a efectos de

8 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejeción 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 desmantelamiento 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.º

9 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejeción 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 desmantelamiento del grupo al que pertenecían, de que trata el numeral 11.1

que las autoridades judiciales verifiquen el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad contenidos en los artículos antes citados. No obstante, es necesario precisar que no todos los requisitos de elegibilidad previstos en la Ley 975 de 2005 son susceptibles de cumplirse en este preciso momento.

En efecto, nosotros consideramos que en tratándose de desmovilizaciones colectivas ante el Gobierno Nacional se deben cumplirse los siguientes requisitos: a) Expresar el sometimiento libre y voluntario a la ley; b) Confesar la autoría o participación en las conductas punibles que se hayan cometido por acción u omisión durante su pertenencia al grupo armado ilegal y dentro del periodo establecido por la Ley de Justicia y Paz; c) No ser destinatario de los beneficiarios otorgados por la Ley 782 de 2002, y d) Que todo o gran parte de ese grupo armado ilegal se haya desmovilizado y colabore efectivamente para su desmantelamiento¹⁰.

Pero si estamos frente a desmovilizaciones individuales el desmovilizado, al momento de su desmovilización ante las autoridades administrativas, deberá: a) Expresar su voluntad y libertad de acogerse al proceso especial de justicia y paz; b) Entregar información que tenga como finalidad el desmantelamiento del grupo organizado al margen de la ley del que era miembro; c) Suscribir un acta de compromiso con el Gobierno Nacional; d) Abandonar las armas, y e) Colaborar con las autoridades judiciales para la investigación de las conductas en las que incurrió cuando pertenecía a esos grupos armados.

Tratándose, igualmente, de la desmovilización, resulta pertinente considerar lo previsto en los parágrafos 1.º, 2.º y 3.º del artículo 3.º del Decreto 4760 de 2005, que contienen algunas reglas especiales relacionadas con

del artículo 11 de la misma ley. Cfr. Ministerio del Interior y de Justicia, Decreto 423 de 2007, art. 2.º

10 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejaración 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 desmantelamiento 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.º

la identificación e individualización de los desmovilizados, la entrega de bienes efectuada por éstos y los menores pertenecientes a los grupos organizados al margen de la ley que se desmovilizan. En efecto, señalan estas disposiciones que para la entrega de bienes efectuada durante esta etapa o fase administrativa deberá informarse inmediatamente a la Fiscalía General de la Nación para que adopte las medidas cautelares del caso y los deje a disposición del Fondo para la Reparación de las Víctimas. En cuanto a los menores de edad pertenecientes a los grupos armados desmovilizados, serán puestos inmediatamente a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quien se encargará de promover su recuperación física y psicológica y su reinserción social.

En todo caso, además de lo anotado en precedencia, para acceder a los beneficios previstos en la LJP es necesario que los comportamientos objeto de investigación y juzgamiento reúnan varias condiciones, entre las cuales revisten particular importancia las siguientes: primera, que se trate de delitos no susceptibles de amnistía ni indulto (respecto de éstos se aplica la Ley 782 de 2002 y lo dispuesto por el art. 6.º y el parág. art. 7.º Dcto. 3391 de 2006); segunda, que se hayan realizado antes del 25 de julio de 2005 (art. 72 LJP), y tercera, que hayan sido cometidos durante y con ocasión de la pertenencia de sus autores o partícipes a un grupo armado organizado al margen de la ley.

Una vez comprobados todos los requisitos, atendiendo a si fue una desmovilización colectiva o individual el Ministro del Interior y Justicia procede a hacer la lista de postulados que enviará a la Fiscalía General de la Nación. Esta lista es un documento que contiene la identidad del postulado con su nombre, alias, nombre y número del documento de identidad; bloque al cual perteneció y lapso de tiempo que en él militó; fecha de desmovilización. A esta lista deberán anexarse los escritos de los desmovilizados en los que conste que desean acogerse libre y voluntariamente al procedimiento y beneficios de la Ley 975 de 2005 y que bajo la gravedad del juramento se comprometen a cumplir con los requisitos de elegibilidad contenidos en los artículos 10.º y 11 de esta ley¹¹.

11 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejaración 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

Ahora bien, una vez recibidas por la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz las listas aludidas, debe designarse un fiscal delegado que, de manera inmediata, asuma competencia para indagar sobre los delitos antes explicados, y, adicionalmente, conocer tanto de las investigaciones que ya cursen contra los miembros de estos grupos como de aquellas que deban iniciarse, siempre y cuando se conozcan al momento de la desmovilización o con posterioridad a la misma (art. 16 LJP).

Como es obvio, las competencias anotadas deben ejercitarse dentro de lo que procesalmente constituye la *fase o etapa judicial o de investigación*, a la cual –conjuntamente con los distintos actos que la integran– se dedican, entonces, las siguientes líneas.

III. FASE JUDICIAL

Conforme lo dispone la legislación vigente sobre esta materia, a la Fiscalía General de la Nación, por conducto del respectivo fiscal delegado, le compete todo lo relativo al esclarecimiento de la verdad material sobre los hechos investigados, en concreto, sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron; la determinación de los autores y partícipes; las condiciones de vida, sociales, familiares e individuales de los mismos y su conducta anterior, al igual que sus antecedentes judiciales y de policía; los daños que individual o colectivamente hayan causado de manera directa a las víctimas, y la identificación de bienes, fuentes de financiación y armamento de los respectivos grupos.

Todo lo anterior, sin perjuicio del derecho de defensa que asiste a los procesados y de la obligación (igualmente radicada en la Fiscalía) de proteger a las víctimas, a los testigos y a los peritos que se pretenda presentar en el juicio (arts. 15 LJP y 4.º Dcto. 4760 de 2005).

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 desmantelamiento 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.º

1. Actuaciones previas a la recepción de la versión libre

En un plazo razonable¹², el fiscal delegado competente asignado, con el apoyo de la Policía Judicial, ha de realizar todas aquellas actividades tendientes a la averiguación de la verdad material, la determinación de los autores intelectuales, materiales y partícipes, el esclarecimiento de las conductas punibles cometidas, la identificación de los bienes, las fuentes de financiación y el armamento de los respectivos grupos organizados armados al margen de la ley, así como los cruces de información y demás diligencias tendientes al cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 15 y 16 LJP (art. 4.º Dcto. 4760 de 2005).

Dentro de las actuaciones previas el fiscal de conocimiento deberá comunicar al postulado que contra él se ha iniciado un proceso en la Unidad de Fiscalías para la Justicia y la Paz para que proceda a nombrar su abogado de confianza o para que se le designe un defensor de la Defensoría Pública que represente sus intereses. En esta comunicación se fijará la fecha en la que se le recibirá la versión libre. Así mismo, se enviará comunicación de la iniciación del proceso contra ese postulado específico al Procurador Judicial, a la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), a la Agencia Presidencial para la Acción Social y al director del Programa de Representación Judicial a Víctimas de la Defensoría del Pueblo. Además, se deberá citar y emplazar a las víctimas conocidas o cognoscibles por las conductas punibles cometidas por el postulado. También se solicitará a la Oficina del Alto Comisionado para la Paz certificar la fecha de la desmovilización y el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad para ese preciso momento, o al CODA o al Programa de Atención al Desmovilizado –PAHD– todo lo que se refiera a la desmovilización individual.

12 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejaración 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 desmantelamiento 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.º

Este plazo debe ser igualmente empleado, pese a lo amplio del objeto propuesto, en la verificación —en todo caso preliminar— de los requisitos previstos en los artículos 10.º y 11 LJP, sin perjuicio del adelantamiento de algunas otras averiguaciones, que, sin embargo, no constituyen su cometido principal y en las cuales bien pueden colaborar, por ejemplo, las víctimas. Lo anterior, porque, acorde con la sistemática de la Ley de Justicia y Paz, la versión libre (y, por ende, lo narrado en esta diligencia por el desmovilizado) constituye la fuente de información privilegiada de los fiscales, quienes, con base en ella, podrán diseñar un adecuado programa metodológico.

Este programa metodológico deberá contener información del grupo armado organizado al margen de la ley, del postulado y de las conductas punibles que se le puedan imputar a éste.

De acuerdo con el caso, el fiscal también podrá solicitar medidas de protección para las víctimas¹³, siempre y cuando haya demostrado sumariamente esta calidad¹⁴.

13 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejaración 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 desmantelamiento 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.º

14 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejaración 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 desmantelamiento 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.º

2. *Versión libre y confesión*

Esta diligencia procede con independencia de la situación jurídica del miembro del grupo armado organizado al margen de la ley, de la forma en que se haya desmovilizado y de cualquiera otra consideración; debe realizarse luego de recibida la lista presentada por el Gobierno Nacional y, en todo caso, antes del vencimiento del término al cual se hizo referencia en el apartado anterior. Adicionalmente, es útil recalcar: primero, que sólo pueden rendir versión libre aquellas personas que, habiéndose acogido expresamente al procedimiento y beneficios de la LJP, hayan sido postuladas por el Gobierno Nacional; segundo, que la versión puede desarrollarse en una o en varias sesiones¹⁵, y tercero, que la misma puede ser ampliada a petición del desmovilizado¹⁶.

En la diligencia de versión libre el postulado ratifica su voluntad de someterse a la Ley de Justicia y Paz y manifiesta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que se hayan desarrollado las conductas punibles por él cometidas como autor o partícipe o en las demás respecto de las cuales haya

15 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejaración 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 desmantelamiento 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.º

16 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejaración 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 desmantelamiento 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.º

tenido conocimiento de su ocurrencia siempre y cuando se hayan realizado con ocasión a su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley y por las cuales considera que puede ser destinatario de la pena alternativa a que se refiere la Ley 975 de 2005.

A la diligencia de versión libre pueden asistir, además del postulado con su abogado, el procurador judicial delegado ante la Fiscalía de conocimiento, el delegado del Ministerio Público como representante de las víctimas indeterminadas, la Defensoría del Pueblo, las víctimas acreditadas sumariamente por sí mismas o por medio de un apoderado y debidamente registradas, quienes estarán obligadas a guardar la reserva de su contenido¹⁷. Los medios de comunicación podrán acceder a esta diligencia con permiso del fiscal del caso y solamente hasta el acto de instalación de la versión y hasta antes de que el fiscal inicie formalmente el interrogatorio¹⁸.

La versión libre se realiza en dos sesiones principales que pueden realizarse cada una de ellas en varias jornadas y cada una de ellas con tres días

17 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejaración 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 desmantelamiento 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.º

18 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejaración 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 desmantelamiento 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.º

consecutivos de sesiones que van de 9 de la mañana a 5 de la tarde¹⁹. La *primera sesión* tiene como objetivo conocer todos los aspectos relacionados con el postulado y con el grupo armado ilegal al que perteneció. El fiscal deberá hacer una introducción sobre lo que significa la Ley de Justicia y Paz, sus requisitos y beneficios; igualmente enterará al versionado del catálogo de garantías constitucionales y legales que le asisten y a identificarlo e individualizarlo plenamente. Al finalizar, el postulado deberá anunciar las conductas punibles que va a confesar. En la *segunda sesión* el postulado confesará en forma voluntaria, libre y completa las conductas punibles que anunció en la primera sesión, siempre en presencia de su defensor, estableciendo la fecha de su ingreso al grupo armado ilegal, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya participado en los hechos delictivos cometidos con ocasión de su pertenencia al grupo señalado, e indicará los bienes que entrega para los efectos de reparar a las víctimas. El fiscal y las víctimas pueden preguntar al versionado. Si en esta diligencia el versionado hace cargos contra terceros, el fiscal deberá juramentarlo conforme lo establece el artículo 269 de la Ley 600 de 2000 y solicitarle las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales esa conducta se cometió, así como preguntarle si esas personas se han sometido o no al procedimiento especial de justicia y paz para enviar las diligencias al fiscal competente.

En este punto, es muy importante enfatizar en que la versión rendida por el desmovilizado, aunque libre, supone una confesión de su parte (la cual debe entenderse dentro del ámbito de la realización del derecho de las víctimas y de la colectividad a la verdad)²⁰ y, por ello, el fiscal encargado de

19 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejaración 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 desmantelamiento 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.º

20 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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

recibirla ha de ser especialmente cuidadoso en cuanto a la verificación de todos aquellos requisitos de validez, no sólo de la diligencia en tanto acto procesal, sino de la confesión, en cuanto medio de prueba, puesto que la información recopilada allí tiene plenos efectos probatorios (art. 5.º Dcto. 4760 de 2005).

Antes de proseguir, es pertinente aclarar, no obstante, que la versión libre puede suspenderse, cuando el desmovilizado que no registre orden o medida restrictiva de la libertad (esto es, aquel que no se encuentre privado de la misma) confiese delitos cuya competencia corresponda a los jueces penales de circuito especializados; en estos eventos, el desmovilizado debe ser puesto inmediatamente a disposición del magistrado con función de control de garantías, para que, en el plazo de 36 horas, celebre la respectiva audiencia de formulación de la imputación, que puede, igualmente, comprender lo relativo a la imposición de las medidas cautelares de carácter personal y/o real, cuando corresponda.

Hecho lo anterior, se puede reanudar la versión libre suspendida, teniendo presente, en todo caso, que la imputación inicialmente formulada puede ampliarse, siempre que en el desarrollo de la diligencia surjan nuevos cargos que así lo exijan (parág. art. 5.º Dcto. 4760 de 2005), efecto para el cual la versión libre en curso deberá, entonces, suspenderse de nuevo.

En punto de la versión libre del desmovilizado previamente privado de la libertad, es pertinente tener presentes, sin embargo, algunas pautas de actuación señaladas en los decretos 4760 de 2005 y 3391 de 2006 (en concreto, en los arts. 7.º y 11, respectivamente), en armonía con las cuales hay dos tópicos cuyo manejo reclama algún cuidado: en primer lugar, cuando la privación de libertad del desmovilizado haya sido ordenada por otra autoridad judicial, la misma debe mantenerse inalterada; en segundo lugar, cuando la medida de aseguramiento adoptada en el marco de la LJP incluya los hechos que sirvieron de fundamento a la decisión restrictiva de la libertad impuesta

Ley 975 de 2005. El Ministerio de Defensa a través del Comité Operativo para la Deja-
ción de Armas –CODA– acredita con una certificación la calidad de desmovilizado indivi-
dual. 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 bene-
ficiarios de la Ley 975 de 2005, sobre la entrega de información o colaboración relacio-
nada con el desmantelamiento 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.º

precedentemente, ese otro proceso en razón del cual el desmovilizado fue privado de su libertad debe suspenderse, hasta cuando termine la audiencia de formulación de cargos²¹.

Si el versionado se encuentra en libertad y no aparece dentro de las bases de datos de la Fiscalía orden de captura o medida de aseguramiento vigentes, y durante la versión confiesa al menos haber pertenecido a un grupo armado ilegal, previa verificación de este hecho, el fiscal competente de justicia y paz deberá imponerle medida de aseguramiento por el delito de concierto para delinquir²².

3. Elaboración del programa metodológico de investigación

Una vez culminada la recepción de la versión libre del desmovilizado, el respectivo fiscal delegado, conjuntamente con la Policía Judicial, debe proceder a elaborar y a desarrollar el correspondiente *programa metodológico*, el cual,

21 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejaración 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 desmantelamiento 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.º

22 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejaración 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 desmantelamiento 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.º

de acuerdo con la normatividad reguladora del tema²³, “deberá contener la determinación de los objetivos en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva; los criterios para evaluar la información; la delimitación funcional de las tareas que se deban adelantar en procura de los objetivos trazados; los precedimientos de control en el desarrollo de las labores y los recursos de mejoramiento de los resultados obtenidos”.

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

Este programa metodológico deberá irse ajustando a las necesidades del caso concreto y estar estructurado bajo tres componentes fundamentales:

a) Los datos más importantes para identificar, ubicar y dismantelar el grupo armado organizado al margen de la ley, junto con las políticas generalizadas y sistemáticas que haya utilizado para cometer los delitos, su cadena de mando con sus componentes político, militar y financiero, bienes, armas y menores de edad entregados al momento de la desmovilización colectiva, hechos atribuidos y posibles víctimas;

b) La identificación del *postulado* estableciendo su nombre y apellidos, sus alias, la verificación plena de su identidad y características morfológicas; los sitios en los que estuvo, los bloques, frentes o grupos a los que perteneció; las condiciones de vida, sociales, familiares e individuales, antecedentes

23 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Deja-ción 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.º

y anotaciones judiciales y de policía²⁴; la relación con el grupo ilegal del cual se desmovilizó o con otras organizaciones criminales; los hechos atribuibles y sus víctimas, y la acreditación de requisitos de elegibilidad; la identificación y ubicación de sus bienes, y

c) *Las conductas punibles cometidas por el postulado*, estableciendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar y su grado de participación en ellas, verificando si la conducta está o no judicializada, y las víctimas directas o indirectas en los términos señalados en el artículo 5.º LJP y en la jurisprudencia²⁵; los daños que individual o colectivamente se hayan causado, tales como lesiones físicas, sufrimiento emocional, pérdida financiera, menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, o de su comunidad de vida²⁶.

24 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejaración 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 desmantelamiento 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.º

25 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejaración 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 desmantelamiento 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.º

26 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejaración 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

En la elaboración de programa metodológico, el fiscal deberá hacerse las siguientes preguntas: ¿qué debo probar?, ¿con qué debo verificar o probar?, ¿qué tengo para verificar o probar?, ¿qué me falta para verificar o probar?, ¿quién consigue los medios probatorios?, ¿cuándo consigo los medios probatorios?

Lo anterior no puede ser de otra manera, porque, a partir de la vigencia de la Ley 906 de 2004, si algo debe quedar claro, en esta materia, es que el adelantamiento de cualquier investigación penal en Colombia debe ser una *actividad programática*, teleológicamente enderezada a la obtención de unos fines investigativos postulados desde el principio por un equipo de trabajo suficientemente idóneo y calificado, liderado por el correspondiente fiscal delegado.

Es más, retomando de nuevo el lenguaje de la administración, el fiscal competente, en su doble condición de *director* y *coordinador* de la investigación, debe actuar, de manera simultánea, como un *gerente* y un *administrador*: lo primero, para estar siempre atento a los avances de aquella y generar a su interior los cambios de rumbo que impongan o aconsejen las circunstancias; lo segundo, para controlar y evaluar, a cada paso, los resultados obtenidos, con miras a conservarlos (y si es del caso asegurarlos), depurarlos o desecharlos.

4. Archivo de diligencias

En armonía con lo dispuesto en el artículo 27 LJP, la actuación puede archivar, *antes de la audiencia de formulación de la imputación*, cuando el fiscal delegado constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan caracterizar como delito los hechos admitidos o no admitidos por el desmovilizado en su versión libre o en una actuación posterior. No obstante, de acuerdo con el mismo texto legal, la decisión mediante la cual se hayan archivado las diligencias puede ser revocada y la actuación reanudada 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 desmantelamiento 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.º

cualquier momento, a condición –claro está– de que no se haya extinguido la acción penal, si surgen nuevos elementos probatorios en sentido contrario²⁷.

A propósito de este tema, obligatorio es tener en cuenta que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 LJP, las personas que se hubieren desmovilizado dentro del marco de la Ley 782 de 2002, habiendo sido debidamente *certificadas* por el Gobierno Nacional, podrán ser beneficiarias de resolución inhibitoria, preclusión de la instrucción o cesación de procedimiento, según el caso, por los delitos de concierto para delinquir (previsto en el inc. 1.º art. 340 C. P.) utilización ilegal de uniformes e insignias; instigación a delinquir (en los términos del inc. 1.º art. 348 C. P.) y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones.

De idéntica manera, por mandato del inciso final del precitado artículo, quienes hubieren sido condenados por análogos delitos, reuniendo –eso sí– las condiciones establecidas en el inciso 1.º del mismo, pueden acceder, a su turno, a los beneficios jurídicos previstos al efecto en la Ley 782 de 2002.

Respecto del archivo de la actuación debe agregarse, finalmente, que desde el punto de vista del procedimiento la determinación respectiva, conforme al parágrafo del artículo 161 de la Ley 906 de 2004, debe plasmarse en una *providencia*, debidamente *motivada*, que se denomina *orden* y que, de acuerdo con la sentencia C-576 de 2006²⁸, debe serles “comunicada al

27 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML ante cualquier autoridad militar, policial, judicial, defensoria 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 Dejeción 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 desmantelamiento 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.º

28 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML ante cualquier autoridad militar, policial, judicial, defensoria 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 Dejeción 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 bene-

denunciante y al Ministerio Público para el ejercicio de sus derechos y funciones”.

Cuando el postulado renuncia voluntariamente a seguir en el procedimiento especial de justicia y paz no es procedente el archivo. El Fiscal que hasta ese momento sea el competente deberá remitir el respectivo proceso a la justicia ordinaria en el estado en que se encuentre²⁹.

5. Solicitud de audiencia de formulación de la imputación

Confome lo prevé el artículo 18 LJP, el fiscal delegado para el caso debe solicitar al magistrado que ejerza la función de control de garantías la programación de la audiencia de formulación de la imputación, cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física, información legalmente obtenida, o de la versión libre, pueda inferirse, razonablemente, que el desmovilizado es autor o partícipe de uno o varios de los delitos investigados.

La antedicha audiencia, que tiene la característica de ser *preliminar*³⁰, debe ser señalada y celebrada, previa solicitud del fiscal que conoce del caso,

ficiarios de la Ley 975 de 2005, sobre la entrega de información o colaboración relacionada con el desmantelamiento 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.º

29 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejaración 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 desmantelamiento 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.º

30 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejaración 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 bene-

dentro de un plazo razonable a aquella en que el desmovilizado que haya rendido versión libre sea dejado a disposición del magistrado con funciones de control de garantías. Así lo dispone expresamente el inciso final del artículo 17 LJP, cuya constitucionalidad fue condicionada, en su momento, al hecho de que se entendiera que “la puesta a disposición del magistrado que ejerza la función de control de garantías y la solicitud de audiencia de imputación de cargos se presentará cuando se haya desarrollado a cabalidad el programa metodológico dispuesto en el inciso tercero del mismo artículo”³¹.

6. Audiencia preliminar de formulación de la imputación

Tal y como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, “la *formulación de imputación* es un acto de comunicación formal de una investigación”³² que comprende “el universo de los hechos revelados y conocidos, porque el legislador ha previsto que obedezca a la descripción de

ficiarios de la Ley 975 de 2005, sobre la entrega de información o colaboración relacionada con el desmantelamiento 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.º

31 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejaración 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 desmantelamiento 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.º

32 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejaración 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 desmantelamiento del grupo al que pertenecían, de que trata el numeral 11.1

todos los hechos confesados de forma completa y veraz, y de los que conozca dentro del ámbito de su competencia³³.

Una vez llegadas la fecha y la hora de la audiencia y efectuada la instalación de la misma, el fiscal delegado debe proceder, de acuerdo con el inciso 2.º del artículo 18 LJP, a realizar, en primer lugar, la imputación fáctica de los cargos investigados. De idéntica manera, tal como ocurre en el procedimiento de la Ley 906 de 2004, en esa misma oportunidad procesal, si se cumplen los requisitos para ello, el fiscal puede solicitar la adopción de medidas cautelares, tanto de carácter personal (para el caso, la detención preventiva, que es la única procedente) como de carácter real, según el precitado inciso, “sobre los bienes de procedencia ilícita que hayan sido entregados para efectos de la reparación a las víctimas”.

Conforme aparece reiterado en el epígrafe, la audiencia cuyo examen se ha venido realizando tiene, inequívocamente, la connotación de *preliminar*, pues, de acuerdo con lo dispuesto al efecto por el artículo 13 LJP, ese tipo de audiencias suministra el escenario legalmente adecuado para tramitar, entre otros asuntos, los concernientes a la formulación de la imputación (cfr. ord. 5.º), a la solicitud y decisión de imponer o no una medida de aseguramiento (cfr. ord. 3.º) y a la solicitud y decisión de imponer o no medidas cautelares sobre bienes de procedencia ilícita (cfr. ord. 4.º).

En la audiencia de imputación, además de las medidas solicitadas por el fiscal referentes a personas o bienes, los demás sujetos procesales podrán hacer solicitudes denunciando bienes del versionado para efectos de la reparación e interponer los recursos que sean procedentes.

del artículo 11 de la misma ley. Cfr. Ministerio del Interior y de Justicia, Decreto 423 de 2007, art. 2.º

33 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejaración 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 desmantelamiento 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.º

En dos decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia³⁴ se ha indicado que no existe impedimento alguno para poder hacer imputaciones parciales; nosotros consideramos que esta circunstancia sólo en apariencia agiliza los procesos de justicia y paz, pues el represamiento de los procesos ahora pasará a las salas de justicia y paz de los tribunales de distrito judicial competentes, los que tendrán que dictar sentencias parciales y esperar hasta que se realicen todas las imputaciones con el procedimiento subsiguiente para podrá dictar sentencia definitiva³⁵.

La Corte considera pertinente, necesario y conveniente en algunos casos aceptar las imputaciones parciales porque dan continuidad al acto procesal iniciado, y que toda solicitud de ampliación de la versión libre sea atendida por la Fiscalía en audiencia separada, porque de esta manera se privilegian los derechos de las víctimas –conocidas y por descubrir– a la verdad, la justicia y la reparación, se garantiza el derecho del desmovilizado y no se desnaturaliza el procedimiento, esto último habiendo previsto el mismo legislador la realización de la versión libre en varias audiencias, al paso que se

34 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejaración 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 desmantelamiento 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.º

35 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejaración 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 desmantelamiento 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.º

atiende a principios constitucionales y legales de celeridad y justicia pronta y cumplida.

Atendido, finalmente, el tenor del último inciso del pluricitado artículo 18 LJP, “con la formulación de la imputación se interrumpe la prescripción de la acción penal”.

7. Investigación previa a la solicitud de la audiencia de formulación de cargos

Una vez concluida la audiencia preliminar de formulación de la imputación, de acuerdo con lo establecido al respecto por el mismo artículo 18 LJP, la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, con el apoyo de su grupo de policía judicial, dispone de un *plazo máximo de 60 días* para adelantar las *labores de investigación y verificación de los hechos*, tanto de los admitidos por el imputado como de los demás respecto de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia.

El antedicho término de 60 días puede ser *prorrogado*, sin embargo, por el magistrado que ejerza funciones de control de garantías, hasta el tope máximo autorizado por el artículo 158 de la Ley 906 de 2004 (es decir, *hasta en el doble*), a solicitud del fiscal delegado, del imputado o de su defensor, cuando concurren las condiciones allí establecidas (art. 6.º Dcto. 4760 de 2005).

8. Solicitud de audiencia de formulación de cargos

Finalizado el término recién aludido, o antes –si fuere posible–, el fiscal delegado debe proceder a solicitar, ante el magistrado que ejerza la función de control de garantías, la programación de una audiencia (obviamente, de carácter *preliminar*) con la finalidad de realizar, durante ella, la formulación de los cargos respectivos (arts. 18 LJP y 6.º Dcto. 4760 de 2005).

9. Audiencia de formulación de cargos

Recibida por el magistrado con funciones de control de garantías la prealudida solicitud, es de su competencia proceder a citar, *dentro de los 10 días siguientes*, para la realización de la prementada audiencia de formulación de cargos (arts. 18 LJP y 6.º Dcto. 4760 de 2005), la cual, de conformidad con lo

dispuesto por el ordinal 6.º del artículo 13 LJP, tiene –no se olvide– carácter *preliminar*.

En esta audiencia, el fiscal delegado de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz presenta al imputado los cargos por las conductas punibles referidas por él en la versión libre y las que hayan surgido como consecuencia de las investigaciones que haya emprendido el fiscal con su grupo de policía judicial, en las que pueda comprobar mediante elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que ha actuado como autor o partícipe de esos tipos penales del Código Penal, especificando el título, capítulo y artículo correspondientes. Esta audiencia de formulación de cargos se realiza ante el magistrado de control de garantías, y en ella el imputado puede o no aceptar, en forma total o parcial, los cargos presentados por la Fiscalía, teniendo en cuenta, en todo caso, que dicha aceptación –para ser válida–, además de presuponer la presencia del correspondiente defensor de confianza o de oficio, debe ser libre, voluntaria y espontánea.

En el evento de que *el imputado acepte los cargos*, el magistrado con funciones de control de garantías debe remitir inmediatamente la actuación a la secretaría de la sala penal del tribunal superior de distrito judicial al cual le corresponda, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas al efecto, asumir el conocimiento (art. 19 LJP). Ahora bien, como la *aceptación de cargos puede ser parcial*, en este supuesto, existe rompimiento de la unidad procesal y la vigencia de la LJP se limita, obviamente, a los delitos aceptados; ello significa que la investigación y el juzgamiento de los no aceptados se rigen por la ley vigente al momento de la comisión de los mismos (art. 21 LJP).

En el mismo orden de cosas, si *el imputado no acepta los cargos*, o se retracta de los admitidos en la versión libre, la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz debe remitir, entonces, la actuación al funcionario competente, de acuerdo con la ley vigente al momento de la comisión de las conductas investigadas, pues –cabe reiterarlo– en esta hipótesis no se aplica la LJP (parág. 1.º art. 19 LJP).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 22 LJP, los desmovilizados que tuvieren investigaciones y/o acusaciones anteriores a la desmovilización, pueden, ciñéndose a este mismo esquema procesal, aceptar los cargos consignados en la resolución que les haya im-

puesto medida de aseguramiento, o en la formulación de imputación, o en la resolución o escrito de acusación, según el caso.

Por otro lado, es claro que el momento procesal en comento reviste gran trascendencia por cuanto respecta a la reparación de las víctimas, puesto que es, precisamente, en esta oportunidad, cuando debe hacerse la solicitud de apertura del incidente de reparación integral, cuya proposición, trámite y decisión, según el párrafo 2.º del artículo 19 LJP, se rigen por lo dispuesto en el artículo 23 *ibidem*. Con todo, ni el incidente ni su trámite serán objeto de explicación adicional en este punto, dado que serán objeto de minucioso examen en la siguiente sección destinada al estudio del derecho de las víctimas a la reparación integral.

10. Audiencia pública de control de legalidad de la aceptación de cargos

La aparición e intervención concreta del órgano jurisdiccional colegiado con competencia para juzgar, esto es, de la sala de justicia y paz correspondiente del respectivo tribunal superior de distrito judicial (art. 32 LJP), se establece en la audiencia pública de control de legalidad de la aceptación de cargos. Debe quedar claro, en todo caso, que en este tipo de actuaciones no tiene lugar un debate fáctico, probatorio o jurídico, en estricto sentido, pues, conforme se ha dicho y repetido, el esquema legal diseñado en la normatividad que se comenta presupone la aceptación de los cargos por el desmovilizado.

Acorde con lo anterior, cuando se ha producido la aceptación total o parcial de cargos por parte del desmovilizado, el magistrado con función de control de garantías ante el cual se haya realizado dicha aceptación debe remitir la actuación a la secretaría de la sala del tribunal superior de distrito judicial correspondiente, para que dicha sala, en audiencia pública, examine la *legalidad* de la aceptación de los cargos, es decir, verifique si la aceptación fue libre, voluntaria y espontánea y si, adicionalmente, el desmovilizado estuvo asistido por su defensor de confianza o de oficio. Por lo demás, la referida diligencia ha de tener lugar *dentro de los 10 días siguientes* al recibo de la actuación (art. 19 LJP).

Ahora bien, al margen del control de legalidad de la aceptación de los cargos, en esta misma oportunidad procesal debe tener lugar la *apertura formal del incidente de reparación integral*, lo cual ha debido solicitarse, no se olvide, desde la propia audiencia de formulación de cargos, para que

su trámite y decisión puedan tener lugar, precisamente, en esta audiencia pública (arts. 19 y 23 LJP).

Una vez se ha realizado la audiencia pública de control de legalidad de la formulación de cargos y en caso de haberse ordenado la acumulación de procesos ordinarios suspendidos o de penas, el magistrado ponente abre el incidente de reparación integral y convoca a audiencia pública dentro de los cinco días siguientes. La víctima o su abogado expresarán en dicha audiencia sus pretensiones para lograr la reparación e indicarán las pruebas que pretendan hacer valer. La sala de justicia y paz del tribunal competente rechazará la pretensión si quien la promueve no es víctima o si esta ya ha acreditado el pago de los perjuicios y esa es la única pretensión. Contra esta decisión pueden interponerse los recursos ordinarios de reposición o apelación ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Si la Sala admite la pretensión, entonces la pone en conocimiento del acusado e invita a los intervinientes a conciliar. Si no hay acuerdo, dispone la práctica de pruebas y escucha los argumentos de la pretensión y falla el incidente incorporándolo a la sentencia. Si, por el contrario, hay acuerdo, decide el incidente y lo agrega a la sentencia³⁶.

En el epílogo de este acápite, vale la pena recordar cómo, en un momento anterior de este escrito (al hacer referencia a la versión libre del desmovilizado privado de su libertad), se indicó que los procesos anteriores que cursaran en su contra, siempre que versaran sobre los mismos hechos y la medida de aseguramiento dictada en el marco de la LJP los recogiera, debían inmediatamente suspenderse. Pues bien, una vez declarada la legalidad de la aceptación de los cargos en el curso de esta audiencia, las actuaciones suspendidas

36 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejaración 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 desmantelamiento 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.º

por la razón recién evocada deben ser acumuladas³⁷ con el proceso tramitado con apego a la LJP³⁸ (art. 11 Dcto. 3391 de 2006).

11. Audiencia pública de sentencia e individualización de la pena

Declarada la legalidad de la aceptación de los cargos, la sala correspondiente debe, dentro de la misma diligencia, citar a la *audiencia pública de sentencia e individualización de la pena*, para *dentro de los 10 días siguientes* (art. 19 LJP).

Ahora bien, una vez evaluado el cumplimiento de los requisitos previstos en la LJP para acceder a la pena alternativa, la Sala competente debe proferir una sentencia condenatoria ajustada a las directrices consignadas en el Código Penal y en la Ley 975 de 2005 sobre la pena (ordinaria y alternativa, principal y accesoria o accesorias), dentro de la cual debe, igualmente, referirse a los compromisos de comportamiento adquiridos por el sentenciado, a las obligaciones de reparación moral y económica que se le impongan, y

37 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Deja-ción 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 desmantelamiento 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.º

38 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Deja-ción 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 desmantelamiento 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.º

a la extinción del dominio de los bienes que se destinen a la reparación (art. 24 LJP).

A propósito de lo expresado en último lugar, recuérdese que la decisión del incidente de reparación integral debe incorporarse a la sentencia condenatoria, razón por la cual es claro que la audiencia pública de sentencia e individualización de la pena presupone que se encuentre ya adoptada la decisión sobre la pretensión de reparación tramitada en el incidente tantas veces aludido (art. 23 LJP).

En este punto, es igualmente importante recordar que los procesos que se hallaren en curso por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del desmovilizado a un grupo armado organizado al margen de la ley son acumulables al que se haya adelantado dentro del marco de la normatividad que ha venido examinándose, no así los correspondientes a punibles cometidos con anterioridad a la pertenencia del desmovilizado al grupo armado organizado al margen de la ley.

De la misma manera, cuando el desmovilizado haya sido previamente condenado por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a un grupo armado al margen de la ley, debe procederse a acumular jurídicamente las penas correspondientes (art. 20 LJP).

Como es obvio, conforme ya se anticipó en otro lugar de este escrito, contra la sentencia de primera instancia procede el *recurso ordinario de apelación*, que debe concederse en el *efecto suspensivo*, y cuya decisión corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en *trámite preferente*. Sin perjuicio de lo anterior, puede igualmente interponerse, contra la misma decisión, la acción extraordinaria de revisión, pero no el recurso extraordinario de casación (art. 26 LJP)³⁹.

39 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejaración 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 desmantelamiento 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.º

Si con posterioridad a la sentencia le son imputados al desmovilizado condenado *otros delitos*, cuya comisión haya tenido lugar durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley, *antes de su desmovilización*, dichas conductas eventualmente punibles deberán ser investigadas y juzgadas por las autoridades competentes para ello, con apego a las formas previstas en las leyes vigentes al momento de su realización (art. 25 LJP).

Por último, una vez se ha proferido la sentencia de individualización de 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 sustituir la pena principal por la pena alternativa. Asimismo se establecerá el periodo de libertad a prueba con obligaciones para el condenado y que corresponderá a la mitad de la pena alternativa impuesta.

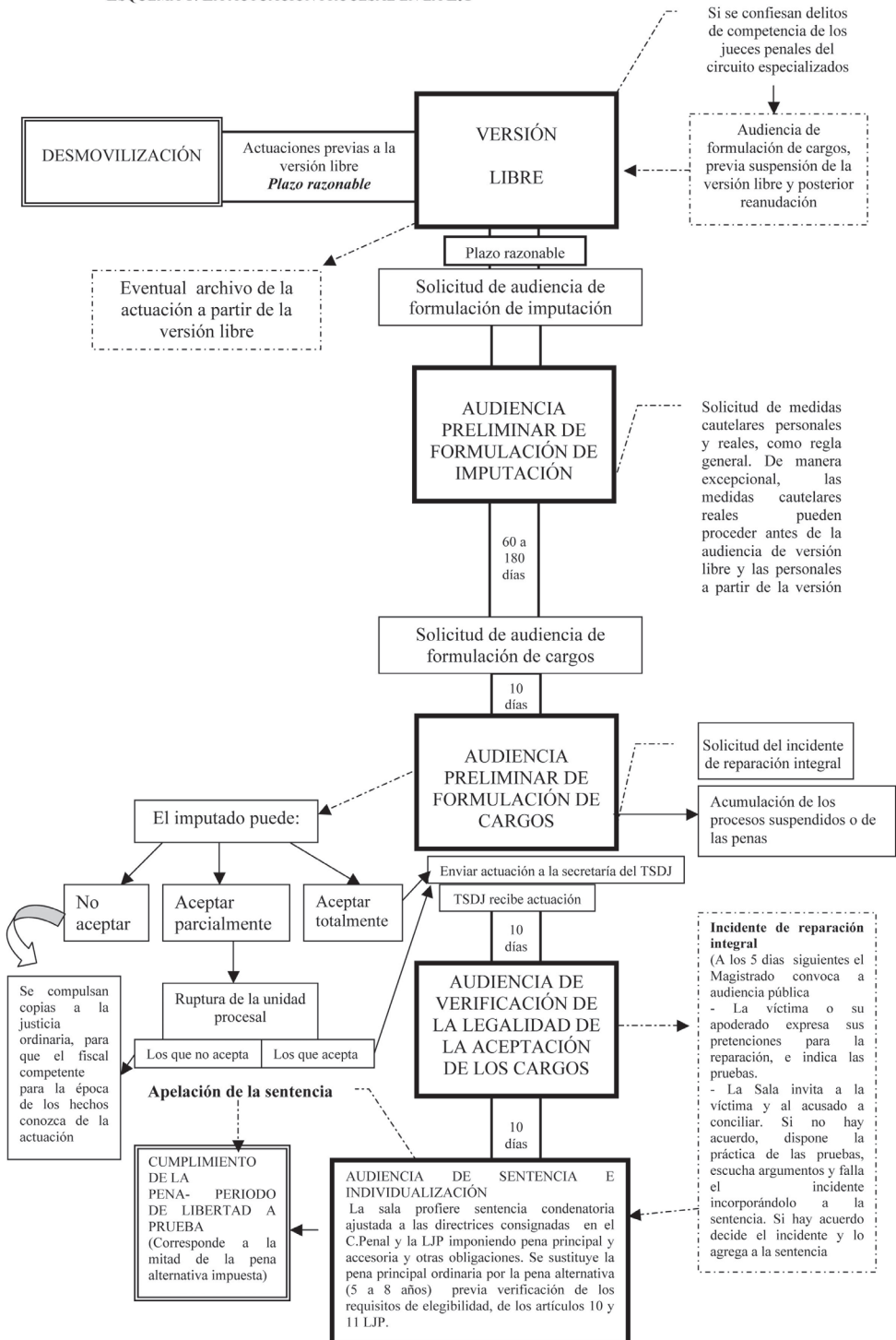
12. El cumplimiento de la pena

En la medida en que a la pena, su cumplimiento, revocatoria y extinción se les ha dedicado un acápite dentro de este escrito, sólo resta agregar, ya para terminar, que, tal como acontece en cualquier otro evento de condena, una vez la impuesta en este caso alcance firmeza, el desmovilizado debe proceder a cumplir, en las condiciones fijadas en ella⁴⁰, tanto la pena como las demás obligaciones que le hayan sido impuestas. Para tales efectos, el Gobierno Nacional debe definir los establecimientos de reclusión adecuados al efecto, los cuales han de reunir, en todo caso, las condiciones de seguridad de cualquiera otro de los administrados por el INPEC, debiendo, igualmente, ceñirse a las normas jurídicas sobre control penitenciario (art. 30 LJP).

40 La desmovilización individual parte de la entrega voluntaria que hace un miembro de un GAOML 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 Dejaración 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 desmantelamiento 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.º

Por último, en la página siguiente puede verse un esquema de la actuación procesal hasta aquí reseñada, con el cual, como una suerte de resumen, finaliza este acápite dedicado a la estructura del proceso contenido en la LJP. A manera de una especie de clave de lectura, ha de advertirse que las líneas punteadas indican actuaciones de carácter contingente, en tanto que las continuas hacen referencia a las que se consideran necesarias.

ESQUEMA 1. LA ACTUACIÓN PROCESAL EN LA LJP



CAPÍTULO SEGUNDO

EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS A LA REPARACIÓN ECONÓMICA INTEGRAL EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

SUMARIO: I. Los derechos de las víctimas. 1. En el Código de Procedimiento Penal. 2. En la Ley de Justicia y Paz. II. El derecho a la reparación. Especial referencia a su aspecto material. 1. Quiénes tienen derecho a la reparación. 2. Quiénes tienen la obligación de reparar. 2.1. Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley. 2.2. El Estado. 3. El objeto de la reparación: la indemnización de los perjuicios. 3.1. La existencia de un hecho ilícito o antijurídico. 3.2. El daño. 3.3. El nexo de causalidad. 4. El trámite previsto para la obtención de la reparación. 4.1. El incidente de reparación integral. 4.1.1. Las medidas cautelares de carácter real. 4.1.2. La prohibición de enajenar, la suspensión y cancelación de los títulos y registros obtenidos fraudulentamente y otras medidas patrimoniales a favor de las víctimas. 4.1.3. El comiso. 4.2. La satisfacción económica. 4.2.1. El Fondo para la Reparación de las víctimas. 4.2.2. La reparación administrativa. III. Fundamentos jurídicos y dogmáticos.

I. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

Hasta hace muy poco, cuando se pensaba en los derechos de las víctimas dentro del marco del derecho penal, se hacía una asociación casi automática a la indemnización de los perjuicios sufridos por causa o con ocasión del delito. Aunque lo anterior no deja de tener sentido, es bueno tener presente que, en la actualidad, el de la indemnización es apenas uno de los derechos atribuidos a las víctimas, y esto condiciona de forma importante los instrumentos legales de investigación y juzgamiento penales.

En efecto, a tono con la doctrina procesal penal dominante, el papel de las víctimas rebasa el hecho de ser las titulares del derecho a ser indemnizadas; su rol se ha fortalecido y la época en que se les consideraba meros objetos de la investigación penal susceptibles de ser indemnizadas económicamente ha quedado atrás. Su papel procesal se ha redimensionado sobre la base del reconocimiento de su dignidad personal y, hoy por hoy, se aboga

por tenerles como verdaderos sujetos de derechos —y, claro, de deberes— a lo largo y ancho de las actuaciones penales.

El nuevo estatus de la víctima se debe, en buena parte, al movimiento de reivindicación surgido a partir de las gravísimas violaciones a los derechos humanos ocurridas a lo largo del siglo pasado y cuya principal conquista fue la afirmación del principio de protección integral. Acorde con este último, el sólo resarcimiento de los perjuicios ocasionados con las conductas delictivas (la reparación económica) no basta; el objetivo es, entonces, la protección efectiva del conjunto de los derechos de la víctima, no únicamente de los económicos.

En este estado de cosas, a la reparación económica se unen los derechos a la *justicia* (esto es, a que se sancione a los responsables y se reparen los perjuicios económicos), a la *tutela judicial efectiva* (es decir, a hacer valer sus derechos mediante instrumentos jurídicos eficaces) y a la *verdad* (o sea, a conocer lo realmente acontecido, de modo que la verdad procesal se ajuste en la mayor medida posible a la verdad real)¹.

Al margen de lo anterior, necesario es recalcar igualmente cómo, a día de hoy, hay un especial interés en la seguridad personal de las víctimas, así como en su acompañamiento y rehabilitación; pero, contrario a lo que podría

1 Los orígenes de la consolidación del estatus de las víctimas en el *derecho internacional de los derechos humanos* se remontan a los artículos 8.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y XVIII (derecho de justicia) de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y alcanzan un grado de desarrollo casi completo en la Declaración del 29 de noviembre de 1985, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Res. 40/34, del 29 de noviembre de 1985), sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. En la sede del *Derecho internacional humanitario*, puede verse, por su parte, idéntico fenómeno, que va desde el Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (art. 32), pasando por los estatutos de los tribunales internacionales para Ruanda y la ex Yugoslavia, hasta llegar al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. En sentencia C-516 de 2007 se manifestó: El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho ha sido relevante para la resolución de entre otros, los casos Velásquez Rodríguez (fundamento 166), Sentencia del 29 de julio de 1988 y Barrios Altos (fundamento 43), Sentencia del 14 de marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde la Corte resalta como contrarios a la Convención Americana aquellos instrumentos legales desarrollados por los Estados partes que le nieguen a las víctimas su derecho a la verdad y a la justicia”.

pensarse en primera instancia, la aludida preocupación no tiene que ver tanto con la posibilidad de conservar los medios de prueba que de ella puedan obtenerse (como en el caso de los sistemas de protección a víctimas-testigos), sino, más bien, con los problemas asociados a fenómenos de victimización especialmente complejos, como la violencia de género y sexual, la pornografía infantil, la pederastia y el acoso escolar o, sin duda, las violaciones a los derechos humanos.

Por cuanto respecta al ordenamiento jurídico colombiano, forzoso es tener en cuenta que, desde hace algo más de un lustro –y teniendo como referente las disposiciones constitucionales de la Carta de 1991–, la Corte Constitucional definió tanto los derechos como el papel de las víctimas en punto de las actuaciones penales. De esta forma, se dio lugar a una interpretación de la Constitución Nacional (en adelante C. N.)² más acorde con la normatividad internacional y con el derecho y la doctrina comparados de esta época.

De acuerdo con el referido tribunal³, la conclusión fundamental del examen constitucional es que las víctimas tienen derecho a la protección integral

-
- 2 Respecto a los derechos constitucionales de las víctimas, la sentencia C-454 de 2006, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, aclaró: “(i) En el mandato de que los derechos y deberes se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (art. 93 C. P.); (ii) en el hecho de que el Constituyente hubiese otorgado rango constitucional, a los derechos de las víctimas (art. 250 num. 6 y 7 C. P.); (iii) en el deber de las autoridades en general, y las judiciales en particular, de propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de los bienes jurídicos (art. 2.º C. P.); (iv) en el principio de dignidad humana que promueve los derechos a saber qué ocurrió, y a que se haga justicia (art. 1.º C. P.); (v) en el principio del Estado Social de Derecho que promueve la participación, de donde deviene que la intervención de las víctimas en el proceso penal no puede reducirse exclusivamente a pretensiones de carácter pecuniario; (vi) y de manera preponderante del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual se derivan garantías como la de contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, así como la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias”.
- 3 Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2002. Con todo, las reflexiones sobre los derechos de las víctimas en el proceso penal tienen algún antecedente constitucional algo más lejano, por ejemplo, en la sentencia C-412/93, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ; de otro lado, debe advertirse que la doctrina constitucional sentada en la sentencia C-228 de 2002 se ha venido reiterando, como consta, por ejemplo, en la senten-

de sus derechos y, en tal virtud, el deber de protección impuesto por la Carta Política no puede limitarse a la consecución de la reparación económica de los perjuicios ocasionados⁴, pues, en últimas, de lo que se trata es de lograr el pleno restablecimiento de los derechos y bienes jurídicos vulnerados en razón de la comisión de un delito. Por eso, en consideración a la dignidad humana de las víctimas⁵ y al deber constitucional de protegerlas⁶, al mandato fundamental de restablecer el derecho, a los derechos de toda persona para acceder libremente a la Administración de Justicia, al buen nombre y a la honra o, de modo más mediato, al aseguramiento de la convivencia pacífica, se impone una concepción amplia de los derechos de las víctimas de ilícitos penales, merced a la cual han de incluirse, además de la ya tradicional indemnización, las prerrogativas a conocer la verdad y a obtener justicia⁷.

cia C-370 de 2006, MM. PP.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, RODRIGO ESCOBAR GIL, MARCO GERARDO MONROY CABRA, ÁLVARO TAFUR GALVIS y CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

- 4 “En un Estado social de derecho y en una democracia participativa (artículo 1, CP), los derechos de las víctimas de un delito resultan constitucionalmente relevantes. Por ello, el constituyente elevó a rango constitucional el concepto de víctima. Así, el numeral 4 del artículo 250 Superior, señala que el Fiscal General de la Nación debe ‘velar por la protección de las víctimas’.

Como desarrollo del artículo 2.º de la Carta, al adelantar las investigaciones y procedimientos necesarios para esclarecer los hechos punibles, las autoridades en general, y las judiciales en particular, deben propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de bienes jurídicos de particular importancia para la vida en sociedad. No obstante, esa protección no se refiere exclusivamente a la reparación material de los daños que le ocasione el delito, sino también a la protección integral de sus derechos” (sentencia C-228 de 2002).

- 5 “El reconocimiento de una indemnización por los perjuicios derivados de un delito es una de las soluciones por las cuales ha optado el legislador ante la dificultad en materia penal de lograr el pleno restablecimiento de los derechos y bienes jurídicos violentados en razón a la comisión de un delito. Pero no es la única alternativa ni mucho menos la que protege plenamente el valor intrínseco de cada ser humano. Por el contrario, el principio de dignidad impide que la protección a las víctimas y perjudicados por un delito sea exclusivamente de naturaleza económica” (sentencia C-228 de 2002).

- 6 Cfr. art. 250 C. N.

- 7 “La Constitución ha trazado como meta para la Fiscalía General el ‘restablecimiento del derecho’, lo cual representa una protección plena e integral de los derechos de las víctimas y perjudicados. El restablecimiento de sus derechos exige saber la verdad de lo ocurrido, para determinar si es posible volver al estado anterior a la vulneración, así como también que se haga justicia [...] la concepción constitucional de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por un delito no está circunscrita a la reparación material. Esta es más amplia. Comprende exigir de las autoridades y de los instrumentos ju-

Al hilo de lo anterior, el Código de Procedimiento Penal actualmente en vigor, Ley 906 de 2004 (en adelante CPP), al igual que la Ley de Justicia y Paz, Ley 975 de 2005 (en adelante LJP), le reconocen a las víctimas, de forma expresa, los derechos –interdependientes– a la justicia, a la reparación y a la verdad.

Es más, a propósito del desarrollo legislativo en comento, conviene adelantar desde ya que, según anotó la Corte Constitucional en una de las más recientes decisiones sobre el particular, el elenco de derechos aludidos tiene el siguiente alcance:

La Corte ha entendido el derecho a la verdad como la posibilidad de conocer lo que sucedió y de buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. El derecho a la justicia como aquel que en cada caso concreto proscribela impunidad. Y el derecho a la reparación, como aquel que comprende obtener una compensación económica, pero que no se limita a ello sino que abarca medidas individuales y colectivas tendientes, en su conjunto, a restablecer la situación de las víctimas⁸.

La consecuencia más relevante en el ámbito procesal penal de esta nueva tendencia, en punto de las víctimas, tiene que ver con su intervención en las diligencias que les conciernen y con los derechos que la legitiman: en realidad, en el estado actual de las cosas, aquéllas pueden concurrir válidamente al proceso penal sin tener una pretensión económica que ventilar, si –pese al referido desinterés patrimonial– buscan la obtención de la verdad y/o la realización de la justicia.

diciales desarrollados por el legislador para lograr el goce efectivo de los derechos, que éstos sean orientados a su restablecimiento integral y ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos, a lo menos” (sentencia C-228 de 2002. En el mismo sentido, la sentencia C-370 de 2006: “Del artículo 250 Superior que señala que el Fiscal General de la Nación debe ‘velar por la protección de las víctimas’ se desprende que la víctima o perjudicado por un delito goza de una protección constitucional. Esta protección, en una interpretación sistemática de la Constitución, en especial del derecho a acceder a la justicia y del bloque de constitucionalidad, comprende, entre otros, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación”. En el mismo sentido se pronunció la sentencia C-516 de 2007.

8 Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006.

1. En el Código de Procedimiento Penal

Acorde con lo que regularmente acontece en los cuerpos normativos especiales, para el caso la LJP, el CPP es fuente normativa subsidiaria, en tanto sus disposiciones no sean contrarias a las previsiones de la ley remitente (arts. 62 y 72 LJP)⁹; por ende, resulta obligado referirse, cuando ello resulte de pertinencia, a las disposiciones del CPP sobre estos temas¹⁰.

Por lo demás, el estatuto procesal de las víctimas previsto en el CPP (art. 137) se ajusta a los lineamientos indicados en los párrafos anteriores; resumiendo, se les concibe, en efecto, como sujetos de derechos y deberes y no sólo como objetos de la investigación, con especial y expresa mención de sus derechos a la justicia, a la reparación y a la verdad, que indiscutiblemente ostentan la condición de fundamentos de la intervención de las víctimas en el proceso penal¹¹. Obsérvese:

9 Hay que añadir que la ley en cita remite igualmente a la Ley 782 de 2002 (*Diario Oficial* 45.043, 23 de diciembre de 2002), por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, a su vez prorrogada por la Ley 548 de 1999, que modifica algunas de sus disposiciones.

10 En la sentencia C-516 de 2007 se citó el Documento E/CN.4/2005/L.48 del 13 de abril de 2005, aprobado por la Comisión de Derechos Humanos mediante Resolución 2005/35 del 19 de abril de 2005, en donde se puede ver la noción de víctima en derecho internacional: “A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida económica o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término ‘víctima’ también comprenderá a la familia inmediatas o a las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización”.

11 Así, se ha entendido que la víctima es un interviniente especial cuyos derechos se protegen de manera amplia (cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-290 de 2007). Para ilustrar sobre las implicaciones de lo anotado en esta materia resultan pertinentes, por ejemplo, las sentencias C-228 de 2002, C-580 de 2002, C-875 de 2002, C-004 de 2003, C-014 de 2004, C-979 de 2005, C-1154 de 2005, C-454 de 2006, C-209 de 2007 o, en materia de la Ley de Justicia y Paz, la C-370 de 2006.

Artículo 137. *Intervención de las víctimas en la actuación penal*¹². Las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, tienen el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal, de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Las víctimas podrán solicitar al fiscal en cualquier momento de la actuación medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en su contra o de sus familiares.

2. El interrogatorio de las víctimas debe realizarse con respeto de su situación personal, derechos y dignidad.

3. Para el ejercicio de sus derechos no es obligatorio que las víctimas estén representadas por un abogado; sin embargo, a partir de la audiencia preparatoria y para intervenir tendrán que ser asistidas por un profesional del derecho o estudiante de consultorio jurídico de facultad de derecho debidamente aprobada.

4.¹³

5. Si la víctima no contare con medios suficientes para contratar un abogado a fin de intervenir, previa solicitud y comprobación sumaria de la necesidad, la Fiscalía General de la Nación le designará uno de oficio.

6. El juez podrá en forma excepcional, y con el fin de proteger a las víctimas, decretar que durante su intervención el juicio se celebre a puerta cerrada.

7. Las víctimas podrán formular ante el juez de conocimiento el incidente de reparación integral, una vez establecida la responsabilidad penal del imputado.

Sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición recién citada, los derechos de las víctimas, conforme se verá a continuación, se encuentran reiterados, desarrollados y reglamentados en diversas disposiciones a lo largo del Código.

12 Corte Constitucional. Sentencias C-454 de 2006, C-670 de 2006, C-209 de 2007 y C-516 de 2007.

13 El numeral 4 fue declarado inexecutable mediante sentencia C-516 de 2007. El texto original disponía: “4. En caso de existir pluralidad de víctimas, el fiscal, durante la investigación, solicitará que estas designen hasta dos abogados que las represente. De no llegarse a un acuerdo, el fiscal determinará lo más conveniente y efectivo”.

Naturalmente, dentro del grupo de normas aludidas en precedencia, es digna de especial mención, por su carácter de norma rectora (obligatoria, prevalente y fundamento para la interpretación)¹⁴, la contenida en el artículo 11 CPP, que reconoce los derechos de las víctimas a recibir un trato digno, a la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad y la de sus familiares y testigos, a una pronta e integral reparación de los daños, a ser oídas, a que se les facilite el aporte de pruebas, a recibir información pertinente para la protección de sus intereses, a conocer la verdad, a que sus intereses sean considerados cuando corresponda adoptar decisiones discrecionales sobre la persecución penal, a ser informadas sobre la decisión definitiva, a hacer las solicitudes correspondientes al juez que ejerza funciones de control de garantías, a interponer los recursos del caso, a ser asistidas por un abogado durante el juicio y el incidente de reparación integral, a recibir asistencia integral para su recuperación y a contar con un traductor o intérprete, todo ello en los siguientes términos:

Artículo 11. *Derechos de las víctimas*¹⁵. El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código.

En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

- a) A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno;
- b) A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor;
- c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código;
- d) A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas;
- e) A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas;

14 Artículo 26 CPP.

15 Corte Constitucional. Sentencias C-454 de 2006, C-209 de 2007 y C-516 de 2007.

- f) A que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto;
- g) A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar;
- h) A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, por un abogado que podrá ser designado de oficio¹⁶;
- i) A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley;
- j) A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos.

Adicionalmente, el CPP impone a la Fiscalía General de la Nación –y en veces a los jueces– las obligaciones de, primero, adoptar las medidas necesarias para restablecer los derechos de las víctimas, haciendo cesar los efectos producidos por el delito y que las cosas vuelvan al estado previo al delito (art. 22 CPP); segundo, adoptar las medidas necesarias para atender y proteger a las víctimas, sin menoscabo de los derechos del imputado a un juicio justo e imparcial (arts. 133 y 134 CPP); tercero, comunicar a las víctimas sus derechos a la justicia, a la reparación y a la verdad, desde el mismo momento en que aquéllas intervengan en la actuación (art. 135 CPP) y, cuarto, su derecho a recibir información sobre los distintos aspectos enunciados en el artículo 136 CPP.

En el mismo orden en que vienen de ser enunciados, los textos legales en comento rezan:

Artículo 22. Restablecimiento del derecho. Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal.

¹⁶ El agregado original *si el interés de la justicia lo exigiere* fue declarado inexecutable por sentencia C-516 de 2007.

Artículo 133. *Atención y protección inmediata a las víctimas*¹⁷. La Fiscalía General de la Nación adoptará las medidas necesarias para la atención de las víctimas, la garantía de su seguridad personal y familiar, y la protección frente a toda publicidad que implique un ataque indebido a su vida privada o dignidad.

Las medidas de atención y protección a las víctimas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del imputado o de un juicio justo e imparcial, ni serán incompatibles con estos.

Artículo 134. *Medidas de atención y protección a las víctimas*¹⁸. Las víctimas, en garantía de su seguridad y el respeto a su intimidad, podrán por conducto del fiscal solicitar al juez de control de garantías las medidas indispensables para su atención y protección.

Igual solicitud podrán formular las víctimas, por sí mismas o por medio de su abogado, durante el juicio oral y el incidente de reparación integral.

Artículo 135. *Garantía de comunicación a las víctimas*¹⁹. Los derechos reconocidos serán comunicados por el fiscal a la víctima desde el momento mismo en que esta intervenga.

Igualmente se le informará sobre las facultades y derechos que puede ejercer por los perjuicios causados con el injusto, y de la disponibilidad que tiene de formular una pretensión indemnizatoria en el proceso por conducto del fiscal, o de manera directa en el incidente de reparación integral²⁰.

Artículo 136. *Derecho a recibir información*²¹. A quien demuestre sumariamente su calidad de víctima, la policía judicial y la Fiscalía General de la Nación le suministrarán información sobre: 1. Organizaciones a las que puede dirigirse para obtener apoyo. 2. El tipo de apoyo o de servicios que puede recibir. 3. El lugar y el modo de presentar una denuncia o una querrela. 4. Las actuaciones subsiguientes a la denuncia y su papel respecto de aquellas. 5. El modo y las condiciones en que puede pedir protección. 6. Las condiciones en que de modo

17 Corte Constitucional. Sentencia C-454 de 2006.

18 Corte Constitucional. Sentencia C-454 de 2006.

19 Corte Constitucional. Sentencia C-454 de 2006.

20 Este artículo fue declarado exequible, siempre que se entienda que “la garantía de comunicación a las víctimas y perjudicados con el delito opera desde el momento en que éstos entran en contacto con las autoridades, y se refiere a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación” (sentencia C-454 de 2006).

21 Corte Constitucional. Sentencias C-454 de 2006 y C-516 de 2007.

gratuito puede acceder a asesoría o asistencia jurídicas, asistencia o asesoría psicológicas u otro tipo de asesoría. 7. Los requisitos para acceder a una indemnización. 8. Los mecanismos de defensa que puede utilizar. 9. El trámite dado a su denuncia o querrela. 10. Los elementos pertinentes que le permitan, en caso de acusación o preclusión, seguir el desarrollo de la actuación. 11. La posibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad y a ser escuchada tanto por la Fiscalía como por el juez de control de garantías, cuando haya lugar a ello. 12. La fecha y el lugar del juicio oral. 13. El derecho que le asiste a promover el incidente de reparación integral. 14. La fecha en que tendrá lugar la audiencia de dosificación de la pena y sentencia. 15. La sentencia del juez.

También adoptará las medidas necesarias para garantizar, en caso de existir un riesgo para las víctimas que participen en la actuación, que se les informe sobre la puesta en libertad de la persona inculpada.

Antes de concluir esta sucinta presentación del estatuto procesal de las víctimas en el CPP, no puede dejar de hacerse referencia a los deberes que les son propios, los cuales no son específicos para ellas sino comunes para todos, intervinientes o partes. Se trata, en síntesis, de los deberes de proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos, obrar sin temeridad en sus pretensiones y en el ejercicio de sus derechos procesales²², abstenerse de usar expresiones injuriosas en sus intervenciones, respetar a los servidores judiciales y demás intervinientes, actualizar, cuando fuere del caso, los datos de contacto para efectos de las notificaciones o comunicaciones, comparecer oportunamente a las diligencias para las cuales se les citare, abstenerse de mantener –salvo por las excepciones legales– comunicación privada con el juez, guardar silencio durante las audiencias y, por último, entregar –salvo por las excepciones legales– los objetos y documentos necesarios para el desarrollo de la actuación y los que les fueren requeridos. El siguiente es el texto de la disposición pertinente:

22 “Artículo 141. *Temeridad o mala fe*. Se considera que ha existido temeridad o mala fe, en los siguientes casos: 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal en la denuncia, recurso, incidente o cualquier otra petición formulada dentro de la actuación procesal. 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad. 3. Cuando se utilice cualquier actuación procesal para fines claramente ilegales, dolosos o fraudulentos. 4. Cuando se obstruya la práctica de pruebas u otra diligencia. 5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal de la actuación procesal.

Artículo 140. *Deberes*. Son deberes de las partes e intervinientes: 1. Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos. 2. Obrar sin temeridad en sus pretensiones o en el ejercicio de los derechos procesales, evitando los planteamientos y maniobras dilatorias, inconducentes, impertinentes o superfluas. 3. Abstenerse de usar expresiones injuriosas en sus intervenciones. 4. Guardar el respeto debido a los servidores judiciales y a los demás intervinientes en el proceso penal. 5. Comunicar cualquier cambio de domicilio, residencia, lugar o dirección electrónica señalada para recibir las notificaciones o comunicaciones. 6. Comparecer oportunamente a las diligencias y audiencias a las que sean citados. 7. Abstenerse de tener comunicación privada con el juez que participe en la actuación, salvo las excepciones previstas en este código. 8. Guardar silencio durante el trámite de las audiencias, excepto cuando les corresponda intervenir. 9. Entregar a los servidores judiciales correspondientes los objetos y documentos necesarios para la actuación y los que les fueren requeridos, salvo las excepciones legales.

Lo dicho hasta este punto en materia legal, claro está, debe complementarse con las previsiones efectuadas por la Corte Constitucional sobre estos mismos temas, con base en las diferentes disposiciones de la Carta, en su ya abundante jurisprudencia sobre el particular²³.

2. En la Ley de Justicia y Paz

Tal cual ocurre con el CPP, la LJP reconoce en forma expresa, en el artículo 4.º, los derechos a la justicia, a la reparación y a la verdad. El referido artículo también menciona el debido proceso, tópico sobre el cual no sobra recordar que, en Colombia, por perentorio mandato del inciso 1.º del artículo 29 C. N., el debido proceso –por ende, los distintos derechos y garantías que lo integran– debe aplicarse *a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas*. He aquí el breve texto del precitado artículo:

23 “En nuestro ordenamiento, la jurisprudencia constitucional al interpretar armónicamente los artículos 1, 2, 15, 21, 93, 229, y 250 de la Carta, ha ido decantando una protección amplia de los derechos de las víctimas del delito y precisando el alcance de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral, dentro de una concepción que recoge los avances del derecho internacional de los derechos humanos en la materia” (sentencia C-209 de 2007).

Artículo 4.º. *Derecho a la verdad, la justicia y la reparación y debido proceso*²⁴. El proceso de reconciliación nacional al que dé lugar la presente ley, deberá promover, en todo caso, el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y respetar el derecho al debido proceso y las garantías judiciales de los procesados.

De otro lado, a diferencia del CPP, la LJP sí define el alcance de los derechos arriba mencionados, comenzando por el *derecho a la justicia*, cuya realización supone que el victimario sea sancionado y que las víctimas obtengan la correspondiente indemnización de los perjuicios que se les hubieren causado; esto, a propósito, ha sido interpretado por la Corte Constitucional como un verdadero derecho constitucional al proceso penal y a participar del mismo²⁵.

Naturalmente, el derecho en comento supone una serie de obligaciones para el Estado, entre las cuales se destacan las de investigar y sancionar. Ahora bien, desde la perspectiva de la LJP (art. 6.º), la cuestión reseñada se explica como el deber –prioritario– del Estado de realizar una investigación efectiva, conducente a la identificación, captura y sanción de los responsables de los delitos cometidos por los miembros de grupos armados al margen de la ley; asegurar el acceso de las víctimas a recursos para la reparación de los daños causados y tomar las medidas necesarias para evitar la repetición de dichos comportamientos²⁶. Obsérvese:

24 Corte Constitucional. Sentencias C-575 de 2006, C-719 de 2006 y C-080 de 2007. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia del 11 de julio de 2007, rad. 26945.

25 Cfr. sentencias C-370 de 2006, C-412 de 1993 y C-275 de 1994. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 27484 del 2 de octubre de 2007, M. P.: AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN, en la que se aclara la participación de las víctimas en el proceso de justicia y paz: “Aquí hay que diferenciar que una cosa es el derecho que tienen las víctimas a ser informadas de los resultados obtenidos con la investigación –como lo precisó la sentencia C-370 ya referida– y otra cosa es la posibilidad de interrogar directamente al desmovilizado en la diligencia de versión libre, pues esa facultad atañe es al fiscal delegado”. Es importante para ver la intervención en el proceso de las víctimas.

26 Adicionalmente al artículo 6.º, se relacionan con el derecho en comento las disposiciones vertidas en los artículos 15, 16, 37 numerales 4, 5, 6 y 7 LJP.

*Artículo 6.º Derecho a la justicia*²⁷. De acuerdo con las disposiciones legales vigentes, el Estado tiene el deber de realizar una investigación efectiva que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por delitos cometidos por los miembros de grupos armados al margen de la ley; asegurar a las víctimas de esas conductas el acceso a recursos eficaces que reparen el daño infligido, y tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones.

Las autoridades públicas que intervengan en los procesos que se tramiten con fundamento en la presente ley deberán atender, primordialmente, el deber de que trata este artículo.

A su turno, el *derecho a la verdad*²⁸ es asociado al conocimiento de lo acontecido realmente, con especial atención a los delitos cometidos por los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley y al paradero de las víctimas de secuestro y desaparición forzada (art. 7.º LJP)²⁹. En adición a lo anterior, es bueno aclarar que no se trata de una prerrogativa exclusivamente individual, pues, según lo asume la Corte Constitucional, este derecho tiene una dimensión supraindividual, a tono con la cual se debe “*preservar del olvido a la memoria colectiva*”³⁰ y, consecuentemente, al Estado le cabe una especie de deber de recordar o de memoria histórica:

27 Corte Constitucional. Sentencias C-531 de 2006, C-575 de 2006 y C-719 de 2006. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad. 29472: éste es un fallo pionero respecto de los derechos de las víctimas en el proceso de justicia y paz frente a la extradición de los postulados, se mencionó lo siguiente: “Frente a las violaciones de los derechos humanos el Estado debe garantizar a las víctimas un recurso efectivo que ofrezca resultados o respuestas adecuadas, lo que equivale a decir, ni más ni menos, que un remedo de justicia no equivale a hacer justicia. Dicho en otros términos: sólo se hace justicia y se obtiene eficacia del recurso efectivo cuando quienes han sufrido la violación de los derechos humanos, quienes han sido víctimas de los delitos cometidos por los grupos paramilitares, o sus familiares, obtienen verdad, justicia y reparación”.

28 Corte Constitucional. Sentencia C-516 de 2007 y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencias 27052 y 29472.

29 Además del artículo 7.º señalado, se relacionan con el derecho en comento las disposiciones vertidas en los artículos 12, 15, 16, 37 numeral 5, 58 e, incluso, los artículos 51 y 52 LJP; también se refieren al tema los decretos 4760 de 2005 (art. 4.º), 2898 de 2006 (art. 1.º parág.), 4417 de 2006 (art. 1.º) y 315 de 2007 (art. 3.º).

30 Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006.

Artículo 7.º *Derecho a la verdad*³¹. La sociedad, y en especial las víctimas, tienen el derecho inalienable, pleno y efectivo de conocer la verdad sobre los delitos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley, y sobre el paradero de las víctimas de secuestro y desaparición forzada.

Las investigaciones y procesos judiciales a los que se aplique la presente ley deben promover la investigación de lo sucedido a las víctimas de esas conductas e informar a sus familiares lo pertinente.

Los procesos judiciales que se adelanten a partir de la vigencia de la presente ley no impedirán que en el futuro puedan aplicarse otros mecanismos no judiciales de reconstrucción de la verdad.

Respecto del *derecho a la reparación*³², baste decir, por ahora (puesto que a él se volverá en breve con mayor detalle), que el mismo es entendido, desde el principio, en clave de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y no repetición, entendimiento éste merced al cual la LJP supera con creces el mero aspecto material tradicionalmente asociado al mencionado derecho.

Por último, además de la referencia hecha en el artículo 4.º LJP, el artículo 37³³ *ibidem* no sólo reitera los derechos recién anotados, sino que enumera

31 Corte Constitucional. Sentencias C-531 de 2006, C-575 de 2006, C-719 de 2006 y C-080 de 2007.

32 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencias 27052 y 29240, en la que se estableció: “el derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, *indemnización*, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición de las conductas”.

33 El artículo reseñado fue reglamentado por el Decreto 315 de 2007 (mediante el cual se reguló la intervención de las víctimas durante la etapa de investigación en los procesos de justicia y paz de acuerdo con lo previsto por la Ley 975 de 2005) y cuyo artículo 2.º dispuso:

“Artículo 2.º Con el objeto de materializar los derechos previstos en el artículo 37 de la Ley 975 de 2005, las víctimas o sus apoderados podrán: a) Acceder a las salas separadas e independientes de quien rinde la versión libre; b) Suministrarle al Fiscal Delegado de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación la información necesaria y los medios de prueba que le sirvan para el esclarecimiento de los hechos por los cuales haya sufrido un daño directo; c) Informar sobre los bienes que puedan ser destinados para la reparación; d) Sugerirle al Fiscal preguntas para que sean absueltas por quien rinde la versión libre y que estén directamente relacionadas con los hechos investigados, y e) Solicitar información sobre los hechos por los cuales haya sufrido un daño directo. Sin perjuicio de los demás derechos que la Constitución y la ley les confiere a las víctimas.

las distintas prerrogativas que conforman el estatuto procesal de las víctimas dentro del marco normativo en estudio, debiendo, empero, aclararse de una vez que la enunciación de la LJP no es muy diferente de la contenida en el artículo 11 CPP, anteriormente examinada.

En efecto, al igual que en la disposición citada en último lugar, se consig- nan expresamente los derechos de las víctimas a recibir un trato humano dig- no; a la protección de su intimidad y a la garantía de su seguridad (así como la de sus familiares y testigos a favor), cuandoquiera que resulten amenaza- das; a una pronta e integral reparación de los daños sufridos³⁴; a ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas; a recibir información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos³⁵; a ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal y a interponer los recursos del caso; a ser asistidas durante el juicio por un abogado de confianza; a recibir asistencia integral para su recuperación y a ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete. A la letra, el texto legal en mención reza:

Las salas en las que se realicen las diligencias durante la etapa de la investigación debe- rán estar dotadas de los medios técnicos que garanticen el registro de las mismas para la conservación de la memoria histórica, el registro probatorio de lo actuado, la difusión y publicidad a que tienen derecho las víctimas y demás intervinientes en ellas.

A las salas de víctimas de que trata el presente artículo, también tendrán acceso, cuando sea el caso de conformidad con la ley, los medios de comunicación en la forma esta- blecida por el reglamento que para tal efecto deberán expedir las autoridades judiciales competentes”.

34 El respectivo numeral fue declarado exequible en tanto se entienda que “todos y cada uno de los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley, responden con su propio patrimonio para indemnizar a cada una de las víctimas de los actos violatorios de la ley penal por los que fueron condenados; y también responderán solidariamente por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del grupo armado al cual pertenecieron” (sentencia C-575 de 2006).

35 El numeral correspondiente fue declarado exequible en tanto se entienda que “conforme al artículo 30 de la Ley 600 de 2000, y de acuerdo con la exequibilidad condicionada de esa norma declarada mediante la sentencia C-228 de 2002, la víctima o los perjudicados pueden acceder directamente al expediente desde su iniciación, para ejercer los derechos a la verdad, justicia y reparación” (sentencia C-370 de 2006).

Artículo 37. *Derechos de las víctimas*³⁶. El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia. En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

38.1. A recibir todo el procedimiento un trato humano digno.

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

38.3. A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del delito³⁷.

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

38.5. A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en el Código de Procedimiento Penal, información pertinente para la protección de sus intereses; y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del delito del cual han sido víctimas³⁸.

36 Corte Constitucional. Sentencias C-370 de 2006, C-531 de 2006, C-575 de 2006 (corregida mediante auto A286-06), C-719 de 2006 y C-080 de 2007. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha tratado ampliamente los derechos de las víctimas en las siguientes providencias: 27052 a 29559; especialmente en el fallo 29472 trató el tema de la preponderancia de los derechos de las víctimas sobre la extradición de paramilitares: “es fácil advertir que existen razones superiores para examinar la legitimidad de una extradición que puede estar en últimas conculcando los derechos de las víctimas al impedirse con ella la realización de los fines constitucionales del proceso penal pues afectan las legítimas expectativas que alientan las víctimas de las conductas punibles en cuanto a la realización de su derecho a la verdad, justicia y reparación, y, al contrario, la extradición de un desmovilizado para que responda en el extranjero por delitos menos graves que los que está confesando ante los jueces colombianos, resulta siendo una forma de impunidad”.

37 Numeral declarado exequible en tanto se entienda que “todos y cada uno de los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley, responden con su propio patrimonio para indemnizar a cada una de las víctimas de los actos violatorios de la ley penal por los que fueron condenados; y también responderán solidariamente por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del grupo armado al cual pertenecieron” (sentencia C-575 de 2006).

38 Numeral declarado exequible en tanto se entienda que “conforme al artículo 30 de la Ley 600 de 2000, y de acuerdo con la exequibilidad condicionada de esa norma declarada mediante la sentencia C-228 de 2002, la víctima o los perjudicados pueden acceder directamente al expediente desde su iniciación, para ejercer los derechos a la verdad, justicia y reparación” (sentencia C-370 de 2006).

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

38.7. A ser asistidas durante el juicio por un abogado de confianza o por la Procuraduría Judicial de que trata la presente ley.

38.8. A recibir asistencia integral para su recuperación.

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

Por último, en punto de la divulgación de los derechos de las víctimas conviene tener en cuenta los decretos 4760 de 2005 (arts. 9.º y 14), 391 de 2006 (art. 8.º) y 315 de 2007 (art. 2.º).

II. EL DERECHO A LA REPARACIÓN. ESPECIAL

REFERENCIA A SU ASPECTO MATERIAL

Ya se ha dicho que la indemnización de las víctimas —o *reparación material*— se enmarca dentro del derecho genérico a la reparación, cuya consagración expresa en la LJP tiene lugar en el artículo 8.º; no obstante, como también se anticipó, el alcance del referido derecho en el contexto de la normatividad en comento es bastante más amplio.

En efecto, a tono con lo establecido en el prealudido texto legal, la reparación de las víctimas se consigue mediante diversas acciones de alcance individual y/o colectivo, dirigidas a la *restitución*, la *indemnización*, la *rehabilitación*, la *satisfacción* y la *no repetición*³⁹.

Para ahondar un poco, sin embargo, en aquello de que la reparación puede ser individual o colectiva, cabe anotar que la primera de las perspectivas anotadas supone tanto la *restitución* (devolver a las víctimas a la situación previa al delito)⁴⁰ como la *indemnización* (compensar económicamente los perjuicios causados) y la *rehabilitación* (recuperación médica, psicológica o

39 Cfr. decretos 3391 de 2006 (arts. 3.º y 16) y 1290 de 2008 (arts. 2.º, 4.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10.º, 11, 12, 13 y 14).

40 Esto ha de considerarse complementado con lo dispuesto en el artículo 46 LJP: “Artículo 46. *Restitución*. La restitución implica la realización de los actos que propendan por la devolución a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos. Incluye el

psiquiátrica de quienes han sufrido traumas físicos, psicológicos y psiquiátricos como consecuencia del delito).

En cuanto a la segunda modalidad, ha de tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 49 LJP, acorde con el cual la reparación colectiva está encaminada a la recuperación de la institucionalidad estatal (priorizando las zonas más afectadas por la violencia), a la recuperación y a la promoción de los derechos de los ciudadanos afectados por hechos de violencia y, en fin, al reconocimiento y dignificación de las víctimas de la violencia⁴¹. De este modo, las acciones reparatorias de alcance colectivo se orientan a la reconstrucción psicológica y social de las poblaciones afectadas por los actos violentos, especialmente de aquellas que los sufrieron de manera sistemática.

A su turno, la *satisfacción o compensación moral* (restablecer su dignidad y difundir la verdad sobre lo ocurrido) y la *no repetición* (el derecho de las víctimas a que las conductas merced a las cuales fueron victimizadas no se repitan, lo cual debe materializarse en actuaciones tales como la desmovilización⁴² o el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley) se encuentran en una zona intermedia entre las formas de reparación claramente individuales y las manifestaciones de reparación colectiva.

Por último, conviene anotar que la reparación también comprende acciones simbólicas, íntimamente relacionadas con la faceta de satisfacción o compensación moral antes referida e implican, de manera genérica, la realización de prestaciones a favor de las víctimas o de la comunidad (es decir, puede ser individual o colectiva), siempre que aseguren la preservación de

restablecimiento de la libertad, el retorno a su lugar de residencia y la devolución de sus propiedades, de ser posible”

Por lo demás, todo lo dicho en punto de la restitución ha de entenderse armónicamente con lo previsto en el artículo 22 CPP sobre el restablecimiento del derecho.

41 “Artículo 49 LJP. *Programas de reparación colectiva*. El Gobierno, siguiendo las recomendaciones la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparaciones, deberá implementar un programa institucional de reparación colectiva que comprenda acciones directamente orientadas a recuperar la institucionalidad propia del Estado Social de Derecho particularmente en las zonas más afectadas por la violencia; a recuperar y promover los derechos de los ciudadanos afectados por hechos de violencia, y a reconocer y dignificar a las víctimas de la violencia”.

42 Artículo 9.º LJP: “*Desmovilización*. Se entiende por desmovilización el acto individual o colectivo de dejar las armas y abandonar el grupo armado organizado al margen de la ley, realizado ante autoridad competente.

La desmovilización del grupo armado organizado al margen de la ley se realizará de acuerdo con lo establecido en la Ley 782 de 2002”.

la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas. En las propias palabras de la ley, el derecho en mención está concebido de la siguiente manera:

Artículo 8.º *Derecho a la reparación*⁴³. El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas. Restitución es la realización de las acciones que propendan por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito.

La indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito.

La rehabilitación consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito.

La satisfacción o compensación moral consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido.

Las garantías de no repetición comprenden, entre otras, la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley.

Se entiende por reparación simbólica toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.

La reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción sico-social de las poblaciones afectadas por la violencia. Este mecanismo se prevé de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática⁴⁴.

43 Corte Constitucional. Sentencias C-531 de 2006, C-575 de 2006, C-719 de 2006 y C-080 de 2007.

44 Inciso 8.º declarado exequible por el cargo analizado, por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-575 de 2006, corregida mediante auto A286-06.

Las autoridades judiciales competentes fijarán las reparaciones individuales, colectivas o simbólicas que sean del caso, en los términos de esta ley.

Ahora bien, pese a que el derecho a la reparación es objeto de desarrollo legal entre los artículos 42 a 46 LJP, desde este momento interesa resaltar lo dispuesto en el artículo 44, texto éste que, además de reiterar lo previsto en el artículo 8.º antes transcrito (esto es, que la reparación está encaminada a la restitución, la indemnización, la rehabilitación y la satisfacción de las víctimas), añade que han de tenerse por actos de reparación integral –no sólo patrimonial– la entrega al Estado de bienes para reparar a las víctimas, la declaración pública que restablezca la dignidad de las mismas y de su entorno, el reconocimiento público de haberles causado daños, la solicitud de perdón a aquéllas, la promesa de no repetir las conductas punibles y la colaboración eficaz para la localización de personas secuestradas o desaparecidas, la localización de los cadáveres de las víctimas y la búsqueda de los desaparecidos para identificarlos e inhumarlos según las tradiciones familiares y comunitarias:

Artículo 44. *Actos de reparación*⁴⁵. La reparación de las víctimas de la que trata la presente ley comporta los deberes de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción.

Para tener derecho a gozar del beneficio de la libertad a prueba, el condenado deberá proveer al Fondo para la Reparación de las Víctimas los bienes, destinados para tal fin⁴⁶; realizar satisfactoriamente los actos de reparación que se le

45 Corte Constitucional. Sentencias C-370 de 2006, C-575 de 2006, C-719 de 2006 y C-080 de 2007.

46 Es importante tener en cuenta el artículo 16 del Decreto 4760 de 2005 que establece lo siguiente:

“Artículo 16. *Publicidad sobre los bienes entregados al Fondo para la Reparación de las Víctimas*. Con el fin de proteger los derechos de las víctimas y de los terceros de buena fe y posibilitar el ejercicio oportuno de sus derechos, la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional - Acción Social pondrá de manera permanente en conocimiento del público el listado de bienes que en desarrollo de la Ley 975 de 2005 le hayan sido entregados para la reparación de las víctimas y posibilitará su consulta a través de sus oficinas a nivel territorial, así como de los medios tecnológicos de que disponga.

Los gastos originados en la publicidad prevista en el presente artículo se sufragarán con cargo al Fondo para la Reparación de Víctimas”.

hayan impuesto; colaborar con el Comité Nacional de Reparación y Reconciliación o suscribir un acuerdo con el Tribunal Superior de Distrito Judicial que asegure el cumplimiento de sus obligaciones de reparación⁴⁷.

Son actos de reparación integral los siguientes:

45.1. La entrega al Estado de bienes para la reparación de las víctimas⁴⁸.

45.2. La declaración pública que restablezca la dignidad de la víctima y de las personas más vinculadas con ella.

45.3. El reconocimiento público de haber causado daños a las víctimas, la declaración pública de arrepentimiento, la solicitud de perdón dirigida a las víctimas y la promesa de no repetir tales conductas punibles.

45.4. La colaboración eficaz para la localización de personas secuestradas o desaparecidas y la localización de los cadáveres de las víctimas.

45.5. La búsqueda de los desaparecidos y de los restos de personas muertas, y la ayuda para identificarlos y volverlos a inhumar según las tradiciones familiares y comunitarias.

Al margen de los artículos indicados con anterioridad, este derecho/deber aparece de modo explícito o implícito en otras disposiciones de la ley; así, por ejemplo, para acceder a los beneficios previstos en la normatividad estudiada, si la desmovilización es colectiva, es preciso que los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley⁴⁹, que hayan sido o puedan ser imputados, acusados o condenados como autores o partícipes de hechos

47 El aparte original *si los tuviese* fue declarado inexecutable por la sentencia C-370 de 2006.

48 El aparte original *obtenidos ilícitamente* fue declarado inexecutable mediante sentencia C-575 de 2006.

49 Artículo 3.º de la Ley 782 de 2002: “Parágrafo 1.º De conformidad con las normas del Derecho Internacional Humanitario, y para los efectos de la presente ley, se entiende por grupo armado al margen de la ley, aquel que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte del territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”.

Artículo 1.º LJP. *Objeto de la presente ley*. [...] Se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley, el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones, de las que trate la Ley 782 de 2002”.

delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a grupos armados, entreguen los bienes producto de la actividad ilegal (art. 10.º, num. 10.2 LJP) o, si fuere una desmovilización individual, que el desmovilizado entregue los bienes producto de la actividad ilegal para que se repare a la(s) víctima(s) (art. 11 num. 11.5 LJP). Otro tanto ocurre en el artículo 37 LJP, donde se alude al derecho a una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor de los mismos.

Luego de esclarecer el alcance del derecho a la reparación en la LJP, pertinente resulta abordar ahora, desde el punto de vista metodológico, los temas relativos a quiénes tienen derecho a la reparación, quiénes deben reparar, qué se repara y cómo puede obtenerse la reparación.

1. *Quiénes tienen derecho a la reparación*⁵⁰

Tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia han distinguido entre víctima y perjudicado; al hilo de dicha distinción, la víctima suele asociarse con quien sufre la conducta punible (esto es, con quien soporta la acción delictiva), en tanto que al concepto de perjudicado se le otorga un alcance más amplio, que incluye a quienes sufren un daño, patrimonial o no, susceptible de ser indemnizado y derivado de la conducta de apariencia punible, con independencia de que puedan o no considerarse, al mismo tiempo, como víctimas. En este orden de ideas, lo usual es que la víctima de un delito ostente en forma simultánea la calidad de perjudicada, pero el caso contrario no siempre ocurre⁵¹.

A tono con esta premisa, el ordenamiento jurídico colombiano dispone que quienes tienen derecho a la reparación son las víctimas; así se desprende de los artículos 11 literal c CPP y 37 numeral 38.3 (*sic*) LJP, cuyos tenores son, en su orden, los siguientes:

50 Corte Constitucional. Sentencia C-516 de 2007.

51 “La víctima es la persona respecto de la cual se materializa la conducta típica mientras que la categoría ‘perjudicado’ tiene un alcance mayor en la medida en que comprende a todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito. Obviamente, la víctima sufre también un daño, en ese sentido, es igualmente un perjudicado” (sentencia C-228 del 3 de abril de 2002). Con todo, la identificación de las víctimas legitimadas para intervenir en el proceso penal sobre la base de ser *víctimas directas*, suscita una importante cuestión sobre la que se volverá un poco más adelante.

Artículo 11. *Derechos de las víctimas*. El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código.

En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

[...]

c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código;

Artículo 37. *Derechos de las víctimas*⁵². El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia. En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

[...]

38.3. A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del delito⁵³.

Ahora bien, en cuanto a qué ha de entenderse por *víctima*⁵⁴, urge aclarar que, en Colombia, tanto el CPP como la LJP proponen sus respectivas definiciones, y que –aunque pocas– las diferencias existentes entre ambas son sin duda importantes. Así, el CPP entiende, en el artículo 132, que son víctimas las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que, individual o colectivamente, hayan sufrido algún daño (real, concreto y específico, según se verá) como consecuencia del injusto, independientemente de si se ha podido o no identificar, aprehender, enjuiciar o condenar al autor de aquél:

52 Corte Constitucional. Sentencias C-370 de 2006, C-531 de 2006, C-575 de 2006 (corregida mediante auto A286 de 2006), C-719 de 2006 y C-080 de 2007.

53 Numeral declarado exequible en tanto se entienda que “todos y cada uno de los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley, responden con su propio patrimonio para indemnizar a cada una de las víctimas de los actos violatorios de la ley penal por los que fueren condenados; y también responderán solidariamente por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del grupo armado al cual pertenecieron” (sentencia C-575 de 2006).

54 Corte Constitucional. Sentencia C-516 de 2007 y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 27484.

Artículo 132. *Víctimas*⁵⁵. Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño⁵⁶ como consecuencia del injusto.

La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con este.

Conforme se anticipara en la nota 43, la Corte Constitucional declaró inexecutable, en su momento, el aparte del artículo que circunscribía el concepto de víctima a quien hubiera sufrido algún daño “*directo*”, como consecuencia del injusto, entendiendo, al parecer, que la legitimidad de la intervención de aquélla debía basarse en la acreditación de un daño real, concreto y específico, sin más⁵⁷.

Por consiguiente, según parece derivarse de la interpretación constitucional que se comenta, conviene diferenciar dos tipos de daños: aquellos de los cuales se deriva la calidad de víctima (que son los que interesan por ahora) y aquellos susceptibles de ser indemnizados (que son los relevantes a efectos de la reparación material). Los primeros legitimarían a la víctima para intervenir en la actuación, en tanto que los segundos legitimarían al perjudicado (con independencia de que ostente o no la calidad de víctima) para reclamar la indemnización de los perjuicios⁵⁸.

Tornando al pronunciamiento del tribunal constitucional, para la referida corporación es claro que el legislador de 2004 introdujo una limitación contraria a la Carta, cuando, en la redacción original del artículo 132 CPP hizo depender el concepto de víctima del hecho de haber sufrido un *daño directo*, porque tal especificidad restringía, a su juicio, el alcance de los derechos de

55 Corte Constitucional. Sentencias C-454 de 2006 y C-516 de 2007.

56 El adjetivo *directo*, que calificaba al sustantivo daño en el texto original, fue declarado inexecutable por sentencia C-516 de 2007.

57 Corte Constitucional. Sentencias C-516 de 2007 y C-228 de 2002.

58 Es importante en este punto citar la distinción entre víctima y perjudicado que plantea la Corte Constitucional en sentencia C-224 de 2002 y que se reitera en la C-516 de 2007 de la siguiente manera: “La víctima es la persona respecto de la cual se materializa la conducta típica mientras que la categoría ‘perjudicado’ tiene un alcance mayor en la medida en que comprende a todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito. Obviamente, la víctima sufre también un daño, en ese sentido, es igualmente un perjudicado”.

las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación; ello en la medida en que, de mantenerse semejante restricción, sólo las víctimas directas podrían hacer valer los aludidos derechos. Esto dijo textualmente la citada corporación al respecto:

Encuentra la Corte que si bien la norma examinada fundamenta la determinación de la calidad de víctima, en el padecimiento de un daño que surge como consecuencia de la conducta punible (injusto), lo cual resulta acertado, la calificación que el precepto introduce al daño –daño “directo”– como único generador de responsabilidad, restringe el alcance del concepto de víctima o perjudicado que ha acuñado la jurisprudencia constitucional [...] En el marco de la teoría de la responsabilidad por daño se ha considerado que para que el daño o el perjuicio sea indemnizable debe tener ciertas condiciones de existencia. Esto es, que no basta que se produzca un menoscabo patrimonial o moral en cabeza de alguien para que este pueda ser exigible judicialmente en calidad de víctima, perjudicado o afectado. El daño reparable del que deriva la calidad de víctima o perjudicado debe reunir determinadas condiciones: debe ser cierto y la persona que reclama debe ser la misma que resultó perjudicada, aunque no tuviere la titularidad jurídica sobre el bien lesionado [...] cuando el legislador en el artículo 132 asigna al daño el calificativo de “directo” para el sólo efecto de determinar la calidad de víctima, está condicionando tal calidad a la concurrencia de un elemento de imputación que corresponde a un análisis posterior que debe efectuar el juez, al determinar tanto la responsabilidad penal como la civil del imputado o acusado. Este calificativo indudablemente restringe de manera inconstitucional la posibilidad de intervención de las víctimas en el proceso penal y su derecho a un recurso judicial efectivo. La determinación de la calidad de víctima debe partir de las condiciones de existencia del daño, y no de las condiciones de imputación del mismo⁵⁹.

No obstante lo anotado en precedencia, la LJP (cuya expedición data de 2005) propone un concepto de víctima que, en lo esencial, concuerda con la redacción original del artículo 132 CPP, incluida la referencia a los daños directos, aunque matiza –y al hacerlo marca distancia con el CPP– que los mismos deben tener por causa las actividades realizadas por los miembros de los grupos armados al margen de la ley. Así las cosas, de acuerdo con el primer párrafo del artículo 5.º de la legislación especial que se comenta, cuya conformidad con la Carta es por lo menos discutible, ostentan la calidad de

59 Corte Constitucional. Sentencia C-516 de 2007.

víctimas aquellas personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños *directos*, derivados de las actividades delictivas realizadas por los grupos armados al margen de la ley:

Artículo 5.º *Definición de víctima*⁶⁰. Para los efectos de la presente ley se entiende por víctima la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley.

Como puede verse, del propio texto del artículo 5.º LJP se colige el carácter especial de las víctimas merecedoras de reparación en el marco de dicha normatividad, frente a la condición común de tales que fluye de lo establecido, al mismo respecto, en el CPP⁶¹; por ello, no sobra advertir que cuando una persona natural o jurídica haya sufrido algún daño, individual o colectivamente, a causa de un delito carente de relación con las actividades de los grupos armados al margen de la ley, la opción para ella subsistente será la de acudir al régimen general del CPP.

60 Corte Constitucional. Sentencias C-370 de 2006, C-455 de 2006, C-531 de 2006, C-575 de 2006, C-650 2006, C-719 de 2006 y C-080 de 2007.

61 Lo anotado ha de complementarse con lo previsto en el artículo 1.º del Decreto 315 de 2007 que establece lo siguiente:

“Artículo 1.º Las víctimas a que se refiere el artículo 5.º de la Ley 975 de 2005 y la sentencia C-370-06 de la Corte Constitucional tendrán derecho a acceder en forma personal y directa, o a través de apoderado, a las diligencias de versión libre, formulación de imputación, formulación de cargos y demás etapas procesales que se realicen en el marco de dicha Ley y que se relacionen con los hechos que les generaron el daño, como consecuencia de los actos delictivos ejecutados por algún integrante o miembro de los grupos organizados al margen de la ley, postulado como elegible por el Gobierno Nacional.

En los eventos en que la víctima no contare con los servicios profesionales de un abogado particular, previa solicitud y comprobación sumaria de la necesidad, la Fiscalía General de la Nación solicitará a la Defensoría del Pueblo la asignación de un defensor público para que las represente”.

Y en el artículo 4.º se refiere a la demostración del daño directo de que se ocupa el artículo 5.º de la Ley 975 de 2005, así como lo hacen los artículos 1.º y 2.º del mismo decreto.

Aclarado lo anterior, procede ocuparse, ahora, de algunos sujetos concretos a los cuales la LJP, conforme a lo dispuesto en ulteriores apartes del mismo artículo 5.º, les atribuye igualmente la calidad de víctimas, a pesar de no haber sufrido, en principio, un perjuicio del estilo del que se exige, para esos efectos, en el párrafo inicial del referido artículo.

En primer lugar, alude la ley –en el párrafo segundo del precitado artículo– al cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad o primero civil de la víctima directa, cuando a ésta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida; no obstante, a los efectos interpretativos, debe tenerse en cuenta que, según la Corte Constitucional⁶²,

– Los familiares que no tienen primer grado de consanguinidad con la víctima directa (p. ej., hermanos, abuelos o nietos) no pueden ser excluidos de la posibilidad de ser reconocidos como víctimas, siempre y cuando demuestren haber sufrido un daño real⁶³, concreto y específico, con ocasión de las actividades delictivas de miembros de grupos armados al margen de la ley.

– De la misma manera, tampoco se les puede negar la plurimentada calidad a los familiares de las víctimas directas, aun en el evento en que éstas no hayan muerto o desaparecido (p. ej., cuando la víctima directa no quiere o no puede comparecer al proceso penal para hacer valer sus derechos).

En segundo lugar, se refiere la LJP a los miembros de la fuerza pública⁶⁴, cuando sus daños sean consecuencia de las conductas delictivas llevadas a cabo por miembros de los grupos armados al margen de la ley, regulación

62 Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006.

63 Sobre el daño real, la sentencia C-224 de 2002, reiterada en sentencia C-516 de 2007, ha dicho: “Se requiere que haya un daño real, *no necesariamente de contenido patrimonial*, concreto y específico, que legitime la participación de la víctima o de los perjudicados en el proceso penal para buscar la verdad y la justicia, el cual ha de ser apreciado por las autoridades judiciales en cada caso [...] Demostrada la calidad de víctima, o en general que la persona ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste, está legitimado para constituirse en parte civil, y puede orientar su pretensión a obtener exclusivamente la realización de la justicia, y la búsqueda de la verdad, dejando de lado cualquier objetivo patrimonial. Es más: aun cuando esté indemnizado el daño patrimonial, cuando este existe, si tiene interés en la verdad y la justicia, puede continuar dentro de la actuación en calidad de parte. Lo anterior significa que el único presupuesto procesal indispensable para intervenir en el proceso, es acreditar el daño concreto, sin que se le pueda exigir una demanda tendiente a obtener la reparación patrimonial”.

64 Artículo 216 C. N. “La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

ésta que, en su momento, suscitó una intensa discusión en la Corte Constitucional.

No obstante, por encima de la opinión adversa de quienes cuestionaban la constitucionalidad de la disposición examinada, por considerar que —a la luz del Derecho internacional humanitario— no era posible conferirles a los miembros de la fuerza pública en servicio activo la calidad de víctimas, en aras de su connotación de combatientes, la Corte declaró, a la postre, la constitucionalidad del fragmento legal en controversia, sobre la base de que los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos I y II adicionados a los mismos no imponían al Estado colombiano la prohibición de conceder el estatus de víctimas a los miembros de la fuerza pública, en el marco de la LJP; en esa medida, concluyó el alto tribunal, la disposición objeto de análisis no sólo no era inconstitucional, sino que, además, hacía del ordenamiento jurídico interno un sistema más garantista que el internacional⁶⁵.

En tercer lugar, tienen también la calidad de víctimas, conforme a la LJP, el cónyuge, el compañero o compañera permanente y los familiares en primer grado de consanguinidad de los miembros de la fuerza pública, siempre que estos últimos hayan perdido la vida como consecuencia de los actos ejecutados por miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley, sin importar si el deceso ocurrió en desarrollo de actos propios del servicio, relacionados con el mismo o fuera de él.

Naturalmente, lo expuesto en precedencia ha de entenderse sujeto a las mismas precisiones hermenéuticas hechas con motivo del análisis de la relación de parentesco mencionada en el párrafo segundo del artículo quinto⁶⁶, aunque en el fragmento legal que ahora se examina, correspondiente al inciso final del artículo en mención, no se hace expresa referencia ni al parentesco por adopción (primer grado civil) ni a los familiares de los miembros de la fuerza pública cuya muerte no se haya constatado, pero que se encuentren desaparecidos. Así lo corrobora el propio texto legal, que, en forma íntegra, se transcribe a continuación:

Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.

La Ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo”.

65 Corte Constitucional. Sentencia C-575 de 2006.

66 Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006.

Artículo 5.º *Definición de víctima*⁶⁷. Para los efectos de la presente ley se entiende por víctima la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley.

También se tendrá por víctima al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida⁶⁸.

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

Igualmente se considerarán como víctimas a los miembros de la fuerza pública que hayan sufrido lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física⁶⁹, psíquica y/o sensorial (visual o auditiva), o menoscabo de sus derechos fundamentales, como consecuencia de las acciones de algún integrante o miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley.

Asimismo, se tendrán como víctimas al cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad, de los miembros de la fuerza pública que hayan perdido la vida en desarrollo de actos del servicio, en relación con el mismo, o fuera de él, como consecuencia de los actos ejecutados por algún integrante o miembros de los grupos organizados al margen de la ley⁷⁰.

67 Corte Constitucional. Sentencias C-370 de 2006, C-455 de 2006, C-531 de 2006, C-575 de 2006, C-650 de 2006, C-719 de 2006 y C-080 de 2007.

68 Este inciso fue declarado exequible, siempre que se entienda que “la presunción allí establecida no excluye como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometida por miembros de grupos armados al margen de la ley” (sentencia C-370 de 2006).

69 Mediante aviso publicado en el *Diario Oficial* 45.988 del 2 de agosto de 2005, se corrigió el texto original de esta disposición, donde aparecía la expresión *discapacidad tísica*, siendo lo correcto *discapacidad física*.

70 Este inciso fue declarado exequible, en tanto se entienda que “la presunción allí establecida no excluye como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometida por miembros de grupos armados al margen de la ley” (sentencia C-370 de 2006).

2. Quiénes tienen la obligación de reparar

La regla general –en punto de la responsabilidad civil– es que quien causa un daño a otro debe repararlo⁷¹, aserto éste que ha de ser, sin embargo, matizado, puesto que no siempre que hay un daño su causante está obligado a resarcirlo, tal como ocurre, por ejemplo, cuando el daño está justificado jurídicamente. Trasladando lo dicho al campo penal, acorde con la tradición colombiana, quienes están llamados a responder por los perjuicios ocasionados con la conducta punible son, en primer lugar, aquellos que resulten declarados penalmente responsables de la misma (esto es, sus autores y partícipes) y, en segundo lugar, quienes, de acuerdo con la llamada ley sustancial, tienen la obligación de asumir la reparación (es decir, los responsables civiles o terceros civilmente responsables).

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, el CPP (arts. 11 lit. c y 107) dispone que las víctimas tienen derecho a una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o del partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder:

Artículo 11. *Derechos de las víctimas*⁷². El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código.

En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

[...]

c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código;

71 La premisa general de responsabilidad la da el artículo 90 de la Constitución Política en los siguientes términos: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culpable de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

72 Corte Constitucional. Sentencias C-454 de 2006, C-209 de 2007 y C-516 de 2007.

Artículo 107. *Tercero civilmente responsable*⁷³. Es la persona que según la ley civil deba responder por el daño causado por la conducta del condenado.

El tercero civilmente responsable podrá ser citado o acudir al incidente de reparación a solicitud de la víctima, del condenado o su defensor. Esta citación deberá realizarse en la audiencia que abra el trámite del incidente⁷⁴.

En idéntico sentido, el artículo 96 del Código Penal (en adelante C. P.) establece:

Artículo 96. *Obligados a indemnizar*. Los daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, están obligados a responder.

De otro lado, por cuanto respecta a la LJP, la situación es, en principio, la misma: quienes están obligados a reparar los daños ocasionados con las conductas delictivas son sus autores o partícipes, para el caso, los miembros de los grupos armados al margen de ley; así lo dispone el artículo 37 numeral 38.3 (*sic*), que, a diferencia de lo que acontece, por ejemplo, en el recién transcrito artículo 96 C. P., en ninguna parte menciona a los terceros civilmente responsables como sujetos de la obligación de indemnizar.

Artículo 37. *Derechos de las víctimas*⁷⁵. El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia. En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

[...]

38.3. A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del delito⁷⁶.

73 Corte Constitucional. Sentencias C-425 de 2006 y C-717 de 2006.

74 La constitucionalidad de este artículo fue condicionada a que se entienda que “el tercero civilmente responsable se encuentra facultado para ejercer plenamente su derecho de defensa en relación con el decreto y práctica de medidas cautelares en su contra” (sentencia C-425 de 2006).

75 Corte Constitucional. Sentencias C-370 de 2006, C-531 de 2006, C-575 de 2006 (corregida mediante auto A286-06), C-719 de 2006 y C-080 de 2007.

76 Numeral declarado exequible, en tanto se entienda que “todos y cada uno de los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley, responden con su propio patri-

Si bien puede afirmarse, sin embargo, con altísima probabilidad de acierto, que la omisión concerniente al tercero no obedece propiamente a una exclusión sino a un olvido, más pertinente resulta no perder de vista el contenido de los artículos 28, 29 y 30 C. P., que regulan lo relativo a la autoría y a la participación en el ámbito criminal, cuando corresponda resolver, en concreto, la cuestión relativa a quiénes han de ser los responsables a la hora de reparar.

Pese a lo dicho, en el marco de la justicia transicional⁷⁷ —caracterizada, entre otras cosas, por ocuparse de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos—, la reparación económica de las víctimas le ha sido asignada tradicionalmente al Estado. Esto, huelga decirlo, obedece a las necesidades prácticas de, por una parte, llevar a buen término los procesos de paz (pues, en caso de que se descargara todo el peso de la responsabilidad civil en los actores, la desmovilización de los mismos podría frustrarse) y, por otra, asegurar a las víctimas la efectiva indemnización de los perjuicios y la satisfacción de sus reclamaciones, que, ante la eventualidad arriba mencionada, suele terminar, entonces, siendo asumida por el Estado, en aras de la consecución de la paz.

En tiempos recientes, sin embargo, la tendencia recién explicada ha venido variando, pues, sobre la base de reafirmar que toda violación de los derechos humanos origina la obligación de reparar, se entiende que las víctimas tienen derecho a obtener la reparación tanto del Estado como del causante de sus daños. En esta nueva línea se enmarca justamente la LJP, que añade a la obligación de reparar en cabeza del Estado el derecho de las víctimas a conseguir la reparación de sus perjuicios directamente de sus victimarios:

monio para indemnizar a cada una de las víctimas de los actos violatorios de la ley penal por los que fueron condenados; y también responderán solidariamente por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del grupo armado al cual pertenecieron” (sentencia C-575 de 2006).

77 Se entiende por tal aquel conjunto de esquemas normativos diseñados para dotar de un marco jurídico los acuerdos políticos de reconciliación, celebrados en aras de la consecución de la paz (para facilitar, fundamentalmente, el abandono definitivo de las armas y la cesación de las violaciones de los derechos humanos), con motivo de lo cual se acepta cierta flexibilidad en el ejercicio de la función jurisdiccional (rebajas de pena o procesos más rápidos).

Artículo 42. *Deber general de reparar*⁷⁸. Los miembros de los grupos armados que resulten beneficiados con las disposiciones previstas en esta ley tienen el deber de reparar a las víctimas de aquellas conductas punibles por las que fueron condenados mediante sentencia judicial⁷⁹.

Igualmente, cuando no se haya logrado individualizar al sujeto activo pero se compruebe el daño y el nexo causal con las actividades del Grupo Armado Ilegal Beneficiario por las disposiciones de la presente ley, el Tribunal directamente o por remisión de la Unidad de Fiscalía, ordenará la reparación a cargo del Fondo de Reparación.

Luego de esclarecer lo anterior, procede examinar a continuación, con mayor detalle, las relaciones existentes entre esta pluralidad de sujetos de derecho obligados a la reparación.

2.1. Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley

Como ya se dijo, la obligación de reparar corresponde, en primer lugar, a los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley, quienes responden con su propio patrimonio –y obviamente en forma solidaria– por los perjuicios ocasionados con su actividad delictiva, con independencia de

78 Sentencias C-575 del 25 de julio de 2006 y C-719 del 23 de agosto de 2006.

79 El artículo 15 del Decreto 3391 de 2006 establece la responsabilidad de reparar a las víctimas en los siguientes términos:

“Son titulares de la obligación de reparación a las víctimas, los desmovilizados que sean declarados penalmente responsables mediante sentencia judicial de las conductas punibles cometidas durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley, entendiéndose por tal el bloque o frente respectivo, las cuales hayan causado un daño real, concreto y específico a las mismas.

Subsidiariamente, y en virtud del principio de solidaridad, quienes judicialmente hayan sido calificados como integrantes del bloque o frente al que se impute causalmente el hecho constitutivo del daño, responden civilmente por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del mismo. Para que surja la responsabilidad solidaria, será necesario que se establezca el daño real, concreto y específico; la relación de causalidad con la actividad del grupo armado y se haya definido judicialmente la pertenencia de los desmovilizados al bloque o frente correspondiente, aunque no medie la determinación de responsabilidad penal individual.

La respectiva sentencia proferida por la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial establecerá la reparación a la que se encuentren obligados los responsables”.

si el origen de sus bienes es lícito o ilícito. Todo ello sin perjuicio, claro está, de los derechos de terceros de buena fe⁸⁰:

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

[...]

38.3. A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del delito⁸¹.

Antes de proseguir, vale la pena recordar cómo, en su momento, la cuestión relacionada con la constitucionalidad de la obligación de reparar en cabeza de los particulares y no exclusivamente –según cierta usanza– del Estado, generó alguna discusión. En efecto, el referido tema fue objeto de consideración por la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006 y la doctrina allí sentada –favorable, por cierto, a la constitucionalidad de la antedicha obligación– fue ratificada luego por la sentencia C-575 del mismo año. Los argumentos tenidos en cuenta por la Corte fueron, en síntesis, los siguientes:

– No hay una razón constitucional para excepcionar el principio general según el cual todo aquel que cause un daño antijurídico está obligado a repararlo y, por ende, no resultaba justificado trasladar el gravamen de la reparación exclusivamente al Estado (y, en últimas, a los ciudadanos)⁸².

80 Cfr. artículo 54 LJP, para lo relativo a los derechos de terceros de buena fe.

81 Numeral declarado exequible, en tanto se entienda que “todos y cada uno de los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley, responden con su propio patrimonio para indemnizar a cada una de las víctimas de los actos violatorios de la ley penal por los que fueron condenados; y también responderán solidariamente por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del grupo armado al cual pertenecieron” (sentencia C-575 de 2006).

82 “...al menos en principio, no parece existir una razón constitucional suficiente para que, frente a procesos de violencia masiva, se deje de aplicar el principio general según el cual quien causa el daño debe repararlo. Por el contrario, como ya lo ha explicado la Corte, las normas, la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional han considerado que la reparación económica a cargo del patrimonio propio del perpetrador es una de las condiciones necesarias para garantizar los derechos de las víctimas y promover la lucha contra la impunidad. Sólo en el caso en el cual el Estado resulte responsable

– Exonerar a los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley del deber de indemnizar los perjuicios supone la concesión de una amnistía integral de la responsabilidad civil⁸³.

– Resulta constitucionalmente desproporcionado renunciar a la persecución del patrimonio de los responsables del daño.

Sea, empero, de ello lo que fuere, ha de tenerse en cuenta que la posibilidad de afectar el patrimonio del penalmente responsable, en estos eventos, ha de atender a un límite: al condenado debe permitírsele conservar los bienes necesarios para mantener una subsistencia digna, valoración ésta que ha de hacerse caso por caso⁸⁴. Con todo, esta limitación no supone, en realidad, detrimento alguno de los derechos reconocidos a las víctimas, pues, al final, siempre queda la posibilidad de acudir subsidiariamente al Estado, para obtener el pago total o los saldos parciales pendientes.

Por último, necesario es anotar que, por tratarse de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, la obligación *solidaria* de reparar los perjuicios, tradicionalmente existente entre los autores o partícipes de la conducta punible, ha de analizarse, en esta oportunidad, en dos sentidos, el primero de los cuales tiene que ver con la responsabilidad, a efectos de la reparación, de los prealudidos autores o partícipes, quienes responden con su patrimonio por los daños que les fueren imputables a título personal y *solidariamente* por los causados por sus compañeros del frente o bloque al cual pertenecían.

–por acción o por omisión– o cuando los recursos propios de los responsables no son suficientes para pagar el costo de reparaciones masivas, el Estado entra a asumir la responsabilidad subsidiaria que esto implica. Y esta distribución de responsabilidades no parece variar en procesos de justicia transicional hacia la paz” (sentencia C-370 de 2006).

83 “...en contextos de transición a la paz, podría parecer proporcionado que el responsable de delitos que ha decidido vincularse a un proceso de negociación, conserve una parte de su patrimonio de forma tal que pueda vivir dignamente e insertarse plenamente en la sociedad democrática y en el Estado de derecho. Lo que sin embargo parece no tener asidero constitucional alguno es que el Estado exima completamente de responsabilidad civil a quienes han producido los daños que es necesario reparar y traslade la totalidad de los costos de la reparación al presupuesto. En este caso se estaría produciendo una especie de amnistía de la responsabilidad civil, responsabilidad que estarían asumiendo, a través de los impuestos, los ciudadanos y ciudadanas de bien que no han causado daño alguno y que, por el contrario, han sido víctimas del proceso macrocriminal que se afronta” (sentencia C-370 de 2006).

84 Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006.

Así lo declaró, en su momento, sin dubitación alguna, la Corte Constitucional, no obstante lo cual queda la impresión de que, por vía jurisprudencial, pudo haberse creado un vínculo de solidaridad carente de fundamento legal, testamentario o contractual, como lo exige la tradición normativa sobre el particular⁸⁵:

Los argumentos relativos a la necesidad de proteger los derechos de las víctimas a la reparación se atienden con el condicionamiento que la Corte introducirá a la norma, en el sentido que quienes judicialmente hayan sido calificados como integrantes del grupo armado específico responden civilmente, de manera solidaria, con su patrimonio, por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del bloque o frente al cual pertenecieron, no solo por los perjuicios derivados de los delitos por los cuales fueren individualmente condenados⁸⁶.

En cuanto al segundo de los sentidos desde los cuales ha de abordarse, en estos eventos, la *solidaridad*, cabe señalar que el mismo se refiere a la responsabilidad impuesta a los bloques o frentes a los cuales pertenecieron los desmovilizados condenados, que, tal como acontece con la de éstos entre sí, es, igualmente, solidaria. La tesis fundamental en este caso es que existe un nexo de causalidad entre la actividad de los individuos que se desmovilizan (por ende, entre su pertenencia al grupo específico dentro del cual delinquieron) y los daños ocasionados.

Así explicó la Corte Constitucional, en esta oportunidad, el asunto, que, como en el caso anterior, parece haber comportado la creación, en sede jurisprudencial, de un vínculo de solidaridad sin base legal, testamentaria o contractual:

Si bien la responsabilidad penal continúa siendo individual, la responsabilidad civil derivada del hecho punible admite el elemento de la solidaridad, no solamente entre los penalmente responsables sino respecto de quienes por decisión judicial hayan sido calificados como miembros del grupo armado específico [...] Para la Corte es claro que si los beneficios que establece la ley son para el grupo específico, o para sus miembros en razón a la pertenencia al bloque o frente correspondiente, éste debe tener correlativas responsabilidades de orden patrimonial, incluso al margen de la determinación de responsabilidades de índole penal, siempre y cuando se establezca el daño y la relación de causalidad

85 Cfr. incs. 2.º y 3.º art. 1568 C. C.

86 Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006.

con la actividad del grupo específico y se haya definido judicialmente la pertenencia del desmovilizado al frente o bloque correspondiente [...] los primeros obligados a reparar son los perpetradores de los delitos, en subsidio y en virtud del principio de solidaridad, el grupo específico al que pertenezcan los perpetradores⁸⁷.

En la práctica, no resulta fácil, sin embargo, encontrar una hipótesis en la cual el bloque o frente, como tal, pueda responder, pues, careciendo de la condición legal de persona jurídica o, como mínimo, de patrimonio autónomo, no es factible que pueda hablarse, en su caso, de la existencia de *bienes propios*. En resumen, todos y cada uno de los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley deben responder, con su propio patrimonio, a la hora de indemnizar a las víctimas por los delitos de los cuales sean declarados penalmente responsables, pero también deben responder, en forma solidaria, por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del grupo armado específico al cual pertenecieron.

2.2. El Estado

Como ya se ha dicho, el Estado también está obligado a reparar los daños sufridos por las víctimas de la acción de los grupos armados organizados al margen de la ley⁸⁸. Sin embargo, en este caso, a diferencia de los eventos

87 Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006.

88 Es importante resaltar un fallo de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 29559 en donde frente al tema de la extradición de paramilitares resalta el deber del Estado de reparar a las víctimas: “Y como esa obligación de garante de los derechos fundamentales no se limita a los del solicitado, pues en casos concretos puede observar que la extradición atentaría contra derechos fundamentales de terceros que al ponderarlos con el interés particular del país solicitante se tornan intangibles, la Corte está en el deber de hacer el respectivo condicionamiento, como ciertamente lo hizo en el asunto rememorado al llamar ‘*la atención al Presidente de la República para que se tenga en cuenta la filosofía de esta ley [Ley 975 de 2005] y los compromisos en materia de verdad, justicia y reparación*’, cláusula que vincula al Ejecutivo a observar lo dispuesto en la *Ley de Justicia y Paz* acerca de la exclusión de un postulado, y acatar las obligaciones adquiridas en razón del derecho internacional de los derechos humanos, las cuales son imperativas para todos los poderes públicos por constituir límite de su actividad”.

atrás examinados, se trata de una obligación *subsidiaria*⁸⁹, cuya razón de ser es lograr la plena satisfacción de las víctimas⁹⁰.

89 El efecto de la subsidiaridad es explicado por la Corte de la siguiente forma: “Antes de acudir a recursos del Estado para la reparación de las víctimas, debe exigirse a los perpetradores de los delitos, o al bloque o frente al que pertenecieron, que respondan con su propio patrimonio por los daños ocasionados a las víctimas de los delitos” (sentencia C-370 de 2006).

90 El Decreto 1290 de 2008, en el artículo 5.º, se refiere de la siguiente forma a la obligación de indemnizar en cabeza del Estado:

“Artículo 5.º *Indemnización solidaria*. El Estado reconocerá y pagará directamente a las víctimas, o a los beneficiarios de que trata el presente decreto, a título de indemnización solidaria, de acuerdo con los derechos fundamentales violados, las siguientes sumas de dinero:

– *Homicidio, desaparición forzada y secuestro*: Cuarenta (40) Salarios Mínimos Mensuales Legales.

– *Lesiones personales y psicológicas que produzcan incapacidad permanente*: Hasta cuarenta (40) Salarios Mínimos Mensuales Legales.

– *Lesiones personales y psicológicas que no causen incapacidad permanente*: Hasta treinta (30) Salarios Mínimos Mensuales Legales.

– *Tortura*: Treinta (30) Salarios Mínimos Mensuales Legales.

– *Delitos contra la libertad e integridad sexual*: Treinta (30) Salarios Mínimos Mensuales Legales.

– *Reclutamiento ilegal de menores*: Treinta (30) Salarios Mínimos Mensuales Legales.

– *Desplazamiento forzado*: Hasta veintisiete (27) Salarios Mínimos Mensuales Legales.

Parágrafo 1.º Los montos de indemnización solidaria previstos en Salarios Mínimos Mensuales Legales, serán los vigentes al momento del pago.

Parágrafo 2.º En caso de concurrir varias personas con derecho a la reparación, el monto de la indemnización solidaria se distribuirá así:

1. Una suma equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor previsto para la respectiva violación para el cónyuge o compañero(a) permanente, y el otro cincuenta por ciento (50%) para los hijos;

2. A falta de cónyuge o compañero(a) permanente, el cincuenta por ciento (50%) para los hijos, y el otro cincuenta por ciento (50%) para los padres;

3. A falta de cónyuge o compañero(a) permanente e hijos, el cincuenta por ciento (50%) para los padres y el otro cincuenta por ciento (50%) distribuido en partes iguales entre los hermanos y demás familiares que dependieren económicamente de la víctima directa;

4. A falta de cónyuge o compañero(a) permanente, hijos y padres, se distribuirá el valor de la indemnización solidaria en partes iguales entre los hermanos y demás familiares que dependieren económicamente de la víctima directa.

5. Cuando la víctima directa era soltera y fue abandonada por su padres en la niñez, se reconocerá el monto total de la reparación al pariente más cercano que hubiere asumido

Lo anterior porque, de acuerdo con la sistemática propuesta por la LJP, el Estado tiene, ante todo, según fluye del artículo 6.º, el deber de asegurar, a las víctimas de las conductas delictivas llevadas a cabo por miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, el acceso a los recursos para la reparación de sus daños. Obsérvese:

Artículo 6.º *Derecho a la justicia*⁹¹. De acuerdo con las disposiciones legales vigentes, el Estado tiene el deber de realizar una investigación efectiva que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por delitos cometidos por los miembros de grupos armados al margen de la ley; asegurar a las víctimas de esas conductas el acceso a recursos eficaces que reparen el daño infligido, y tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones.

Las autoridades públicas que intervengan en los procesos que se tramiten con fundamento en la presente ley deberán atender, primordialmente, el deber de que trata este artículo.

los gastos de crianza y manutención, siempre que demuestre el parentesco y la dependencia económica.

Parágrafo 3.º. Del valor de la indemnización solidaria se descontarán las sumas de dinero que la víctima haya recibido de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional- Acción Social, o de otra entidad del Estado que constituya reparación.

Parágrafo 4.º. En caso de que respecto a la misma víctima concurra más de una violación, tendrá derecho a que estas se acumulen hasta un tope no mayor de cuarenta (40) Salarios Mínimos Legales Mensuales.

En caso de que un beneficiario pueda solicitar indemnización por varias víctimas, tendrá derecho a la indemnización solidaria por cada una de ellas.

Parágrafo 5.º La indemnización solidaria prevista en el presente artículo para quienes hayan sido víctimas del delito de desplazamiento forzado, se entregará por núcleo familiar, y se reconocerá y pagará a través de Fonvivienda, con bolsa preferencial, con la posibilidad de acceder al mismo en cualquier parte del territorio nacional para vivienda nueva o usada, con prioridad en el tiempo frente al programa de interés social, atendiendo por lo menos un cupo anual de treinta mil familias, y se reconocerá a quienes no hubieren sido incluidos en anteriores programas por la misma causa.

Parágrafo 6.º La población desplazada tendrá derecho a las medidas de reparación por las otras violaciones de que fueron víctimas, sin exceder los topes previstos en el presente decreto”.

91 Corte Constitucional. Sentencias C-531 de 2006, C-575 de 2006 y C-719 de 2006.

Ahora bien, la intervención estatal subsidiaria puede suscitarla la ocurrencia de, básicamente, uno de dos supuestos: primero, que no sea posible obtener la reparación total de los daños, directamente del autor (o partícipe) de los mismos, ni solidariamente de los demás miembros del grupo armado ilegal, o, segundo, que no hubiera sido posible individualizar al sujeto activo del delito (los llamados *daños anónimos*). En ambos casos conviene recordar, sin embargo, que la comprobación tanto del daño como de la condición de víctima por parte de quien pretende su reparación en los términos de la LJP, constituye presupuesto indispensable de la indemnización⁹²:

Artículo 42. *Deber general de reparar*⁹³. Los miembros de los grupos armados que resulten beneficiados con las disposiciones previstas en esta ley tienen el

92 El artículo 3.º del Decreto 315 de 2007 establece al respecto “Para intervenir en las investigaciones que se adelanten de acuerdo con la Ley 975 de 2005, en los términos previstos en el presente decreto, las víctimas deberán acreditar previamente esa condición ante el Fiscal Delegado de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación que conozca de la investigación, mediante la identificación personal del interesado y la demostración del daño sufrido como consecuencia de las acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por uno o varios miembros de grupos armados organizados al margen de la ley que hayan decidido acogerse al procedimiento y beneficios de la Ley 975 de 2005”. A continuación, el artículo 4.º *ibidem* alude a la demostración del daño directo: “La demostración del daño directo a que se refiere el artículo 5.º de la Ley 975 de 2005, así como los artículos 1.º y 2.º del presente decreto, se podrá realizar mediante alguno de los siguientes documentos: a) Copia de la denuncia por medio de la cual se puso en conocimiento de alguna autoridad judicial, administrativa, o de policía el hecho generador del daño, sin que sea motivo de rechazo la fecha de presentación de la noticia criminal. Si no se hubiera presentado dicha denuncia se podrá acudir para tal efecto a la autoridad respectiva, si procediere; b) Certificación expedida por autoridad judicial, administrativa, de policía o por el Ministerio Público que dé cuenta de los hechos que le causaron el daño; c) Copia de la providencia judicial por medio de la cual se ordenó la apertura de la investigación, impuso medida de aseguramiento, o se profirió resolución de acusación o sentencia condenatoria, o del registro de audiencia de imputación, formulación de cargos, o individualización de pena y sentencia, según el caso, relacionada con los hechos por los cuales se sufrió el daño; d) Certificación sobre la vecindad o la residencia respecto del lugar y el tiempo en que presuntamente ocurrieron los hechos que produjeron el daño, la cual deberá ser expedida por la autoridad competente del orden municipal. e) Certificación que acredite o demuestre el parentesco con la víctima, en los casos que se requiera, la que deberá ser expedida por la autoridad correspondiente”. Este punto se explica ampliamente en la sentencia de la Corte Constitucional C-516 de 2007.

93 Corte Constitucional. Sentencias C-575 de 2006 y C-719 de 2006.

deber de reparar a las víctimas de aquellas conductas punibles por las que fueren condenados mediante sentencia judicial.

Igualmente, cuando no se haya logrado individualizar al sujeto activo pero se compruebe el daño y el nexo causal con las actividades del Grupo Armado Ilegal Beneficiario por las disposiciones de la presente ley, el Tribunal directamente o por remisión de la Unidad de Fiscalía, ordenará la reparación a cargo del Fondo de Reparación.

3. El objeto de la reparación: la indemnización de los perjuicios

En esta materia, sin perjuicio de algunas matizaciones importantes, hay acuerdo en que los daños (perjuicios) causados a otras personas con el delito deben ser indemnizados; desde el punto de vista jurídico, esto se traduce en la obligación de indemnizar y en el derecho, correlativo, a la indemnización. Sin embargo, ya se ha dicho que en el contexto procesal penal contemporáneo se habla, en términos más amplios, de reparación⁹⁴, para incluir, al lado de la indemnización propiamente dicha, fenómenos como la restitución, la rehabilitación, la satisfacción y la no repetición; en este entendido, el delito es también la causa del derecho y de la obligación genéricos de reparar (y, por ende, de restituir, de rehabilitar, de satisfacer y de no repetir).

Concretando, sin embargo, un poco más lo anterior, debe decirse que, a la luz de la LJP, las víctimas, como titulares del derecho a la reparación, tienen derecho a serlo de forma colectiva o individual⁹⁵; respecto de la primera modalidad de reparación, cabe simplemente anotar que la misma tiene lugar cuando las víctimas se benefician de las acciones orientadas a la reconstrucción psicológica y social de las poblaciones afectadas por los actos violentos, en especial de aquellas que los sufrieron de manera sistemática; dichas acciones deben materializarse en la recuperación institucional, en la recupe-

94 Sin perjuicio de los derechos a la justicia y a la verdad que, conforme se explicó, constituyen, junto con la reparación, el núcleo del estatuto procesal de las víctimas.

95 Al respecto, vale la pena recordar que la reparación también comprende acciones simbólicas, vinculadas a la satisfacción o compensación moral, que implican prestaciones realizadas a favor de las víctimas o de la comunidad, siempre que tiendan a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas (art. 8.º LJP).

ración y promoción de los derechos de las víctimas y en el reconocimiento y dignificación de las víctimas de la violencia (arts. 8.º y 49 LJP).

Ahora bien, haciendo a un lado los derechos a la satisfacción (o a la compensación moral) y a la no repetición, que son susceptibles de ser ubicados a medio camino entre la reparación colectiva y la individual, debe agregarse que el derecho de las víctimas a ser reparadas de forma individual comprende, además del derecho a la indemnización, los derechos a la restitución y a la rehabilitación, que tienen por objeto, en su orden, devolver a las víctimas a la situación previa al delito y la recuperación médica, psicológica o psiquiátrica de quienes hayan sufrido traumas físicos, psicológicos y psiquiátricos como consecuencia del delito (arts. 8.º y 46 LJP).

Evocado ya, en la forma precedente, el contenido legal del derecho a la reparación en la LJP⁹⁶, oportuno es examinar ahora, con mayor detalle, todo lo concerniente a la compensación económica –o *material*– de los perjuicios causados, esto es, con su indemnización.

Al respecto, urge recordar, antes de proseguir, que los conceptos de daño e indemnización no son originarios –ni mucho menos exclusivos– del ámbito penal, sino que han sido elaborados, fundamentalmente, desde y para la órbita de la responsabilidad civil; su vínculo con el campo criminal obedece simplemente a que el delito es una de las fuentes de la obligación de indemnizar y, por ende, lo único que especifica el tema de los daños y perjuicios en el derecho de las penas es que el origen tanto de la obligación de indemnizar como del derecho a la indemnización radica en la realización de un comportamiento sancionado penalmente⁹⁷.

Con todo, la existencia de un delito penal no basta para que surjan la obligación de indemnizar y el correlativo derecho a la indemnización, sino que es preciso que se cumplan, adicionalmente, otros requisitos. Dejando de lado, en efecto, las distinciones –bastante elaboradas por lo demás– entre responsabilidad contractual y extracontractual y entre responsabilidad objetiva y subjetiva, se tiene que los elementos fundamentales sobre los cuales se edifica la responsabilidad civil son: la existencia de un hecho ilícito (o

96 Cfr. II. El derecho a la reparación. Especial referencia a su aspecto material.

97 Las responsabilidades penal y civil cumplen, ciertamente, funciones diferentes dentro del ordenamiento jurídico, pues, mientras a la primera le es connatural un papel represivo y de prevención, la segunda se caracteriza por la tendencia indemnizatoria y la propensión a restituir el equilibrio patrimonial. Este es el marco dentro del cual deben, en consecuencia, entenderse las presentes reflexiones.

antijurídico), la producción de un daño, y la constatación de un nexo de causalidad entre ambos⁹⁸. A partir de la verificación de estos extremos básicos, suele ser necesario, además, tener en cuenta otros criterios de imputación, tanto de carácter objetivo como subjetivo e, incluso, normativos.

3.1. La existencia de un hecho ilícito o antijurídico

Viene de decirse que la obligación de indemnizar, en la sede examinada, tiene por causa la realización de un delito; por esa razón, la responsabilidad civil derivada de la realización de un delito (también llamada *ex delicto*) suele incluirse entre las de carácter extracontractual. No en vano, en corroboración de lo anterior, el Código Civil (en adelante C. C.) le reconoce expresamente al delito el carácter de fuente de la obligación de indemnizar los daños causados (art. 2341), secundado en ello por el propio Código Penal (art. 94):

Artículo 2341 C. C. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

Artículo 94 C. P. *Reparación del daño*. La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella.

En cualquier caso, no debe perderse de vista lo anotado con antelación, en el sentido de que los daños relevantes, a los efectos de la LJP, son, según el inciso 1.º del artículo 5.º, aquellos daños *directos* sufridos por las víctimas como *consecuencia* de las acciones delictivas realizadas por miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley:

98 En sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 29642 se resaltan los elementos en los que la víctima puede acceder a la reparación, en los siguientes términos: “La Sala resalta que para poder reclamar ante los Tribunales de Justicia y Paz una indemnización o buscar la reparación integral de los perjuicios o daños recibidos por cuenta del accionar de los grupos armados ilegales es imprescindible (i) que se identifique o individualice el bloque o frente responsable del agravio, (ii) que exista relación causal entre el concierto para delinquir del grupo y el daño producido, (iii) que la banda se haya desmovilizado y sus miembros estén postulados a los beneficios consagrados en la Ley 975 de 2005 y (iv) que se agoten los procedimientos de ley por parte de la Fiscalía para individualizar al responsable o informe que no lo pudo hacer, para que sea viable la apertura del incidente de reparación”. Esta postura reitera la línea jurisprudencial de la sentencia 28769.

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

No se trata, pues, se insiste, de cualquier delito, sino de aquellos realizados por los miembros de los grupos armados al margen de la ley, siempre que el juzgamiento de las conductas de aquéllos esté sometido a lo previsto en la LJP. En cualquier otro caso, todo indica que ha de acudirse a lo previsto, al respecto, en el CPP.

3.2. El daño

A propósito de este elemento, menester es recordar las consideraciones hechas en punto de la definición o del concepto de víctima, a los efectos penales; de veras, tal como se dijo en su momento, de acuerdo con la doctrina de la Corte Constitucional, cabe distinguir dos tipos de daños: el que permite otorgarle la calidad de víctima a una persona y el que, adicionalmente, es susceptible de ser indemnizado; el que acto seguido se va a examinar es el mencionado en segundo lugar.

Al respecto, puede decirse, entonces, que el daño indemnizable es el detrimento que experimentan las facultades de las personas para realizar actividades, servirse o disfrutar de sus cosas, de su integridad corporal y/o mental, de su esfera emocional o afectiva, o, en fin, de cualquiera otro beneficio patrimonial o extrapatrimonial protegido jurídicamente.

No obstante, en la medida en que este concepto ha sido objeto de numerosas definiciones, no huelga recordar, a modo de ejemplo, que se le ha entendido como “la aminoración patrimonial sufrida por la víctima”⁹⁹; “el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial”¹⁰⁰; o “el menoscabo que se expe-

99 JUAN CARLOS HENAO. *El daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 346.

100 JAVIER TAMAYO JARAMILLO. *De la responsabilidad civil*, Bogotá, Temis, 1999.

rimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones legítimas (daño moral)”¹⁰¹.

Desde esta perspectiva, el daño es, pues, uno de los efectos –si se quiere, una de las consecuencias– del delito y, según entiende la doctrina, para ser indemnizado precisa ser *cierto, directo y personal*; ello significa: que debe haber certeza sobre su ocurrencia; que debe surgir de forma inmediata como consecuencia del hecho que lo produce, y que debe afectar en forma directa al perjudicado.

En punto de su clasificación, de acuerdo con una de las más tradicionales y recurridas en la teoría general de la responsabilidad civil, los daños pueden ser *patrimoniales* o *extrapatrimoniales*, dependiendo del bien sobre el cual recaen. Del primer tipo son el *daño emergente* y el *lucro cesante*, definidos así en el artículo 1614 C. C.:

Artículo 1614. Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

A más de ello, entre los daños extrapatrimoniales se incluyen los llamados *daños o perjuicios morales*¹⁰², que se refieren al dolor o al sufrimiento físico o psíquico padecido por la víctima del delito.

Con referencia, en fin, al número de personas afectadas, los daños pueden ser *individuales* (cuando se afecta un bien de titularidad individual, *v. gr.*, la vida o la integridad personal) o *colectivos* (cuando el bien afectado es uno de aquellos que benefician la vida en común de las personas, *v. gr.*, el medio ambiente).

Dejando, empero, de lado, en este punto, lo concerniente a las clasificaciones (las más frecuentes de las cuales acaban de ser mencionadas), oportuno es traer a colación la inquietud que suscita el tenor del artículo 94 C. P., de acuerdo con el cual los daños ocasionados con las conductas punibles

101 JORGE BUSTAMANTE ALSINA. *Teoría general de la responsabilidad civil*, 4.^a ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983.

102 Subdivididos, a su vez, en perjuicios morales subjetivos o precio del dolor –*pretium doloris*– y perjuicios morales objetivos u objetivados.

susceptibles de ser indemnizados son los materiales y los morales¹⁰³. Asumiendo, en efecto, que los perjuicios materiales de que habla el precitado artículo 94 C. P. incluyen tanto el daño emergente como el lucro cesante, la pregunta subsistente es si algunas otras formas de perjuicios, consideradas como tales por la doctrina, pueden ser o no objeto de indemnización en esta sede, a pesar de no encajar, estrictamente, dentro de la tradicional división de los perjuicios en materiales y morales.

En particular, se alude a las que los autores vienen identificando, desde hace algún tiempo, como *pérdidas de una oportunidad*, por ejemplo, de la posibilidad o expectativa muy alta de obtener un beneficio patrimonial o extrapatrimonial o de evitar un perjuicio; a los *perjuicios fisiológicos* o *daños a la vida de relación*, entendidos como la alteración de las condiciones de la existencia que trae consigo la pérdida de la posibilidad de disfrutar los placeres que conllevan las actividades de la vida diaria e, inclusive, a otros menos difundidos¹⁰⁴, a propósito de los cuales se discute si, en función de sus características, puede o no considerárseles como constitutivos de categorías autónomas, oscilando las diversas posturas doctrinales entre tomarlos como formas independientes de daños o como simples manifestaciones de las modalidades ya consolidadas.

Aunque a la luz de nuestro ordenamiento penal la cuestión propuesta suscita un problema de hermenéutica nada fácil, de acuerdo con el principio general que rige en esta materia, es claro, sin embargo, que cualquier daño –en tanto efectiva y antijurídicamente causado– debe ser indemnizado, al margen de su denominación o de las dificultades que genere su apreciación o valoración económica; por ello, la referencia expresa a los daños materiales y morales hecha por el legislador en el artículo 94 C. P. no deja de ser inconveniente, pues, al amparo de una interpretación meramente literal de dicha disposición, bien podría abogarse por una reducción –seguramente inconstitucional– del ámbito de los daños indemnizables.

En todo caso, discusiones aparte, debe advertirse que, si lo previsto en el artículo 5.º LJP respecto de quién es víctima vale para determinar cuáles podrían ser los perjuicios susceptibles de indemnización, obligado sería concluir que, en el marco de la referida legislación especial, sólo serían objeto de reparación los perjuicios *directos*, expresamente relacionados en el propio

103 “Artículo 94. *Reparación del daño*. La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella”.

104 También se habla, por ejemplo, del daño al proyecto de vida.

texto legal con las lesiones –transitorias o permanentes– que generen discapacidad, el sufrimiento emocional, las pérdidas financieras o el menoscabo de los derechos fundamentales.

Naturalmente, aunque los términos de la precedente enunciación legal son de suyo bastante amplios, no huelga aclarar que la lista no parece ser taxativa, según se desprende de la expresión *tales como* empleada por el legislador, lo cual tiene importancia a la hora de establecer, por ejemplo, si las lesiones que no generan discapacidad¹⁰⁵ son o no susceptibles de indemnización en el específico contexto de la LJP.

3.3. El nexo de causalidad

A los efectos que aquí interesan, urge sólo recordar, sin necesidad de abordar en profundidad este complejo tema, que, en el ámbito de la causalidad, se distinguen dos dimensiones: la física o material y la jurídica. La primera atañe a la relación de causa y efecto, de acción y reacción, siempre en el marco de las leyes naturales; la segunda, en cambio, obedece a una abstracción que, sin dejar de considerar la causalidad material, introduce otros elementos –generalmente normativos– para determinar cuándo puede imputarse jurídicamente un resultado, del estilo, por ejemplo, de un daño supuestamente indemnizable.

Por lo demás, a la hora de determinar si hay o no lugar a afirmar la existencia de este específico elemento de la indemnización frente a un caso concreto, en esta materia prevalecen las –suficientemente conocidas– teorías de la equivalencia de las condiciones y de la causalidad adecuada, en los últimos tiempos morigeradas por los correctivos que poco a poco ha ido forzando a introducir la doctrina de la imputación objetiva¹⁰⁶; en cualquier caso,

105 Acorde con la Real Academia de la Lengua Española, la discapacidad es la *cualidad de discapacitado*. Discapacitado, a su turno, es un adjetivo que “dicho de una persona significa que tiene impedida o entorpecida alguna de las actividades cotidianas consideradas normales, por alteración de sus funciones intelectuales o físicas”. Así visto, la discapacidad parece un concepto bastante más complejo, si se le compara con el de la mera lesión, entendida como daño o detrimento corporal causado por una herida, un golpe o una enfermedad. Cfr. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 22.^a ed. en línea, [www.rae.es].

106 Cfr. CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ. *Introducción a la imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Estudios de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colección de estudios n.º 5, 2000.

sin embargo, cada formulación teórica da cuenta de tantas vertientes como autores y, en tal medida, fundamental es estarse, en éste como en tantos otros eventos, a lo resuelto de tanto en tanto, respecto de los llamados casos difíciles, por la jurisprudencia.

Por último, como es de sobra conocido, el nexo de causalidad puede ser desvirtuado (y como consecuencia de ello declarada la irresponsabilidad civil) por el concurso de una causa extraña que, en términos concretos, supone siempre la verificación de una fuerza mayor o de un caso fortuito, o la comprobación de que el daño fue el resultado de un hecho exclusivo de la víctima o de un tercero¹⁰⁷.

4. El trámite previsto para la obtención de la reparación

En el contexto de lo procesal, los sistemas para la discusión de la responsabilidad civil derivada del delito se reúnen en dos grandes grupos: los de *dualidad de acciones* –que permiten su reclamación en el proceso penal– y los de *separación* –que obligan a pedirla en una sede extrapenal–.

El primero de los sistemas mencionados se fundamenta en el aserto indiscutible de que ambas responsabilidades –la penal y la civil– se originan en unos mismos hechos, pero, además, se esgrimen en su apoyo razones de seguridad jurídica, apreciación conjunta de la prueba y economía procesal, entre otras; lo anterior, sin perjuicio de que, a tono con la normatividad imperante en cada caso concreto, optar por una u otra vía pueda ser obligatorio o potestativo. En este último caso, el perjudicado puede escoger si ejercita la

107 Tal y como lo plantea el profesor CARLOS BERNAL PULIDO, el nexo de causalidad se ha considerado tradicionalmente como uno de los elementos necesarios para que pueda imputarse al agente la responsabilidad civil extracontractual; sin embargo, en Colombia y en otros países se ha venido reconociendo esa responsabilidad civil extracontractual sin que exista ese nexo causal alegando que la función prioritaria de la responsabilidad civil extracontractual consiste en institucionalizar en el derecho el principio de justicia distributiva por encima del de justicia correctiva, que ordena a la comunidad política encarnada en el Estado, se solidarice con ellos y les repare un daño que han sufrido y que no ha sido indemnizado por su verdadero autor, con base en el principio de solidaridad consagrado en el artículo 1.º de nuestra Carta Política. Sobre esta discusión cfr. sentencias del Consejo de Estado, sección tercera, 15.558, 15.932, 16.307 y 16.898. Cfr. CARLOS BERNAL PULIDO. “¿Responsabilidad sin causalidad?”, en *Ámbito Jurídico*, 17 a 30 de noviembre de 2008, p. 13.

llamada acción de responsabilidad civil ante la jurisdicción penal o ante otra (generalmente, la civil o la administrativa).

El segundo modelo, típico de los ordenamientos de ascendencia anglosajona, parte de la diferente naturaleza jurídica y de la diversidad de los fines de ambas acciones (la enderezada a la declaratoria de la responsabilidad penal y la encaminada al reconocimiento de la responsabilidad civil), razón por la cual, se afirma, los procedimientos establecidos para esclarecer y discutir sobre una y otra responsabilidades no pueden ser los mismos.

En cuanto atañe al ordenamiento jurídico colombiano, éste admite, como se sabe, la posibilidad de ventilar la pretensión indemnizatoria dentro del proceso penal, siendo potestativo del perjudicado hacerlo o no en la referida sede. Lo dicho supone que aquél puede renunciar a formular reclamación indemnizatoria alguna, ante la jurisdicción penal u otra cualquiera, o, simplemente, declinar hacerlo en la sede penal, pero reservándose la posibilidad de acudir a una diferente.

No obstante lo anterior, forzoso es no olvidar lo anotado en precedencia, en el sentido de que, últimamente, se viene entendiendo que la víctima puede también intervenir en la actuación penal para obtener la realización de los derechos a la justicia y a la verdad, incluso cuando carezca de un interés patrimonial concreto que tutelar (ora porque renuncie al mismo, ora porque hubiere sido reparada)¹⁰⁸. En este orden de ideas, si se tiene en cuenta que

108 “Aun cuando tradicionalmente la garantía de estos tres derechos le interesan a la parte civil, es posible que en ciertos casos, ésta sólo esté interesada en el establecimiento de la verdad o el logro de la justicia, y deje de lado la obtención de una indemnización [...] No obstante, ello no significa que cualquier persona que alegue que tiene un interés en que se establezca la verdad y se haga justicia pueda constituirse en parte civil –aduciendo que el delito afecta a todos los miembros de la sociedad– ni que la ampliación de las posibilidades de participación a actores civiles interesados sólo en la verdad o la justicia pueda llegar a transformar el proceso penal en un instrumento de retaliación contra el procesado. Se requiere que haya un daño real, no necesariamente de contenido patrimonial, concreto y específico, que legitime la participación de la víctima o de los perjudicados en el proceso penal para buscar la verdad y la justicia, el cual ha de ser apreciado por las autoridades judiciales en cada caso [...] Demostrada la calidad de víctima, o en general que la persona ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste, está legitimado para constituirse en parte civil, y puede orientar su pretensión a obtener exclusivamente la realización de la justicia, y la búsqueda de la verdad, dejando de lado cualquier objetivo patrimonial. Es más: aun cuando esté indemnizado el daño patrimonial, cuando este existe, si tiene interés en la verdad y la justicia, puede continuar dentro de la actuación en calidad

la LJP no circunscribe el derecho a la reparación a la mera obtención de la indemnización, debe entenderse que, así no haya un interés concreto en la misma, la víctima está legitimada para intervenir en la actuación penal, si tiene, por ejemplo, interés en la rehabilitación o en la satisfacción.

Ahora bien, en la medida en que el mecanismo procesal diseñado por el legislador colombiano para discutir lo relativo a la indemnización de los perjuicios, tanto en el CPP como en la LJP, es el incidente de reparación integral, resulta oportuno dedicarle al mismo la sección siguiente de este escrito; pero antes es bueno advertir que, independientemente del ejercicio particular de la pretensión indemnizatoria en los casos concretos, la Fiscalía General de la Nación, en representación del Estado, tiene, en primer lugar, la facultad de solicitar ante el juez de conocimiento las medidas necesarias para el restablecimiento del derecho de las víctimas y la reparación integral de los efectos del injusto (arts. 250 num. 6 C. N. y 114 num. 12 CPP) y, en segundo lugar, el deber de incluir dentro de su programa metodológico de investigación las actividades tendientes a la evaluación y cuantificación de los daños causados (art. 207 inciso tercero CPP). Obsérvese:

Artículo 250 C. N.¹⁰⁹. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

de parte. Lo anterior significa que el único presupuesto procesal indispensable para intervenir en el proceso, es acreditar el daño concreto, sin que se le pueda exigir una demanda tendiente a obtener la reparación patrimonial” (sentencia C-228 de 2002).

109 El texto original del artículo fue modificado por el artículo 2.º del Acto Legislativo 3 de 2002.

[...]

6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

Artículo 114 CPP. *Atribuciones*¹¹⁰. La Fiscalía General de la Nación, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, tiene las siguientes atribuciones:

[...]

12. Solicitar ante el juez del conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los efectos del injusto.

Artículo 207 CPP. *Programa metodológico*. Recibido el informe de que trata el artículo 205, el fiscal encargado de coordinar la investigación dispondrá, si fuere el caso, la ratificación de los actos de investigación y la realización de reunión de trabajo con los miembros de la policía judicial. Si la complejidad del asunto lo amerita, el fiscal dispondrá, previa autorización del jefe de la unidad a que se encuentre adscrito, la ampliación del equipo investigativo.

Durante la sesión de trabajo, el fiscal, con el apoyo de los integrantes de la policía judicial, se trazará un programa metodológico de la investigación, el cual deberá contener la determinación de los objetivos en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva; los criterios para evaluar la información; la delimitación funcional de las tareas que se deban adelantar en procura de los objetivos trazados; los procedimientos de control en el desarrollo de las labores y los recursos de mejoramiento de los resultados obtenidos.

En desarrollo del programa metodológico de la investigación, el fiscal ordenará la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales y que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, a la individualización de los autores y partícipes del delito, a la evaluación y cuantificación de los daños causados y a la asistencia y protección de las víctimas.

110 Corte Constitucional. Sentencia C-592 de 2005.

Los actos de investigación de campo y de estudio y análisis de laboratorio serán ejercidos directamente por la policía judicial (resaltado no original).

Algo similar ocurre en la LJP, donde se dispone que dentro de los hechos cuyo esclarecimiento corresponde a la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, por conducto del respectivo delegado, se incluya lo relativo al deber de investigar los daños que individual o colectivamente se hubieren causado de manera directa a las víctimas:

Artículo 15. *Esclarecimiento de la verdad*¹¹¹. Dentro del procedimiento que establece la presente ley los servidores públicos dispondrán lo necesario para que se asegure el *esclarecimiento de la verdad sobre los hechos objeto de investigación* y se garantice la defensa de los procesados.

La Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz creada por esta ley, deberá investigar, por conducto del fiscal delegado para el caso, con el apoyo del grupo especializado de policía judicial, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron las conductas punibles; las condiciones de vida, sociales, familiares e individuales del imputado o acusado y su conducta anterior; los antecedentes judiciales y de policía, y los daños que individual o colectivamente haya causado de manera directa a las víctimas, tales como lesiones físicas o psicológicas, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de derechos fundamentales.

Con la colaboración de los desmovilizados, la policía judicial investigará el paradero de personas secuestradas o desaparecidas, e informará oportunamente a los familiares sobre los resultados obtenidos.

La Fiscalía General de la Nación velará por la protección de las víctimas, los testigos y los peritos que pretenda presentar en el juicio. La protección de los testigos y los peritos que pretenda presentar la defensa estará a cargo de la Defensoría del Pueblo. La protección de los magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial que deban conocer del juzgamiento será responsabilidad del Consejo Superior de la Judicatura (resaltado fuera de texto)

Con todo, da la impresión de que el propósito de las disposiciones precedentes no es otro que el de facilitar, en ingente medida, la tarea de las víctimas

111 Corte Constitucional. Sentencias C-575 de 2006, C-719 de 2006 y C-080 de 2007.

en punto de la reparación, sin que al parecer exista ninguna posibilidad de que el juez pueda, oficiosamente, imponer condena alguna por perjuicios. Ello porque, tal como arriba se anotó, la única vía procesal actualmente existente –tanto en el CPP como en la LJP– para conferirle certeza y concreción a la pretensión indemnizatoria es la del incidente de reparación integral, que sólo puede ser promovido por la víctima o por los respectivos fiscal o agente del Ministerio Público, *a instancia de ella* (arts. 102 CPP y 23 LJP).

4.1. El incidente de reparación integral

Paralelamente con la toma de consciencia de que la vida del hombre contemporáneo transcurre dentro de la denominada *sociedad del riesgo*, desde hace algún tiempo se ha consolidado el principio de acuerdo con el cual toda víctima debe tener la posibilidad de obtener la reparación –no sólo la indemnización– mediante instrumentos procesales rápidos y eficaces. Tratándose de la reparación material de los daños, en el caso del ordenamiento jurídico colombiano, y concretamente en los marcos del CPP y de la LJP, ese instrumento es el incidente de reparación integral.

Pese a la doble regulación advertida en esta materia, es preciso tener en cuenta que la legislación especial de la LJP 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 semejantes¹¹².

Tal vez 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 condenatorio¹¹³, mientras que en la LJP ello no ocurre; de veras, en esta última regulación, el incidente en comento se tramita y decide antes de proferir la sentencia declaratoria de la responsabilidad penal. Hay algunas otras particularidades como las relativas

112 Cfr., por ejemplo, las similitudes entre algunos apartes del artículo 23 LJP y los artículos 103, 104 y 105 CPP.

113 Artículo 102 CPP: “*Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral*. Emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal, y convocará a audiencia pública dentro de los ocho (8) días siguientes”.

a los términos y a la organización del incidente mismo, que, conforme se verá en lo sucesivo, permiten diferenciar claramente el trámite previsto en la LJP y le brindan autonomía.

Así las cosas, para que la cuestión relativa a la indemnización sea resuelta por la vía del incidente, en la LJP es necesario, al igual que en el CPP, que haya una petición en tal sentido. La solicitud encaminada a obtener la reparación (entendida en sentido amplio) debe, entonces: primero, formularse ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial competente, en la audiencia que declare la legalidad de la previa aceptación de cargos¹¹⁴ y, segundo, hacerse por la víctima, el fiscal del caso o el agente del Ministerio Público a instancia de aquélla. La ley, empero, no exige ninguna formalidad especial para realizar la petición, salvo que la misma sea expresa o, cuando menos, inequívoca; en consecuencia, realizada la solicitud en los términos anotados, debe tener lugar la apertura formal del incidente de reparación integral, dentro de la propia audiencia destinada a controlar la legalidad de la aceptación de los cargos.

Ahora bien, una vez abierto formalmente el incidente, el magistrado ponente debe convocar a la correspondiente audiencia pública para tramitar y decidir la solicitud de reparación, teniendo en cuenta que la misma ha de celebrarse dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que haya tenido lugar la audiencia en la cual se haya verificado la legalidad de la aceptación de los cargos:

Artículo 45. *Solicitud de reparación*¹¹⁵. Las víctimas de los grupos armados al margen de la ley pueden obtener reparación acudiendo al Tribunal Superior de Distrito Judicial, en relación con los hechos que sean de su conocimiento¹¹⁶.

Nadie podrá recibir dos veces reparación por el mismo concepto.

114 Artículos 19 y 23 LJP. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de septiembre de 2008, M. P.: YESID RAMÍREZ BASTIDAS, rad. 30360; corrobora esta decisión Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Decisión del 31 de octubre de 2008, M. P.: RAMÓN DE J. HENAO OSSA, rad. preliminar 110016000253 2006-80010-01, contra MIGUEL ÁNGEL MELCHOR MEJÍA MÚNERA.

115 Corte Constitucional. Sentencias C-575 de 2006, C-719 de 2006 y C-080 de 2007.

116 Esto, claro está, sin perjuicio de la reparación administrativa individual prevista en el Decreto 1290 de 2008.

Artículo 23. *Incidente de reparación integral*¹¹⁷. 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 fiscal del caso, o del Ministerio Público a instancia de ella, el magistrado ponente abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y convocará a audiencia pública dentro de los cinco (5) días siguientes.

Para proseguir con el trámite (art. 23 incs. 2.º y 3.º LJP), cabe agregar que, llegados el día y la hora previstos, la víctima, su representante legal o abogado de oficio deben iniciar su intervención en la audiencia pública dando a conocer, de modo concreto, la forma de reparación pretendida y las pruebas sobre las cuales se fundamenta su pretensión. Acto seguido, la sala debe verificar si quien ha promovido el incidente está o no legitimado para ello y, si no lo estuviere (porque no fuere una víctima o porque estuviere acreditado el pago efectivo de los perjuicios y esta fuere la única pretensión formulada)¹¹⁸, procederá a rechazar la pretensión mediante una decisión susceptible de ser impugnada¹¹⁹:

Artículo 23. *Incidente de reparación integral* [...] Dicha audiencia se iniciará con la intervención de la víctima o de su representante legal o abogado de oficio, para que exprese de manera concreta *la forma de reparación que pretende*, e indique las pruebas que hará valer para fundamentar sus pretensiones.

La Sala examinará la pretensión y la rechazará si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y este fuere la única pretensión formulada, decisión que podrá ser objeto de impugnación en los términos de esta ley (resaltado fuera de texto).

De no haber lugar al rechazo de la pretensión (art. 23 inc. 4.º LJP), la sala deberá proceder a admitirla y a ponerla en conocimiento del imputado, invitando luego a todos los intervinientes a conciliar. Si se llegare a un acuerdo por esta vía, los términos de la conciliación se incorporarán a la decisión por

117 Corte Constitucional. Sentencias C-370 de 2006, C-531 de 2006, C-575 de 2006, C-670 de 2006, C-719 de 2006 y C-080 de 2007.

118 Recuérdese que lo económico es apenas uno de los derechos de las víctimas asociados a la reparación.

119 Artículo 26 LJP.

medio de la cual se resuelva el incidente; en caso contrario, se procederá, primero, a practicar las pruebas ofrecidas por las partes; segundo, a escuchar los fundamentos de sus respectivas pretensiones y, tercero, a decidir en el mismo acto el incidente, teniendo en cuenta que, independientemente del sentido de la decisión, ésta debe incorporarse a la sentencia condenatoria:

Artículo 23. *Incidente de reparación integral* [...] Admitida la pretensión, la Sala la pondrá en conocimiento del imputado que ha aceptado los cargos y a continuación invitará a los intervinientes a conciliar. Si hubiere acuerdo su contenido lo incorporará a la decisión que falla el incidente; en caso contrario dispondrá la práctica de la prueba ofrecida por las partes, oirá el fundamento de sus respectivas pretensiones y en el mismo acto fallará el incidente. La decisión en uno u otro sentido se incorporará a la sentencia condenatoria.

Naturalmente, pese al silencio legal, dentro de la actuación incidental suscitada con posterioridad a la fallida conciliación es preciso garantizar el derecho de defensa del imputado, dándole la oportunidad de ofrecer pruebas a su favor, controvertir las que se aduzcan en su contra y hacer uso de la palabra en la oportunidad destinada a los alegatos de conclusión.

Antes de abordar, sin embargo, la forma como, al final del trámite, la decisión del incidente debe confluir en la sentencia, es necesario referirse brevemente a dos temas regulados en los dos párrafos finales del artículo 23 LJP: por un lado, a la posibilidad de que a la conciliación anteriormente mencionada (y exclusivamente para lo relacionado con la misma) pueda ser citado, a petición de la víctima, el imputado o su defensor, el fiscal que haya conocido del caso o el agente del Ministerio Público, el director de la Red de Solidaridad Social¹²⁰, en su condición de ordenador del gasto del Fondo para la Reparación de las Víctimas¹²¹; por el otro, a la prohibición legal de negarle al imputado la concesión de la pena alternativa, por el mero hecho de que la víctima decida no promover el incidente de reparación integral¹²²; tal prohibición se halla implícitamente contenida en el párrafo 2.º del artículo 23 LJP, donde se especifica que la decisión de no promover el incidente no da lugar a negar la concesión de la pena alternativa al desmovilizado imputado:

120 Artículo 55 LJP.

121 Artículo 54 LJP.

122 Ello ratifica que el ejercicio del derecho a la reparación mediante el incidente respectivo es de carácter facultativo y que lo concerniente a la responsabilidad civil sigue siendo accesorio en relación con la responsabilidad penal.

Artículo 23. Incidente de reparación integral

[...]

Parágrafo 1.º Exclusivamente para efectos de la conciliación prevista en este artículo, la víctima, el imputado o su defensor, el fiscal que haya conocido del caso o el Ministerio Público, podrán solicitar la citación del Director de la Red de Solidaridad Social en su condición de ordenador del gasto del Fondo para la Reparación de las Víctimas.

Artículo 23. Incidente de reparación integral.

[...]

Parágrafo 2.º No podrá negarse la concesión de la pena alternativa en el evento de que la víctima no ejerza su derecho en el incidente de reparación integral.

De regreso a la confluencia entre el incidente de reparación integral y la sentencia, ha de decirse que, durante la audiencia de control de la legalidad de la aceptación de los cargos, deben señalarse fecha y hora para la celebración de la audiencia de sentencia e individualización de la pena, independientemente de que se realice o no la petición de apertura formal del incidente de reparación; pero, de mediar solicitud en tal sentido, el incidente de rigor debe tramitarse y decidirse, en cualquier caso, de forma previa a la segunda de las audiencias arriba mencionadas, esto es, la de sentencia e individualización de la pena.

Según lo expuesto, acorde con los plazos señalados en la LJP, el incidente de reparación integral 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 debe ser 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 epilogue la actuación (art. 24 LJP) 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:

Artículo 24. *Contenido de la sentencia*¹²³. De acuerdo con los criterios establecidos en la ley, en la sentencia condenatoria se fijarán la pena principal y las accesorias. Adicionalmente se incluirán la pena alternativa prevista en la presente ley, 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 reparación¹²⁴.

La Sala correspondiente se ocupará de evaluar el cumplimiento de los requisitos previstos en esta ley para acceder a la pena alternativa.

En punto de la reparación¹²⁵, resta sólo recordar que, tal como se demostró en su momento, la verificación del daño y del nexo causal de éste con las actividades de los grupos armados organizados al margen de la ley son suficientes para que una persona pueda recibir la reparación que le corresponda, toda vez que, a la luz de la LJP, no se precisa individualizar, para esos efectos, al sujeto activo. En estos casos, por expresa disposición legal (art. 42 LJP), la reparación corre a cargo del Fondo para la Reparación de las Víctimas, previa expedición de la orden respectiva, por parte del tribunal competente, y es lo que la doctrina ha denominado como daños análogos.

4.1.1. Las medidas cautelares de carácter real

Las medidas cautelares que reciban ese nombre porque tienen por objeto prevenir o precaver, es decir, tienen carácter preventivo o precautorio; con ellas se busca garantizar los fines del proceso y/o la futura eficacia de la sentencia¹²⁶. Esto último es, justamente, lo que permite diferenciar las medidas

123 Corte Constitucional. Sentencias C-370 de 2006, C-531 de 2006, C-575 de 2006, C-719 de 2006 y C-080 de 2007.

124 Cfr. art. 17 Dcto. 3391 de 2006.

125 Es importante reseñar la sentencia 29560 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en la que se habla de daño colectivo en función de que no se pueda individualizar al autor del daño, sino que se determine colectivamente la autoría en función de satisfacer la reparación a las víctimas.

126 Entre otros muchos, MIGUEL FENECH. *El proceso penal*, 4.^a ed., Madrid, Agesa, 1982, pp. 144 y ss.; VICENTE GIMENO SENDRA, VÍCTOR MORENO CATENA, JOSÉ ALMAGRO NOSETE y VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ. *Derecho procesal*, t. II “Proceso penal”, 3.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, pp. 353 y ss.; VICENTE GIMENO SENDRA. *Derecho procesal penal*, Madrid, Colex, 2004, pp. 481 y ss.; JUAN MONTERO AROCA, JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER, ALBERTO MONTÓN REDONDO y SILVIA BARONA VILAR. *Derecho jurisdiccional III. El proceso penal*, 14.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005. p. 465; ANDRÉS DE LA

en comento de otras que, si bien son adoptadas de modo previo a la sentencia, no tienen una función cautelar en el sentido explicado, como ocurre, por ejemplo, con las órdenes de alejamiento, la suspensión provisional del cargo o empleo, o el retiro de los permisos para conducir o portar armas.

Por lo anterior, la doctrina mayoritaria coincide en asignar a las medidas cautelares las siguientes características: en primer lugar, son *jurisdiccionales*, es decir, adoptadas por el órgano judicial competente y con sujeción al procedimiento preestablecido; en segundo lugar, son *instrumentales*, esto es, no son fines en sí mismas y sólo se justifican en función de otro interés superior que pretenden garantizar y, en tercer lugar, son *provisionales*, vale decir, tienen carácter temporal y su mantenimiento va de la mano de su necesidad.

Ahora bien, en el contexto del proceso penal, donde suelen discutirse tanto la responsabilidad penal como la civil derivadas del delito, las medidas cautelares se han clasificado, tradicionalmente, en *personales* y *reales*, siendo del primer tipo aquellas que afectan directamente a la persona del procesado —entendido el término *procesado* en sentido amplio— y tienen por objeto la garantía de la eventual condena penal; son las que mayor gravedad revisten, pues comprometen los derechos fundamentales a la libertad personal y a la presunción de inocencia (la detención preventiva es el ejemplo más claro de ellas).

Las del segundo tipo, por su parte, recaen sobre los bienes del procesado o de los terceros civilmente responsables y tienen por finalidad asegurar el pago de las responsabilidades pecuniarias, sean éstas penales o civiles; por tal motivo, constituyen un límite al derecho de dominio, no tanto en cuanto a sus componentes relacionados con el uso y el goce, sino en cuanto a la facultad de disposición¹²⁷.

OLIVA SANTOS, SARA ARAGONESES MARTÍNEZ, RAFAEL HINOJOSA SEGOVIA, JULIO MUERZA ESPARZA y JOSÉ ANTONIO TOMÉ GARCÍA. *Derecho procesal penal*, 7.^a ed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004, pp. 391 y ss.; FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ. *Enjuiciamiento criminal. Octava lectura constitucional*. Barcelona, Atelier, 2006, pp. 243 y ss.

127 Hay quienes distinguen entre responsabilidades patrimoniales penales (las que surgen de la condena penal a pagar una multa) y las responsabilidades patrimoniales civiles (las derivadas de la responsabilidad *ex delicto*, generalmente de restituir una cosa y de indemnizar perjuicios). Cfr. MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO y BARONA VILAR. *Ob. Cit.*, p. 468.

Atendido lo precedente, es apenas lógico que, para adoptarlas, sea necesario verificar el cumplimiento de una serie de requisitos y de presupuestos, destacándose, entre estos últimos, los tradicionalmente conocidos como el *peligro en la demora* –*periculum in mora*– y la *aparición de buen derecho* –*fumus bonis iuris*–. En el ámbito penal, tratándose de las medidas cautelares reales, el primero de los presupuestos anotados tiene que ver con los riesgos de ocultación patrimonial o de insolvencia¹²⁸, en tanto que el segundo apunta a la exigencia de una probabilidad suficientemente demostrativa, en cuanto a su grado, de que el procesado pueda terminar condenado por un delito del que puedan derivarse responsabilidades patrimoniales –civiles–.

Adelantado este breve marco teórico, cabe proceder a examinar, ahora, lo relativo a las medidas cautelares de carácter real en la LJP, no sin antes advertir que la información relativa a los bienes con o sobre los cuales está llamada a hacerse efectiva la reparación puede llegar al proceso por varias vías, no excluyentes entre sí: las labores de investigación y verificación realizadas por la fiscalía, en aras del esclarecimiento de la verdad (art. 15 inc. 2.º LJP); las declaraciones de los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley, durante sus diligencias de versión libre y confesión (art. 17 LJP) y la actividad directa de las víctimas, o por denuncia o entrega que realicen testafierros¹²⁹ y terceros de buena fe.

En cualquier caso, una vez obtenidos los datos sobre los bienes, conforme al régimen de la LJP (arts. 13 num. 4 y 18 incs. 1.º y 2.º), la solicitud para lograr su aseguramiento, a través de la adopción de las medidas cautelares correspondientes, debe formularse durante la audiencia preliminar para la formulación de la imputación, ante el magistrado que ejerza la función de control de garantías:

128 Si se trata de medidas cautelares personales, el riesgo a precaver es obviamente el de la fuga; de ahí que estas medidas, cuando sean restrictivas de la libertad, deban tener carácter excepcional.

129 El Decreto 3391 de 2006 en su artículo 14 inciso 4.º permite la aplicación del principio de oportunidad para los testafierros, siempre y cuando “sea ajeno al grupo armado organizado al margen de la ley, que exclusivamente haya participado en las conductas relacionadas con la adquisición, posesión, tenencia, transferencia y en generalidad con la titularidad de los bienes ilícitos, y que colabore eficazmente para que sean entregados para la reparación de las víctimas”. Sobre la aplicación del principio de oportunidad por parte de los fiscales delegados de la Unidad Nacional de Justicia para la Paz, cfr. Resolución 0-6618 del 27 de octubre de 2008.

Artículo 13. *Celeridad*¹³⁰. Los asuntos que se debatan en audiencia serán resueltos dentro de la misma. Las decisiones se entenderán notificadas en estrados.

Las audiencias preliminares se realizarán ante el Magistrado de Control de Garantías que designe el Tribunal respectivo.

En audiencia preliminar se tramitarán los siguientes asuntos:

[...]

4. *La solicitud y la decisión de imponer medidas cautelares sobre bienes*¹³¹ (Resaltado fuera de texto).

Artículo 18. *Formulación de imputación*¹³². Cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física¹³³, información legalmente obtenida, o de la versión libre pueda inferirse razonablemente que el desmovilizado es autor o partícipe de uno o varios delitos que se investigan, el fiscal delegado para el caso solicitará al magistrado que ejerza la función de control de garantías la programación de una audiencia preliminar para formulación de imputación.

En esta audiencia, el fiscal hará la imputación fáctica de los cargos investigados y solicitará al magistrado disponer la detención preventiva del imputado en el centro de reclusión que corresponda, según lo dispuesto en la presente ley. Igualmente solicitará la adopción de las medidas cautelares sobre los bienes¹³⁴ para efectos de la reparación a las víctimas.

Como es entendible, la exigencia de que el momento procesal adecuado para solicitar y decidir sobre la procedencia de las medidas cautelares reales sea

130 Corte Constitucional. Sentencias C-370 de 2006, C-531 de 2006, C-575 de 2006, C-670 de 2006, C-719 de 2006 y C-080 de 2007.

131 El agregado *de procedencia ilícita*, que calificaba al sustantivo *bienes* en el texto original, fue declarado inexecutable por la sentencia C-370 de 2006. Cfr., en el mismo sentido, el artículo 15 del Decreto 4760 de 2005.

132 Corte Constitucional. Sentencias C-370 de 2006, C-531 de 2006, C-575 de 2006, C-670 de 2006, C-719 de 2006 y C-080 de 2007.

133 Corregido mediante aviso publicado en el *Diario Oficial* 45.988 del 2 de agosto de 2005: en el texto original aparecía la expresión *evidencia tísica*, cuando lo correcto era *evidencia física*.

134 En el texto original, después del vocablo *bienes*, aparecía la expresión *de procedencia ilícita que hayan sido entregados*, la cual fue declarada inexecutable por sentencia C-370 de 2006.

el de la audiencia preliminar para la formulación de la imputación, se compeadece a plenitud con la necesidad de garantizar el presupuesto general de aquéllas relacionado con la *apariencia de buen derecho –fumus bonis iuris–*. No en vano, de acuerdo con el pretranscrito artículo 18 LJP, la propia formulación de la imputación, en cuanto antecedente procesal necesario del acto cautelar, presupone que de los elementos materiales probatorios, la evidencia física, la información legalmente obtenida o de la versión libre del desmovilizado, pueda inferirse, de forma razonable, el compromiso de aquél en la realización de uno o varios de los delitos investigados.

No obstante, el hecho de condicionar la adopción de las medidas cautelares de carácter real –a semejanza de lo que ocurre en el proceso penal ordinario– a la previa formulación de la imputación, si bien respeta a cabalidad el marco del debido proceso, también puede implicar en la práctica, en un contexto de tanta complejidad como el que envuelve las actuaciones regidas por la LJP, postergar indefinidamente en el tiempo el decreto de las medidas en cuestión, lo cual, además de no ser compatible con el propósito cautelar inherente a las mismas, pone en grave riesgo la propia efectividad de la futura reparación¹³⁵.

En efecto, en el pronunciamiento de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del 23 de agosto de 2007, el interrogante de si se podían aplicar medidas cautelares antes de la audiencia de imputación tuvo que resolverse acudiendo a la añeja tensión entre *legalidad* (la imputación como presupuesto del dispositivo cautelar) y *efectividad* (la inconveniencia de postergar indefinidamente en el tiempo la adopción de aquél), dando prelación a la segunda, previo un ejercicio de ponderación en desarrollo del cual el alto tribunal optó por darle prevalencia al derecho de las víctimas a la reparación sobre la propia legalidad del proceso.

En igual sentido, recientemente la Corte Suprema de Justicia¹³⁶ ha reiterado el criterio plasmado en sentencia del 23 de agosto de 2007, aceptando que las medidas cautelares se pueden decretar antes de la audiencia de

135 En el caso del postulado SALVATORE MANCUSO GÓMEZ, esta última consideración fue determinante para que la Corte Suprema de Justicia, mediante proveído del 23 de agosto de 2007, M. P.: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS, dejara incólumes las medidas cautelares de carácter real decretadas, en audiencia preliminar, por un magistrado con funciones de control de garantías, sin la previa formulación de imputación.

136 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 3 de octubre de 2008, M. P.: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, rad. 30442.

imputación de cargos, ante el magistrado de control de garantías. En este caso nuevamente la Corte ponderó los derechos de las víctimas, frente al imperativo legal establecido en el inciso 2.º del artículo 18 LJP, que fija como oportunidad procesal para poder decretar las medidas cautelares la diligencia de formulación de imputación. La Corte fundamenta su decisión señalando que en casos como los de justicia y paz no se debe hacer una interpretación excesivamente literal del mencionado artículo 18, puesto que el carácter especial de este proceso permite interpretar las normas de manera más amplia siempre y cuando se tenga por finalidad proteger y reparar a las víctimas de forma adecuada, de conformidad con los principios de ésta ley (LJP). De esta manera, la Corte abre la posibilidad a los fiscales de la Unidad de Justicia y Paz para que soliciten medidas cautelares antes de la formulación de imputación con el fin de poder asegurar los bienes que servirán para reparación de las víctimas dentro de este proceso especial.

En todo caso, el magistrado de control de garantías puede rechazar de plano la solicitud de audiencia preliminar para imponer medidas cautelares a los bienes de los postulados o del frente o bloque del GAOML, en los siguientes casos: a) Cuando únicamente dichos bienes hayan sido anunciados por entregar por parte del desmovilizado; b) Cuando no se encuentran en su poder; c) cuando están a nombre de otras personas; d) Cuando están embargados o hipotecados o cuando sobre ellos pesa otro gravamen o tienen problemas jurídicos pendientes de resolver, puesto que ningún efecto producirían ni traerían beneficio a las víctimas, porque no podrían inscribirse en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

Por esta razón, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, con base en las sentencias del 8 de septiembre de 2008 y el 23 de agosto de 2007 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹³⁷, ha manifestado que para lograr que los bienes entregados cumplan con las finalidades establecidas en la LJP ellos: primero, se sanean; luego, se entregan a la Fiscalía, quien solicita la audiencia preliminar de medidas cautelares ante el magistrado de control de garantías; una vez decretadas las medidas cautelares la Fiscalía entrega los bienes al Fondo para la Reparación de las Víctimas

137 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencias de 08.09.2008, M. P.: YESID RAMÍREZ, rad. 30360; 08.09.2008 M. P.: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, rad. 30442.

quien actuará como secuestre y administrador de dichos bienes hasta que por sentencia sean adjudicados a las víctimas¹³⁸.

Ahora bien, en cuanto atañe a las personas legitimadas para solicitar las medidas cautelares, la redacción del artículo 18 LJP parece limitar dicha posibilidad al fiscal encargado de adelantar la investigación; sin embargo, el régimen del CPP es menos restrictivo en este sentido, pues, a tono con lo previsto en el artículo 92, las medidas en mención pueden solicitarlas el fiscal que conoce del caso, la víctima¹³⁹ o, cuando ésta sea menor de edad, el agente del Ministerio Público.

Huelga anotar, por supuesto, que en este punto ha de imponerse una interpretación amplia de la legitimación, dado que en el estado actual de cosas no parece posible justificar la constitucionalidad de un régimen más restrictivo en la LJP que en el CPP, menos aún tratándose de los derechos de las víctimas, que, como se ha dicho con insistencia, gozan de especial relevancia en el contexto procesal contemporáneo, sobre todo en los procesos propios de la llamada justicia transicional.

138 Cfr. Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Decisiones del 21 y 31 de octubre de 2008, M. P.: RAMÓN DE J. HENAO OSSA dentro del radicado 1100160002532006-80010-01, contra MIGUEL ÁNGEL MELCHOR MEJÍA MÚNERA.

139 En todo caso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 del Decreto 4760 de 2005 (modificado por el art. 2.º del Dcto. 176 del 24 de enero de 2008), parece válido concluir que las víctimas pueden formular solicitudes de medidas cautelares ante la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz al establecer, entre otras, las siguientes funciones de las comisiones regionales para la restitución de bienes: “[...] 6. Asesorar a las víctimas en la formulación de solicitudes de medidas cautelares ante la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, sobre los bienes que entreguen los desmovilizados en cualquiera de las etapas del proceso, las cuales serán tramitadas ante las Salas de Justicia y Paz de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en los términos y la oportunidad previstos en la Ley 975 de 2005.

7. Asesorar a las víctimas en la formulación de solicitudes de medidas cautelares ante la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, sobre los bienes que los desmovilizados anuncien que serán entregados con destino a la reparación de las víctimas, así como que obren aquellos cuya titularidad real o aparente corresponda a miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley, las cuales serán tramitadas ante las Salas de Justicia y Paz de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

[...]

15. Asesorar a las víctimas en la formulación de solicitudes de entrega provisional de los bienes sobre los que se decreten medidas cautelares, en aras de garantizar el derecho a la restitución”.

En cualquier caso, cuando quien realiza la petición es la víctima, no puede olvidarse que debe acreditar, aunque sea sumariamente, su condición de tal, la naturaleza del daño sufrido y la cuantía del mismo; esto último, porque la medida cautelar ha de observar cierta proporcionalidad entre los bienes afectados con la misma y el daño objeto de reparación (arts. 92 incs. 2.º y 3.º, 93 y 94 CPP)¹⁴⁰.

En cuanto a las medidas concretas que pueden adoptarse, el inciso 3.º del artículo 92 de la Ley 906 de 2004 dispone, por su parte, que ellas son el *embargo* y el *secuestro* de los bienes correspondientes¹⁴¹; tanto el uno como el otro han de decretarse en una cuantía tal que permita lograr el pago de los perjuicios, aunque teniendo en cuenta, dicho sea una vez más, que ha de haber proporcionalidad entre la medida y el daño a reparar.

Así mismo, de acuerdo con la disposición en cita, todo lo relativo al régimen del embargo y el secuestro debe ceñirse a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil¹⁴² (en adelante CPC); en este sentido, quien solicite la medida debe estar dispuesto a otorgar la respectiva caución, salvo que quien realice la petición sea el fiscal o el agente del Ministerio Público en nombre de una víctima menor de edad, pues, en tales casos, no hay lugar a exigir el pago de caución alguna. Igual determinación puede adoptarse cuando las circunstancias propias de la víctima así lo recomienden¹⁴³:

140 “Artículo 93. *Criterios para decretar medidas cautelares*. El juez al decretar embargos y secuestros los limitará a lo necesario, de acuerdo con las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

El juez a solicitud del imputado, acusado o condenado, deberá examinar la necesidad de las medidas cautelares y, si lo considera pertinente, sustituirlas por otras menos gravosas o reducirlas cuando sean excesivas”.

“Artículo 94. *Proporcionalidad*. No se podrán ordenar medidas cautelares sobre bienes del imputado o acusado cuando aparezcan desproporcionadas en relación con la gravedad del daño y la probable sentencia sobre la pretensión de reparación integral o tasación de perjuicios”.

141 Debe tenerse especial cuidado, se insiste, en no confundir las medidas que se examinan ahora con las previstas en el artículo 83 CPP, que también recaen sobre bienes del justiciable, pero, como ya se aclaró, dicen relación con el comiso (la incautación, la ocupación y la medida jurídica de suspensión de la facultad dispositiva).

142 Artículos 513 y siguientes.

143 Hay que recordar que la referida caución tiene por finalidad servir para el pago de los daños que se pudieren causar con la imposición de la medida. En este sentido, el inciso final del artículo 96 CPP prevé que, cuando se profieran una preclusión o una sentencia absolutoria, se condene al peticionario temerario al pago de los perjuicios que con la práctica de las medidas cautelares se hubieren ocasionado al imputado.

Artículo 92 de la Ley 906 de 2004. *Medidas cautelares sobre bienes*¹⁴⁴. El juez de control de garantías, en la audiencia de formulación de la imputación o con posterioridad a ella, a petición del fiscal o de las víctimas¹⁴⁵ podrá decretar sobre bienes del imputado o del acusado las medidas cautelares necesarias para proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito.

La víctima¹⁴⁶ acreditará sumariamente su condición de tal, la naturaleza del daño recibido y la cuantía de su pretensión.

El embargo y secuestro de los bienes se ordenará en cuantía suficiente para garantizar el pago de los perjuicios que se hubieren ocasionado, previa caución que se debe prestar de acuerdo al régimen establecido en el Código de Procedimiento Civil, salvo que la solicitud sea formulada por el fiscal o que exista motivo fundado para eximir de ella al peticionante. El juez, una vez decretado el embargo y secuestro, designará secuestre y adelantará el trámite posterior conforme a las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil.

Cuando las medidas afecten un bien inmueble que esté ocupado o habitado por el imputado o acusado, se dejará en su poder a título de depósito gratuito, con el compromiso de entregarlo a un secuestre o a quien el funcionario indique si se profiere sentencia condenatoria en su contra.

Parágrafo. En los procesos en los que sean víctimas los menores de edad o los incapaces, el Ministerio Público podrá solicitar el embargo y secuestro de los bienes del imputado en las mismas condiciones señaladas en este artículo, salvo la obligación de prestar caución.

Al margen de lo hasta ahora expuesto, vale la pena recalcar cómo, de acuerdo con el inciso 4.º del artículo recién transcrito, si el bien sobre el cual recaen las medidas cautelares está ocupado o habitado por el imputado, se le debe permitir seguir en el mismo en calidad de depositario gratuito, siempre que adquiera el compromiso de entregarlo a quien se le indique, en el evento de una sentencia condenatoria en su contra.

En cualquier caso, el imputado puede obtener el desembargo de los bienes afectados con la medida (art. 96 de la Ley 906 de 2004), ello cuando

144 Corte Constitucional. Sentencias C-210 de 2007 y C-516 de 2007.

145 El calificativo *directas*, que seguía al sustantivo *víctimas* en el texto original, fue declarado inexecutable por sentencia C-516 de 2007.

146 Lo dicho en la nota anterior aplica íntegramente en este caso.

preste caución en dinero (que se entiende embargada para todos los efectos legales), otorgue una póliza de seguros o constituya una garantía bancaria. El monto de la caución, la póliza o la garantía deberá ser fijado por el juez, teniendo como referencia los daños ocasionados; una vez fijado el referido monto, la caución, la póliza o la garantía deberán prestarse, otorgarse o constituirse dentro de un plazo no superior a 20 días:

Artículo 96 de la Ley 906 de 2004. *Desembargo*. Podrá decretarse el desembargo de bienes, cuando el imputado preste caución en dinero efectivo o mediante póliza de compañía de seguros o garantía bancaria, por el monto que el juez señale para garantizar el pago de los daños y perjuicios que llegaren a establecerse, como de las demás obligaciones de contenido económico a que hubiere lugar.

La caución en dinero efectivo se considerará embargada para todos los efectos legales.

Señalado el monto de la caución, el interesado deberá prestarla dentro de un término no mayor de veinte (20) días contados a partir de la fecha en que se impuso.

Cuando se profiera preclusión o sentencia absolutoria se condenará al peticionario temerario al pago de los perjuicios que con la práctica de las medidas cautelares se hubieren ocasionado al imputado.

En punto de los aspectos relacionados con el trámite, resta sólo añadir, ya para terminar, que la decisión sobre la procedencia o no de las medidas cautelares solicitadas debe adoptarla el magistrado que cumpla con la función de control de garantías, en la propia audiencia preliminar de formulación de la imputación (art. 13 LJP); una vez decretadas, su cumplimiento debe ser inmediato, conforme lo establece el la Ley 906 de 2004.

Artículo 95. *Cumplimiento de las medidas*. Las medidas cautelares se cumplirán en forma inmediata después de haber sido decretadas, y se notificarán a la parte a quien afectan, una vez cumplidas.

4.1.2. La prohibición de enajenar, la suspensión y cancelación de los títulos y registros obtenidos fraudulentamente y otras medidas patrimoniales a favor de las víctimas

Conforme lo anticipa la nomenclatura utilizada en el epígrafe, acto seguido se procederá a examinar un abanico de medidas susceptibles de ser adoptadas dentro de la actuación penal, que, sin ser cautelares en sentido estricto, están reguladas con algún detalle en la Ley 906 de 2004 y cumplen una importante función a la hora de garantizar la reparación de las víctimas, circunstancia ésta que explica su inclusión en este escrito; se trata de la *prohibición de enajenar*, de la *suspensión y cancelación de los títulos y registros obtenidos fraudulentamente*, y de algunas *otras medidas patrimoniales establecidas en la ley procesal penal a favor de las víctimas*.

– La prohibición de enajenar

El artículo 97 de la Ley 906 de 2004 prevé que el imputado no puede enajenar bienes sometidos a registro (inmuebles en general y algunos muebles como las naves, las aeronaves, los vehículos o ciertos títulos valores, entre otros), durante los seis meses siguientes a la formulación de la imputación, siempre que la referida prohibición le sea impuesta expresamente en la audiencia en que aquélla se formule y que el juez, adicionalmente, la comunique a la oficina –entidad o persona¹⁴⁷– encargada del registro correspondiente.

No obstante la interdicción en comento, el juez puede autorizar las negociaciones que tengan por objeto los bienes sujetos a la prohibición, siempre que con esa operación mercantil se pretenda pagar los perjuicios, o cuando se trate de una venta necesaria dentro del desarrollo del giro ordinario de los negocios del imputado. También podrá autorizarse la enajenación cuando existan bienes suficientes para el pago de una eventual indemnización, o cuando se garantice la misma. En todo caso, si la negociación se hace sin que medie la respectiva autorización, será nula (arts. 97 y 98 de la Ley 906 de 2004).

No obstante lo dicho, ni la prohibición en comento ni la sanción que acarrea su inobservancia pueden afectar aquellos negocios jurídicos sobre bienes sujetos a registro cuyo perfeccionamiento deba producirse en el trans-

147 Este agregado, que no corresponde al tenor de la disposición citada, se compeadece plenamente con los distintos bienes susceptibles de ser afectados con la medida.

curso del proceso, siempre y cuando los mismos hubieran sido celebrados con anterioridad a la imposición de la prohibición.

Otro tanto puede decirse respecto de los derechos de los terceros de buena fe, quienes pueden hacerlos valer personalmente o por medio de un apoderado, en una audiencia preliminar citada para ese único efecto, entre la formulación de la imputación y hasta antes de dar comienzo al juicio oral. No obstante, al no hallarse prevista en el contexto de la LJP la realización de aquél, el momento preclusivo a tener en cuenta no parece ser otro que el de la audiencia destinada a controlar la legalidad de la aceptación de los cargos, lo cual no obsta para que, con antelación a ésta, el interesado solicite la realización de una audiencia especial, con el antedicho propósito. Plantéese, empero, donde se plantee, la referida cuestión debe ser resuelta de plano, es decir, con base en lo alegado y probado hasta ese momento (art. 97 inc. 3.º de la Ley 906 de 2004).

Para concluir, resta sólo indicar (antes de proceder a transcribir los textos legales pertinentes) que la medida queda sin efecto cuando se extienda más allá del tiempo previsto por el legislador (seis meses a partir de la formulación de la imputación), o cuando se profiera una decisión de fondo por medio de la cual se exonere de responsabilidad penal al afectado, hipótesis ésta que obviamente no parece viable en el ámbito de la LJP:

Artículo 97 de la Ley 906 de 2004. *Prohibición de enajenar*¹⁴⁸. El imputado dentro del proceso penal no podrá enajenar bienes sujetos a registro durante los seis (6) meses siguientes a la formulación de la imputación, a no ser que antes se garantice la indemnización de perjuicios o haya pronunciamiento de fondo sobre su inocencia.

Esta obligación deberá ser impuesta expresamente en la audiencia correspondiente. Cualquier negociación que se haga sobre los bienes sin autorización del juez será nula y así se deberá decretar.

Para los efectos del presente artículo el juez comunicará la prohibición a la oficina de registro correspondiente.

Lo anterior sin perjuicio de los negocios jurídicos realizados con anterioridad y que deban perfeccionarse en el transcurso del proceso y de los derechos de los terceros de buena fe, quienes podrán hacerlos valer, personalmente o por inter-

148 Corte Constitucional. Sentencia C-210 de 2007.

medio de abogado dentro de una audiencia preliminar que deberá proponerse, para ese único fin, desde la formulación de la imputación hasta antes de iniciarse el juicio oral, con base en los motivos existentes al tiempo de su formulación. El juez que conozca del asunto resolverá de plano.

Artículo 98 de la Ley 906 de 2004. *Autorizaciones especiales*. El juez podrá autorizar que se realicen operaciones mercantiles sobre los bienes descritos en el artículo anterior, cuando aquellas sean necesarias para el pago de los perjuicios. Igual autorización procederá para los bienes entregados en forma provisional. El negocio jurídico deberá ser autorizado por el funcionario, y el importe deberá consignarse directamente a órdenes del despacho judicial.

Cuando la venta sea necesaria en desarrollo del giro ordinario de los negocios del sindicado o esté acreditada la existencia de bienes suficientes para atender una eventual indemnización, se podrá autorizar aquella.

– La suspensión y cancelación de los registros obtenidos fraudulentamente

Desde su propio título, el artículo 101 de la Ley 906 de 2004 (contentivo de la regulación que ahora interesa) se refiere a dos hipótesis diferentes, la suspensión y la cancelación; tratándose de la primera, resulta forzoso anotar que está sometida a unos tiempos procesales carentes de equivalente en la LJP, pues el inciso 1.º del referido artículo dispone que el poder dispositivo sobre los bienes sujetos a registro puede suspenderse, cuando existan motivos fundados para inferir que el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente, en cualquier momento y *hasta antes de presentarse la acusación*.

Por su parte, la LJP no se refiere expresamente a la acusación, sino a algo que, aunque en esencia parece ser lo mismo, tiene una denominación distinta: la formulación de cargos (art. 19 LJP). En consecuencia, si se le quiere dar aplicación a esta figura dentro del procedimiento previsto en la LJP, es necesario realizar una interpretación que armonice ambas normatividades (la general del CPP y la especial de la LJP), en aras de lo cual bien puede no resultar descabellado asimilar la acusación del CPP a la imputación de la LJP.

Como es entendible, la necesidad de encontrar una interpretación que permita darle plena aplicación a esta norma en la LJP surge de la utilidad que, en aras de la reparación en su modalidad de restitución, pueden tener este par de figuras, a la vista de las particularidades que suelen rodear los hechos objeto de investigación y juzgamiento en este contexto.

No sobra agregar, finalmente, que, de acuerdo con la disposición legal que se ha venido mencionando y cuyo texto se transcribirá a continuación, las medidas en comento proceden respecto de cualquier bien sujeto a registro, a solicitud del fiscal a cargo de la investigación:

Artículo 101 de la Ley 906 de 2004. *Suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente*¹⁴⁹. En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías dispondrá la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro cuando existan motivos fundados para inferir que el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente.

En la sentencia se ordenará la cancelación de los títulos y registros respectivos cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que originaron la anterior medida¹⁵⁰.

Lo dispuesto en este artículo también se aplicará respecto de los títulos valores sujetos a esta formalidad y obtenidos fraudulentamente.

Si estuviere acreditado que con base en las calidades jurídicas derivadas de los títulos cancelados se están adelantando procesos ante otras autoridades, se pondrá en conocimiento la decisión de cancelación para que se tomen las medidas correspondientes.

– Otras medidas patrimoniales a favor de las víctimas

El artículo 99 de la Ley 906 de 2004 consagra una serie de medidas patrimoniales que, a diferencia de las anteriores (de exclusivo resorte judicial), pueden y deben ser adoptadas por el fiscal, a solicitud de las víctimas. Se trata de la orden de restitución de los bienes objeto del delito que se hubieran recuperado, sin importar su clase; la autorización atinente al uso y al disfrute provisional de los bienes que, habiendo sido adquiridos de buena fe, fueron

149 Corte Constitucional. Sentencias C-670 de 2006 y C-060 de 2008 (Comunicado de Prensa de la Sala Plena del 30 de enero de 2008).

150 Este inciso fue declarado condicionalmente exequible, en tanto se entienda que “la cancelación de los títulos y registros respectivos también se hará en cualquier otra providencia que ponga fin al proceso penal”. Por su parte, el adjetivo *condenatoria*, que calificaba al sustantivo *sentencia* en el texto original del mismo inciso, fue declarado inexecutable (sentencia C-060 de 2008, según Comunicado de Prensa de la Sala Plena del 30 de enero de 2008, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA).

objeto de delito y, finalmente, el reconocimiento de las ayudas provisionales con cargo al fondo de compensación para las víctimas:

Artículo 99. *Medidas patrimoniales a favor de las víctimas*. El fiscal, a solicitud del interesado, podrá:

1. Ordenar la restitución inmediata a la víctima de los bienes objeto del delito que hubieren sido recuperados.
2. Autorizar a la víctima el uso y disfrute provisional de bienes que, habiendo sido adquiridos de buena fe, hubieran sido objeto de delito.
3. Reconocer las ayudas provisionales con cargo al fondo de compensación para las víctimas.

4.1.3. El comiso

Corresponde ahora referirse, para epilogar este inventario de medidas patrimoniales, a la figura del *comiso*, cuya naturaleza difiere sustancialmente de las examinadas en precedencia, pues, aunque comparte con ellas el recaer sobre bienes y afectar derechos reales constituidos sobre los mismos, supone, además, la pérdida del derecho de dominio a favor de la Fiscalía General de la Nación, sobre los bienes que, en primer lugar, hubieren sido utilizados para la realización del delito (que en sí mismos pueden ser lícitos o ilícitos) o, en segundo lugar, fueron producto directo o indirecto del mismo (indiscutiblemente ilícitos por causa de su origen).

Cabe aclarar, como bien se hizo referencia en sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 27 de agosto del 2007¹⁵¹, que el comiso no es una medida cautelar, ya que su naturaleza jurídica es sancionatoria y no tiene fines resacitorios. Así las cosas, las diferencias fundamentales entre el comiso y las medidas cautelares son: a) Las medidas cautelares tienen carácter provisional, en tanto que el comiso es definitivo; b) Las medidas cautelares tienen como fin primordial garantizar la reparación a las víctimas, mientras que en el comiso los bienes pasan a manos del Estado, como sanción por la comisión del delito, y c) La medida cautelar puede pesar sobre cualquier bien en

151 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de agosto de 2007, M. P.: MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS.

cabeza del procesado, en tanto que el comiso se limita a los bienes producto directo o indirecto del delito.

A pesar de estas diferencias, se propone el estudio del comiso, con el fin de ampliar las posibilidades de que se puedan incautar bienes de los desmovilizados, con el fin de dar mayor protección a las víctimas en el ámbito de la reparación económica.

A lo largo de su articulado, la LJP no se ocupa, en forma expresa, de regular en determinado sentido lo concerniente al comiso, pero, además de disponer que en la sentencia se ordene *la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación* (inc. 1.º art. 24), enfatiza en que los desmovilizados deben entregar los bienes producto de su actividad ilegal al Fondo para la Reparación de las Víctimas, estableciendo así una especie de requisito o condición de accesibilidad a los beneficios establecidos por ella misma (arts. 10.º, num. 10.2, 11 num 11.5 y 54 parág.).

Naturalmente, la entrega de los bienes *producto* de las actividades ilegales de los miembros de los grupos armados ilegales al margen de la ley debe conducir a la ulterior aplicación, en la sentencia, de la figura del comiso y, en cuanto respecta a los bienes *utilizados* en la realización del delito, parece claro que, ante el silencio de la ley especial, debe acudirse a lo dispuesto en los códigos Penal y de Procedimiento Penal¹⁵², para arribar, de todas maneras, a la misma conclusión. En realidad acorde con el artículo 100 C. P., la medida en comento tiene por objeto la pérdida de los efectos del delito y de los *instrumentos empleados* en su ejecución, independientemente de si los aludidos bienes tienen o no libre comercio¹⁵³. Obsérvese:

152 Teniendo en cuenta, además, lo previsto en el artículo 45 de la Ley 782 de 2002: “Artículo 45. El artículo 97 de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999, quedará así:

Artículo 97. En la providencia de apertura de la instrucción por el delito de hurto de hidrocarburos o sus derivados, el Fiscal ordenará el decomiso de los bienes que se hubieren utilizado en la comisión del delito, o que se constituyeran su objeto. Una vez el Fiscal haya determinado la procedencia ilícita de los hidrocarburos o sus derivados, ordenará, en un término no mayor a cinco (5) días hábiles, su entrega a Ecopetrol, así como la de los demás bienes utilizados para la comisión del delito. Ecopetrol procederá a la venta de tales hidrocarburos o sus derivados en condiciones normales de mercado.

Ecopetrol entregará los demás bienes utilizados para la comisión del delito a una entidad fiduciaria, para su administración”.

153 Es importante tener en cuenta la definición de *bien* que, para los efectos del comiso, propone la ley: “Artículo 82. *Procedencia*. [...] Parágrafo. Para los efectos del comiso

Artículo 100 C. P. *Comiso*. Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución, y que no tengan libre comercio, pasarán a poder de la Fiscalía General de la Nación o a la entidad que ésta designe, a menos que la ley disponga su destrucción.

Igual medida se aplicará en los delitos dolosos, cuando los bienes, que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente, sean utilizados para la realización de la conducta punible, o provengan de su ejecución.

En las conductas culposas, los vehículos automotores, naves o aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio, se someterán a los experticios técnicos y se entregarán provisionalmente al propietario, legítimo tenedor salvo que se haya solicitado y decretado su embargo y secuestro. En tal caso, no procederá la entrega, hasta tanto no se tome decisión definitiva respecto de ellos.

La entrega será definitiva cuando se garantice el pago de los perjuicios, se hayan embargado bienes del sindicado en cuantía suficiente para atender al pago de aquellos, o hayan transcurrido diez y ocho (18) meses desde la realización de la conducta, sin que se haya producido la afectación del bien.

Aunque –por razones más o menos obvias– lo relativo a los delitos culposos no posee, en este contexto, especial relevancia, no sobra resaltar que, conforme a lo transcrito, los bienes empleados en la comisión de ese tipo de delitos están sometidos a un régimen especial que presupone su devolución (provisional, primero, y definitiva, luego), siempre que se garantice el pago de los perjuicios, o se embarguen bienes del procesado en cuantía suficiente para responder por aquéllos, o transcurran, en fin, 18 meses contados desde la realización de la conducta, sin que se haya producido su afectación (art. 100 inc. final C. P.).

Prosiguiendo con el tema, cumple anotar ahora que, en lo referente al CPP, la figura del comiso se encuentra regulada en los artículos 82 y siguientes de la Ley 906 de 2004; la primera de las disposiciones mencionadas se ocupa, en su inciso 1.º, de esclarecer la procedencia de aquél, reiterando su aplicación respecto de los bienes de propiedad del penalmente responsable

se entenderán por bienes todos los que sean susceptibles de valoración económica o sobre los cuales pueda recaer derecho de dominio, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos que pongan de manifiesto el derecho sobre los mismos”.

que provengan o sean producto directo o indirecto del delito y de aquellos otros utilizados o destinados a serlo en los delitos dolosos, como medios o instrumentos para la ejecución de los mismos:

Artículo 82. *Procedencia*. El comiso procederá sobre los bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumentos para la ejecución del mismo, sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o los terceros de buena fe.

Como se verá a continuación, tratándose de los bienes producto del delito, la disposición en comento (esta vez por conducto de sus incs. 2.º y 3.º) es especialmente estricta, pues permite extender la medida a otros bienes que no sean producto directo o indirecto del delito, cuando los de origen ilícito se hubieran mezclado o encubierto con otros de procedencia lícita; asimismo, si no es posible localizar los bienes producto directo o indirecto del delito, o no se pueden identificar o afectar materialmente, el comiso puede hacerse efectivo sobre los bienes lícitos del penalmente responsable, en una cuantía equivalente:

Artículo 82. *Procedencia*.

[...]

Cuando los bienes o recursos producto directo o indirecto del delito sean mezclados o encubiertos con bienes de lícita procedencia, el comiso procederá hasta el valor estimado del producto ilícito, salvo que con tal conducta se configure otro delito, pues en este último evento procederá sobre la totalidad de los bienes comprometidos en ella.

Sin perjuicio también de los derechos de las víctimas y terceros de buena fe, el comiso procederá sobre los bienes del penalmente responsable cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto del delito, cuando de estos no sea posible su localización, identificación o afectación material, o no resulte procedente el comiso en los términos previstos en los incisos precedentes.

Según ha quedado transcrito, conforme al inciso 1.º, es necesario tener en cuenta que, al momento de aplicar la medida extintiva, deben respetarse los derechos que tengan sobre los bienes los sujetos pasivos del delito –víctimas en sentido estricto– o los terceros de buena fe; con todo –de acuerdo con el inc. 4.º–, una vez decretado el comiso, los bienes deben pasar de forma definitiva a la Fiscalía General de la Nación a través del Fondo Especial para la Administración de Bienes, a menos que la ley disponga su destrucción o una destinación diferente:

Artículo 82. *Procedencia.*

[...]

Decretado el comiso, los bienes pasarán en forma definitiva a la Fiscalía General de la Nación a través del Fondo Especial para la Administración de Bienes, a menos que la ley disponga su destrucción o destinación diferente.

Con específica referencia a la LJP, parece claro que la “*destinación diferente*” aludida en la disposición debe entenderse con referencia al cometido preferentemente reparador del comiso (llamado a hacerse efectivo a través del Fondo para la Reparación de las Víctimas), entendimiento éste que compagina a cabalidad con la necesidad, anteriormente mencionada, de respetar *los derechos de las víctimas*; este último aspecto está llamado, en verdad, a jugar un papel determinante en el ámbito de la *reparación*, con sólo aceptar que los titulares de derechos reales sobre bienes de los cuales hayan sido desposeídos deben ser favorecidos con la *restitución* de los mismos, sin que ello implique desatender el derecho de otras víctimas a la indemnización, que bien puede ser satisfecho con otros bienes entregados por los desmovilizados o con recursos del Estado.

Ahora bien, a los efectos de garantizar el comiso, la ley procesal penal prevé la posibilidad de practicar una serie de medidas que, en el aludido contexto, denomina cautelares y que son: la *incautación*, la *ocupación* y la *suspensión del poder dispositivo*. Tales medidas son procedentes, de acuerdo con el artículo 83 CPP, cuando aparezcan motivos fundados para inferir que determinados bienes son producto directo o indirecto de un delito, que su valor equivale a dicho producto, que han sido utilizados o están destinados a

ser utilizados como medio o instrumento de un delito doloso o, por último, que constituyen el objeto material del mismo:

Artículo 83. *Medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comiso.* Se tendrán como medidas materiales con el fin de garantizar el comiso la incautación y ocupación, y como medida jurídica la suspensión del poder dispositivo.

Las anteriores medidas procederán cuando se tengan motivos fundados para inferir que los bienes o recursos son producto directo o indirecto de un delito doloso, que su valor equivale a dicho producto, que han sido utilizados o estén destinados a ser utilizados como medio o instrumento de un delito doloso, o que constituyen el objeto material del mismo, salvo que deban ser devueltos al sujeto pasivo, a las víctimas o a terceros.

En cuanto diligencias o actuaciones de contenido preponderantemente material, la *incautación* y la *ocupación* de bienes con fines de comiso están sujetas a control de legalidad por parte del juez que ejerza la función de control de garantías, dentro de las 36 horas siguientes a su ocurrencia. La *suspensión del poder dispositivo*, por su parte, es una medida de carácter judicial (razón por la cual parecer ser la única verdaderamente cautelar de las tres), que puede y debe ser solicitada por el fiscal en audiencia preliminar, incluyendo la destinada a la formulación de la imputación, cuando lo hagan aconsejable el interés de la justicia, el valor del bien y la viabilidad económica de su administración. Así lo disponen los artículos 84 y 85 CPP, cuyos respectivos textos rezan:

Artículo 84. *Trámite en la incautación u ocupación de bienes con fines de comiso.* Dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la incautación u ocupación de bienes o recursos con fines de comiso, efectuadas por orden del Fiscal General de la Nación o su delegado, o por acción de la Policía Judicial en los eventos señalados en este código, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías para que realice la audiencia de revisión de la legalidad sobre lo actuado.

Artículo 85. *Suspensión del poder dispositivo.* En la formulación de imputación o en audiencia preliminar el fiscal podrá solicitar la suspensión del poder dispositivo de bienes y recursos con fines de comiso, que se mantendrá hasta tanto se resuelva sobre el mismo con carácter definitivo o se disponga su devolución.

Presentada la solicitud, el juez de control de garantías dispondrá la suspensión del poder dispositivo de los bienes y recursos cuando constate alguna de las circunstancias previstas en el artículo 83. Si determina que la medida no es

procedente, el fiscal examinará si el bien se encuentra dentro de una causal de extinción de dominio, evento en el cual dispondrá en forma inmediata lo pertinente para que se promueva la acción respectiva.

En todo caso, para solicitar la suspensión del poder dispositivo de bienes y recursos con fines de comiso, el fiscal tendrá en cuenta el interés de la justicia, el valor del bien y la viabilidad económica de su administración.

Ahora bien, una vez adoptadas las medidas en cuestión, por mandato del artículo 86 CPP, las mismas deben inscribirse, cuando la naturaleza del bien lo permita, en las respectivas oficinas o entidades encargadas de llevar el registro correspondiente, dentro de los tres días siguientes a su adopción. En cuanto atañe a la administración de los bienes, de acuerdo con el mismo dispositivo legal, de ella debe ocuparse el Fondo Especial para la Administración de los Bienes de la Fiscalía General de la Nación, en adición a lo cual los bienes (incluidos aquellos afectados en procesos penal anteriores a la Ley 906 de 2004) deben quedar relacionados en un Registro Público Nacional, salvedad hecha de los que tengan el carácter de elementos materiales probatorios o evidencias físicas¹⁵⁴, que quedarán sujetos a las normas sobre cadena de custodia¹⁵⁵:

154 “Artículo 275. *Elementos materiales probatorios y evidencia física.* Para efectos de este código se entiende por elementos materiales probatorios y evidencia física, los siguientes: a) Huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares, dejados por la ejecución de la actividad delictiva; b) Armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva; c) Dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva; d) Los elementos materiales descubiertos, recogidos y asegurados en desarrollo de diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal; e) Los documentos de toda índole hallados en diligencia investigativa de inspección o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados allí; f) Los elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado, utilizados como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público; g) El mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar, regulados por la Ley 527 de 1999 o las normas que la sustituyan, adicionen o reformen; h) Los demás elementos materiales similares a los anteriores y que son descubiertos, recogidos y custodiados por el Fiscal General o por el fiscal directamente o por conducto de servidores de policía judicial o de peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente”.

155 Artículos 254 y siguientes CPP.

Artículo 86. *Administración de los bienes.* Los bienes y recursos que sean objeto de medidas con fines de comiso quedarán a disposición del Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación para su administración de acuerdo con los sistemas que para tal efecto desarrolle el Fiscal General de la Nación, y deberán ser relacionados en un Registro Público Nacional de Bienes. Tales medidas deberán inscribirse dentro de los tres (3) días siguientes a su adopción en las oficinas de registro correspondientes cuando la naturaleza del bien lo permita.

Parágrafo 1.º Se exceptúan de la administración del Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación los bienes que tienen el carácter de elemento material probatorio y evidencia física, que serán objeto de las normas previstas en este código para la cadena de custodia.

Parágrafo 2.º Los bienes y recursos afectados en procesos penales tramitados en vigencia de leyes anteriores a la Ley 906 de 2004, que se encuentran bajo la custodia de la Fiscalía General de la Nación o de cualquier organismo que ejerza funciones de policía judicial al momento de entrar en vigencia la presente ley, deberán incorporarse al Fondo de que trata este artículo e inscribirse en el Registro Público Nacional de Bienes¹⁵⁶.

Tratándose, por último, de delitos contra la salud pública o contra los derechos de autor, de la falsificación de moneda o de las conductas descritas en los artículos 300, 306 y 307 C. P.¹⁵⁷, los bienes constitutivos de sus respectivos objetos materiales, de acuerdo con el artículo 87 CPP, deben ser destrui-

156 Este artículo fue modificado por el artículo 5.º de la Ley 1142 de 2007, publicada en el *Diario Oficial* 46.673 del 28 de julio de 2007. El texto original del artículo 86 de la Ley 906 de 2004 era: “Artículo 86. Los bienes y recursos que sean objeto de medidas con fines de comiso quedarán a disposición del Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación para su administración de acuerdo con los sistemas que para tal efecto establezca la ley, y deberán ser relacionados en un Registro Público Nacional de Bienes. Tales medidas deberán inscribirse dentro de los tres (3) días siguientes a su adopción en las oficinas de registro correspondientes cuando la naturaleza del bien lo permita.

Parágrafo. Se exceptúan de la administración del Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación los bienes que tienen el carácter de elemento material probatorio y evidencia física, que serán objeto de las normas previstas en este código para la cadena de custodia”.

157 Referidos, en su orden, a ofrecimiento engañoso de productos y servicios (art. 300), usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales (art. 306) y uso ilegítimo de patentes (art. 307).

dos por las autoridades de policía judicial en presencia del fiscal y del agente del Ministerio Público. Igual debe ocurrir con los laboratorios rústicos para el procesamiento de sustancias alucinógenas y con los cultivos ilícitos de hoja de coca o amapola, teniendo en cuenta que, antes de proceder a su destrucción, deben hacerse fotos y videos, tanto de los laboratorios como de las sustancias que sean objeto o producto del delito; dichas fotos y videos, sujetos a la cadena de custodia, sustituirán al elemento físico en el juicio oral y serán usados en el mismo o en cualquiera otra actuación procesal que así lo requiera:

Artículo 87. Destrucción del objeto material del delito. En las actuaciones por delitos contra la salud pública, los derechos de autor, falsificación de moneda o las conductas descritas en los artículos 300, 306 y 307 del Código Penal, los bienes que constituyen su objeto material una vez cumplidas las previsiones de este código para la cadena de custodia y establecida su ilegitimidad por informe del perito oficial, serán destruidos por las autoridades de policía judicial en presencia del fiscal y del agente del Ministerio Público.

En procedimientos donde se encuentren laboratorios rústicos para el procesamiento de sustancias alucinógenas o cultivos ilícitos de hoja de coca o amapola, los funcionarios de policía judicial, antes de su destrucción, tomarán muestras y grabarán en videocinta o fotografiarán los laboratorios y los elementos y sustancias que sean objeto o producto del delito. Las fotografías o videos sustituirán el elemento físico y serán utilizados en su lugar durante el juicio oral o en cualquier otro momento del procedimiento. Las fotografías, filmaciones y muestras serán embaladas, rotuladas y se someterán a la cadena de custodia¹⁵⁸.

No huelga recalcar, por supuesto, que todo lo dicho hasta ahora es procedente, siempre y cuando los bienes no deban ser devueltos al sujeto pasivo, a las víctimas o a otros terceros, en los términos del artículo 88 CPP:

Artículo 88. Devolución de bienes. Además de lo previsto en otras disposiciones de este código, antes de formularse la acusación y por orden del fiscal, y en un término que no puede exceder de seis (6) meses, serán devueltos los bienes y recursos incautados u ocupados a quien tenga derecho a recibirlos cuando no sean necesarios para la indagación o investigación, o se determine que no se

158 El inciso 2.º fue adicionado por el artículo 6.º de la Ley 1142 de 2007, publicada en el *Diario Oficial* 46.673 del 28 de julio de 2007.

encuentran en una circunstancia en la cual procede su comiso; sin embargo, en caso de requerirse para promover acción de extinción de dominio dispondrá lo pertinente para dicho fin.

En las mismas circunstancias, a petición del fiscal o de quien tenga interés legítimo en la pretensión, el juez que ejerce las funciones de control de garantías dispondrá el levantamiento de la medida de suspensión del poder dispositivo.

Ahora bien, si, a pesar de haberse ordenado y comunicado en forma oportuna la devolución comentada, quien tenga derecho a recibir los bienes no los reclama dentro de los 15 días siguientes a la efectiva recepción de la comunicación, por mandato del artículo 89 CPP, los mismos quedarán a disposición del Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación. Idéntica solución procede cuando no se conoce al titular, poseedor o tenedor de los bienes, pero en tales casos la Fiscalía General de la Nación deberá hacer lo necesario para que los bienes sean declarados vacantes o mostrencos y, posteriormente, adjudicados al Fondo Especial antes mencionado:

Artículo 89. Bienes o recursos no reclamados. Ordenada la devolución de bienes o recursos, se comunicará de la manera más inmediata o en el término de la distancia a quien tenga derecho a recibirlos para que los reclame dentro de los quince (15) días siguientes a la efectiva recepción de la comunicación. Transcurrido el término anterior sin que los bienes sean reclamados, se dejarán a disposición del Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación.

De la misma forma se procederá si se desconoce al titular, poseedor o tenedor de los bienes que fueron afectados, caso en el cual la Fiscalía General de la Nación deberá instaurar la acción para que se declaren vacantes o mostrencos y sean adjudicados al Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación.

Las demandas podrán ser presentadas por lotes, teniendo en cuenta la naturaleza o características de los bienes y recursos.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en normas especiales¹⁵⁹.

159 Este artículo fue modificado por el artículo 7.º de la Ley 1142 de 2007, publicada en el *Diario Oficial* 46.673 del 28 de julio de 2007. El texto original del artículo 89 de la Ley

Con todo, si, agotado el trámite previsto en la disposición anterior, el titular, poseedor o tenedor de los bienes cuya devolución se ordena no los reclama, el artículo 89A CPP prevé un término de prescripción especial respecto de los mismos, que es de tres años para los muebles y de cinco para los inmuebles, contados desde la ejecutoria de la providencia que haya ordenado la devolución. En estos eventos, los procesos que inicie la Fiscalía General de la Nación tendrán por objeto que la sentencia judicial reconozca la prescripción especial adquisitiva a favor del Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación:

Artículo 89. *Prescripción especial.* Pasados tres (3) años para bienes muebles y cinco (5) años para inmuebles, contados a partir de la ejecutoria de la providencia que ordena la devolución de bienes o recursos con dueño, poseedor o tenedor conocido, sin que estos hayan sido reclamados, se presumirá legalmente que el titular del bien o recurso no le está dando la función social a la que se refiere el artículo 58 de la Constitución Política y la Fiscalía General de la Nación deberá instaurar la acción civil para que se reconozca la prescripción especial a la que se refiere este artículo.

Como consecuencia de lo anterior, mediante sentencia judicial, se reconocerá la prescripción especial adquisitiva de dominio a favor del Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación¹⁶⁰.

De todas maneras, la decisión de fondo relativa al comiso debe adoptarse en la sentencia o decisión equivalente, pero, si por cualquier motivo ella se omitiere, la defensa, el fiscal o el Ministerio Público pueden, según el artículo 90 CPP, solicitar en la misma audiencia la adición del fallo, en ese sentido:

906 de 2004 decía: “Artículo 89. Ordenada la devolución de bienes o recursos, se comunicará a quien tenga derecho a recibirlos para que los reclame dentro de los quince (15) días siguientes a la decisión que así lo determine. Transcurrido el término anterior sin que los bienes sean reclamados, se dejarán a disposición del Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación.

De la misma forma se procederá si se desconoce al titular, poseedor o tenedor de los bienes que fueron afectados.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en normas especiales”.

160 Este artículo fue adicionado por el artículo 8.º de la Ley 1142 de 2007, publicada en el *Diario Oficial* 46.673 del 28 de julio de 2007.

Artículo 90. *Omisión de pronunciamiento sobre los bienes.* Si en la sentencia o decisión con efectos equivalentes se omite el pronunciamiento definitivo sobre los bienes afectados con fines de comiso, la defensa, el fiscal o el Ministerio Público podrán solicitar en la misma audiencia la adición de la decisión con el fin de obtener el respectivo pronunciamiento.

A propósito de lo anterior, no se pierda de vista, finalmente, que, en el específico contexto de la LJP, por mandato del inciso 1.º del artículo 24, en la sentencia que epilogue la actuación debe ordenarse *la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación*. Ello ratifica, cabe resaltarlo, la plausibilidad de dos asertos susceptibles de alguna discusión hechos a lo largo de este escrito: por un lado, que en el ámbito de la LJP, por encima de las finalidades que le son propias, la figura del comiso tiende a un propósito de reparación, que, en el plano hermenéutico, debe prevalecer sobre todos los demás; por el otro, que, precisamente en conexión con dicho propósito, desde el momento mismo en que se tenga conocimiento de la existencia de bienes susceptibles de comiso, es perfectamente posible proceder de inmediato a su inmovilización tanto física como jurídica, con fines de reparación, sin necesidad de esperar a la formulación de imputación.

Valga aclarar que en la Fiscalía General de la Nación, Unidad de Justicia y Paz, la figura del comiso no es aplicada, ya que para los fines de la LJP las medidas cautelares cumplen con la finalidad específica de reparar a las víctimas¹⁶¹. No obstante, consideramos que hermeneúticamente la figura del comiso abre como una posibilidad para ampliar los fines de reparación ya mencionados.

– La suspensión y cancelación de la personería jurídica y el cierre de los locales o establecimientos abiertos al público

Dentro del amplio espectro de medidas patrimoniales previstas en el CPP, resta sólo hacer referencia a la contemplada en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004, que atañe a la posibilidad de suspender y cancelar la personería jurídica o cerrar los locales o establecimientos abiertos al público, de perso-

161 En este sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 3 de octubre de 2008, M. P.: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, rad. 30442, en la que se estudia la pertinencia de las medidas cautelares antes de la audiencia de imputación, con el fin de abogar por la protección de las víctimas en su derecho a la reparación.

nas jurídicas o naturales, si existen motivos fundados para inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas.

Como puede verse, se trata, en realidad, de tres tipos de medidas, dos de ellas relativas a la personería jurídica (*suspensión y cancelación*) y una tercera específicamente concerniente a los locales o establecimientos abiertos al público (*cierre*); todas pueden ser adoptadas con carácter temporal por el juez que cumple la función de control de garantías, pero pueden llegar a tornarse permanentes, si, al momento de expedirse la sentencia condenatoria, se llega al convencimiento, más allá de toda duda razonable, acerca de la efectiva existencia de las circunstancias que les dieron origen. Así lo dispone el prementado artículo 91 de la Ley 906 de 2004, cuyo texto reza:

Artículo 91. *Suspensión y cancelación de la personería jurídica.* En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas.

Las anteriores medidas se dispondrán con carácter definitivo en la sentencia condenatoria cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron.

4.2. La satisfacción económica

Conforme se ha insistido tantas veces, la reparación de las víctimas comporta los deberes de restituir (devolverlas a la situación previa al delito), indemnizar (compensar los perjuicios causados), rehabilitar (recuperación de quienes han sufrido traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito) y satisfacer o compensar moralmente (restablecer su dignidad y difundir la verdad sobre lo ocurrido)¹⁶². Por esa razón, con referencia a dicho tema, el artículo 43 LJP dispone que, cuando haya lugar a ello, el tribunal superior de distrito judicial debe ordenar la reparación y fijar las medidas pertinentes en la sentencia:

162 Añádase a lo anterior que, a tono con el artículo 8.º LJP, las víctimas también tienen derecho a que las conductas merced a las cuales fueron victimizadas no se repitan.

Artículo 43. *Reparación*¹⁶³. El Tribunal Superior de Distrito Judicial al proferir sentencia, ordenará la reparación a las víctimas y fijará las medidas pertinentes.

Ahora bien, de la pluralidad de aspectos implicados en la reparación, lo relativo a los bienes toca directamente con dos: la restitución y la indemnización¹⁶⁴. En el caso de la indemnización, atendido todo lo dicho en precedencia, no parece necesario suministrar en este punto adicionales explicaciones, pero, tratándose de la restitución, es pertinente recordar que, acorde con el artículo 46 LJP, la misma ha de entenderse como la devolución de la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos, lo cual incluye retornarle los bienes que eran de su propiedad y de los cuales se le despojó por los miembros de los grupos armados al margen de la ley:

Artículo 46. *Restitución*¹⁶⁵. La restitución implica la realización de los actos que propendan por la devolución a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos. Incluye el restablecimiento de la libertad, el retorno a su lugar de residencia y la devolución de sus propiedades¹⁶⁶.

En adición a ello, no sobra tampoco aclarar, a propósito del mismo tema, que la responsabilidad de favorecer los trámites relacionados con las reclamaciones sobre la propiedad y la tenencia de los bienes, de acuerdo con los artículos 52 y 53 LJP, le corresponde a las distintas comisiones regionales para la restitución de bienes:

Artículo 52. *Comisiones Regionales para la Restitución de Bienes*¹⁶⁷. Las comisiones regionales serán las responsables de propiciar los trámites relacionados con las reclamaciones sobre propiedad y tenencia de bienes en el marco del proceso establecido en la presente ley¹⁶⁸.

163 Corte Constitucional. Sentencias C-575 de 2006 y C-719 de 2006.

164 Cfr. artículo 47 LJP, para lo relativo a la rehabilitación.

165 Respecto de la rehabilitación, cfr. art. 47 LJP. Según el Comunicado de Prensa 53 de la Corte Constitucional de 4 de diciembre de 2008, la sentencia C-1199 de 2008, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA, declaró inconstitucional el inc. 2.º del art. 47, porque los servicios sociales brindados por el Gobierno constituyen un deber estatal y no una forma de reparación y rehabilitación, tal como lo define el art. 8.º LJP.

166 El agregado final *de ser posible*, que hacía parte del texto original, fue declarado inexecutable por sentencia C-370 de 2006.

167 Corte Constitucional. Sentencia C-575 de 2006.

168 Concordar con lo previsto en el artículo 1.º del Decreto 176 de 2008.

Artículo 53. *Composición*¹⁶⁹. Las Comisiones Regionales estarán integradas por un (1) representante de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, quien la (*sic*) presidirá; un (1) delegado de la Procuraduría para justicia y la paz; un (1) delegado de la Personería Municipal o Distrital; un (1) Delegado del Defensor del Pueblo; y un (1) delegado del Ministerio del Interior y de Justicia.

El Gobierno Nacional tendrá la facultad de designar un representante de las comunidades religiosas y determinará, de acuerdo con las necesidades del proceso, el funcionamiento y distribución territorial de las comisiones¹⁷⁰.

4.2.1. El Fondo para la Reparación de las Víctimas

Con independencia de quién sea, en última instancia, el obligado a la reparación de las víctimas, de acuerdo con el artículo 42 LJP, es claro que, cuando ella consista en una indemnización pecuniaria, su pago debe verificarse por medio del Fondo para la Reparación de las Víctimas, aun en el evento de que el sujeto activo de los daños no haya sido individualizado¹⁷¹:

Artículo 42. *Deber general de reparar*¹⁷². Los miembros de los grupos armados que resulten beneficiados con las disposiciones previstas en esta ley tienen el deber de reparar a las víctimas de aquellas conductas punibles por las que fueren condenados mediante sentencia judicial.

Igualmente, cuando no se haya logrado individualizar al sujeto activo pero se compruebe el daño y el nexo causal con las actividades del Grupo Armado Ilegal Beneficiario por las disposiciones de la presente ley, el Tribunal directa-

169 Corte Constitucional. Sentencia C-575 de 2006.

170 El artículo 23 del Decreto 4760 de 2005 (modificado por el art. 2.º Dcto. 176 de 2008) se ocupa de las funciones de las comisiones regionales para la restitución de bienes.

171 En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado 29240 se aclara la determinación del autor del daño en cuanto a la reparación económica por parte de las víctimas: “Sin embargo y aunque el pago de la indemnización puede ser asumido por el Fondo de Reparación en aquellos casos en los que no se individualice al autor material de las conductas delictivas causantes del agravio, circunstancia invocada por la apoderada de ELOÍSA RUIZ ÁLVAREZ, lo cierto es, que en tales situaciones también es imprescindible, además de acreditar el daño, probar su nexo causal con la actividad de un grupo armado al margen de la ley que tenga la condición de desmovilizado, es decir, debe ser beneficiario de la Ley 975 de 2005, circunstancias que como ya se precisó no tienen lugar dentro de este trámite”.

172 Corte Constitucional. Sentencias C-575 de 2006 y C-719 de 2006.

mente o por remisión de la Unidad de Fiscalía, ordenará la reparación a cargo del Fondo de Reparación.

Lo dicho en precedencia ha de entenderse, obviamente, sin perjuicio de otras acciones de reparación colectiva llevadas a cabo por el Gobierno Nacional, dirigidas, básicamente, a la no repetición de las conductas punibles, a recuperar la institucionalidad en las zonas más afectadas por la violencia, a promover los derechos de los ciudadanos afectados por esta última y a reconocer la dignidad de las víctimas¹⁷³.

Tornando al fondo aludido en el precitado artículo 42 LJP, ha de anotarse que, según el artículo 54 *ibídem*, el mismo es simplemente una cuenta especial, carente de personería jurídica, pero, aún así, se halla sometido a las reglas del derecho privado en todo lo relacionado con la ejecución de sus recursos, que resultan de la sumatoria de los bienes entregados a cualquier título por las personas desmovilizadas o los grupos armados organizados ilegales, las apropiaciones del presupuesto nacional y las donaciones en dinero o especie, nacionales o extranjeras; tiene por ordenador del gasto al director de la Red de Solidaridad Social y está sometido a la vigilancia de la Contraloría General de la República:

*Artículo 54. Fondo para la Reparación de las Víctimas*¹⁷⁴. Créase el Fondo para la Reparación de las Víctimas, como una cuenta especial sin personería jurídica, cuyo ordenador del gasto será el Director de la Red de Solidaridad Social. Los recursos del Fondo se ejecutarán conforme a las reglas del derecho privado.

El Fondo estará integrado por todos los bienes o recursos que a cualquier título se entreguen por las personas o grupos armados organizados ilegales a que se refiere la presente ley, por recursos provenientes del presupuesto nacional y donaciones en dinero o en especie, nacionales o extranjeras¹⁷⁵.

173 Cfr. el artículo 12 del Decreto 4670 de 2005.

174 Corte Constitucional. Sentencias C-370 de 2006 y C-575 de 2006.

175 Este inciso fue declarado exequible, siempre que se entienda que “todos y cada uno de los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley, responden con su propio patrimonio para indemnizar a cada una de las víctimas de los actos violatorios de la ley penal por los que fueron condenados; y también responderán solidariamente por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del grupo armado al cual pertenecieron” (sentencia C-370 de 2006).

Los recursos administrados por este Fondo estarán bajo la vigilancia de la Contraloría General de la República.

No obstante la sencillez de sus términos, al discriminar los distintos bienes llamados a conformar los recursos del Fondo, el inciso 2.º de la disposición recién transcrita ha suscitado alguna controversia, de la cual da cuenta el siguiente interrogante: ¿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, están afectados indiscriminadamente al pago de las indemnizaciones a cargo del mismo, o, por el contrario, deben ser restituidos a su anterior titular?

Aunque, en su momento, el inciso en cuestión fue acusado de inconstitucionalidad porque no establecía explícitamente que los bienes usurpados por los miembros de los grupos armados al margen de la ley, en vez de integrar la masa general del Fondo para la Reparación de las Víctimas, debían restituirse a sus legítimos dueños, poseedores o tenedores, la Corte se abstuvo de pronunciarse sobre el punto, alegando un defecto de forma en la demanda¹⁷⁶.

A tono con lo expuesto, la discusión sigue abierta, pero todo indica que una interpretación sistemática del plexo normativo integrado por las disposiciones contenidas en los artículos 250 numeral 1 C. N., 22 CPP y 46 LJP, entre otros, fuerza a reconocerles una especie de derecho preferencial sobre dichos bienes a los beneficiarios de la reparación vía restitución.

Antes de continuar, empero, con el análisis del artículo 54 LJP, más exactamente de sus párrafos, resulta ineludible detenerse, de modo muy breve, en el artículo 55 *ibidem*, puesto que en él se consagran expresamente, entre las funciones de la Red de Solidaridad Social (nums. 56.1 y 56.2), las de liquidar y pagar las indemnizaciones judiciales de las víctimas y administrar el Fondo para la Reparación de las mismas. Al respecto, es importante tener en cuenta que, de acuerdo con la redacción original del referido artículo, la liquidación y pago de las indemnizaciones judiciales en comento debían hacerse dentro de los límites autorizados en el presupuesto nacional, condicionamiento éste que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, bajo el argumento de que no resultaba ajustado a la Carta el hecho de que, ante la eventual inexistencia de recursos suficientes en el Presupuesto Na-

176 Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006.

cional, una indemnización reconocida y ordenada por un juez pudiera ser limitada, en cuanto a su monto, por la Red de Solidaridad Social¹⁷⁷.

En opinión de la Corte, condicionar el derecho de las víctimas a la indemnización a la existencia de recursos suficientes en el Presupuesto Nacional resultaba, ciertamente, desproporcionado y afectaba el derecho de aquéllas a obtener la reparación. Como es obvio, la consecuencia del argumento del alto tribunal es que la Red de Solidaridad Social no puede modificar –ni, mucho menos, desconocer– un derecho cierto y reconocido judicialmente, aunque las limitaciones presupuestales justifiquen *medidas de distribución equitativas y temporales*¹⁷⁸. El siguiente es, entonces, el tenor definitivo del comentado texto legal:

Artículo 55. *Funciones de la Red de Solidaridad Social*¹⁷⁹. La Red de Solidaridad Social, a través del Fondo de que trata la presente ley, tendrá a su cargo, de acuerdo con el presupuesto asignado para el Fondo, las siguientes funciones:

56.1. (*sic*) Liquidar y pagar las indemnizaciones judiciales de que trata la presente ley¹⁸⁰.

56.2 (*sic*) Administrar el Fondo para la Reparación de Víctimas.

177 “En otras palabras, la norma que se estudia permite que la materialización de un derecho cierto y reconocido judicialmente –v. gr. el derecho a recibir una indemnización decretada judicialmente en tanto elemento de la reparación por los daños sufridos en virtud de violaciones de los derechos humanos– quede sujeta a una contingencia posterior, consistente en que existan suficientes recursos dentro del Presupuesto Nacional para pagarla” (sentencia C-370 de 2006).

178 “Lo anterior no significa que la disponibilidad de recursos públicos sea irrelevante o que la Comisión Nacional de Reparación y Rehabilitación pierda su facultad de fijar criterios para distribuir los recursos destinados a la reparación (artículo 52.6). Lo que sucede es que el derecho cierto no se puede desconocer en virtud de los recursos disponibles en una determinada vigencia fiscal. Las limitaciones presupuestales justifican medidas de distribución equitativas y temporales de los recursos escasos, pero no el desconocimiento del derecho judicialmente reconocido, situación diferente a aquella en la cual se puede encontrar quien no cuenta a su favor con una providencia judicial específica que ya haya definido el monto de la indemnización a que tiene derecho” (sentencia C-370 de 2006).

179 Corte Constitucional. Sentencias C-370 de 2006 y C-575 de 2006.

180 Como viene de anotarse, el agregado *dentro de los límites autorizados en el presupuesto nacional*, que figuraba en el texto original, fue declarado inexecutable por sentencia C-370 de 2006.

56.3 (*sic*) Adelantar otras acciones de reparación cuando a ello haya lugar.

56.4 (*sic*) Las demás que señale el reglamento.

Abordando, ahora sí, en primer término, el examen del párrafo original del artículo 54 LJP, vale la pena recordar cómo los artículos 10 numeral 2 y 11 numeral 5 *ibídem*, condicionan el acceso de los desmovilizados colectiva o individualmente a los beneficios de ese régimen normativo (en el contexto de lo que la Corte Constitucional denomina *condiciones de accesibilidad*), entre otras cosas, al hecho de que entreguen los bienes producto de su actividad ilegal al Fondo para la Reparación de las Víctimas. Por esa razón, el párrafo que ahora interesa parte del antedicho supuesto:

Artículo 54. *Fondo para la Reparación de las Víctimas.*

[...]

Parágrafo. Los bienes a que hacen referencia los artículos 10 y 11, se entregarán directamente al Fondo para la Reparación de las Víctimas creado por esta ley. Igual procedimiento se observará respecto de los bienes vinculados a investigaciones penales y acciones de extinción del derecho de dominio en curso al momento de la desmovilización, siempre que la conducta se haya realizado con ocasión de su pertenencia al grupo organizado al margen de la ley y con anterioridad a la vigencia de la presente ley.

El Gobierno reglamentará el funcionamiento de este Fondo y, en particular, lo concerniente a la reclamación y entrega de bienes respecto de terceros de buena fe.

Artículo 10.º *Requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva*¹⁸¹. Podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que hayan sido o puedan ser imputados, acusados o condenados como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, cuando no puedan ser beneficiarios de algunos de los mecanismos establecidos en la Ley 782 de 2002, siempre que se encuentren en el listado que el Gobierno Na-

181 Corte Constitucional. Sentencias C-370 de 2006, C-575 de 2006, C-670 de 2006, C-719 de 2006 y C-080 de 2007.

cional remita a la Fiscalía General de la Nación y reúnan, además, las siguientes condiciones:

[...]

10.2 Que se entreguen los bienes producto de la actividad ilegal¹⁸².

Artículo 11. *Requisitos de elegibilidad para desmovilización individual*¹⁸³. Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que se hayan desmovilizado individualmente y que contribuyan a la consecución de la paz nacional, podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

[...]

11.5. Que entregue los bienes producto de la actividad ilegal, para que se repare a la víctima¹⁸⁴.

Antes de proseguir, es importante anotar, sin embargo, que, acorde con la interpretación constitucional de los artículos 10.º y 11 LJP, la obligación de entregar bienes impuesta en ellos a los desmovilizados sólo atañe a los de origen ilícito que se hallen en su poder; en estos casos, entiende la Corte, la propiedad sobre los mismos no pertenece a quien los entrega y, por consiguiente, lo que realmente ocurre como consecuencia de la entrega no es un traslado de la propiedad sino una devolución del bien a su verdadero propietario o al Estado¹⁸⁵. Como puede verse, esta interpretación apunta en la misma dirección de la tesis sostenida en este escrito, en el sentido de que, en los eventos de reparación vía restitución, existe una especie de derecho de prelación respecto de los propietarios, poseedores o tenedores originarios de los bienes concernidos.

182 La constitucionalidad de este numeral fue declarada en el entendido de que los desmovilizados *también deben informar en cada caso sobre la suerte de las personas desaparecidas* (sentencia C-370 de 2006).

183 Corte Constitucional. Sentencias C-370 de 2006, C-575 de 2006, C-670 de 2006, C-719 de 2006 y C-080 de 2007.

184 El agregado *cuando se disponga de ellos*, que hacía parte del texto original, fue declarado inexecutable por la sentencia C-370 de 2006.

185 Todo ello, se entiende, previa extinción del derecho de dominio y/o cancelación del correspondiente título ilícito.

Con todo, es claro que los bienes de origen lícito que hagan parte del patrimonio de los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley pueden verse afectados al pago de la indemnización que corresponda a las víctimas de las actividades delictivas de dichos grupos, pero a condición, eso sí, de que medie una decisión judicial en tal sentido¹⁸⁶.

De otro lado (si bien apuntando siempre en el mismo sentido del párrafo que se ha venido analizando), ha de agregarse que si los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley, ya condenados, aspiran a gozar del beneficio de la libertad a prueba, deberán entregar al Fondo tantas veces mencionado los bienes indispensables para cumplir con los actos de reparación que les hubieren sido impuestos en la sentencia, toda vez que, de acuerdo con el artículo 44 numeral 45.1, dicha entrega hace parte de los actos considerados por la LJP como realizadores de la reparación integral:

Artículo 44. *Actos de reparación.* La reparación de las víctimas de la que trata la presente ley comporta los deberes de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción.

Para tener derecho a gozar del beneficio de la libertad a prueba, el condenado deberá proveer al Fondo para la Reparación de las Víctimas los bienes¹⁸⁷, destinados para tal fin; realizar satisfactoriamente los actos de reparación que se le hayan impuesto; colaborar con el Comité Nacional de Reparación y Reconciliación o suscribir un acuerdo con el Tribunal Superior de Distrito Judicial que asegure el cumplimiento de sus obligaciones de reparación.

186 “Los requisitos de elegibilidad de que tratan los artículos 10 y 11 parcialmente demandados, son requisitos ‘para acceder a los beneficios que establece la presente ley’, es decir, son condiciones de accesibilidad. En estas circunstancias no parece necesario que en esta etapa la persona entregue parte de su patrimonio lícito, pues al menos técnicamente, no existe aún un título para dicho traslado. Ciertamente, los bienes de procedencia ilícita no le pertenecen y, por lo tanto, la entrega no supone un traslado de propiedad sino una devolución a su verdadero propietario —mediante la restitución del bien— o al Estado. Sin embargo, su patrimonio lícito le pertenecerá hasta tanto no exista una condena judicial que le ordene la entrega. En cambio, los bienes producto de la actividad ilegal, todos ellos sin excepción, deben ser entregados como condición previa para acceder a los beneficios que establece la Ley 975/05. El legislador puede establecer ese requisito de elegibilidad, tanto para la desmovilización colectiva como para la desmovilización individual” (sentencia C-370 de 2006).

187 El agregado *si los tuviese*, que formaba parte del texto original, fue declarado inexecutable por la sentencia C-370 de 2006.

Son actos de reparación integral los siguientes:

45.1. La entrega al Estado de bienes¹⁸⁸ para la reparación de las víctimas.

Tornando al Fondo para la Reparación de las Víctimas, ha de advertirse que, pese a su específica destinación legal, los bienes que lo constituyen, por expresa autorización del parágrafo 1.º del artículo 54 LJP, pueden ser objeto de determinados actos de disposición por parte de su administrador, cuando su naturaleza, uso o destino amenace deterioro o se imposibilite su administración. Lo anterior, según el mismo texto legal, sin perjuicio de lo previsto en el Código de Comercio (en adelante C. C.) sobre la inexistencia de los negocios jurídicos en los cuales haya ausencia de las solemnidades sustanciales exigidas por la ley para su formación o que carezcan de alguno de sus elementos esenciales:

Artículo 54 LJP. *Fondo para la reparación de las víctimas.*

[...]

Parágrafo 1.º¹⁸⁹ Sin perjuicio de las causales de inexistencia del acto o contrato a que se refiere el artículo 898 del Código de Comercio¹⁹⁰, la administradora de bienes incautados, o con extinción de dominio o comiso, o entregados para la reparación de las víctimas, podrá ordenar su enajenación o disposición cuando su naturaleza, uso o destino amenace deterioro o se imposibilite su administración.

Por su parte, los parágrafos 2.º y 3.º del mismo artículo 54 LJP se ocupan de regular aspectos concernientes a la gestión de los bienes del pluricitado Fondo, estableciendo, en su orden, que los gastos relativos a su protección,

188 El agregado *obtenidos ilícitamente*, que formaba parte del texto original, fue declarado inexecutable mediante sentencia C-575 de 2006.

189 Los parágrafos 1.º a 4.º fueron adicionados por el artículo 13 de la Ley 1151 de 2007, publicada en el *Diario Oficial* 46.700 del 25 de julio de 2007.

190 “Artículo 898. La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa. Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales”.

administración, conservación y mantenimiento correrán por cuenta de aquél y que el pago de las obligaciones tributarias de aquellos bienes que sean improductivos o que no generen ingresos puede suspenderse hasta cuando se produzca su enajenación o la generación de ingresos suficientes por razón de su uso; en esta segunda hipótesis, una vez cese la suspensión, el pago de los tributos pendientes debe asumirlo el contribuyente:

Artículo 54. Fondo para la Reparación de las Víctimas

[...]

Parágrafo 2.º La Dirección Nacional de Estupefacientes, con cargo a los recursos del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha Contra el Crimen Organizado, Frisco, y la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional - Acción Social, con cargo a los recursos del Fondo para la Reparación de las Víctimas, podrán efectuar los gastos que sean necesarios para la protección, administración, conservación y mantenimiento de los bienes a su cargo.

Artículo 54. Fondo para la Reparación de las Víctimas.

[...]

Parágrafo 3.º El pago de las obligaciones tributarias relacionadas con los bienes que administre la Dirección Nacional de Estupefacientes y Acción Social-Fondo para la Reparación de las Víctimas, que sean improductivos por no generar ingresos en razón a su situación o estado, se suspenderá hasta cuando ocurra alguno de los siguientes eventos:

- a) La enajenación del bien o la generación de ingresos suficientes por razón de su uso;
- b) La devolución al propietario en virtud de decisión judicial definitiva, en el caso de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

En los eventos previstos en los dos anteriores literales, una vez cese la suspensión, el contribuyente deberá sufragar el importe de los tributos no pagados durante la suspensión. En todo caso, tal pago será condición necesaria para la devolución del bien al propietario en el caso previsto en el literal b).

La suspensión del pago de tributos, de que aquí se trata, no impedirá la enajenación de los bienes.

Cuando se trate, finalmente, de la enajenación de bienes sujetos a registro, de acuerdo con el parágrafo 4.º del artículo 54 LJP, el acto administrativo correspondiente (indispensable frente a cualquier acto de disposición) hará las veces de título traslativo de dominio, una vez inscrito en la respectiva oficina de registro:

Artículo 54. *Fondo para la Reparación de las Víctimas*

[...]

Parágrafo 4.º La enajenación de los bienes sujetos a registro, se efectuará mediante acto administrativo el cual una vez inscrito en la oficina correspondiente constituirá título traslativo de dominio suficiente.

4.2.2. La reparación administrativa

De regular esta modalidad de reparación se ocupa el recién expedido Decreto 1290 de 2008, mediante el cual se creó el Programa de Reparación Individual, por vía administrativa, para las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley, que, según el artículo 1.º, hubieren sufrido violación de sus derechos fundamentales por la acción de dichos grupos, con anterioridad a la fecha de expedición del aludido decreto.

En líneas generales, se trata de un trámite administrativo que, de acuerdo con el artículo 11, no agota las posibilidades de reparación de las víctimas, pero con el cual se pretende contribuir a aliviar su situación de manera anticipada a la existencia de un pronunciamiento judicial; lo anterior, sin perjuicio, según el artículo 13, de la obligación principal de los victimarios y del derecho de repetición del Estado contra ellos, a lo cual habría que añadir la obligación subsidiaria que, al respecto, pesa sobre el propio Estado, pues, como seguidamente se verá, el decreto limita la indemnización de las víctimas a determinados bienes y cuantías¹⁹¹. Siendo ello así, es claro que tanto los victimarios directos como el Estado deben continuar obligados a cum-

191 Por tratarse de una reglamentación adicional o complementaria (en modo alguno sustitutiva o restrictiva) de la LJP, no parece que una limitación de esta naturaleza pueda, sin embargo, considerarse contraria a la Constitución.

plir, íntegramente, con la eventual reparación ordenada por los jueces, en el marco de la LJP.

Ahora bien, en cuanto a los derechos cuya violación se ampara mediante la normatividad en comento, la lista es la siguiente: la vida, la integridad física, la salud física y mental, la libertad individual y la libertad sexual. Así las cosas, la indemnización administrativa establecida en el decreto tiene lugar, únicamente, sobre la base de las concretas violaciones previstas en el artículo 5.º del mismo y con sujeción a las cantidades allí fijadas, con exclusión expresa de los delitos contra la propiedad, el patrimonio y las violaciones colectivas o atribuibles a agentes del Estado.

De la misma manera, son beneficiarios de la indemnización, de acuerdo con el artículo segundo, quienes,

Hubieren sufrido daño directo como consecuencia de la violación de sus derechos fundamentales por acción de los grupos armados organizados al margen de la ley.

Cuando a la víctima se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida, tendrán esa condición el cónyuge o compañero o compañera permanente o el familiar en primer grado de consanguinidad o primero civil de la víctima directa o aquellos que dependían económicamente de la misma.

En cuanto a los victimarios, ellos son, obviamente, los “integrantes de los grupos armados organizados al margen de la ley, de que trata la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificado por las leyes 548 de 1999, 782 de 2002 y 1106 de 2006, con independencia de que se les identifique, aprehenda, procese o condene, y sin consideración a la relación familiar existente entre el autor y la víctima”.

Respecto de las medidas concretas de reparación administrativa reguladas en el decreto, los artículos 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º y 9.º, reguladores de la materia, se refieren, en su orden, a la *indemnización solidaria* (que es el pago que realiza el Estado a las víctimas o a los beneficiarios por las violaciones y en las cantidades preestablecidas), la *restitución*, la *rehabilitación*, las *medidas de satisfacción* y la *garantía de no repetición* de las conductas delictivas.

Naturalmente, en tanto ninguna víctima puede recibir una doble reparación económica por el mismo concepto, según el artículo 12 del decreto, cuando alguna de ellas, habiendo recibido ya una indemnización por vía administrativa, obtenga luego otra en sede judicial, a cargo del Estado, lo pagado por este último en el primer caso debe deducirse de lo que judicial-

mente esté obligado a sufragar en el segundo, todo ello sin perder de vista el carácter subsidiario de su obligación y el derecho de repetición que le asiste contra los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley.

De otra parte, cabe finalmente agregar que, tanto para obtener el reconocimiento de la reparación individual por vía administrativa como para lograr su efectiva realización, es menester observar el procedimiento establecido en el capítulo cuarto, artículos 20 a 29 del pluricitado decreto, con la advertencia de que, acorde con el artículo 31 *ibidem*, el funcionario que retarde u omita de forma injustificada el trámite o decisión de las solicitudes correspondientes se expone a las sanciones previstas en el Código Único Disciplinario.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y DOGMÁTICOS

ALMAGRO NOSETE, JOSÉ. *Lecciones de derecho procesal penal*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1996.

ARMENTA DEU, TERESA. *Lecciones de derecho procesal penal*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA. *Derecho procesal penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998.

BUSTAMANTE ALSINA, JORGE. *Teoría general de la responsabilidad civil*, 4.^a ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO. *Tratado de responsabilidad civil*, 3.^a ed., Madrid, Civitas, 1993.

FENECH, MIGUEL. *El proceso penal*, 4.^a ed., Madrid, Aagesa, 1982.

GAVIRIA LONDOÑO, VICENTE EMILIO. *Víctimas, acción civil y sistema acusatorio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

GIMENO SENDRA, VICENTE. *Derecho procesal penal*, Madrid, Colex, 2004.

GIMENO SENDRA, VICENTE, VÍCTOR MORENO CATENA, JOSÉ ALMAGRO NOSETE y VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ. *Derecho procesal*. t. II, "Proceso penal", 3.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1991.

HENAO, JUAN CARLOS. *El daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

MONTERO AROCA, JUAN, JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER, ALBERTO MONTÓN REDONDO y SILVIA BARONA VILAR. *Derecho jurisdiccional III. El proceso penal*, 14.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

OLIVA SANTOS, ANDRÉS DE LA, SARA ARAGONESES MARTÍNEZ, RAFAEL HINOJOSA SEGOVIA, JULIO MUERZA ESPARZA y JOSÉ ANTONIO TOMÉ GARCÍA. *Derecho procesal penal*, 7.^a ed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004.

POSADA ORREGO, JOHN JAIME y JUAN GUILLERMO JARAMILLO DÍAZ (comps.). *Reflexiones sobre el sistema acusatorio*, Medellín, Librería Jurídica Sánchez R., 2008.

RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO. *Enjuiciamiento criminal. Octava lectura constitucional*, Barcelona, Atelier, 2006.

ROXIN, CLAUDIUS. *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. *De la responsabilidad civil*, Bogotá, Temis, 1999.

TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. *La indemnización de perjuicios en el proceso penal*. Legis. Bogotá. 2003.

Jurisprudencia

Corte Constitucional. Sentencia C-412 de 1993, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Corte Constitucional. Sentencia C-275 de 1994, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2002, MM.PP.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

Corte Constitucional. Sentencia C-580 de 2002, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

Corte Constitucional. Sentencia C-875 de 2002, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

Corte Constitucional. Sentencia C-004 de 2003, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2003, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Corte Constitucional. Sentencia C-014 de 2004, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Corte Constitucional. Sentencia C-592 de 2005, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

Corte Constitucional. Sentencia C-979 de 2005, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Corte Constitucional. Sentencia C-1154 de 2005, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006, MM. PP.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, RODRIGO ESCOBAR GIL, MARCO GERARDO MONROY CABRA, ÁLVARO TAFUR GALVIS y CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Corte Constitucional. Sentencia C-454 de 2006, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Corte Constitucional. Sentencia C-531 de 2006, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Corte Constitucional. Sentencia C-425 de 2006, MM.PP.: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Corte Constitucional. Sentencias C-575 de 2006, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

Corte Constitucional. Sentencia C-650 de 2006, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

Corte Constitucional. Sentencia C-670 de 2006, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

Corte Constitucional. Sentencia C-717 de 2006, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Corte Constitucional. Sentencia C-719 de 2006, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

Corte Constitucional. Sentencia C-080 de 2007, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

Corte Constitucional. Sentencia C-209 de 2007, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Corte Constitucional. Sentencia C-210 de 2007, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Corte Constitucional. Sentencia C-516 de 2007, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Corte Constitucional. Sentencia C-060 de 2008, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 27052 del 23 de mayo de 2007, M. P.: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 27484 del 8 de junio de 2007, M. P.: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia del 11 de julio de 2007, rad. 26945, MM.PP.: YESID RAMÍREZ BASTIDAS y JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 28040 del 23 de agosto de 2007, M. P.: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 27484 del 2 de octubre de 2007, M. P.: AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 28769 del 11 de diciembre de 2007, M. P.: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 29472 del 10 de abril de 2008, M. P.: YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 29240 del 21 de abril de 2008, M. P.: JAVIER ZAPATA ORTIZ.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 29559 del 22 de abril de 2008, M. P.: JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 29560 del 28 de mayo de 2008, M. P.: AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 29642, del 23 mayo de 2008, M. P.: YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 30442 del 3 de octubre de 2008, M. P.: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

[www.raes.es]. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 22.^a ed., en línea.

Normas

Ley 975 de 2005.

Decreto 4760 de 2005.

Ley 906 de 2004.

Decreto 3391 de 2006.

Decreto 4417 de 2006.

Decreto 315 de 2007.

Decreto 1290 de 2008.

Decreto 176 de 2008.

CAPÍTULO TERCERO

EL RÉGIMEN DE ALTERNATIVIDAD PENAL

SUMARIO: I. El régimen de alternatividad penal: fundamentos constitucionales y requisitos. II. Desarrollo legal del régimen de alternatividad penal. III. La acumulación, la pena y su cumplimiento. IV. Fundamento jurídicos y dogmáticos.

A esta altura de la exposición, se puede afirmar que la Ley 975 de 2005, Ley de Justicia y Paz (LJP) no dispone la extinción de la acción penal ni, tampoco, que la pena deje de ejecutarse¹; por tal motivo, no comporta una amnistía ni un indulto; simplemente, prevé un trato menos riguroso comparado con el contenido de las normas sustanciales y procesales ordinarias². Al antedicho régimen, denominado *de alternatividad penal*, se dedicarán las siguientes páginas.

1 Ver acápite sobre jurisdicción y competencia.

2 “Aplicadas las nociones precedentes al análisis de la Ley 975 de 2005, se observa por la Corte que en ella no se dispone la extinción de la acción penal en relación con los delitos que puedan ser imputados a miembros de grupos armados que decidan acogerse a aquella, razón por la cual resulta claro que el Estado no decidió mediante esta ley olvidarse de las acciones delictuosas, por lo que en rigor jurídico-constitucional la afirmación según la cual dicha ley concede una amnistía, no es de recibo.

Por lo que hace a la supuesta concesión de un indulto, tampoco se encuentra que alguna de las normas contenidas en la ley acusada disponga que la pena con la cual culmine un proceso iniciado contra los miembros de grupos armados ilegales que decidan acogerse a esa ley una vez impuesta por sentencia judicial, deje de ejecutarse. Es decir, no contiene la Ley 975 de 2005 una disposición que exonere al delincuente del cumplimiento de la sanción penal. Si bien es verdad que se le hace objeto de un tratamiento jurídico-penal menos riguroso que el existente en el Código Penal –si se cumplen por el infractor unos requisitos determinados en relación con las víctimas y por la colaboración con la administración de justicia–, lo cierto es que, aun así, no desaparece la pena” (sentencia C-370 de 2006).

I. EL RÉGIMEN DE ALTERNATIVIDAD PENAL:

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y REQUISITOS

En líneas generales, la institución objeto de comentario implica la concesión, en aras del logro de la paz nacional, de un beneficio punitivo a los miembros de los grupos armados ilegales desmovilizados, teniendo en cuenta que, dentro de este contexto, la palabra *beneficio* simplemente indica que, comparada con el Código Penal, la LJP es menos severa en punto de las penas. Este mecanismo legal supone, sin embargo, la afectación de valores (p. ej., la justicia) y derechos (como los de las víctimas a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición) reconocidos en la Constitución Política, y ello ha dado lugar a plurales demandas de inconstitucionalidad, en tanto un régimen punitivo menos riguroso puede conllevar un sacrificio desproporcionado de los ya mencionados derechos de las víctimas, en especial, a la verdad y a la justicia.

Al hilo de lo anterior, urge comenzar anotando que la Corte Constitucional ha entendido que la referida afectación de los prementados valores y derechos constitucionales, aunque existente, no puede considerarse desproporcionada³ y que, por dicho motivo, las disposiciones acusadas de inconstitucionalidad no pueden ser declaradas como tales.

En efecto, por cuanto atiende –dicho sea en forma inicial– al derecho a la verdad, debe aclararse que la LJP no lo menoscaba, pues los beneficios tienen como presupuesto lógico y jurídico la revelación de los delitos llevados a cabo por los desmovilizados. La realización del derecho a la verdad es, entonces, uno de los pilares –tal vez el principal– sobre los cuales se erige la ley examinada; en este entendido, la concesión de beneficios como contrapartida de la revelación –completa y veraz– de las conductas punibles ejecutadas contribuye en forma directa a la efectividad del referido derecho y explica, suficientemente, el motivo por el cual las prerrogativas en mención son esencialmente revocables.

Las mayores dificultades surgen, sin lugar a dudas, a la hora de armonizar los derechos a la paz y a la justicia; esto es, cuando se trata de resolver el conflicto suscitado entre el derecho del Estado a castigar los delitos y el de las víctimas a que los responsables de aquéllos reciban un castigo justo por

3 Según la doctrina constitucional, es manifiestamente desproporcionada toda norma que traspase los límites mínimos o no negociables, que la Carta impone a la facultad de configuración legislativa del Congreso en cualquier tiempo (sentencia C-370 de 2006).

sus crímenes, por un lado, y los beneficios punitivos inherentes a la alternabilidad penal, previstos en aras de la pacificación nacional, por el otro.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado varias razones a favor de la constitucionalidad de la LJP en este punto, siendo la primera y más importante de todas ellas la que advierte que el valor justicia está garantizado mediante la imposición al sentenciado de las penas principales y accesorias en principio procedentes conforme al Código Penal, llamadas a hacerse efectivas si el desmovilizado incumple los compromisos que le hubieran sido impuestos en el marco de la justicia transicional⁴.

De esta suerte, acorde con lo previsto en el artículo 3.º LJP, la alternabilidad es un beneficio en virtud del cual se suspende la ejecución de una pena *–la ordinaria–*, que es reemplazada por otra *–la alternativa–*⁵, concedido a sus destinatarios (los miembros desmovilizados de los grupos armados organizados al margen de la ley) cuando han contribuido⁶ a la consecución de la paz, proveído a su resocialización, colaborado con la justicia y reparado a las víctimas⁷:

4 Cfr. sentencia C-370 de 2006.

5 Al respecto, el parágrafo 3.º del artículo 1.º del Decreto 3391 de 2006 establece: “Parágrafo 3.º. En relación con los beneficiarios de la aplicación de la presente ley, la condición de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, a que hace referencia el artículo 2 de la Ley 975 de 2005 y el parágrafo 1.º del artículo 3.º de la Ley 782 de 2002, se entiende respecto del bloque o frente al que, en su momento, se encontraron vinculados.

En todo caso, el proceso previsto en la Ley 975 de 2005 dará lugar a una sola condena judicial y pena alternativa, haya el beneficiario pertenecido a uno o varios bloques o frentes, siempre que los hechos punibles objeto de la decisión judicial se hubieren cometido durante y con ocasión de su pertenencia a los mismos”.

6 El Decreto 3391 de 2006 (inc. 2.º art. 2.º) prevé: “La contribución a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia y con el esclarecimiento de la verdad a partir de la confesión plena y veraz de los hechos punibles cometidos durante y con ocasión de la pertenencia al grupo, la garantía de no repetición y la reparación a las víctimas, previo el cumplimiento de las exigencias establecidas en esta ley, constituyen el fundamento de la concesión del beneficio jurídico de la pena alternativa”.

7 Hay que tener en cuenta que, de acuerdo con lo previsto en la LJP, 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”.

Artículo 3.º *Alternatividad*⁸. Alternatividad es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización. La concesión del beneficio se otorga según las condiciones establecidas en la presente ley⁹.

Lo dicho en precedencia fue refrendado por la Corte Constitucional, cuando afirmó que la alternatividad penal es

un beneficio que incorpora una rebaja punitiva significativa, al cual pueden acceder los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que se sometan a un proceso de reincorporación a la vida civil, y que hayan sido autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos. *La concesión del beneficio está condicionada al cumplimiento de unos requisitos establecidos en la ley, orientados a satisfacer a cabalidad los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición*¹⁰ (resaltado fuera del texto).

Un segundo argumento a considerar en punto de la constitucionalidad de la LJP, a la luz del valor justicia, dice relación con la respuesta al interrogante sobre si la reacción estatal en estos casos es adecuada, pues, al final, la tantas veces mencionada alternatividad penal supone un beneficio punitivo, acorde con el cual quienes han cometido delitos –algunos de suma gravedad– están llamados a cumplir penas significativamente inferiores a las previstas en el Código Penal. La pregunta es, entonces, si la LJP es un ropaje de aparente juridicidad para hechos que al final quedarán impunes.

Para que la respuesta a la cuestión formulada sea negativa y, por ende, para afirmar la constitucionalidad de la institución en comento, ha dicho la Corte, es necesario que las penas previstas en la LJP, además de ser justas y adecuadas, se impongan dentro del marco del ejercicio del *ius puniendi* estatal; lo contrario, entiende la referida corporación, implicaría la deslegitima-

8 Corte Constitucional. Sentencias C-127 de 2006, C-370 de 2006, C-575 de 2006 y C-719 de 2006.

9 La constitucionalidad de este artículo fue condicionada, por la sentencia C-370 de 2006, al entendimiento de que “la colaboración con la justicia debe estar encaminada a lograr el goce efectivo de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición”.

10 Cfr. sentencia C-370 de 2006.

ción de la potestad sancionadora del Estado y propiciaría la impunidad¹¹. Así las cosas, aunque la máxima instancia constitucional colombiana halló ajustada la ley en comento a la Carta Política, las razones acabadas de exponer sirvieron de fundamento para declarar, por ejemplo, la inconstitucionalidad del artículo 31 LJP.

Sirvan, pues, para cerrar este acápite, las propias palabras de los encargados de la salvaguarda de nuestra Carta Magna:

Aún en el marco de un instrumento que invoca como propósito fundamental la materialización de la paz en el país, la pena no puede ser despojada de su atributo de reacción justa y adecuada a la criminalidad, ni puede producirse al margen de las intervenciones estatales que el ejercicio del *ius puniendi* reclama en el Estado constitucional de derecho. Lo primero conduciría a fenómenos de impunidad indeseables, aun en el contexto de un proceso de pacificación, y lo segundo a la pérdida de legitimidad de la potestad sancionadora del Estado. El régimen punitivo que caiga en uno u otro fenómeno resulta contrario a la Constitución¹².

II. DESARROLLO LEGAL DEL RÉGIMEN DE ALTERNATIVIDAD PENAL

Sin perjuicio de ulteriores referencias —cuando sea indispensable— a la constitucionalidad de las normas que integran el régimen objeto de comentario, seguidamente se procederá a examinar en detalle el sistema legal que le da forma.

Esto dicho, sea lo primero indicar que la correspondiente sala del respectivo tribunal superior de distrito judicial, en su condición de órgano de conocimiento en primera instancia, debe imponer en la sentencia condenatoria de rigor aquella sanción que, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal, corresponda a los delitos imputados a los desmovilizados, es decir, la pena principal y la(s) accesoria(s) previstas en el estatuto punitivo.

Sin embargo, conforme se ha dejado expuesto, el legislador ha previsto la concesión de un determinado beneficio punitivo para quienes, en el marco de la justicia transicional y dentro del propósito de pacificación nacional, cumplan con los requisitos establecidos en la LJP¹³. De esta suerte, la pena

11 Cfr. sentencia C-370 de 2006.

12 Cfr. sentencia C-370 de 2006.

13 De conformidad con lo establecido en el Decreto 880 de 2008 (reglamentario del art. 61 LJP), también serán beneficiarios de la pena alternativa los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley con los cuales se llego a acuerdos humanitarios.

originalmente impuesta en la sentencia de condena se suspende en su ejecución, para dar paso a otra, la denominada pena *alternativa*, consistente, en cualquier caso, en privación de la libertad por un período de entre cinco (5) y ocho (8) años, cuyo monto definitivo está llamado a concretarse en función de la gravedad de los delitos y de la colaboración del beneficiario en su esclarecimiento; directrices éstas que, atendido lo dispuesto en el inciso 2.º del artículo 29 LJP, operan a la manera de criterios dosimétricos específicos, en modo alguno incompatibles con los establecidos, por vía general, en los artículos 54 y siguientes C. P.

Expresado nuevamente en palabras de la Corte Constitucional:

la alternatividad penal es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena ordinaria aplicable en virtud de las reglas generales del Código Penal, para que en lugar de cumplir esta pena ordinaria, el condenado cumpla una pena alternativa menor, de un mínimo de 5 años y de un máximo de 8 años. En la sentencia condenatoria, primero, se fija la pena ordinaria (la principal y las accesorias), y, segundo, se reemplaza dicha pena, cuya ejecución es suspendida por ministerio de la ley, por la pena alternativa de 5 a 8 años, entre otras determinaciones que han de tomarse en la sentencia. En el concepto de alternatividad penal adoptado en la Ley 975 de 2005 la pena ordinaria no desaparece, sino que es fijada en la sentencia. Lo que sucede es que el condenado que reúna los requisitos establecidos en dicha ley se beneficia con una pena alternativa inferior que también ha de ser fijada en la sentencia. Es esta pena alternativa la que efectivamente debe cumplir el condenado¹⁴.

En resumen, la pena ordinaria (principal y accesorias¹⁵) impuesta en la sentencia condenatoria de acuerdo con los criterios del Código Penal se suspende y, en su reemplazo, se impone una pena alternativa, que tiene como causa, se reitera, la contribución de su destinatario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación de las víctimas y su adecuada resocialización¹⁶.

En cuanto a los requisitos previstos en el artículo 3.º LJP, conviene aclarar que la constitucionalidad del mismo se condicionó, en su momento, a la

14 Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006.

15 El inciso 3.º del artículo 10.º del Decreto 3391 de 2006, al referirse a la pena ordinaria, aclara –si acaso había dudas al respecto– que la misma está integrada por la pena principal y las accesorias.

16 Cfr. sentencia C-370 de 2006.

circunstancia de que la *colaboración con la justicia* realizada por el desmovilizado (de la cual depende, no se olvide, la suspensión de la ejecución de la pena) se materializara en acciones concretas, encaminadas a asegurar la efectividad de los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación. La Corte Constitucional entendió que era preciso imponer la precitada inteligencia de la norma, por cuanto los términos de la fórmula legal eran excesivamente genéricos y podían dar lugar a otras interpretaciones susceptibles de limitar, en forma desproporcionada, los referidos derechos.

A propósito de los tantas veces mencionados requisitos, es necesario anotar que, a lo dicho sobre la *justicia* –con motivo de los fundamentos constitucionales y de las exigencias inherentes al régimen de alternabilidad penal– en la sección anterior, debe agregarse que la *resocialización* está circunscrita al desmovilizado considerado individualmente y, en tal sentido, es indispensable que éste se comprometa a contribuir con aquélla, realizando actividades tales como trabajar, estudiar o enseñar durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, al igual que a promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció (art. 29 inc. 3.º LJP), debiendo obviamente considerarse en este último caso su obligación como de medio y no de resultado. Por lo demás, todo lo relacionado con la *reparación de las víctimas* ha sido objeto de extensa consideración en el capítulo denominado “El derecho de las víctimas a la reparación económica integral en la Ley de Justicia y Paz”.

Pasando a otro aspecto, urge resaltar que, por mandato del párrafo del artículo 29 LJP, el cumplimiento de la pena alternativa debe hacerse *integralmente*, esto es, sin que sus destinatarios puedan aprovecharse de rebajas o subrogados penales complementarios; lo anterior ha de entenderse, empero, sin perjuicio del *principio de favorabilidad*, pues, por expresa disposición del artículo 63 LJP, quienes se hayan beneficiado de la pena alternativa podrán, no obstante, acogerse a cualquier beneficio contenido en leyes promulgadas con posterioridad¹⁷. Desde el punto de vista político criminal, el aludido beneficio ha sido considerado, pues, suficiente por el legislador, a los efectos de la consecución de la paz.

17 “Artículo 63. *Ley futura más favorable*. Si con posterioridad a la promulgación de la presente ley, se expiden leyes que concedan a miembros de grupos armados al margen de la ley beneficios más favorables que los establecidos en esta, las personas que hayan sido sujetos del mecanismo alternativo, podrán acogerse a las condiciones que se establezcan en esas leyes posteriores”.

Ahora bien, una vez cumplido el tiempo de privación efectiva de la libertad fijado en la sentencia como pena alternativa, el desmovilizado recupera el disfrute de aquélla, pero, de acuerdo con el inciso 4.º del pluricitado artículo 29 LJP, queda sujeto, acto seguido, a un régimen de *libertad a prueba* durante un lapso equivalente a la mitad del impuesto como pena alternativa, que conlleva para él la adquisición de compromisos tales como los de no reincidir en los delitos por los cuales fue condenado, presentarse periódicamente ante el tribunal superior del distrito judicial correspondiente e informar de cualquier cambio de residencia¹⁸.

Como es natural, si el beneficiario cumple con las antedichas obligaciones, una vez expire el plazo del período de prueba, la pena ordinaria (esto es, la impuesta conforme a las reglas del Código Penal) debe declararse extinguida; por el contrario, si las incumple, lo procedente es proveer a la revocatoria de la libertad a prueba, con la consecuente pérdida, por su parte, de los demás beneficios previstos en la LJP. De esta suerte, el afectado con la revocatoria debe proceder a descontar la denominada pena ordinaria, a la cual debe como es obvio abonársele el tiempo efectivamente cumplido con motivo de la pena alternativa, con la advertencia de que, en este supuesto, sí proceden los subrogados penales previstos en el Código Penal (art. 29 inc. 5.º LJP).

*Artículo 29. Pena alternativa*¹⁹. La Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial determinará la pena que corresponda por los delitos cometidos, de acuerdo con las reglas del Código Penal.

En caso que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en esta ley, la Sala le impondrá una pena alternativa que consiste en privación de la libertad por un período mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos.

Para tener derecho a la pena alternativa se requerirá que el beneficiario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y a promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la

18 Cfr. Dcto. 4760 de 2005, inc. 5.º art. 8.º.

19 Corte Constitucional. Sentencias C-127 de 2006, C-370 de 2006, C-531 de 2006, C-575 de 2006, C-719 de 2006, C-650 de 2006 y C-080 de 2007.

ley al cual perteneció. Cumplida la pena alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia se le concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período durante el cual el beneficiado se compromete a no reincidir en delitos, a presentarse periódicamente ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial que corresponda y a informar cualquier cambio de residencia²⁰.

Cumplidas estas obligaciones y transcurrido el periodo de prueba, se declarará extinguida la pena principal. En caso contrario, se revocará la libertad a prueba y se deberá cumplir la pena inicialmente determinada, sin perjuicio de los subrogados previstos en el Código Penal que correspondan²¹.

Parágrafo. En ningún caso se aplicarán subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias a la pena alternativa.

A propósito de abonos a la pena en definitiva impuesta, no sobra recordar que el artículo 31 LJP, en su momento declarado inexecutable por la Corte Constitucional, disponía que el tiempo durante el cual los miembros de los grupos armados al margen de la ley hubieran permanecido en las zonas de concentración decretadas por el Gobierno Nacional²² debía descontarse del tiempo de ejecución de la pena alternativa, siempre que no excediera de 18 meses y que dicha permanencia fuera certificada por un funcionario del propio Gobierno con la ayuda de las autoridades locales. Al respecto, la Corte apuntó que si el ingreso de los miembros de los grupos armados ilegales a las zonas de ubicación temporal o de concentración era voluntario y tenía por objeto favorecer las negociaciones para alcanzar la paz, entonces era contrario a las características de justicia, retribución y prevención propias de la pena (consustanciales, recuérdese, al ejercicio del *ius puniendi* estatal) que la ubicación voluntaria en una zona de concentración fuera equiparada, en cuanto a sus efectos, a una pena, pues “no comporta la imposición coercitiva de la restricción de derechos fundamentales”²³.

20 El aparte original “los [...] por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley” fue declarado inexecutable mediante la sentencia C-370 de 2006.

21 La constitucionalidad de este inciso fue condicionada a que se entienda que “también se revocará el beneficio cuando haya ocultado en la versión libre su participación como miembro del grupo en la comisión de un delito relacionado directamente con su pertenencia al grupo” por la sentencia C-370 de 2006.

22 Se entiende, en los términos de la Ley 782 de 2002.

23 Cfr. sentencia C-370 de 2006.

Por último, en punto de inexequibilidades, es preciso tener en cuenta la del artículo 70 LJP, en cuyo texto se preveía una rebaja de pena (equivalente a la décima parte) para quienes cumplieran penas por sentencias ejecutoriadas al momento de entrar en vigor la LJP; en este caso, la inconstitucionalidad señalada obedeció, sin embargo, a vicios de procedimiento²⁴.

III. LA ACUMULACIÓN, LA PENA Y SU CUMPLIMIENTO²⁵

Todo lo referente a las penas ordinaria y alternativa, así como a la extinción de dominio y a los demás compromisos y obligaciones adquiridos por el desmovilizado, debe consignarlo el correspondiente tribunal en la sentencia²⁶. Ahora bien, a los efectos de determinar la pena principal a imponer, es importante tener en cuenta que la LJP (art. 20) prevé que se puedan acumular tanto procesos en curso como penas ya impuestas²⁷, siempre y cuando unos y otras versen sobre hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del desmovilizado a un grupo armado organizado al margen de la ley.

24 “Artículo 70. *Rebaja de penas*. Las personas que al momento de entrar en vigencia la presente ley cumplan penas por sentencia ejecutoriada, tendrán derecho a que se les rebaje la pena impuesta en una décima parte. Exceptúese (*sic*) los condenados por los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, lesa humanidad y narcotráfico. Para la concesión y tasación del beneficio, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad tendrá en cuenta el buen comportamiento del condenado, su compromiso de no repetición de actos delictivos, su cooperación con la justicia y sus acciones de reparación a las víctimas”. (Cfr. sentencia C-370 de 2006).

25 Cfr. artículo 20 LJP y artículos 10.º y 11 del Decreto 3391 de 2006

26 “Artículo 24. *Contenido de la sentencia*. De acuerdo con los criterios establecidos en la ley, en la sentencia condenatoria se fijarán la pena principal y las accesorias. Adicionalmente se incluirán la pena alternativa prevista en la presente ley, 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.

La Sala correspondiente se ocupará de evaluar el cumplimiento de los requisitos previstos en esta ley para acceder a la pena alternativa”. (Cfr. inc. 4.º art. 8.º Dcto. 4760 de 2005).

27 El sistema de acumulación jurídica de penas está previsto en el artículo 31 C. P. conforme al cual, cuando existe concurso de conductas punibles, el autor “quedará sometido a la [disposición] que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas”.

En sentido contrario, conforme se adelantó en otro momento²⁸, la LJP prohíbe la citada acumulación si a una persona que en su momento se benefició de lo previsto en las leyes 782 de 2000 o 975 de 2005 se le imputan posteriormente delitos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a los grupos armados organizados al margen de la ley; en consecuencia, dichas conductas deben ser investigadas y juzgadas por las autoridades competentes y las leyes vigentes al momento de su comisión (art. 25 LJP).

Al hilo de lo anterior, vale la pena recordar que la Corte Constitucional declaró la inexecutable parcial del artículo 25 LJP, por cuanto, atendida la redacción original de la disposición, el posible silencio y el consecuente ocultamiento de delitos por parte de los desmovilizados no impediría que éstos gozaran del beneficio de la pena alternativa, en claro detrimento del derecho de las víctimas a la verdad, más aún cuando la carga de demostrar que la referida omisión fue intencional correspondía al Estado²⁹. Con todo, la regulación legal a este respecto no acaba de ser satisfactoria, aun después de la corrección introducida por la Corte Constitucional, pues, más que impedir la acumulación, la consecuencia de la reticencia del desmovilizado debería ser más severa y traducirse en la pérdida de la totalidad de los beneficios propios de la LJP; ello, por supuesto, en la medida en que se quiera ser coherente con la importancia que, en este contexto, ha querido darse a los derechos a la verdad y a la justicia.

28 Ver el acápite relativo a jurisdicción y competencia y el capítulo titulado “El derecho de las víctimas a la reparación económica integral en la Ley de Justicia y Paz”. También cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, sentencia rad. 28250 del 25 de septiembre de 2007, M. P.: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ.

29 “Cuando se trata del ocultamiento de delitos, inclusive tan graves como masacres, secuestros masivos, asesinatos y desapariciones, bombardeo de pueblos o de lugares de culto, reclutamiento masivo de menores, entre otros, el tránsito de sus autores a la vida civil estimulado por el beneficio de la reducción de la pena efectiva a cumplir supone, cuando menos, que estos satisfagan de manera completa y fidedigna el derecho de las víctimas a la verdad [...] En consecuencia, la Corte declarará inexecutable el inciso segundo y el siguiente apartado del inciso primero del artículo 25 de la ley demandada: ‘sin perjuicio del otorgamiento de la pena alternativa, en el evento que colabore eficazmente en el esclarecimiento o acepte, oralmente o por escrito, de manera libre, voluntaria, expresa y espontánea, debidamente informado por su defensor, haber participado en su realización y siempre que la omisión no haya sido intencional. En este evento, el condenado podrá ser beneficiario de la pena alternativa. Se procederá a la acumulación jurídica de las penas alternativas sin exceder los máximos establecidos en la presente ley’” (sentencia C-370 de 2006).

De regreso a la figura de la acumulación, de acuerdo con la LJP, tampoco son susceptibles de acumularse los procesos o las penas que se adelanten o impongan por delitos realizados con anterioridad a la pertenencia del desmovilizado al grupo armado ilegal; según ello, es desde todo punto de vista contrario al texto y a la teleología de la ley verificar acumulación alguna, cuando se trate de delitos carentes de vínculo con las actividades del respectivo grupo armado y/o con la militancia en el mismo por parte del desmovilizado. Para mayor claridad, he aquí cómo rezan las disposiciones respectivas:

*Artículo 20. Acumulación de procesos y penas*³⁰. Para los efectos procesales de la presente ley, se acumularán los procesos que se hallen en curso por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del desmovilizado a un grupo armado organizado al margen de la ley. En ningún caso procederá la acumulación por conductas punibles cometidas con anterioridad a la pertenencia del desmovilizado al grupo armado organizado al margen de la ley³¹.

30 Corte Constitucional. Sentencias C-370 de 2006, C-531 de 2006, C-575 de 2006 y C-719 de 2006.

31 A este respecto, los artículos 10.º y 11 del Decreto 3391 de 2006 establecen, en su orden, lo siguiente:

“Artículo 10.º Acumulación jurídica de penas para efectos de la fijación de la pena ordinaria, cuya ejecución es reemplazada por la pena alternativa. El desmovilizado que haya sido previamente condenado por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la ley, podrá ser beneficiario de la pena alternativa de que trata la Ley 975 de 2005 si cumple con los requisitos correspondientes para su concesión.

Habiéndose acogido el desmovilizado a la Ley 975 de 2005, de existir condenas previas en los términos del inciso 2.º del artículo 20 de la misma, para la fijación de la pena ordinaria en la sentencia que profiera la Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Código Penal sobre acumulación jurídica de penas, de forma que aquellas se acumularán jurídicamente a la nueva condena que se llegare a imponer”.

“Artículo 11. Acumulación de procesos. De conformidad con los artículos 16 y 20 de la Ley 975 de 2005, para los efectos procesales se acumularán todos los procesos que se hallen en curso o deban iniciarse por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del desmovilizado a un grupo armado organizado al margen de la ley, de lo cual será informado. En ningún caso procederá la acumulación por conductas punibles cometidas con anterioridad a la pertenencia del desmovilizado al grupo armado organizado al margen de la ley.

Si en relación con el desmovilizado existe medida de aseguramiento de detención dictada en otro proceso, recibida la lista de postulados elaborada por el Gobierno Nacional en la forma prevista por el artículo 1.º del Decreto 2898 de 2006, el Fiscal Delegado asignado de la Unidad Nacional de Justicia y Paz, una vez cumplidas las averiguaciones de

Cuando el desmovilizado haya sido previamente condenado por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la ley, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Código Penal sobre acumulación jurídica de penas³².

*Artículo 25. Hechos conocidos con posterioridad a la sentencia o al indulto*³³. Si a los miembros de grupos armados al margen de la ley que recibieron los beneficios de la Ley 782 de 2002, o que se beneficiaron con la pena alternativa de conformidad con la presente ley, con posterioridad se les llegare a imputar delitos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos y antes de su desmovilización, estas conductas serán investigadas y juzgadas por las autoridades competentes y las leyes vigentes al momento de la comisión de esas conductas³⁴.

Como ya se ha dicho, la posibilidad de acumular procesos y penas suscitó, en su momento, alguna controversia en punto de su constitucionalidad; ante ello, la Corte Constitucional consideró que las acumulaciones aludidas

que tratan los artículos 15 y 16 de la Ley 975 de 2005 y obtenidas las copias pertinentes de las actuaciones procesales solicitadas por él, le recibirá versión libre. Si el desmovilizado se encuentra privado de la libertad por orden de otra autoridad judicial, continuará en esa situación. En todo caso, una vez adoptada la medida de aseguramiento por el magistrado de Control de Garantías dentro del proceso de Justicia y Paz, que incluya los hechos por los cuales se profirió la detención en el otro proceso, éste se suspenderá, respecto del postulado, hasta que termine la audiencia de formulación de cargos dispuesta en el artículo 19 de la ley 975 de 2005. En ésta se incluirán aquellos por los cuales se ha impuesto medida de aseguramiento en el proceso suspendido siempre y cuando se relacionen con conductas punibles cometidas durante y con ocasión de la pertenencia del desmovilizado al grupo armado organizado al margen de la ley.

Declarada la legalidad de la aceptación de los cargos por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial, la actuación procesal suspendida se acumulará definitivamente al proceso que se rige por la Ley 975 de 2005 respecto del postulado. Sin embargo, en caso que no acepte los cargos o se retracte de los admitidos, inmediatamente se avisará al funcionario judicial competente para la reanudación del proceso suspendido.

Mientras se encuentre suspendido el proceso judicial ordinario no correrán los términos de la actuación penal en relación con el imputado que se acoge a los beneficios de la Ley 975 de 2005”.

32 El texto original: “pero en ningún caso, la pena alternativa podrá ser superior a la prevista en la presente ley” fue declarado inexecutable mediante sentencia C-370 de 2006.

33 Corte Constitucional. Sentencias C-370 de 2006, C-531 de 2006, C-575 de 2006, C-650 de 2006 y C-719 de 2006.

34 Este artículo fue declarado parcialmente inexecutable mediante sentencia C-370 de 2006.

no afectaban de manera desproporcionada el valor justicia, salvedad hecha de una parte del inciso 2.º del artículo 20 LJP (concretamente, la expresión “pero en ningún caso la pena alternativa podrá ser superior a la prevista en la presente ley”), que, en tanto suponía eliminar totalmente las condenas impuestas por hechos delictivos cometidos antes de la desmovilización, sí era desproporcionada³⁵.

La acumulación es una figura procesal de carácter definitivo, que se aplica para los procesos y las penas y tiene por objeto agrupar dentro de un mismo procedimiento aquella investigación o condenas que existan contra un postulado al proceso de justicia y paz. La acumulación procede en éste especial procedimiento una vez la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial declara la legalidad de la aceptación de cargos, caso en el cual el proceso suspendido se acumulará definitivamente a la actuación regulada por la Ley 975 de 2005.

La suspensión de los procesos contra los postulados de justicia y paz opera a partir de la diligencia de versión libre cuando el fiscal deja al desmovilizado a disposición del magistrado de garantías para ratificar la medida de aseguramiento proferida en otro despacho judicial o para imponérsela bajo el procedimiento de justicia y paz. La suspensión por lo tanto es una medida provisional que procede hasta finalizar la audiencia de formulación de cargos³⁶.

Tanto la suspensión como la acumulación solo procede respecto a actuaciones que se hallen en curso por delitos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del postulado al GAOML.

Antes de cerrar, empero, el tema de la acumulación, conviene no olvidar que, en armonía con lo dispuesto en el artículo 69 LJP, siempre que medie certificación del Gobierno Nacional al respecto, debe decretarse la extinción de la acción penal (a materializarse en las correspondientes resoluciones inhibitoria o de preclusión de la instrucción o en el respectivo auto de cesación del procedimiento³⁷) a favor de quienes se hayan desmovilizado en el marco de la Ley 782 de 2002, en los casos de los delitos de concierto para delinquir del inciso 1.º del artículo 340 C. P., utilización ilegal de uniformes e insignias, instigación a delinquir del inciso 1.º del artículo 348 C. P. y fa-

35 Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006.

36 Mientras se encuentre suspendido un proceso penal ordinario no correrán los términos de prescripción de la acción penal.

37 Cfr. artículos 327 y 39 de la Ley 600 de 2000, CPP vigente para la época de expedición de la Ley 782 de 2002.

bricación, tráfico y porte de armas y municiones; ahora bien, si, tratándose de los mismos delitos, la acción penal ya se ha extinguido por agotamiento o consunción, prevé igualmente la LJP que dichas personas puedan acceder a los beneficios jurídicos consagrados en la Ley 782 de 2002³⁸. En todo caso, lo que importa resaltar es que en ninguno de los anteriores supuestos hay lugar al fenómeno de la acumulación.

La pena finalmente impuesta, haya habido o no acumulación, debe, de todas maneras, cumplirse en los establecimientos determinados al efecto por el Gobierno Nacional, siendo del caso advertir, primero, que los referidos establecimientos deben cumplir con las condiciones de seguridad y austeridad propios de los administrados por el INPEC y, segundo, que, al margen de ello, la pena puede cumplirse en el exterior:

*Artículo 30. Establecimiento de reclusión*³⁹. El Gobierno Nacional determinará el establecimiento de reclusión donde debe cumplirse la pena efectiva.

Los establecimientos de reclusión deben reunir condiciones de seguridad y austeridad propios de los establecimientos administrados por el INPEC⁴⁰.

La pena podrá cumplirse en el exterior.

38 “Artículo 69. Las personas que se hayan desmovilizado dentro del marco de la Ley 782 de 2002 y que hayan sido certificadas por el Gobierno Nacional, podrán ser beneficiarias de resolución inhibitoria, preclusión de la instrucción o cesación de procedimiento, según el caso, por los delitos de concierto para delinquir en los términos del inciso primero del artículo 340 del Código Penal; utilización ilegal de uniformes e insignias; instigación a delinquir en los términos del inciso primero del artículo 348 del Código Penal; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones.

Las personas condenadas por los mismos delitos y que reúnan las condiciones establecidas en el presente artículo, también podrán acceder a los beneficios jurídicos que para ellas consagra la Ley 782 de 2002”.

39 Corte Constitucional. Sentencias C-370 de 2006, C-531 de 2006, C-575 de 2006 y C-080 de 2007.

40 Sobre este particular, el artículo 13 del Decreto 3391 de 2006 establece: “El Gobierno Nacional determinará el establecimiento de reclusión donde debe cumplirse la pena efectiva, al cual se aplicarán integralmente las normas jurídicas sobre control penitenciario consagradas en la Ley 65 de 1993 o normas que la sustituyan o adicionen.

Para efectos del cumplimiento de los artículos 12 y 144 de la Ley 65 de 1993 que establecen que el cumplimiento de la pena se regirá por los principios del sistema progresivo del tratamiento penitenciario, el Gobierno nacional podrá disponer el tipo de establecimientos de reclusión de los previstos en el Código Penitenciario en los cuales se implementen programas restaurativos dirigidos a restablecer el tejido social y los vínculos entre las víctimas, las comunidades y los ofensores, incluyendo la realización de proyectos productivos o de capacitación vocacional”.

A propósito de la transcripción precedente, cabe señalar que, con fundamento en las mismas reflexiones que condujeron a la Corte Constitucional a declarar la inexecutable del artículo 31 LJP, la corporación condicionó la constitucionalidad del precitado inciso 2.º del artículo 30 *ibidem*; es decir, para evitar la distorsión de la pena –así como de sus funciones– y eludir el consecuente riesgo de impunidad derivado de unir un trato punitivo preferente a la ejecución flexible de las sanciones⁴¹, dicho tribunal ordenó entender que los establecimientos donde debían cumplirse las penas impuestas en el marco de la LJP debían estar “sujetos integralmente a las normas jurídicas sobre control penitenciario”⁴².

Cabe anotar en este punto que los miembros desmovilizados del grupo armado organizado al margen de la ley podrán ser ubicados en los establecimientos de reclusión de justicia y paz administrados y definidos por el INPEC y en los previstos por el párrafo 2.º del artículo 21 de la Ley 65 de 1993, mientras se adelantan los procesos judiciales pertinentes de que trata la LJP⁴³.

Para dar por concluida esta sucinta aproximación al régimen de alternatividad penal, resta sólo advertir que, tratándose de la figura de la acumulación de penas –a la cual se le ha dedicado el último segmento de esta sección–, conviene examinar con sumo cuidado los hechos sobre los cuales haya lugar a pronunciarse, pues en no pocos casos se estará en frente de supuestos constitutivos de fenómenos como el del concurso de delitos o, también, el

41 “Ahora bien, desde el punto de vista de los derechos de las víctimas a que se haga justicia, con fundamento en el principio de dignidad resulta manifiestamente desproporcionado someterlas a lo que podría ser considerado, desde su aflicción, como impunidad. La dimensión colectiva del derecho a que se haga justicia podría verse también afectado por la percepción de impunidad que se deriva de adicionar a las significativos beneficios que en materia punitiva consagra la ley, otros beneficios en la ejecución de la pena que la desvirtúan por completo” (sentencia C-370 de 2006).

42 Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006.

43 Conviene no olvidar lo dispuesto en el párrafo del artículo 11 del Decreto 3391 de 2006: “Los miembros desmovilizados del grupo armado organizado al margen de la ley, que voluntariamente se pongan a disposición de las autoridades en virtud de su acogimiento a la Ley 975 de 2005, podrán ser ubicados en los establecimientos de reclusión de justicia y paz administrados y definidos por el INPEC y en los previstos por el párrafo 2.º del artículo 21 de la Ley 65 de 1993, 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”.

del delito continuado, cuyas consecuencias, en punto de la determinación de la pena respectiva, demandan, como se sabe, particular atención por parte de quienes están llamados a individualizarla en cada caso concreto⁴⁴.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y DOGMÁTICOS

Corte Constitucional. Sentencia C-127 de 2006, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006, MM.PP: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, RODRIGO ESCOBAR GIL, MARCO GERARDO MONROY CABRA, ÁLVARO TAFUR GALVIS y CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Corte Constitucional. Sentencias C-575 de 2006, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

Corte Constitucional. Sentencia C-650 de 2006, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

Corte Constitucional. Sentencia C-719 de 2006, M.P. JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

Corte Constitucional. Sentencia C-080 de 2007, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

Normas

Ley 782 de 2002.

Ley 975 de 2005.

Decreto 4760 de 2005.

Decreto 3391 de 2006.

Decreto 880 de 2008.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Los delitos continuado y masa. A propósito del art. 31 del Código Penal*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana.

44 No es necesario insistir en que los problemas dogmáticos asociados a la unidad y/o pluralidad de acciones penalmente relevantes es un tópico de especiales complejidades dogmáticas y de significativas consecuencias de orden práctico. A esclarecer buena parte de las cuestiones propias del tema enunciado contribuye, la recientemente publicada obra de FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Los delitos continuado y masa. A propósito del art. 31 del Código Penal*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2008.

CAPÍTULO CUARTO

LA ACTIVIDAD IMPUGNATORIA Y EL RÉGIMEN DE LOS RECURSOS

SUMARIO: I. Los fundamentos conceptuales. 1. Los recursos. 1.1. Motivación y publicidad. 1.2. Legitimación e interés. 1.3. Objeto. 2. La doble instancia. 3. La prohibición de la reforma en peor. II. Los fundamentos normativos. 1. El Código de Procedimiento Penal. 1.1. Los recursos. 1.1.1. Reposición. 1.1.2. Apelación. 1.1.3. Casación. 1.1.4. Revisión. 1.2. La doble instancia y la interdicción de la reforma en peor. 2. La Ley de Justicia y Paz. 2.1. La reposición. 2.2. La apelación. 2.3. La revisión. 2.4. La improcedencia de la casación. III. Fundamentos jurídicos y dogmáticos.

A tono con la que ya es una tradición en el mundo occidental, la Ley de Justicia y Paz (LJP) prevé la posibilidad de que quienes se vean afectados con las decisiones judiciales adoptadas por los órganos encargados de aplicarla puedan impugnarlas, siempre y cuando se encuentren legitimados para ello. Y aunque lo relativo al derecho de impugnación y, en general, a los recursos, es uno de aquellos tópicos a los cuales la doctrina ha dedicado muchos y muy valiosos estudios, conviene, a los efectos del presente trabajo, precisar tanto el contenido como el alcance de la temática propuesta, en el marco propio de la legislación especial objeto de examen.

I. LOS FUNDAMENTOS CONCEPTUALES

El derecho de impugnación se asocia, con razón, a otro más genérico, cual es el derecho a la defensa; en este punto conviene aclarar que la defensa y —claro— todo aquello que ella implica no constituye patrimonio exclusivo de los destinatarios de la persecución penal, pese a que en un primer momento sólo se concebía, o al menos de modo especialmente preponderante, en tal sentido¹.

1 Ni siquiera del proceso penal ni de la disciplina que se encarga de su estudio. En este mismo sentido, cfr. ERNEST BELING. *Derecho procesal penal*, Madrid, Labor, 1943, p.

A propósito de esto último, aunque resulta innecesario reiterar la relevancia que la defensa procesal tiene dentro del Estado de derecho, sí es pertinente insistir en que fueron el ánimo de limitar el poder omnímodo –absoluto– de los soberanos y la propensión por reivindicar al individuo, tan característicos de la Ilustración y de la Modernidad, los soportes morales, políticos y jurídicos de este contrapoder propio del ámbito procesal, mediante el cual se pretendió encauzar –o, si se prefiere, limitar– el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

En armonía con lo que antecede, la defensa en materia procesal ha sido reconocida e introducida a los ordenamientos jurídicos contemporáneos –de modo casi universal– en forma de *derecho*, y ello supone la obligación de los poderes públicos de promoverlo y protegerlo; en consecuencia, el estatus de la defensa, con fundamento en las normas internacionales que lo consagran, es el de un *derecho humano* y, al interior de determinados ordenamientos, como ocurre en Colombia, el de un *derecho fundamental*². No obstante, además de caracterizarse como un derecho, la defensa procesal también puede entenderse como una *actividad*³, cuyo desarrollo al interior del proceso penal corre a cargo de los sujetos procesales⁴ a favor de los cuales se halla establecido el *derecho de contradicción*, en cuanto exacta contrapartida del de *acción*.

Ahora bien, una de esas actividades mediante las cuales se realiza el derecho de defensa (y, por ende, el de contradicción) en el ámbito procesal es la de *impugnación*, por cuanto le permite a los sujetos procesales lograr –cuando no la comparten– la revisión de una determinada decisión, con el objeto

111, y EDGARDO VILLAMIL PORTILLA. *Teoría constitucional del proceso*, Bogotá, Doctrina y Ley, 1999, p. 135.

2 Cfr. artículo 29 C. N.

3 Así lo expresan reconocidos autores como FRANCESCO CARNELUTTI. *Lecciones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Jurídicas EuropaAmérica, 1950, p. 233); MIGUEL FENECH. *Derecho procesal penal*, 2.^a ed., Barcelona, Labor, 1952, pp. 458 y ss.; VINCENZO MANZINI. *Tratado de derecho procesal penal*, Caracas, Ediciones de Cultura Jurídica, 1987, p. 571; o SILVA SILVA. Ob. cit., p. 197).

4 En materia procesal penal se discute sobre si cabe hablar de un derecho de defensa radicado en cabeza de quien, en nombre del Estado, ostenta la titularidad de la acción penal; lo dicho tiene alguna relevancia en este punto porque, aunque se negara la existencia de un derecho de defensa radicado en los sujetos aludidos, aun así debería afirmarse la existencia de un derecho de impugnación a su favor. Con todo, pese al interés de la cuestión propuesta, su discusión no es estrictamente indispensable en esta oportunidad.

de obtener la corrección del supuesto error⁵ en que pudiera haber incurrido el funcionario de conocimiento encargado de dictarla⁶.

Dentro del examen de la referida actividad, revisten capital importancia, por lo menos, tres temas: el de los *recursos*, el de la *doble instancia* y el de la *prohibición de la reforma en peor*, que serán objeto de tratamiento separado a continuación.

1. Los recursos

La facultad de impugnar las decisiones judiciales se fundamenta en la fallibilidad humana y, en ese entendido, los recursos son aquellos instrumentos jurídico-procesales mediante los cuales pueden denunciarse los eventuales yerros (sobre los hechos o sobre el derecho, por ahora da igual) en que puedan incurrir quienes tienen la responsabilidad de adoptar las decisiones judiciales. La consecuencia de la interposición de un recurso, al margen de cualquier anotación en punto de su trámite, es la revisión de la decisión cuestionada, bien por el mismo funcionario que la haya proferido, bien por otro de superior jerarquía.

1.1. Motivación y publicidad

Como es apenas natural, el ejercicio de los recursos sólo es posible, al menos en términos racionales, frente a decisiones cuyos *motivos* se conocen; por ello, lo atinente a la *motivación de las decisiones judiciales* –dada su inmediata incidencia sobre los *principios de publicidad y contradicción*– deviene un tópico fundamental en este contexto: efectivamente, para poder contro-

5 “...el ideal de certeza que alimenta el seguimiento de determinados procedimientos y que sustenta la eficacia de los derechos, no es absoluto. Existe el riesgo del error, que por desgracia es inherente a todos los juicios humanos”. El régimen del proceso está dispuesto, por lo menos teóricamente, ya que no siempre del mejor modo posible, indudablemente en forma idónea para ser garantía contra ese riesgo; sin embargo, la ley misma reconoce su gravedad y dispone un medio especial para combatirlo. A ello provee un instituto al que la ciencia del proceso ha dado el nombre de impugnación. Cfr. CARNELUTTI, Ob. cit., p. 133 (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-680 de 1998, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ).

6 La acepción jurídica de la expresión *impugnar*, conforme lo reconoce la Real Academia de la Lengua Española, es la de interponer un recurso contra una decisión judicial; el sentido técnico, empero, no contradice en lo abusoluto los tradicionales de combatir, contradecir o refutar (cfr. [www.rae.es]).

vertir algo, con alguna posibilidad de éxito, es preciso conocer aquello (en este caso, los argumentos) que se pretende rebatir.

1.2. Legitimación e interés

Tratándose de *quién puede impugnar* una decisión, la doctrina y la jurisprudencia, conjuntamente con la legislación, han entendido, de modo general, que tiene tal facultad aquél que, ostentando la condición de *sujeto procesal*, tenga *interés* para ello, con el agregado de que, de ordinario, el anotado interés deviene de la afectación, desconocimiento o menoscabo de la situación procesal de aquél; esto, sin duda, hace de la interposición de los recursos, en el ámbito de lo procesal, un *acto típico de parte*, lo cual no obsta, sin embargo, para que, en veces –tal como acontece en el proceso penal colombiano–, pueda ser también sujeto activo de la actividad impugnatoria un mero *interviniente*.

Al hilo de lo anotado, fácilmente se entiende por qué suele decirse, primero, que a la impugnación se asocia un alto componente de *legitimación democrática* de las decisiones judiciales, en la medida en que les permite a los sujetos procesales participar de la construcción de las mismas, y, segundo, que, al menos en teoría, acerca las determinaciones a un cierto ideal de racionalidad, en tanto minimiza los posibles errores.

1.3. Objeto

Por último, no puede dejar de recordarse que no cualquier providencia es susceptible de impugnación; por ello, las diferentes legislaciones procesales suelen precisar el tipo de decisiones contra las cuales pueden interponerse los distintos recursos y, en adición a ello, establecen el tipo de recurso en cada caso pertinente⁷.

Por regla general –y en abstracto–, puede decirse que los recursos proceden contra aquellas determinaciones con capacidad para lesionar sensiblemente los intereses de los sujetos procesales⁸, aclarando que tanto la clase como los efectos, al igual que los recursos concretos y las determinaciones

7 Suele distinguirse entre los recursos ordinarios (reposición, apelación y queja) y los extraordinarios (revisión y casación); sin embargo, esta última categoría es bastante imprecisa y, por lo mismo, es mejor no tenerla en cuenta.

8 HERNANDO DEVIS ECHANDIA. *Principios fundamentales del derecho procesal penal*, Bogotá, Edit. ABC, 1981, p. 40. Paréntesis fuera de texto.

contra las cuales proceden estos últimos, son temas usualmente librados al desarrollo y a la configuración legislativa⁹; pese a lo dicho, la referida libertad de configuración debe ajustarse, cuando sea necesario, a las limitaciones constitucionales, que, en el caso colombiano, imponen, por ejemplo, el respeto de los derechos fundamentales y, en particular, del debido proceso.

2. La doble instancia

En punto de la cuestión atinente a *quién debe resolver el recurso* interpuesto, han hecho carrera, básicamente, dos modelos o sistemas procesales, conocidos, en su orden, como *de única y de doble instancia*, que responden a muy concretos condicionamientos históricos, políticos y filosóficos sobre los cuales no es posible extenderse ahora, más allá de esta referencia.

A los efectos del presente escrito, lo que realmente interesa es anotar que los sistemas procesales penales contemporáneos (casi todos mixtos, en mayor o en menor medida), contemplan la posibilidad de impugnar las decisiones adoptadas a lo largo de la actuación, especialmente las sentencias, con la pretensión, como ya se dijo, de reducir los yerros judiciales, que, en materia penal –sobre todo cuando comprometen la libertad personal–, revisten una indiscutible trascendencia¹⁰.

Al hilo de lo que antecede, a los componentes democrático y racional involucrados en la actividad impugnatoria y señalados con antelación debe añadirse, entonces, un cierto sentido de *control*, en tanto la revisión de las decisiones provocada por el ejercicio de los recursos puede acarrear la intervención de un funcionario diferente de aquél que dictó la providencia acusada, normalmente de mayor jerarquía¹¹.

9 Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que, por lo menos en Estados como el colombiano, los recursos tienen un fundamento constitucional del cual no se puede prescindir.

10 Sobre el particular, GIMENO SENDRA. Ob. cit., pp. 83 ss. y SUÁREZ SÁNCHEZ. Ob. cit., p. 326.

11 “...la doble instancia, cuya especial trascendencia en el campo penal es evidente, no es sin embargo, forzosa en todos los asuntos que son materia de decisión judicial, pues el legislador, dentro de la facultad que tiene de regular su trámite, bien puede decidir en cuáles procede la segunda instancia y en cuáles no, siempre y cuando con esa determinación no vulnere normas constitucionales, especialmente, las que consagran derechos fundamentales de las partes procesales”: cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-179 de 1995, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, donde la Corte declaró la exequibilidad de una norma que establecía la no procedencia de ciertos recursos en el proceso verbal sumario y en el proceso de ejecución de mínima cuantía. Cfr. también la sentencia C-377 de 2002, M.

3. La prohibición de la reforma en peor

Como es bien sabido, la impugnación suscita varias cuestiones particularmente complejas en punto de la teoría del proceso, pero tal vez la más relevante y discutida de todas ellas es la relativa a la *competencia del funcionario encargado de revisar la decisión* recurrida.

Sobre este particular, la doctrina ha sostenido, dos posiciones antagónicas, de modo claro emparentadas con sendas concepciones políticas de lo procesal: mientras un sector entiende que dicha competencia debe ser *amplia*, hasta el punto de permitírsele al órgano revisor pronunciarse sobre la totalidad del objeto del proceso sin limitación alguna (excediendo, de este modo, el motivo concreto del reclamo), otro grupo, cada vez más numeroso, aduce –con razón– que la misma debe circunscribirse al examen del tema concreto propuesto en la sustentación del recurso.

Como es natural, sólo en conexión o a propósito de esta última postura es que viene al caso la *interdicción de la reforma peyorativa o de la reforma en peor*, es decir, la prohibición de agravar la situación procesal del recurrente, postulado éste que, en materia penal, ha hecho carrera cuando quien interpone el recurso es el procesado o su representante; tal interdicción, no sin matices¹², supone, en efecto, una garantía del derecho de defensa, en un doble sentido: primero, por cuanto –de no existir la limitante en cuestión– los aspectos nuevos introducidos en la segunda decisión (“sorpresivos”, como se dice) no serían susceptibles de una nueva revisión; segundo, porque –al erradicar la opción del empeoramiento de la situación– se garantiza en mayor medida la *libertad* de interponer los recursos, rodeando, de paso, de adicionales garantías su ejercicio.

P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, en la que la Corte declaró la exequibilidad de una norma que establecía que el auto que inadmitía la demanda de una acción popular era inapelable” (Corte Constitucional. Sentencia C-456 de 2006, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA).

12 En un intento por conciliar los intereses de la sociedad (según los cuales la reforma en peor procede por causas de justicia) con los del inculpado, se ha optado, al fin de cuentas, por una salida aparentemente ecléctica, como resultado de la cual es común encontrar en las normas procesales de los distintos ordenamientos la prohibición de reformar las providencias impugnadas en perjuicio del procesado, pero, eso sí –se añade–, siempre y cuando éste sea el único recurrente (lo de *único*, por cierto, suele entenderse en sentido cualitativo y no cuantitativo).

II. LOS FUNDAMENTOS NORMATIVOS

La constitucionalización de los Estados contemporáneos ha tenido, como nadie lo ignora, una importante influencia en el ámbito jurídico de lo procesal, cuyos principios se han hecho paulatinamente merecedores, en consecuencia, de expresa consagración en los textos constitucionales. El referido fenómeno se ha materializado, indistintamente, en los dos grandes cuerpos que suelen reconocerse en la estructura de las constituciones occidentales: el destinado a las normas relativas a la organización de la administración de justicia, o *parte orgánica*, y el consagrado a los derechos fundamentales, o *parte axiológica*.

Cuanto viene de anotarse se ejemplifica claramente en el ordenamiento constitucional colombiano, al interior del cual se encuentran normas dedicadas a cuestiones procesales tanto en la parte orgánica como en la axiológica. Tratándose del tema objeto de análisis, no huelga señalar que los aspectos relativos a la *doble instancia* y a la *prohibición de la reforma peyorativa* fueron incluidos expresamente entre el grupo de los *derechos fundamentales* (arts. 29 inc. 4.º y 31 C. N.),¹³ condición en la cual forman parte del *debido proceso*, a título de elementos estructurales del mismo.

Por lo demás, a la manera de una especie de directriz hermenéutica de carácter general, es importante tener en cuenta que el desarrollo legislativo de la actividad impugnatoria y de su componente fundamental, los recursos, le compete, en el caso colombiano, al legislador, en cuanto titular de la facultad de producción normativa en ese campo. Conviene tener siempre presente lo anterior, a la hora de revisar la jurisprudencia constitucional sobre esta materia, pues no son pocas las ocasiones en las cuales la Corte Constitucional ha dejado claro que la determinación del concreto régimen de recursos es de competencia exclusiva del legislador.

13 Artículo 29, inciso 4.º: “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

Artículo 31. “Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.

1. El Código de Procedimiento Penal

Lo expresado con antelación, en el sentido de que la actividad impugnatoria constituye una de las prototípicas manifestaciones de la defensa procesal, es ratificado por el actual CPP, Ley 906 de 2004, cuando, en no pocas de sus disposiciones, consagra, entre otras atribuciones de la defensa, las de interponer y sustentar, cuando fuere del caso, los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión¹⁴; frente a ello, sólo resta insistir en que esta facultad, en cuanto ligada a la *defensa procesal* –y, por ende, al *principio de contradicción*–, no es exclusiva de la *defensa*, en su acepción de sujeto procesal o parte¹⁵.

Una vez más, sin embargo, no es posible detenerse en los detalles del régimen legal general de los recursos, salvo en aquellos tópicos imprescindibles para resaltar los aspectos más característicos del mismo, en tanto sean útiles, claro está, para el ulterior desarrollo de las cuestiones atinentes a la LJP, eje de las reflexiones que se han venido hilvanando a lo largo del presente escrito; por ello, en las venideras líneas sólo se avocará el examen de los temas específicamente relacionados con las tres cuestiones aludidas en el acápite anterior, esto es, los *recursos*, la *doble instancia* y la *prohibición de la reforma en peor*.

1.1. Los recursos

En forma expresa, el CPP dispone que son *recursos ordinarios* la *reposición* y la *apelación*; al hilo de esta mención, es bueno anotar que la distinción usualmente realizada, sobre todo en la doctrina, entre los recursos ordinarios y los extraordinarios (comprendiendo dentro de estos últimos la casación y la revisión), responde a razones históricas y dogmáticas que, en principio, pueden considerarse superadas, en la medida en que partían del supuesto, equivocado, de que los llamados recursos *extraordinarios* respondían a los mismos –o, al menos, muy similares– fundamentos¹⁶ que los *ordinarios*,

14 Art. 124 num. 7 CPP.

15 De otro lado, la Fiscalía General de la Nación, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, está facultada para interponer y sustentar los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 114 numeral 13 CPP.

16 En especial, porque se entendió, de la mano de una concepción manifiestamente privatista del asunto, que mediante la casación y la revisión se reparaban *agravios* inferidos a las partes.

cuando, tanto por su origen como por su naturaleza y su función, eran –y son– claramente diferenciables.

1.1.1. Reposición

Atendido el texto legal pertinente¹⁷, la *reposición* procede respecto de todas las decisiones proferidas en el proceso, exceptuada la sentencia; se interpone y sustenta –de manera oral e inmediata– en la respectiva audiencia y se resuelve allí mismo, previo traslado a las demás partes e intervinientes¹⁸, por el funcionario que haya dictado la providencia objeto del recurso.

Ahora bien, dado el silencio del legislador procesal penal en punto de su propósito u objeto, resulta de gran utilidad lo señalado al respecto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando, echando mano de lo previsto en el Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC)¹⁹ sobre el particular, afirmó que el recurso en comento tiene por finalidad “que el mismo funcionario que profirió la decisión [...] vuelva sobre ella, y si es del caso, la revoque, reforme, adicione o aclare en forma total o parcial”²⁰.

1.1.2. Apelación

Este trascendental medio de impugnación, que –a diferencia de la reposición– da lugar a la intervención de un órgano de superior jerarquía al que ha

17 Art. 176 Ley 906 de 2004.

18 Aunque la ley no lo mande expresamente, así lo exige el principio de contradicción.

19 Artículo 348 CPC: “*Reposición*. Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado ponente no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, a fin de que se revoquen o reformen.

El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, por escrito presentado dentro de los tres días siguientes al de la notificación del auto, excepto cuando éste se haya dictado en una audiencia o diligencia, caso en el cual deberá interponerse en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto.

El auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en el anterior, caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de los puntos nuevos.

Los autos que dicten las salas de decisión no tienen reposición; podrá pedirse su aclaración o complementación para los efectos de los artículos 309 y 311, dentro del término de su ejecutoria”.

20 Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal. Auto del 29 de mayo de 1996, rad. 10710-96. En el mismo sentido cfr. auto del 22 de agosto de 1996, rad. 9688-96.

emitido la providencia recurrida, procede, por su parte, contra los autos que se expidan durante el desarrollo de las audiencias (con la precisiones que se apuntarán luego) y contra la sentencia, sea ésta condenatoria o absolutoria; en ambos casos puede haber excepciones, pero, a la vista de la disposición correspondiente, las mismas deben ser expresas:

Artículo 176 de la Ley 906 de 2004. *Recursos ordinarios*. Son recursos ordinarios la reposición y la apelación.

Salvo la sentencia la reposición procede para todas las decisiones y se sustenta y resuelve de manera oral e inmediata en la respectiva audiencia.

La apelación procede, salvo los casos previstos en este código, contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, y contra la sentencia condenatoria o absolutoria.

A la luz de la disposición examinada, resulta claro que la regulación legal es más amplia, si se la compara con la constitucional, pues esta última, recuérdese, circunscribe el derecho a impugnar sólo a las sentencias; en la sede legal, se amplían, entonces, tanto el espectro de recursos a utilizar (pues se añade el de reposición²¹) como las decisiones respecto de las cuales ellos proceden (dado que se agregan los autos).

Por lo demás, el propio estatuto procesal penal ha prefijado el alcance de las expresiones *sentencia* y *auto*. Sobre la primera, núcleo de la garantía constitucional, dispone que tienen tal connotación aquellas decisiones que versan sobre el *objeto principal del proceso*, independientemente de que se pronuncien en única, primera o segunda instancia o, también, en virtud de la casación o de la acción de revisión²². A propósito de esto último, resulta pertinente remarcar que, por lo menos acorde con la actual configuración del proceso penal colombiano, las sentencias producto de la casación o de la acción de revisión, pese a ser tales, no son susceptibles del recurso en comento, ni de ningún otro.

En cuanto a los “*autos*”, el mismo estatuto determina que lo son aquellas decisiones mediante las cuales se resuelve algún *incidente* o *aspecto*

21 Siguiendo la sistemática legal, también habría que agregar, en este punto, el *recurso* de casación.

22 Art. 161 num. 1 Ley 906 de 2004.

sustancial de la actuación²³, regulación esta que debe complementarse con lo dispuesto en el artículo 20 *ibídem*, en cuyo texto, además de limitar –de alguna manera– el ámbito de los autos apelables, se reafirma la regla general contenida en el inciso final del artículo 176 recién transcrito y, por ende, la necesidad de consagración expresa de las excepciones en este punto.

1.1.3. Casación

Prosiguiendo con el tema objeto de análisis, menester es tener en cuenta que el legislador procesal penal de 2004 insisitio en considerar la *casación* como un recurso²⁴, según se desprende del tenor del artículo 180 de la Ley 906 de 2004²⁵. Lo dicho, empero, ha de matizarse en alguna medida, si se tiene en cuenta que a la casación le fueron conferidas, dentro del estatuto en mención, unas finalidades propias, específicas y diferenciadas, como son la efectividad del derecho material, el respeto a las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a los mismos y la unificación de la jurisprudencia, aunque no todas ellas, debe advertirse, son compatibles con su origen²⁶.

En adición a lo expuesto, se le considera, igualmente, como un mecanismo de control constitucional y legal, que, en cualquier caso, opera como un *dispositivo extraordinario de impugnación*, habida cuenta de que sólo procede contra ciertas sentencias dictadas en determinados procesos y por las causales expresa y taxativamente previstas en la ley²⁷.

1.1.4. Revisión

Respecto de este tradicional instituto procesal, apenas es necesario mencionar, en este apartado, que, desde hace algún tiempo, los códigos de procedimiento penal lo excluyeron, entre nosotros, del catálogo de los recursos (para el caso, los de carácter extraordinario), para considerarlo, en cambio, como una *acción*. En este sentido apunta la regulación actualmente conte-

23 Art. 161 num. 2 Ley 906 de 2004.

24 Entiéndase *extraordinario*, por supuesto.

25 En el mismo sentido, el artículo 125 numeral 7 de la Ley 906 de 2004.

26 Artículo 180: “*Finalidad*. El recurso pretende la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia”.

27 Arts. 181 y ss. Ley 906 de 2004.

nida en el artículo 192 CPP, donde se explicitan los motivos por los cuales puede intentarse y se deja en claro que procede únicamente respecto de las sentencias ejecutoriadas, circunstancia ésta que ratifica su añeja condición de *excepción a la cosa juzgada*²⁸.

1.2. La doble instancia y la prohibición de la reforma en peor

La doble instancia, conforme se indicó anteriormente, se genera por la intervención de un órgano jurisdiccional diferente de aquél que dictó la decisión recurrida, al cual corresponde resolver, al cabo del trámite pertinente, la apelación interpuesta contra el auto o la sentencia; ese es el motivo por el cual las siguientes líneas giran, en lo sustancial, en torno a la apelación propiamente dicha²⁹.

Con todo, necesario es aclarar, de una vez, que –tal como lo ha enseñado la Corte Constitucional– la segunda instancia no genera un proceso nuevo y autónomo, en el cual quepa repetir por completo el juicio, sino que, por el contrario, su cometido se circunscribe al control de la corrección de la decisión adoptada en la primera instancia, razón por la cual la apelación no puede consistir en una *solicitud general y abstracta orientada a que se reexamine en su integridad lo actuado por el juez de primer grado*³⁰.

Esto dicho, sea lo primero poner de presente que la Ley 906 de 2004 reproduce la disposición constitucional contenida en el artículo 31, anteriormente examinado, pero añadiendo que, salvo las excepciones previstas en el propio CPP, también los autos referidos a la libertad del imputado o acusado, a la práctica de pruebas o con efectos patrimoniales son susceptibles del recurso de apelación³¹, y reiterando, de modo general, la *prohibición dirigida*

28 Arts. 192 y ss. Ley 906 de 2004. En este sentido, la sentencia C-680 de 1998: “Teniendo en cuenta que la acción de revisión –en materia penal–, procede contra sentencias judiciales ejecutoriadas, constituye una excepción que se dirige a destruir el valor de la cosa juzgada que emana de la decisión sobre la cual recae el objeto de la revisión, razón por la cual el legislador ha instituido una serie de causales taxativas para que ella tenga cabida, que en muchos casos requieren de previos pronunciamientos judiciales, y en otros exigen requisitos estrictos de procedimiento o de técnicas procesales. Sentencia T-039 de 1996” (Corte Constitucional, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ).

29 Ello porque, tratándose de la casación, la jurisprudencia ha sido reiterativa en que su ejercicio no da lugar a una nueva instancia.

30 Corte Constitucional. Sentencia C-047 de 2006.

31 “A este respecto ha de señalarse que conforme a lo dispuesto por el artículo 317 del mismo Código de Procedimiento Penal las decisiones sobre la libertad del imputado o

al superior de agravar la situación del apelante único, sin restringir, empero, esta condición a quien ostente la calidad de imputado o acusado.

Artículo 20. *Doble instancia*. Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación.

El superior no podrá agravar la situación del apelante único.

De igual manera, habida cuenta de que la *notificación* (en cuanto materialización en el proceso del *principio de publicidad*) es el acto que, al final de cuentas, le confiere viabilidad al ejercicio del *derecho de impugnación*, a efectos de posibilitar la interposición de los recursos en general (no sólo el de apelación), el CPP impone la necesidad de notificar —en términos de obligatoriedad— las *sentencias* y los *autos*, en la forma por él mismo prevista³², esto es, *en estrados* (que es la regla general), con la advertencia de que “*las decisiones adoptadas con posterioridad al vencimiento del término legal deberán ser notificadas personalmente a las partes que tuvieren vocación de impugnación*”³³.

Por último, en atención a la vigencia en la actuación del *principio de oralidad*³⁴, todo lo relacionado con la *interposición, sustentación y decisión* del recurso generador de la segunda instancia ha de realizarse en forma *oral*, en el transcurso de las audiencias respectivas³⁵; otro tanto debe ocurrir en punto de la *concesión* del mismo, evento en el cual debe señalarse, además, el *efecto* (*suspensivo* o *devolutivo*) correspondiente³⁶.

acusado son de inmediato cumplimiento, lo que no significa que no puedan ser objeto de impugnación mediante la interposición de los recursos correspondientes. Así ocurre, en efecto, y por ello el artículo 177 del mismo Código de Procedimiento Penal establece la apelación, en el efecto devolutivo, del auto que resuelve sobre la imposición de una medida de aseguramiento” (Corte Constitucional. Sentencia C-456 de 2006, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA).

32 Arts. 168 y ss. Ley 906 de 2004.

33 Art. 169, inc. final.

34 Arts. 9.º, 145 y 147 Ley 906 de 2004 entre otros.

35 Art. 178 Ley 906 de 2004.

36 Art. 177 Ley 906 de 2004. Tómese nota de la eliminación del *efecto diferido* como tercera opción.

2. La Ley de Justicia y Paz

En el entendido de que *para todo lo no dispuesto* en su articulado opera como fuente normativa supletoria, además de la Ley 782 de 2002, el Código Procedimiento Penal (actualmente recogido en la Ley 904 de 2006³⁷), la LJP no regula en extenso ninguno de los tópicos anteriormente examinados en relación con la temática concerniente a la actividad impugnatoria y al régimen de los recursos. Por esa razón, el tratamiento general del asunto se eva-úa en el artículo 26, donde se alude a los recursos de reposición y apelación, haciéndose, igualmente, referencia a la acción extraordinaria de revisión y al recurso de casación, aunque –en este último caso– para excluirlo. Sin más preámbulos, he aquí cómo reza el texto legal en mención:

Artículo 26. *Recursos*³⁸. Salvo la sentencia, la reposición procede para todas las decisiones y se sustenta y resuelve de manera oral e inmediata en la respectiva audiencia.

La apelación procede contra los autos que resuelvan asuntos de fondo, adoptados durante el desarrollo de las audiencias, y contra las sentencias. Se interpone en la misma audiencia en que se profiera la decisión, y se concede en el efecto suspensivo ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

El Magistrado ponente citará a las partes e intervinientes a audiencia de argumentación oral que se celebrará dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la actuación en la Secretaría de la Sala de Casación Penal. Sustentado el recurso por el apelante y oídos las demás partes e intervinientes, la Sala podrá decretar un receso hasta por dos (2) horas para emitir la decisión que corresponda.

Si el recurrente no concurriere o no sustentare el recurso, se declarará desierto.

Parágrafo 1.º El trámite de los recursos de apelación de que trata la presente ley, tendrá prelación sobre los demás asuntos de competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, excepto lo relacionado con acciones de tutela.

Parágrafo 2.º De la acción extraordinaria de revisión conocerá la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en los términos previstos en el Código de Procedimiento Penal vigente.

37 Art. 62 LJP.

38 Corte Constitucional. Sentencias C-370 de 2006, C-531 de 2006, C-575 de 2006, C-650 de 2006, C-719 de 2006 y C-080 de 2007.

Parágrafo 3.º Contra la decisión de segunda instancia no procede recurso de casación.

A la vista del artículo transcrito, pertinente es señalar, para comenzar, que la LJP ha previsto un régimen para los recursos que, en líneas geneales (y por cuanto atiende a los que admite), es muy similar al plasmado en el CPP; antes de proseguir conviene, sin embargo, hacer claridad en torno al hecho de que, pese a la evidente omisión legislativa tanto en el CPP como en la LJP en punto de los *recursos de queja y de súplica*, tal vacío debe suplirse con la normatividad del CPC sobre el particular, específicamente con lo previsto en los artículos 25-1, 26-1.a), 27, 363, 364, 377 y 378.

2.1. La reposición

Por cuanto concierne a este medio de impugnación, la LJP establece que el mismo procede respecto de *todas las decisiones*, exceptuada la sentencia; asimismo, prevé que su *interposición y sustentación* deben realizarse en forma *oral* e inmediata, dentro de la audiencia respectiva³⁹.

Admitido que la reposición es viable respecto de *todas* las decisiones adoptadas en el proceso (incluyendo, en consecuencia, aquellas que no trascienden el plano de las *órdenes*⁴⁰), cabe ahora agregar que, en el marco de la LJP, se menciona a las *víctimas* como sujetos expresamente legitimados para, de modo general, interponer los recursos (no sólo la reposición) cuando a ello hubiere lugar⁴¹; semejante mención expresa resulta interesante porque contrasta con el silencio legal en punto de los demás sujetos procesales e intervinientes, en especial, de los desmovilizados. Con todo, forzoso es convenir en que, en ejercicio del derecho constitucional fundamental a la defensa,

39 “El segmento normativo impugnado forma parte del artículo 26 de la ley 975/05, cuyo propósito es el de regular los recursos que la ley contempla. Tal norma establece la reposición como medio de impugnación de todas las decisiones, excepto la sentencia, respecto de la cual se prevé la apelación. Este recurso procede además contra todos los autos que resuelvan asuntos de fondo, adoptados durante las audiencias” (sentencia C-370 de 2006, MM.PP.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, RODRIGO ESCOBAR GIL, MARCO GERARDO MONROY CABRA, ÁLVARO TAFUR GALVIS y CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ).

40 Art. 161, ord. 3.º y parág. Ley 906 de 2004.

41 Art. 37 num. 38.6 (*sic*).

el aludido silencio del legislador en el aspecto anotado no puede entenderse como una exclusión que, de existir, sería –en todo caso– inconstitucional.

En lo relacionado con el trámite, la simplicidad inherente a las actuaciones orales sólo exige que el recurso se interponga inmediatamente se notifique la decisión objeto del mismo y que, una vez concedido, se proceda acto seguido a sustentarlo, para que, previo el traslado de rigor a los demás sujetos procesales e intervinientes, se proceda a decidirlo, también en forma oral, dentro de la respectiva audiencia.

Como se sabe, el órgano encargado de resolver sobre la reposición debe ser el mismo que haya dictado la decisión recurrida; así las cosas, atendida la regulación especial contenida en la LJP sobre el particular, la competencia para ello radica –por regla general– en el respectivo tribunal superior de distrito judicial, aunque, tratándose de ciertas *órdenes* emitidas durante la etapa de la investigación, la aptitud legal para hacerlo la tendría el correspondiente fiscal delegado de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz.

Naturalmente, en ejercicio de su competencia, la decisión adoptada por el órgano en mención puede apuntar en uno cualquiera de los siguientes sentidos: rechazar el recurso, declararlo desierto, desestimar la impugnación y, como consecuencia de ello, confirmar la decisión o, finalmente, revocarla o modificarla, en el sentido pedido. En cualquier caso, cabe recordar que la providencia por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición no es susceptible de una nueva impugnación, a menos que en ella se incluyan puntos no decididos en la determinación recurrida, caso en el cual será viable recurrir frente a los mismos.

2.2. La apelación

A propósito de este recurso, se infiere del artículo 26 LJP, arriba transcrito, que el mismo puede interponerse contra los *autos que resuelven asuntos de fondo* y contra las *sentencias*, siempre *en la misma audiencia dentro de la cual se haya dictado la decisión apelada*; una vez interpuesto, debe procederse de inmediato a su *concesión*, en el *efecto suspensivo*, para ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Como puede verse, tratándose de los *autos* respecto de los cuales procede la apelación, el precitado artículo enfatiza en que son *aquellos que resuelven asuntos de fondo*, pero tal mención es, en alguna medida, redundante, pues, a la vista de la regulación que sobre el particular realiza el CPP, sólo son autos

aquellos que resuelven, precisamente, cuestiones de fondo, comoquiera que cualquier otro asunto debe decidirse mediante las llamadas *órdenes*⁴².

Ahora bien, de cara a precisar cuáles pueden ser los autos en comento, quizás sea útil realizar el examen del *efecto* en el cual, acorde con el referido artículo 26 LJP, se concede la apelación, que no es otro que el *suspensivo*, por cuya virtud –recuérdese– la decisión adoptada queda en suspenso y el órgano de primera instancia pierde competencia mientras el de segunda la adquiere. Se dice lo anterior por cuanto el CPP, al ocuparse de los efectos de la apelación, alude en particular al *suspensivo*, cuando el recurso se interpone contra los autos que decretan o rechazan la solicitud de preclusión, deciden una nulidad, niegan la práctica de pruebas en el juicio oral o deciden sobre la exclusión de alguna de ellas en la misma oportunidad⁴³.

En cuanto al trámite, no obstante ocuparse en general de los distintos recursos existentes en el contexto de la LJP, ha de entenderse que la ritualidad descrita en el pluricitado artículo 26 se refiere específicamente a la apelación, motivo por el cual, en lo atinente –p. ej.– al recurso de reposición, ha de estarse a lo dispuesto en el CPP. Otro tanto debe hacerse a propósito de la acción extraordinaria de revisión, acorde con el párrafo 2.º de la citada disposición, pero sobre ello se volverá en breve.

Tornando al recurso de apelación, cabe anotar que el órgano jurisdiccional encargado de resolverlo es la *Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia* (entidad en la cual radica la *competencia funcional de segunda instancia*), siendo del resorte del respectivo *magistrado ponente* citar a la correspondiente audiencia de *argumentación oral*⁴⁴; dicha diligencia

42 Arts. 20 y 161 ords. 2.º y 3.º y parág.) CPP.

43 Art. 177 CPP.

44 Artículo 13: “*Celeridad*. Los asuntos que se debatan en audiencia serán resueltos dentro de la misma. Las decisiones se entenderán notificadas en estrados.

Las audiencias preliminares se realizarán ante el Magistrado de Control de Garantías que designe el Tribunal respectivo.

En audiencia preliminar se tramitarán los siguientes asuntos:

1. La práctica de una prueba anticipada que por motivos fundados y de extrema necesidad se requiera para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio.
2. La adopción de medidas para la protección de víctimas y testigos.
3. La solicitud y la decisión de imponer medida de aseguramiento.
4. La solicitud y la decisión de imponer medidas cautelares sobre bienes.
5. La formulación de la imputación.
6. La formulación de cargos.
7. Las que resuelvan asuntos similares a los anteriores.

debe tener lugar dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la actuación en la secretaría de la aludida Sala y, durante el desarrollo de la misma, luego de la obligatoria sustentación del recurso por parte del impugnante (so pena de que sea declarado desierto⁴⁵), debe permitirse, además, el uso de la palabra a las demás partes e intervinientes; hecho lo anterior, debe la Sala proceder a resolverlo, efecto para el cual puede decretar un receso hasta por dos (2) horas.

En lo atinente a la *sustentación* propiamente dicha, pese al silencio legal sobre la forma cómo la misma debe hacerse, cabe recordar que la jurisprudencia ha sentado algunas directrices generales sobre los lineamientos que ha de observar el recurrente en esta materia.

Al respecto, ha dicho, por ejemplo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

la sustentación debe traducirse en la manifestación de las razones fácticas, jurídicas o probatorias, sobre las cuales se funda la discrepancia con la decisión impugnada, sin que ello implique que tal intervención (*sic*) deba determinarse de una determinada manera, en tanto que lo que se ofrece trascendental es que al funcionario que debe resolver el recurso ya sea horizontal o vertical, se le señalen en concreto los motivos de discentimiento, esto es, los aspectos objeto de impugnación, que desde otro ángulo, son precisamente los que delimitan su órbita funcional. Lo anterior, porque es lo cierto que las disposiciones procesales que se ocupan de la sustentación de los recursos no señalan la forma como debe procederse en punto de la satisfacción de tal requisito, resultando razonable concluir que puede tenerse como adecuada sustentación aquélla mediante la cual en forma explícita se refutan los fundamentos de la providencia atacada, con indicación de las motivaciones o conclusiones que se consideran equivocadas, o a partir de la postulación de un criterio diverso del allí contenido, para el cual se reclama prevalencia a través de la impugnación⁴⁶.

Las decisiones que resuelvan asuntos sustanciales y las sentencias deberán fundamentarse fáctica, probatoria y jurídicamente e indicar los motivos de estimación o de desestimación de las pretensiones de las partes.

El reparto de los asuntos a que se refiere la presente ley, deberá hacerse el mismo día en que se reciba la actuación en el correspondiente despacho”.

45 Bien porque el interesado, luego de haber interpuesto el recurso, no realiza el acto de sustentar –o, si se quiere, argumentar– porque, pese a realizar el acto, ella no puede considerarse constitutiva de una sustentación.

46 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de casación del 22 de mayo de 2003, M. P.: MARINA PULIDO DE BARÓN, proceso 20756.

A propósito de silencios legislativos, otro punto que no ha sido objeto de expreso desarrollo a ese nivel es el relativo a la *legitimación*, pues sobre éste la LJP, del mismo modo que el CPP, no contiene regulación alguna; por encima de ello, no puede dejar de insistirse, sin embargo, en que no cualquier *interés* habilita a un sujeto procesal para interponer un recurso y, en todo caso, la referida legitimación presupone un interés, tangible y cierto, que ha de concretarse en cada caso particular⁴⁷.

Además de lo anterior, obligatorio es tener en cuenta que, dentro de las especificidades propias de la LJP, se contempla el carácter preferente de las decisiones relativas a los asuntos propios de su ámbito; a causa de ello, en punto –p. ej.– de los recursos se establece una *prelación* en virtud de la cual lo atinente a la apelación debe tramitarse y decidirse de forma prioritaria a los demás asuntos de que conoce la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, excepción hecha de lo referente a la acción de tutela; así lo dispone el primer párrafo 1.º del artículo 26 y lo ratifica luego el artículo 68 de la ley⁴⁸.

2.3. La revisión

Tratándose del dispositivo impugnatorio aludido en el epígrafe, urge manifestar, en primer lugar, que la LJP remite en forma expresa, a propósito de él, al CPP; por consiguiente, todo lo relativo a la acción extraordinaria en comentario ha de regirse por lo previsto al respecto en el actual estatuto procesal penal, conforme a la remisión contenida en el párrafo 2.º del artículo 26, anteriormente transcrito.

Merced a la antedicha remisión, el plexo legal a tener en cuenta lo constituyen, entonces, los artículos 192 y siguientes CPP, a la luz de los cuales la acción extraordinaria de revisión puede promoverse por el fiscal, el ministerio público, el defensor o cualquiera de los demás intervinientes (incluyendo, por supuesto, al procesado), siempre –claro está– que tengan *interés jurídico*

47 En este sentido, cfr. HELIODORO FIERRO MÉNDEZ. *Manual de Derecho Procesal Penal. Sistema acusatorio y juicio oral y público*, t. 1, Bogotá, Edit. Leyer, 2008 pp. 274 y 275.

48 Esto dijo la Corte Constitucional sobre el particular: “El recurso de apelación se surte ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, estableciéndose para su trámite una prelación sobre los demás asuntos de competencia de esta sala, exceptuando lo relacionado con las acciones de tutela” (sentencia C-370 de 2006, cit.).

y, en su momento, hayan sido legalmente reconocidos en la actuación cuya revisión se impetra⁴⁹.

En cuanto a las causas por las cuales procede la acción que se comenta, debe, entonces, atenderse a las previstas en el artículo 192 CPP⁵⁰, teniendo en cuenta que, en cualquier caso, debe tratarse de *sentencias ejecutoriadas* (incluyendo las *absolutorias* y las expedidas por la vía de la *preclusión*)⁵¹; por lo demás, la promoción de la acción precisa la elaboración de un escrito –demanda– que satisfaga estrictamente los requisitos establecidos en el artículo 194 *ibídem*, para que, una vez establecido que los reúne, pueda ser objeto del trámite previsto en el artículo 195 CPP⁵².

49 Art. 193 CPP.

50 Artículo 192: “*Procedencia*. La acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos:

1. Cuando se haya condenado a dos (2) o más personas por un mismo delito que no hubiese podido ser cometido sino por una o un número menor de las sentenciadas.
2. Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, por falta de querrela o petición válidamente formulada, o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal.
3. Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad.
4. Cuando después del fallo [absolutorio] en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates. [La expresión “absolutorio” fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-979 de 2005].
5. Cuando con posterioridad a la sentencia, se demuestre, mediante decisión en firme, que el fallo fue determinado por una conducta típica del juez o de un tercero.
6. Cuando se demuestre que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó, en todo o en parte, en prueba falsa fundante para sus conclusiones.
7. Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad.

Parágrafo. Lo dispuesto en los numerales 5 y 6 se aplicará también en los casos de preclusión y sentencia absolutoria”.

51 Art. 192 num. 5 y 6 CPP.

52 En este punto vale la pena resaltar que, conforme lo indica el CPP, las pruebas han de practicarse en audiencia y que la alegación constituye una actuación obligatoria para el demandante.

Como es natural, de estimarse la pretensión contenida en la demanda, los efectos propios de la acción extraordinaria de revisión conllevan que la sentencia demandada quede sin valor y que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia dicte una providencia de reemplazo⁵³ o devuelva la actuación a un despacho judicial de idéntica categoría a la de aquél que dictó la decisión cuestionada, pero diferente, para que tramite de nuevo la actuación desde el momento procesal que ella misma señale⁵⁴. A propósito de esto último, debe aclararse que, si bien de acuerdo con el régimen del CPP el órgano competente para decidir sobre la acción de revisión puede ser la sala de decisión penal de un tribunal superior de distrito judicial o la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (dependiendo de quién haya dictado la sentencia a revisar)⁵⁵, la LJP sólo confiere competencia al último de los órganos anotados.

2.4. La improcedencia de la casación

Otra de las peculiaridades de la LJP tiene que ver con la proscripción del recurso de casación, el cual, por mandato del parágrafo 3.º del artículo 26 *ibídem*, no procede frente a la sentencia de segunda instancia dictada, en sede de apelación, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Esta exclusión efectuada por el legislador dio lugar a que se cuestionara, en su momento, la constitucionalidad del aparte pertinente del artículo citado, cuya correspondencia con el texto fundamental fue, al fin de cuentas, avalada por la Corte Constitucional.

En aras de dejar constancia del debate aludido y de reforzar algunos de los presupuestos teóricos anotados en precedencia, en torno tanto a los recursos –en general– como a la casación –en especial–, conviene referirse, así sea brevemente, a este controversial asunto, ilustrando el debate con las consideraciones del máximo órgano de la jurisdicción constitucional⁵⁶.

La cuestión se planteó, cabe resaltarlo, porque, según los demandantes, la proscripción legislativa suponía un sacrificio –inconstitucional– para el derecho material, pues lo que debía ocurrir, en vez de la restricción en este

53 Si la causal alegada fuere la prescripción de la acción penal, la ilegitimidad del querellante, la caducidad de la querrela o cualquier otro evento generador de la extinción de la acción penal y el cambio favorable del criterio jurídico.

54 Art. 196 Ley 906 de 2004.

55 Arts. 32 num. 2 y 33 num. 3 Ley 906 de 2004.

56 Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006.

punto, era la intensificación de las garantías procesales, sobre todo en procesos como los que son objeto de la LJP, donde se juzgan casos de especial gravedad y que implican graves violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, la Corte entendió que el régimen legal de los recursos previsto en la LJP es *cuidadoso y permanente*, siendo bastantes al efecto los medios de impugnación ordinarios y la acción extraordinaria de revisión, los cuales, en último término, permiten impugnar todas las decisiones dictadas en estos procesos, sin mengua de los derechos ni de las garantías procesales de los intervinientes.

Así las cosas, para decirlo en las propias palabras de la Corte Constitucional, la

exclusión del recurso de casación como medio de impugnación de la sentencia proferida en segunda instancia por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, no entraña la afectación de derechos y garantías procesales de los intervinientes en el proceso, ni la imposibilidad de materializar el derecho sustancial, como lo señalan los demandantes. Ciertamente no es el recurso de casación el único idóneo para garantizar la efectividad de tales derechos. La libertad de configuración de los procedimientos que se asigna al legislador, comporta una exigencia de adecuación de los mismos a las especificidades de los procesos, a su naturaleza y objetivos. Es evidente que la ley 975/05 regula un procedimiento que posee sus propias particularidades, una de ellas, quizás la más relevante, es que se estructura a partir de la confesión plena y fidedigna del procesado, lo cual genera también unas necesidades procesales específicas. No resulta afortunado en consecuencia sostener la inconstitucionalidad de la disposición que excluye la casación en este procedimiento, sobre la afirmación de un supuesto trato discriminatorio para los intervinientes en el procedimiento especial, tomando como parámetro de comparación el procedimiento ordinario, que responde a naturaleza y finalidades diversas⁵⁷.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y DOGMÁTICOS

BELING, ERNEST. *Derecho procesal penal*, Labor, Madrid, 1943.

CARNELUTTI, FRANCESCO. *Lecciones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas EuropaAmérica, 1950.

57 Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006.

DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Principios fundamentales del derecho procesal penal*, Bogotá, Edit. ABC, 1981.

FENECH, MIGUEL. *Derecho procesal penal*, 2.^a ed., Barcelona, Labor, 1952.

FIERRO MÉNDEZ, HELIODORO. *Manual de derecho procesal penal. Sistema acusatorio y juicio oral y público*, t. 1, Bogotá, Edit. Leyer, 2008.

MANZINI, VINCENZO. *Tratado de derecho procesal penal*, Caracas, Ediciones de Cultura Jurídica, 1987.

VILLAMIL PORTILLA, EDGARDO. *Teoría constitucional del proceso*, Bogotá, Doctrina y Ley, 1999.

Jurisprudencia

Corte Constitucional. Sentencia C-047 de 1998, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

Corte Constitucional. Sentencia C-680 de 1998, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

Corte Constitucional. Sentencia de casación del 22 de mayo de 2003, M. P.: MARINA PULIDO DE BARÓN, proceso 20756.

Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006, MM.PP.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, RODRIGO ESCOBAR GIL, MARCO GERARDO MONROY CABRA, ÁLVARO TAFUR GALVIS y CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Corte Constitucional. Sentencia C-456 de 2006, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Corte Constitucional. Sentencia C-531 de 2006, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Corte Constitucional. Sentencia C-575 de 2006, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

Corte Constitucional. Sentencia C-650 de 2006, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

Corte Constitucional. Sentencia C-719 de 2006, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

Corte Constitucional. Sentencia C-080 de 2007, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

[www.raes.es]. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 22.^a ed.

Normas

Ley 975 de 2005.

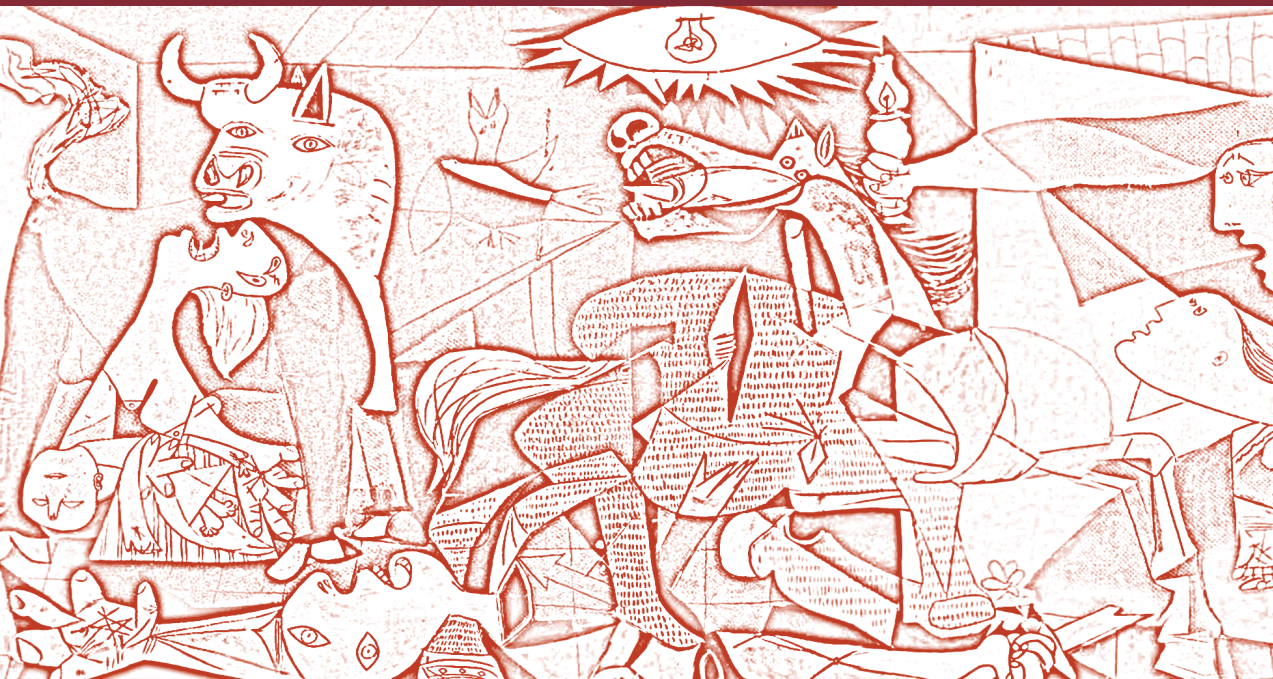
Ley 904 de 2006.



Editado por Editorial Milla Ltda., en enero de 2009

Se compuso en caracteres Times New Roman de 12 y 10 ptos. y se imprimió sobre papel *Offset* de 70 gramos con un tiraje de 1.000 ejemplares

Bogotá, Colombia



Deutsche Gesellschaft für
Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH

—Cooperación Técnica Alemana—
ProFis
Carrera 13 n.º 97-51, oficina 302
Bogotá D. C., Colombia
T. (+57) (+1) 636 1114
F. (+57) (+1) 635 1552
E. gtz-kolumbien@gtz.de
W. www.gtz.de/colombia

