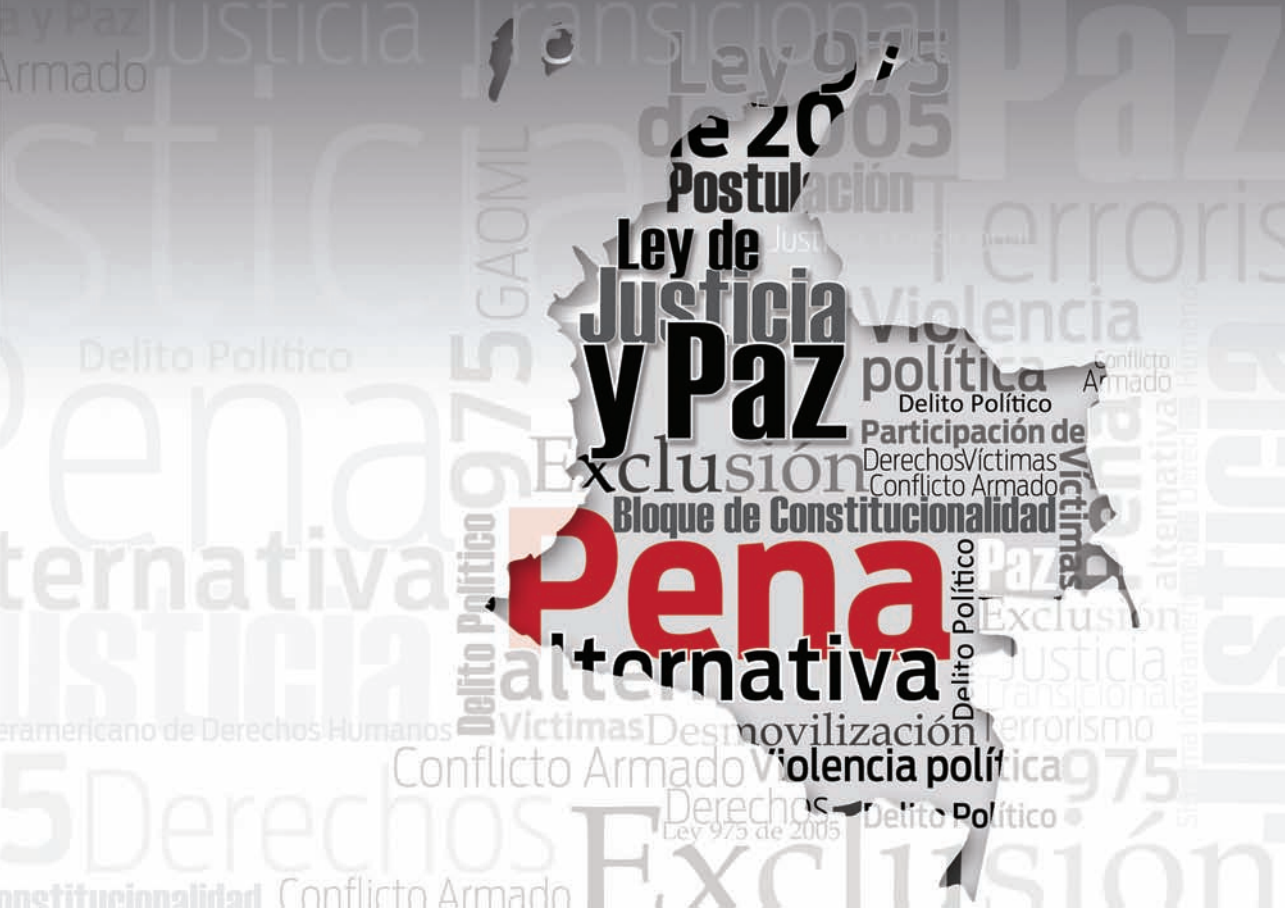


Colombia: un nuevo modelo de Justicia Transicional

Editores por ProFis
Andreas Forer
Claudia López Díaz

giz Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) Gmbh

Embajada de la República Federal de Alemania Bogotá

Colombia: un nuevo modelo de Justicia Transicional

Editores por ProFis
Andreas Forer
Claudia López Díaz

Colombia: un nuevo modelo de Justicia Transicional

© Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) Gmbh

ISBN: 978-958-8438-67-2

La Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH inició sus labores al comenzar el año 2011. La organización reúne las competencias y las experiencias de muchos años del Servicio Alemán de Cooperación Social-Técnica (DED) GmbH, de la Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH y de InWEnt - Capacitación y Desarrollo Internacional GmbH.

Peter Luhmann
Director Residente de la GIZ en Colombia

Andreas Forer
Director Proyecto ProFis

Carrera 13 N. 97-51 Oficina 302
Bogotá, D. C., Colombia
Teléfonos: (+57) (+1) 7430499
Fax: (+57) (+1) 7430499 Ext. 202
www.giz.de/colombia
www.profis.com.com

Autores por ProFis:
Claudia López Díaz
Andreas Forer
Diego González
Alejandro Guerrero Torres
Jorge Errandonea
Juan Pablo Cardona Chaves

Concepto gráfico y diseño de carátula:
Mónica Cárdenas
Diagramación:
Diana Guayara
Fotomecánica e impresión:
Alvi Impresores Ltda.

Las opiniones expresadas en esta publicación corresponden a los autores y no comprometen el criterio del Proyecto ProFis-GIZ o de otra institución.

Contenido

Presentación 5

Justicia transicional en Colombia
Claudia López Díaz, Diego González, Jorge Errandonea 11

La Ley de Justicia y Paz a la luz del Bloque de Constitucionalidad
Equipo ProFis - GIZ 115

Análisis constitucional de la Ley 975 de 2005 a través de
la Sentencia C-370 del 2006: un nuevo enfoque
del proceso transicional en Colombia
Alejandro Guerrero Torres 179

La evaluación del Proceso de Justicia y Paz por los Sistemas
Internacionales de Protección a los Derechos Humanos
Jorge Errandonea 201

La estructura del procedimiento establecido en la Ley de Justicia y Paz
Claudia López Díaz 255

Resultados de la participación de las víctimas en la Justicia
Transicional y en la Justicia Permanente
¿Cómo se puede hacer más eficiente en escenarios de macrocriminalidad?
Andreas Forer 315

Delito político: ¿una alternativa para la paz?
Juan Pablo Cardona Chaves 395

Presentación

El Proyecto ProFis, financiado por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Federal de Alemania y administrado por la GIZ (Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit), apoya desde febrero 2008 a las instituciones judiciales para la efectiva aplicación de la Ley 975 de 2005. Con el objetivo de contribuir a la unificación de criterios para la aplicación de la ley de Justicia y Paz junto con su normatividad complementaria, doctrina y jurisprudencia, ha realizado un acompañamiento jurídico permanente a la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz; a los Magistrados de conocimiento y de Control de Garantías, con competencia en el proceso de Justicia y Paz; así como a los Magistrados titulares y auxiliares de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante actividades que propician el debate, la discusión y la consecución de acuerdos. En este contexto el ProFis, ha elaborado cerca de 40 publicaciones y conceptos jurídicos, sobre temas relacionados con el proceso especial de Justicia y Paz en los que se ha intentado a través del derecho comparado, la adecuación al derecho doméstico a los estándares internaciones en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario.

Hoy, con motivo de la culminación de la segunda fase del Proyecto ProFis, queremos presentar esta nueva obra. Su título es bastante sugestivo, pues reconoce que Colombia se ha convertido en un nuevo "laboratorio" de paz de especial interés e importancia para los estudiosos de la justicia transicional en el mundo.

En efecto, se quiere trabajar el pasado de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, a través de una ley especialmente diseñada que tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vía civil de miembros de gru-

pos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

A partir del proceso penal diseñado en la Ley 975 de 2005, y que se desarrolla en *el **Capitulo V*** de este libro, la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, deberá investigar, formular imputación y formular cargos por las conductas punibles confesadas por los desmovilizados colectivos o individuales, quienes deberán cumplir con los requisitos de elegibilidad previstos en los artículos 10 y 11, para que después de un incidente de reparación reciba una sentencia condenatoria que se corresponda con los delitos cometidos de acuerdo con el Código Penal (pena principal). Si el postulado condenado cumple con las condiciones y requisitos establecidos por la ley, la Sala de Conocimiento del Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, Medellín o Barranquilla impondrá una pena alternativa que consiste en la privación de la libertad por un periodo mínimo de cinco años y no superior a ocho, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos. Cumplida la pena alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia se le concederá la libertad a prueba por un periodo igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período durante el cual el beneficiados se compromete a no reincidir, a presentarse cuando se lo requiera y a informar cualquier cambio de residencia. Cumplida estas obligaciones y transcurrido el periodo de prueba, se declara extinguida la pena principal. En caso contrario, se revocará la libertad y deberá cumplir la pena principal.

Colombia representa un nuevo modelo de Justicia Transicional (***Capítulo I***), porque no solo se apartó de las soluciones hasta ahora dadas para resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, como los Tribunales *ad hoc*, las amnistías e indultos sin contraprestaciones, las investigaciones realizadas por los tribunales nacionales y la investigación y persecución con comisiones de verdad. Se creó una ley, la 975 de 2005, con la finalidad de que los responsables rindan cuentas de sus actos, se sirva a la justicia, y, se logre la reconciliación, la no repetición y la reparación de las víctimas.

La Ley 975 de 2005, fue demandada y tuvo que pasar por el control, de constitucionalidad. El ***Capítulo III*** de esta obra desarrolla de forma breve el contenido de la Sentencia C-370 de 2006 que profirió la Corte Constitucional y en la que se declaró la constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz. En este acápite se tocan temas importantes tales como el método de ponderación que utilizó la Corte constitucional frente a los derechos de Verdad, Justicia y Reparación; así mismo describe los argumentos que se presentaron ante la Corte por parte de los demandantes quienes sostenían su inconstitucionali-

dad y frente a ello, se tocaron algunos puntos con los cuales la Corte declaró la exequibilidad de esta ley, en donde se aprovecho para hacer una relación histórica y una caracterización del proceso de justicia transicional en el mundo. Además, examinó la importancia de los procesos de justicia transicional en el mundo y particularmente en el caso colombiano, en donde se tomaron como argumentos tratados internacionales que resaltaban la importancia de este tipo de procesos de sociedades que quieren salir de esa etapa de conflicto. Finalmente se presentan algunas conclusiones a manera de aportes importantes del fallo que han servido de directrices a lo largo de todo este proceso de justicia transicional en Colombia.

Este nuevo modelo de Justicia transicional también ha sido objeto de la evaluación por los sistemas internacionales de protección de derechos humanos. Por esta razón, en el ***Capítulo IV*** de este trabajo, se desarrollan los principales pronunciamientos de órganos internacionales en relación con la Ley de Justicia y Paz y el proceso desmovilización en Colombia. Se resalta que si bien se puede constatar que hasta el momento, la validez de la Ley de Justicia y Paz no ha sido puesta en tela de juicio, los órganos del Derecho Internacional de los derechos humanos han ido marcando pautas de interpretación para que las autoridades internas las tomen en cuenta a la hora de aplicar la Ley de Justicia y Paz y de implementar los distintos mecanismos de desmovilización. De esa forma, se detallan los pronunciamientos que conciernen temas tan diversos como la participación de víctimas y testigos en el proceso de Justicia y Paz, las reparaciones, la proporcionalidad de la pena y la pena alternativa, las diligencias de investigación, las medidas de protección a los participantes en el proceso, los efectos de las extradiciones sobre el derecho a la verdad, la capacidad institucional del Estado de Colombia frente al desafío de Justicia y Paz, las estrategias de investigación, y el principio de oportunidad a los desmovilizados y la selección de delitos y de autores en el proceso de justicia y paz, entre otros. Este capítulo concluye especulando sobre la competencia de órganos internacionales de derechos humanos para conocer de casos que se decidieron en el marco del proceso de Justicia y Paz.

Seguidamente se hace un análisis de la aplicación de la real participación de las víctimas dentro del proceso de la Ley 975 con la finalidad de hacer más eficiente y eficaz dicha participación, en la medida en que las víctimas, más de 350.000 registradas, deben ser las grandes protagonistas del proceso de paz en Colombia (***Capítulo VI***). El trabajo parte de un análisis de los fundamentos y objetivos a tener en cuenta para involucrar a la víctima dentro del proceso acatando el derecho penal internacional y el derecho fundamental de

acceso a la justicia. Posteriormente se analizan los instrumentos jurídicos que han existido hasta hoy para garantizar la participación judicial de las víctimas a nivel internacional y nacional. Luego se hace una evaluación de los logros y carencias de esa participación, para después formular algunas recomendaciones que involucran a todas las entidades que tienen la obligación de velar por sus derechos.

Por último, se estudia la posibilidad de aplicar el delito político en futuras negociaciones de paz del Gobierno con las guerrillas, atendiendo la Reforma constitucional que actualmente se tramita en el Congreso de la República y que se ha llamado "Marco Constitucional para la Paz" (***Capítulo VII***). Este último Capítulo parte del supuesto según el cual el conflicto armado en Colombia hace imprescindible la revisión de los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales con los cuales se cuenta como posibles alternativas para su superación, de manera que se concentra en uno de ellos, el delito político, cuyo examen se realiza con base en la siguiente hipótesis: el delito político es una figura que contiene tres características que lo hacen útil y funcional ante un eventual proceso de paz con las guerrillas en Colombia: se encuentra *vigente* en la normatividad nacional de suerte que no implicaría un desgaste jurídico y político como lo requeriría la creación de nuevas herramientas; su existencia es *justificable* a la luz del modelo de Estado de origen liberal que irriga el ordenamiento jurídico en el país, donde es coherente un tratamiento penal pero diferencial al disidente; y es *conveniente* para un proceso de paz, dado que bajo ciertas condiciones, puede ser en sí mismo un instrumento de persuasión que facilite la negociación con los grupos guerrilleros e incluso, para el tratamiento de los postulados de la subversión en el proceso de Justicia y Paz.

Los anteriores capítulos están irradiados por lo que la doctrina y la jurisprudencia ha denominado Bloque de Constitucionalidad (***Capítulo II***) que para efectos de la aplicación de la Ley 975 de 2005 debe estar siempre presente para no defraudar la normatividad nacional e internacional. Por esta razón, se consideró de principal importancia hacer una introducción a los conceptos generales del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos para aterrizar en una definición de lo que debe entenderse por bloque de constitucionalidad y las normas que lo componen, para dar luego paso a la fundamentación de los principales crímenes de competencia de la jurisdicción de justicia y paz (de guerra y de lesa humanidad). Finalmente, se hace una breve reseña de la utilización del Bloque de constitucionalidad por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia frente a la Ley 975 de 2005.

Como siempre, esperamos que estos siete capítulos que componen esta obra, elaborados por profesionales que han trabajado en el Proyecto ProFis durante sus dos primeras fases, sean de su interés y sirvan de base para futuros estudios que enriquezcan este nuevo modelo de justicia transicional creado por la Ley 975 de 2005.

Claudia López Díaz

Andreas Forer

Justicia transicional en Colombia*

Claudia López Díaz†
Diego González‡
Jorge Errandonea¥

Sumario: **I.** *Origen y definición de la Justicia Transicional.* 1. Definición y objeto. 2. Origen y fases. 3. Los dilemas de la Justicia Transicional. 4. Fuentes de la Justicia Transicional. 5. Los pilares de la Justicia Transicional y sus mecanismos. 6. El enfoque holístico de la Justicia Transicional. 7. El carácter transversal de las políticas y medidas en procesos de justicia transicional. 9. El modelo en Colombia. **II.** *Requerimientos básicos de la justicia transicional a la luz del corpus*

* Este artículo corresponde a una actualización del Capitulo "Justicia Transicional". En: López Díaz, Claudia y Vargas, Álvaro (Coord.) *Manual de procedimientos para Ley de Justicia y Paz*. Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH. Bogotá. 2009, pp. 19-49.

† Doctora en derecho de las Universidades Externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Coordinadora Área Jurídica Proyecto ProFis y Profesora Investigadora de la Universidad Sergio Arboleda. Grupo de Investigación de Las Casas. Línea de Investigación. Justicia y Paz. Escuela de Derecho. Departamento de Derechos Humanos.

‡ Abogado y candidato a Magíster Universidad Externado de Colombia. Ex asesor Proyecto ProFis. Profesor Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Constitucional.

¥ Abogado uruguayo y licenciado en relaciones internacionales de la Universidad de la República en Uruguay, Master en Estudios Latinoamericanos del Instituto de Altos Estudios de América Latina (IHEAL) de la Universidad La Sorbonne Nouvelle Paris III y Candidato a Doctorado de la misma universidad. Se desempeñó en Colombia como consultor en materia de estándares internacionales de derechos humanos de la Agencia de Cooperación Alemana (GIZ). Actualmente, trabaja como abogado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José de Costa Rica. Las opiniones expresadas en el presente artículo son las del autor y no reflejan necesariamente las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

iuris del derecho internacional público. 1. El derecho a la justicia. 1.1. La obligación de investigar. 1.2. La obligación de juzgar y sancionar. 1.3. El derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo. 2. El derecho a la verdad. 2.1. Definición y génesis. 2.2. Derecho a la verdad en el marco de la justicia transicional. 2.3. Objeto y significado del derecho a la verdad. 2.4. Dimensiones del Derecho a la Verdad. 2.5. Fuente y naturaleza del derecho a la verdad. 2.6. Relación del derecho a la verdad con otros derechos. 2.7. Destinatarios del derecho a la verdad. 2.8. Mecanismos y procedimientos para hacer efectivo el derecho a la verdad. 3. Derecho a la reparación. 3.1. El derecho a la reparación en el derecho internacional. 3.2. Alcance del derecho a la reparación. 3.3. Aporte del contexto colombiano en materia de reparaciones. 3.4. Reparación integral y Reparación administrativa. 3.5. Reparación individual y reparación por responsabilidad del Estado. 4. Garantías de no repetición en el derecho internacional.

I. Origen y definición de la Justicia Transicional

1. Definición y objeto

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, sirvan a la justicia y logren 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 estos[1].

El término *Justicia Transicional* se refiere a aquella disciplina o *campo de actividades* que pretende aportar soluciones y herramientas a las sociedades para enfrentar un legado de violaciones a los derechos humanos que tuvieron lugar en un momento determinado de la historia –puede ser reciente o más

[1] 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 de 3 de agosto de 2004, p. 4.

lejano– con los objetivos de alcanzar la reconciliación nacional, contribuir a consolidar la democracia, para reparar a la víctimas e instaurar una convivencia pacífica en aras de que no se repitan los mismos hechos[2]. Otros autores entienden que las expresiones Vergangenheitsbewältigung (*trabajar el pasado*) utilizadas después de la segunda guerra mundial; justicia transicional; recordar/olvidar o reconciliación positiva o negativa[3], 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.

La Justicia transicional puede ser entendida como una rama de los derechos humanos, *con un enfoque pluridisciplinario, integral y holístico*. Sus métodos y su marco teórico suelen concentrarse, principalmente, en los desafíos planteados por las transiciones de la guerra a la paz, de gobiernos autoritarios a la democracia[4] o, de forma más genérica, en contextos de graves violaciones a derechos humanos que dan lugar a *transformaciones políticas y sociales*[5]. Las he-

[2] BICKFORD, Louis. "Transitional Justice". En: *The Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*, MacMillan Reference, USA, 2004, pp. 1045 a 1047. Véase asimismo LANDMAN, Todd y ROBINSON, Neil (eds.). *The SAGE Handbook of Comparative Politics.* Sage Publications, Londres, 2009, pp. 498 y 499.

[3] Cfr. SIMON, Jan-Michael. *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". Las opiniones expresadas en el presente artículo son las del autor y no reflejan necesariamente las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

[4] Véase, por ejemplo, la definición propuesta en el Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos,* S/2004/616 de 3 de agosto de 2004, párrafo 8: *La noción de "justicia de transición" que se examina en el presente informe abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos 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, servir a la justicia y lograr la reconciliación.*

[5] FREEMAN, Mark. *Necessary Evils. Amnesties and the Search for Justice.* Cambridge University Press, New York, 2009, p. 18. Cfr. también: FORER, Andreas. *Justicia Transicional.* Colección El Saber Penal. No. 1, Universidad del Sinú, Grupo Editorial Ibáñez, 2012.

rramientas o mecanismos de la Justicia Transicional pueden también ser aplicados en democracias consolidadas, en donde se pretende reparar injusticias o violaciones a los derechos humanos ocurridas varias décadas o siglos atrás[6].

2. Origen

La idea de diseñar y ejecutar programas fundados en el concepto de *justicia retroactiva,* luego de períodos de violencia en los cuales se violaron masivamente los derechos humanos o se cometieron injusticias, no es novedosa. Jon Elster reporta casos que llegan hasta la época de la antigüedad, en la Atenas de los años 411 y 403 AC[7]. Elisabeth Lira y Brian Loveman[8] mencionan, por ejemplo, las políticas de reparación y de Justicia Transicional en Chile como consecuencia de la guerra civil de 1830.

Otros autores como Rutti G. Teitel, afirman que los orígenes de la justicia transicional moderna se remontan a la Primera Guerra Mundial[9]. Sin embar-

---

6 ROHT-ARRIAZA, Naomi y MARIEZCURRENA, Javier (Eds.). *Transitional justice in the twenty-first century: beyond truth versus justice*, Cambridge University Press, Nueva York, 2006, p. 1; FREEMAN, Mark. *Ibidem*; Centro Internacional para la Justicia Transicional, Hoja informativa *¿Qué es la Justicia Transicional?*, ICTJ, http://www.ictj.org/images/content/1/4/1436.pdf, 2009.

7 ELSTER, Jon. *Rendición de cuentas. La Justicia transicional en perspectiva histórica,* Katz Editores, Buenos Aires, 2006, pp. 17 y s. El autor menciona la restauración francesa de 1814 y 1815 así como la Declaración de Breda de 1660 en la Inglaterra de la restauración de Carlos II, luego de que Carlos I fuera decapitado en 1649 durante la revolución (pp. 67 y ss). Véase, igualmente, sobre el caso de Napoleón, BASS, Gary Jonathan. *Stay the hand of vengeance. The politics of war crime tribunals,* Princeton Studies in International History and Politics, Princeton, 2000, pp. 37 a 57. Véase también en el mismo sentido, ELSTER, Jon. "Preference Formation in Transitonal Justice", en: KATZNELSON, Ira y WEINGAST, Barry (Eds.). *Preferences and Situations: Points of Intersection Between Historical and Rational Choice Institutionalism,* The Russel Sage Foundation, Nueva York, 2005, pp. 247 y ss.

8 LIRA, Elisabeth y LOVEMAN, Brian. *Políticas de reparación. Chile 1990-2004*, Ediciones, Santiago, 2005, pp. 22 y ss.

9 Véase el 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 infringidos 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

go, la justicia transicional comienza a ser entendida como extraordinaria e internacional en el período de la posguerra después de 1945; la guerra fría habría dado término a esta primera fase. La segunda fase o fase de las posguerra[10] fría se asocia con la ola de transiciones hacia la democracia y modernización que comenzó en 1989. La tercera fase de la justicia transicional estaría asociada con las condiciones contemporáneas de conflicto persistente que echan las bases para establecer como normal un derecho de la violencia[11].

En todo caso, debe recordarse que la expresión *Justicia Transicional* es utilizada por primera vez a finales de los años 80 y es consagrada en los primeros textos[12] a principios de los años 90 correspondiendo con el momento histórico de las transiciones a la democracia y a la paz en América Latina[13], en

Cont. nota 9

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. John Torpey menciona sin embargo, que en esa época los sistemas de reparación correspondían más a *reparaciones de guerra* en los cuales en las cuales se transfería al perdedor la responsabilidad de la guerra. Era una obligación impuesta entre Estados, en contraste con las obligaciones que, en el marco de la Justicia Transicional, se considera que tienen los Estados con las víctimas particulares. TORPEY, John. "Victims and Citizens: the discourse of Reparation(s) at the dawn of the new millennium", en: DE FEYTER, K. et al (Eds.). *Out of Ashes. Reparations for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations,* Intersentia, Amberes - Oxford, 2005, p. 36.

10 Otros autores identifican ese momento como el comienzo de la Justica Transicional, véase FREEMAN, Mark. Necessary Evils, op. cit.,p. 18; BICKFORD, Louis. "Transitional Justice", op. cit.,asociando el comienzo de la Justicia Transicional con el fenómeno de la rendición de cuentas por violaciones a los derechos humanos y no únicamente por ser la figura que representa al enemigo vencido. Véase en ese sentido BASS, Gary Jonathan. Stay the hand of vengeance. The politics of war crime tribunals, op. cit.,p. 37.

11 Profesora Titular de la Cátedra Ernst C. Stiefel de Derecho Comparado, New Cork 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, TEITEL, RUTI. *Transitional Justice*, 2000.

12 Véase, por ejemplo, la obra de KRITZ, Neil (Ed.). *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes,* volúmenes I a III, U.S. Institute of Peace Press, Washington D.C., 1995.

13 Algunos autores se refieren a este momento como la tercera ola de democratización que habría empezado en Europa en los años 1970, con las transiciones griegas, portuguesas y españolas, para luego seguir en la década siguiente en América Latina. HUNTINGTON, Samuel. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, Norman, Oklahoma, University of Oklahoma Press, 1991, pp. 3 a 30.

Europa del Este y en Sudáfrica[14]. El término quedó asociado al fenómeno de las transiciones a pesar de que hoy en día, tal como se resaltó, el mismo se refiera a contextos diversos en los cuales se utilizan herramientas de la Justicia Transicional sin necesidad de que existan transiciones políticas.

3. Los dilemas de la Justicia transicional

Los recorridos y los factores explicativos de cada una de las transiciones guardan estrecha relación con los contextos en que se llevaron a cabo. A pesar de ello, existieron y todavía existen, problemáticas recurrentes comunes. Por lo general, los gobiernos autoritarios perpetraron violaciones masivas a los derechos humanos, principalmente, como consecuencia del actuar de agentes estatales. Uno de los puntos de tensión principal de las nuevas democracias se relacionaba con la forma en que se debía tratar la herencia de la violencia pasada[15]. Los dilemas de base, implicaban encontrar un equilibrio entre gobernabilidad democrática y justicia para las víctimas de la violencia; todo ello en contextos nacionales marcados por relaciones de fuerza en los cuales los perpetradores de las violaciones conservaban cuotas de poder importantes[16].

Como lo expresa Mark Freeman[17], en esos contextos, *la demanda de justicia se encuentra a su máximo nivel, mientras que la posibilidad de brindar justicia por parte del Estado se encuentra a su nivel más bajo*[18]. Asimismo, las realidades locales en las cuales debían implementarse los mecanismos de *Justicia Retributiva* clásica, estaban marcadas por un debilitamiento institucional, en algunos casos, con altos niveles de corrupción e ineficiencia[19].

---

[14] BICKFORD, Louis. "Transitional Justice", *op. cit.*; Centro Internacional para la Justicia Transicional, Hoja informativa *¿Qué es la Justicia Transicional?*, *op. cit*.

[15] Véase, entre otros, KRITZ, Neil (Ed.). *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes, op. cit.,*pp. XIX a XXX.

[16] GARRETÓN, Manuel Antonio. "Revisando las transiciones democráticas en América Latina", en: Nueva Sociedad, No. 148, Caracas, marzo-abril, 1997, p. 7: "también es cierto que su naturaleza misma consiste en que no hay derrocamiento ni derrumbe total del régimen, lo que implica presencia o proyección de éste tanto durante el proceso de transición como en las democracias nacientes". Véase asimismo, BICKFORD, Louis. "Transitional Justice", op. cit.

[17] FREEMAN, Mark*, op. cit.,*p. 18.

[18] Traducción nuestra.

[19] BICKFORD, Louis. "Transitional Justice", *op. cit.*

Por otro lado, el número elevado de víctimas y de perpetradores[20], difícilmente le podían permitir a las instituciones ordinarias judiciales y administrativas –concebidas para abordar problemáticas en situaciones de normalidad[21] en donde la conducta delictiva constituyen la excepción– llevar a cabo la persecución penal a todos los autores de graves violaciones a los derechos humanos.

Así, la justicia penal clásica se mostraba inadaptada o insuficiente para enfrentar el legado de violencia y de violaciones masivas a los derechos humanos. En esa medida, inevitablemente, las graves violaciones a derechos humanos permanecerían en la impunidad[22].

En ese contexto, los distintos gobiernos implementaron políticas substitutivas y/o complementarias de la justicia retributiva prevista en los ordenamientos penales clásicos o tradicionales, que toman en cuenta otros valores o necesidades (como la paz, la democracia o el Estado de derecho) fundados en una noción de Justicia más amplia que la Justicia Penal clásica[23].

Los diferentes mecanismos empleados para aportar soluciones a la problemática de la herencia pasada fueron muy diversos, y surgieron, por lo general, como políticas *ad hoc* que se definieron en la marcha y que no correspondieron a una matriz estratégica de base.

A la par de los derechos a la verdad, justicia y reparación, se pueden identificar mecanismos tendientes a sujetar a los perpetradores de las violaciones a determinados estándares de justicia y a reparar a las víctima, tales como el derecho a saber la verdad de lo ocurrido y a que se desarrollen reformas institucionales como garantías de no repetición[24].

---

[20] FORSYTHE, David P. *Human rights in international relations*, segunda edición, Cambridge University Press, Nueva York, 2006, p. 89.

[21] Véase FREEMAN, Mark (et al). *Qu'est-ce que la justice transitionnelle?* ICTJ, noviembre de 2007, p. 2. Disponible en: http://www.ictj.org/images/content/7/5/752.pdf.

[22] Ese fenómeno en el cual unos pocos responsables de las violaciones a los derechos humanos son juzgados, es conocido en la literatura con la denominación en inglés *impunity gap.* Véase por ejemplo uno de los varios casos en el informe de HUMAN RIGTHS WATCH. *Narrowing the impunity gap. Trials before Bosnia's War Crimes Chambers,* febrero de 2007, Volume 19, No. 1(D), página 2 y 19. Véase asimismo KLEFFNER, Jann K. (et al) (Ed.). *Complementary views on complementarity: proceedings of the International Roundtable on the Complementary Nature of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2006, p. 96.

[23] BICKFORD, Louis. "Transitional Justice", op. cit.

[24] O'FLAHERTY, Michael (Ed.). *The human rights field operation: law, theory and practice*, Ashgate Publishing Limited, Hampshire, 2007, pp. 141 y 142.

Estos mecanismos no son substitutivos de la persecución penal a los autores de graves violaciones, deben ser complementarios[25]. No se trata de un tipo de justicia de *segunda categoría*, sino más bien de una idea de Justicia que reconoce las insuficiencias de los mecanismos clásicos y propone un enfoque más completo para enfrentar ese legado de violaciones a los derechos humanos y luchar contra la impunidad.

Del mismo modo, en lo que se refiere a las transiciones en casos de países que han vivido un periodo largo en estado de guerra interior e inicia un proceso de paz, el concepto de justicia 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 perpetrado crímenes internacionales[26]. Estas tensiones se manifiestan por lo general en la compleja necesidad de equilibrar dos derechos fundamentales contrapuestos: justicia por un lado y paz o gobernabilidad democrática por otro. En particular, se centra en relación con las normas de derecho internacional humanitario que exigen un castigo ejemplar para los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional y la normatividad interna que tiene que crear el Estado afectado por la guerra, para que los actores armados acusados de tales delitos, decidan por fin someterse a la justicia y llegue a ese país la paz[27].

De ese modo, 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 puede verse oscurecido por la necesidad de paz y reconciliación nacionales que pueden presionar en dirección contraria a dichos derechos, pues no siempre es sencillo que los responsables de crímenes atroces

---

[25] Véase por ejemplo BIANCHINI, Stefano. *Partitions: reshaping states and minds*, Routledge, Nueva York, 2005, p. 33.

[26] Cfr. Entre otros, art. 5º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: "Crímenes de la competencia de la Corte".

[27] Cfr. UPRIMNY, Rodrigo. "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, Ed. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DJS).

decidan desmovilizarse, reconocer sus crímenes, someterse a una condena, sin que exista algún tipo de incentivo que lo favorezca[28]. Es por ello que muy a menudo se buscan formas que propenden a encontrar un equilibrio entre estos dos derechos fundamentales, la justicia y la paz.

Por esta razón, en algunas circunstancias, cuando se trata de implementar mecanismos de Justicia transicional y de desarme y desmovilización, deben encontrarse fórmulas intermedias que garanticen una dosis de justicia y una dosis de perdón, porque todas las estrategias de justicia transicional implican necesariamente el sacrificio de alguno de los valores en tensión. Además de lo anterior, cabe recordar que no existe 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[29].

En un Estado Social de derecho es al legislador al que 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 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 ponderación 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 o de guerra, 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 ejercía dentro de la organización armada, al margen o no de la ley; y, a los aportes que haga para que se sepa la verdad sobre lo sucedido en el tiempo de guerra que se está superando[30]. Los criterios de proporcionalidad se concretan en las siguientes premisas básicas: i) a mayor gravedad del crimen, menor probabilidad de per-

[28] *Ibídem*.
[29] *Ibídem.*
[30] *Ibídem.*

dón; ii) a mayor responsabilidad a nivel de mando de la organización o social del autor, menor posibilidad de perdón, y iii) a mayor contribución a la paz, la verdad, reparación, mayores posibilidades de perdón[31].

Por esta razón no existiría mayor objeción a la hora de conceder indultos o extinciones de la acción penal a 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 paradigma tiene además como ventaja que los procesos de desmovilización, o de juzgamiento con amnistías, indultos, o con penas alternativas, con comisiones de verdad, de verificación y de reparación, pueden garantizar, en gran medida, que la justicia penal internacional no tendría bases para actuar como justicia complementaria[32].

4. Fuentes de la Justicia Transicional

El desarrollo de esta nueva estrategia de justicia ha sido impulsado por diversos actores que no contaban, al comienzo, con un marco teórico que sirviera de derrotero. Posteriormente, las experiencias locales nutrieron la matriz teórica de la Justicia Transicional con una serie de herramientas para enfrentar legados de violencia e injusticias del pasado.

De una parte, la sociedad civil contribuyó al desarrollo de la Justicia Transicional a través de varias estrategias, a saber: mediante el ejercicio de presión política a los gobiernos para que atiendan las demandas de Justicia, de verdad y de reparación a las víctimas[33] y, por otra, superando la lógica centrada únicamente en el monitoreo y denuncia de violaciones a los derechos humanos, a una perspectiva que también incluye propuestas concretas de políticas públicas en torno a estos temas[34].

---

31 Cfr. UPRIMNY, Rodrigo, op. cit., pp. 13 y ss.

32 Cfr. UPRIMNY, Rodrigo, op. cit., pp. 13 y ss.

33 BICKFORD, Louis. "Transitional Justice", op. cit.

34 MENDEZ, Juan. "Undestanding Transitional Justice", en BORAINE, Alex y VALENTINE, Sue (Eds.). Transitional justice and human security, ICTJ, Cape Town, 2006, p. 18. Véase, asimismo, MENDEZ, Juan. Accountability for past abuses, Human Rights Quaterly 19.2, 1997, p. 255.

Paralelamente a las políticas públicas implementadas por los Estados y la sociedad civil, el derecho y la jurisprudencia internacionales han enriquecido el marco normativo de la Justicia Transicional[35]. En ese sentido, uno de los aportes fundamentales para la disciplina lo constituyen las providencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial la sentencia del caso Velázquez Rodriguez[36] de 1988, así como el conjunto de principios contra la impunidad de Naciones Unidas[37] de 1997. Hoy, como se verá más adelante, existe un complejo marco normativo para cada uno de los componentes de la Justicia Transicional.

5. Los pilares de la Justicia Transicional y sus mecanismos

En el marco de la teoría de la justicia transicional se suelen distinguir pilares o grandes temas de actuación que en conjunto –de forma holística e interdependiente– impactarían sobre los objetivos de paz, democratización, reconciliación, reparación a las víctimas y consolidación del Estado de derecho. De esa forma se distinguen las políticas que giran en torno a la justicia, a la verdad, a la reparación y a las garantías de no repetición. Algunos autores distinguen las políticas de memoria como un quinto pilar de la Justicia Transicional[38].

Tales pilares se implementan mediante distintos mecanismos como, por ejemplo, las comisiones de la verdad, los programas de reparación, los procedimientos judiciales penales, las reformas a las instituciones, la educación en derechos humanos o los mecanismos de *vetting*[39].

---

[35] Centro Internacional para la Justicia Transicional, Hoja informativa *¿Qué es la Justicia Transicional?, op. cit.*

[36] Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras. Sentencia C-04 de 29 de julio de 1988.

[37] *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos),* Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos preparado por el Sr. Louis Joinet de conformidad con la Resolución 1996/119 de la Subcomisión, Doc.E /C1N.4/Sub.2/1997/20/ Rev.1, anexo ii (*Conjunto de principios para la protección y la promoción de los Derechos Humanos, para la lucha contra la impunidad*)

[38] BICKFORD, Louis. "Transitional Justice", *op. cit.*

[39] El *vetting* consiste en separar de los cargos públicos y de los sectores de seguridad del Estado los autores de violaciones a los derechos humanos, como forma de prevenir futuras violaciones. Por más información sobre los mecanismos de vetting, véase, entre otros, MAYER-RIECKH, Alexander y DE GREIFF, Pablo (Eds.). *Justice as Prevention. Vetting*

Esta lista de mecanismos no es exhaustiva, y es necesario resaltar que si bien un tipo de mecanismo está enfocado de forma preferencial hacia uno de los pilares, en realidad el impacto que produce abarca –en mayor o menor medida– los otros tres o cuatro, según el caso. Por ejemplo, si bien un procedimiento penal está prioritariamente enfocado al tema de la justicia, también ese procedimiento es susceptible de funcionar como medida de satisfacción, medio para garantizar el derecho a saber la verdad, o garantía de no repetición.

6. El enfoque holístico de la Justicia Transicional

El conflicto armado, las graves violaciones a derechos humanos, el quebrantamiento institucional y los demás fenómenos que dan lugar a que se adelanten procesos de transición a la paz y a la democracia, por regla general, tienen múltiples causas. Así, su origen y desarrollo se debe a múltiples circunstancias que, aunadas en determinadas condiciones, ameritan la implementación de una serie de políticas y medidas tendientes a la reconciliación de los grupos en conflicto, el establecimiento de las instituciones democráticas y la consecución de la paz[40].

En este sentido, pretender encontrar la única o principal causa del conflicto y adelantar medidas para corregirla y evitar su ocurrencia en el futuro, resulta ser una tarea, por lo demás, insuficiente e inviable. Es preciso reconocer que tales situaciones se deben a un cúmulo de circunstancias que, en conjunto, llevaron a la sociedad a un estado de crisis humanitaria, social e institucional[41].

Dado lo anterior, las políticas y medidas tendientes a superar exitosamente el periodo de transición serán concebidas y ejecutadas a partir de *una perspectiva holística*. Es decir, todos los esfuerzos de los actores estatales, civiles e

Cont. nota 39

Public Employees in Transitional Justice, Social Science Research Council, Chicago, 2007; NACIONES UNIDAS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Rule of Law Tools for Post-Conflict States. Vetting: an operational framework.* Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006.

40 Cfr. "Entrevista con Juan Méndez, Presidente del International Center for Transitional Justice por Glenda Mezarroba", en: *Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos*, No. 7, año 4, pp. 178 y ss.

41 DE GREIFF, Pablo, "DDR and reparations", en: *Dissarming the past: Transitional justice and Ex - combatants,* edited by Ana Curtel Patel, Pablo de Greiff & Lards Waldorf, Advancing Transitional Justice Series, Social Science Research Council - New York. 2009, pp. 142 y ss.

internacionales deberán partir del reconocimiento de las múltiples dimensiones del conflicto y de la transición a la democracia y la paz, y tomar en cuenta "*toda la gama de factores que contribuyeron a propiciar las graves violaciones a los derechos humanos*"[42].

En consecuencia, los programas, planes, políticas y mecanismos adoptados en el marco de un proceso de justicia transicional deberán ser concebidos, ejecutados y evaluados en conjunto y de manera interdependiente[43].

7. El carácter transversal de las políticas y medidas de transición

Tradicionalmente se han entendido como pilares de la justicia transicional los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, las garantías de no repetición y las reformas institucionales, lo cual ha sugerido que el éxito de los procesos de esta naturaleza dependa, en mayor o menor medida, del diseño y ejecución de políticas públicas y la adopción de procedimientos y medidas que realicen y garanticen tales principios.

Si bien lo anterior es cierto, resulta pertinente aclarar que las políticas, medidas y procedimientos diseñados en el marco de procesos de justicia transicional no son unidimensionales, es decir, no garantizan de manera independiente y separada los principios básicos de esta clase de procesos.

Por ejemplo, a pesar de que los derechos a la verdad y a la reparación tienen contenidos autónomos, resulta imposible pretender deslindar el uno del otro; en efecto, una medida tendiente a garantizar el derecho a la verdad necesariamente surtirá efectos positivos en relación con el derecho a la reparación. Igual acontece con las reformas institucionales, mediante las cuales indirec-

---

[42] Véase http://www.ictj.org/es/tj/

[43] NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE SEGURIDAD, INFORME DEL SECRETARIO GENERAL. *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos,* 3 de agosto de 2004, S/2004/616, párrafo 26; OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Instrumentos del estado de Derecho para Sociedades que han salido de un conflicto,* Amnistías, Naciones Unidas, Nueva York Ginebra, HR/PUB/09/1, 2009, p. 2; Véase asimismo BICKFORD, Louis. "Transitional Justice", *op. cit.*, y CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL. *Hoja informativa ¿Qué es la Justicia Transicional?*, *op. cit.*

tamente se salvaguardará a la sociedad de la ocurrencia de la misma clase de hechos que ameritaron el periodo de transición, con lo cual también se entenderán realizadas las garantías de no repetición.

En consecuencia, los programas adoptados y ejecutados con miras a la reconciliación, la consolidación de la institucionalidad democrática y la consecución de la paz, si bien en principio pueden ser identificados con alguno de los pilares propios de la justicia transicional, en últimas, tenderán a garantizar todos y cada uno de sus componentes. Así pues, las políticas, medidas y procedimientos de transición son conceptos *transversales*.

En este sentido, la Corte Constitucional estableció que *"… la verdad, la justicia y la reparación se erigen como bienes cardinales de toda sociedad que se funde en un orden justo y de pacífica convivencia, entre los cuales median relaciones de conexidad e interdependencia, de manera tal que:* ***No es posible lograr la justicia sin la verdad. No es posible llegar a la reparación sin la justicia***"[44] (subrayado original).

8. El enfoque diferencial de las políticas y medidas en procesos de justicia transicional

Merecen especial atención las políticas y medidas tendientes a garantizar los derechos de las víctimas que desde antes, durante o con posterioridad a un conflicto o a una transición política, se hallan en situación de especial debilidad o aquellas que pertenecen a grupos tradicionalmente discriminados.

En efecto, la garantía de los derechos de mujeres[45], niños y niñas y adolescentes, de personas Lesbianas, Gays, Bisexuales o Transexuales "LGBT", discapacitados, miembros de comunidades étnicas y afrodescendientes, entre otros grupos de especial protección, víctimas, demandan el diseño y ejecución de políticas y medidas que atiendan de manera particular sus peculiares condiciones y promuevan su participación en los procedimientos administrativos y judiciales, así como especiales formas de reparación, entre otros aspectos[46].

---

[44] Corte Constitucional. Sentencias C-775 de 2003 y C-1199 de 2008.

[45] UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL RESOLUTION (UNSCR) 1325. "*Women, Peace and Security"*. October 31/2000.

[46] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-602 de 2003.

Así pues, en el marco de procesos de justicia transicional adquieren especial relieve las medidas con *enfoque diferencial*[47] como mecanismos para garantizar los fines de reconciliación y paz.

En relación con el enfoque diferencial en materia de género, resulta de particular interés la Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre *la mujer, la paz y la seguridad.* En este documento "*se reconoció el especial rol de la mujer en las sociedades del post conflicto y se concluyó acerca de la necesidad de implementar medidas de protección a las mujeres y su inclusión en los procesos de transición, planeación e implementación del desarme, desmovilización y reintegración*"[48].

Asimismo, el Auto 092 de 2008 mediante el cual la Corte Constitucional consideró necesaria la implementación de medidas especificas de reparación para las mujeres víctimas del conflicto armado, por cuanto su victimización ha obedecido, principalmente a su condición de género, lo cual ha propiciado su vulnerabilidad en el desarrollo del conflicto armado y la materialización de riesgos específicos, tales como: la violencia sexual; la explotación laboral; los riesgos del reclutamiento forzado de sus hijos; el contacto con grupos armados al margen de la ley; los riesgos relativos a su pertenencia a organizaciones sociales, comunitarias o políticas; el riesgo de persecución y asesinato suyo o de su proveedor económico o por la desintegración de sus grupos familiares y de

[47] Véase, por ejemplo, RUBIO-MARÍN, Ruth (Ed.). *What happened to the women?: gender and reparations for human rights violations,* SSRC, Nueva York, 2006, pp. 16 y ss.; VALJI, Nahla. "Gender Justice and Reconciliation", en: WIERDA, Marieke (et al) (Ed.). *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Conflict Resolution and Development the Nuremberg Declaration on Peace and Justice,* Springer, Berlin, 2009, pp. 217 y ss.; DUGGAN, Colleen (et al). "Reparations of sexual violence in democratic transitions: the search for gender Justice", en: DE GREIFF, Pablo (Ed.). *The Handbook of Reparations,* Oxford University Press, Nueva York, 2006, p. 623 y s. Véase, igualmente, CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL. *Children and Transitional Justice,* ICTJ, http://ictj.org/static/Factsheets/ICTJ_Children-TJ_fs2008.pdf, 2009; y LENZERINI, Federerico (Ed.), *Reparations for Indigenous people. International and Comparative Perspective,* Oxford University Press, Nueva York, 2008, p. 605 y s.

[48] DIETRICH ORTEGA, Luisa Maria. "Transitional Justice and Female Ex Combatans; lessons learning from international experience", en: *Dissarming the past: Transitional justice and ex-combatants,* edited by Ana Curtel Patel, Pablo de Greiff & Lards Waldorf. Advancing Transitional Justice Series, Social Science Research council - New York, 2009, pp. 142 y ss.

sus redes de apoyo material y social; el riesgo de ser despojadas de sus tierras y su patrimonio; y, los riesgos derivados de la condición de discriminación y vulnerabilidad acentuada de las mujeres indígenas y *afro descendientes*.

Asimismo, adquiere especial relieve la victimización a que son sometidas las mujeres víctimas sobrevivientes de actos violentos quienes se ven forzadas a asumir roles familiares, económicos y sociales distintos a los acostumbrados, por cuanto deben sobrellevar excesivas cargas materiales y psicológicas[49].

Por su parte, en relación con la problemática del desplazamiento de las comunidades indígenas, mediante la sentencia T-1105 de 2008 la Corte Constitucional estableció:

> *"En razón de lo hasta aquí expuesto, quizá una de las solicitudes más sentidas por parte de la población indígena ha sido la de incorporar un enfoque diferencial étnico en el sistema integral de la población desplazada, de manera que se obtenga el diseño de políticas que tengan en cuenta la peculiaridad del problema del desplazamiento indígena y se ofrezca una solución integral.*
> *(…)*
> *Un enfoque diferencial bajo tales circunstancias, ha de tener en cuenta no sólo el respeto por la identidad cultural y con ello la protección de tradiciones, usos y costumbres ancestrales de los pueblos indígenas. Debe reparar también en la situación peculiar de desventaja histórica en la que estas minorías se han encontrado y aún se hallan. Lo anterior tanto más cuanto el fenómeno de desplazamiento forzado ha impuesto a los pueblos indígenas una carga especialmente onerosa. Sus territorios suelen ser invadidos por los actores del conflicto sin respetar la neutralidad que estos pueblos han adoptado. De otra parte, cada vez que los grupos indígenas intentan llamar la atención de manera pacífica respecto de su especial situación de indefensión recae sobre ellos la sospecha y el estigma de encubrir intereses subversivos. Sus marchas, entonces, se descalifican y sus pedidos se mantienen en el olvido.*
> *(…)*
> *Si se aplica un enfoque diferencial, no sólo se podría obtener un diseño de políticas públicas de atención a la población indígena desplazada que tome en cuenta su condición y mejore la eficacia de las políticas orientadas a ofrecer soluciones a las problemáticas que esta población enfrenta en la práctica.*
> *(…)*

[49] Véase: Corte Constitucional. Auto A092 de 2008.

De otra parte, el enfoque diferencial contribuiría a destacar un componente del derecho constitucional fundamental al reconocimiento y protección de la diversidad ética, y cultural de los pueblos indígenas, como lo es su derecho a participar de manera activa en el diseño y puesta en práctica de las políticas que los afecten, por ejemplo, en materia de salud, de educación, en lo relativo a los mecanismos de resolución de conflictos y, de esta forma, potenciaría el papel indispensable que en relación con estas decisiones han de cumplir los cabildos, caciques, gobernadores y diferentes formas asumidas por la guardia indígena o semaneros así como aquellas tomadas por líderes y organizaciones locales, regionales y nacionales. El enfoque diferencial garantizaría, en últimas, una atención integral de la población indígena bajo estricto respeto de sus derechos individuales y colectivos tal como lo establece la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos"[50].

9. El modelo en Colombia

Hasta el período previo al 25 de julio de 2005, la historia del país en materia de justicia transicional se enmarcaba en un paradigma en el cual se concedían amnistías a los grupos armados sin la búsqueda de una justicia retributiva o de cualquier otra medida de Justicia transicional a excepción de la desmovilización. Los gobiernos de turno se habían limitado a conceder amnistías y perdones totales, más con fines 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 estatales[51]. 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

[50] Véase: Corte Constitucional. Sentencia T-1105 de 2008.

[51] Cfr. FOCAL MELTZAR, Judy. *"Justicia transicional y reconciliación en Colombia luego del conflicto armado. Consideraciones para una posible cooperación canadiense"*, Focal, Canadian Foundation for the Americas, Policy Paper, FPP-04-3, Ottawa, p. 20.

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 omiso de la fuerza pública.

Hoy, con la Ley de Justicia y Paz, indudablemente el proceso de justicia transicional que ha escogido Colombia se enmarca dentro de un modelo de Justicia que busca la persecución penal a los autores de graves violaciones a los derechos humanos, la reparación a las víctimas, así como la verdad sobre lo ocurrido, de conformidad con los estándares internacionales en la materia. 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 paramilitares[52]. La ley regula un procedimiento penal especial y

[52] Los instrumentos jurídicos que sirvieron como antecedente a la Ley de Justicia y Paz son los siguientes: 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 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, Luis 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 combate; Decreto 3360 de 2003 para incluir a los desmovilizados en programas de reinserción 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,

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 cumpliendo con su desmovilización, desarme, postulación por el Gobierno, cumplimiento de los requisitos de elegibilidad[53], 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 alternativa[54].

Cont. nota 52

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 la comunidad nacional e internacional.

53 Cfr. artículos 10º y 11 de la Ley de Justicia y Paz. Estos requisitos están orientados a garantizar que el beneficio de la pena alternativa sólo se dé 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.

54 Cfr. Ley 975 de 2005, artículo 3º y Corte Constitucional. Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006. La Corte declara este artículo exequible en el entendido 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. Ver adelante el capítulo "La estructura del procedimiento establecido en la Ley de Justicia y Paz", pp. 255-313.

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 condena[55].

Esta pena alternativa se aplicará a los desmovilizados condenados que han contribuido al logro de la paz para que el Estado pueda desmantelar 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 beneficio[56].

El modelo de Justicia Transicional adoptado en Colombia no logró involucrar a todos los actores del conflicto armado interno. En esa medida, se habla de una justicia y una paz fragmentarias, pues no están acogiéndose a la Ley de Justicia y Paz todos los grupos armados beligerantes y el tratamiento de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas por los agentes del Estado siguen un carril diferente a las cometidas por los grupos armados. Este último aspecto es particularmente problemático en materia de reparaciones a las víctimas y de verdad. Colombia ha creado una estructura de mecanismos de Justicia Transi-

[55] 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".

[56] 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 reinserción 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.

cional sin que la violencia del conflicto armado se hubiese desarticulado. En ese sentido, el caso colombiano es original pues, como lo señalan varios autores, el país atraviesa por un proceso de justicia transicional sin transición[57].

II. Requerimientos básicos de la justicia transicional a la luz del *corpus iuris* del derecho internacional público

En los párrafos anteriores se mencionó que no existía un único proceso de justicia transicional, pues cada país, de acuerdo con sus debilidades y fortalezas, diseña un modelo propio acorde con su realidad social, política y económica[58]. Sin embargo, esto no significa, en manera alguna, que no existan unas pautas básicas de la justicia transicional[59] que se han elaborado a partir de precedentes, normas, jurisprudencia, doctrina internacional, derecho constitucional y convenios, tratados y acuerdos internacionales, que en un determinado momento de transición sirvan de parámetros para el diseño y la ejecución de programas de justicia y reconciliación nacional, tras violaciones graves a los derechos humanos[60].

Así pues, existe una serie de estándares internacionales que guía y limita las facultades de los Estados de cara a la celebración de acuerdos de paz con grupos al margen de la ley caracterizados por perpetrar graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

---

[57] Véase entre otros, UPRIMNY YEPES, Rodrigo (et al). ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2006, p. 42.

[58] CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, op. cit.*, resumen.

[59] Véase BELL, Christine. "The new law of Transitional Justice", en: WIERDA, Marieke (et al) (Ed.). Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Conflict Resolution and Development the Nuremberg Declaration on Peace and Justice, op. cit., p. 105 y ss.; BICKFORD, Louis. "Transitional Justice", *op. cit.*; CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, *op. cit.*, párrafo 9.

[60] En lo que sigue, cfr. BOTERO MARIÑO, Catalina (et al). "Estándares internacionales y proceso de transición en Colombia", en: RETTBERG, Angelika (comp.). *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005.

Varios de esos estándares se encuentran incorporados en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados. Por ejemplo, en el ordenamiento jurídico colombiano, el artículo 150 de la Constitución establece que por mayoría de dos tercios de los votos de los miembros de una y otra cámara y ante graves motivos de conveniencia pública, el Congreso de la República puede conceder amnistías o indultos generales por delitos políticos, y el artículo 201 constitucional dispone que el Presidente podrá "conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad"[61].

Asimismo, Colombia ha ratificado una serie de instrumentos internacionales mediante los cuales ha comprometido su responsabilidad en relación con la investigación, juzgamiento y sanción de los autores de delitos contra el derecho internacional humanitario (p. ej., Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[62], Convención Americana de Derechos Humanos[63], Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura[64], Convención Internacional sobre Desaparición Forzada de Personas[65], Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio[66], Estatuto Penal de la Corte Penal Internacional[67]).

---

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

62 Adoptado 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

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

64 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

65 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.

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

Así las cosas, es posible afirmar que en el ordenamiento jurídico colombiano existen una serie de principios y parámetros a la luz de los cuales se habrá de edificar el desarrollo de nuestro proceso de justicia transicional tanto en sede judicial como administrativa.

Dentro del acervo de estándares internacionales en materia de lucha contra la impunidad a los violadores de los derechos humanos, el conjunto de principios de Naciones Unidas para la lucha contra la impunidad pretende catalogar o sistematizar ese conjunto de normas dispersas. Ahora bien, de conformidad con las pautas establecidas para la lucha contra la impunidad por el Relator Especial de la Naciones Unidas, Louis Joinet[68] y su posterior actualización por la experta independiente, Diane Orentlicher[69], existen cuatro grandes ejes temáticos constituidos por derechos y obligaciones que son aplicables: i) la satisfacción del *derecho a la justicia*; ii) la satisfacción del *derecho a saber*; iii) La satisfacción del *derecho a la obtener reparación*; y, iv) La adopción de garantías de no repetición de las violaciones[70].

---

[67] 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.

[68] *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos),* Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos 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 (*Conjunto de principios para la protección y la promoción de los Derechos Humanos, para la lucha contra la impunidad*).

[69] *Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005. Véase igualmente el Informe de Diane Orentlicher, explicando las actualizaciones realizadas a los principios, E/CN.4/2005/102, 18 de febrero de 2005.

[70] Los principios de Joinet mencionan los tres primeros y "una serie de medidas para garantizar que no se repitan las violaciones", véase *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad… (op. cit.* párrafo 16). Las *garantías de no repetición* aparecen en los documentos de Joinet y de Orentlicher en el mismo acápite que las medidas de reparación. En los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, A/RES/60/147. Naciones Unidas, Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005 se mantuvo esta estructura de incluir las garantías de no repetición dentro de los tipos de reparación.

Posteriormente, las Naciones Unidas fueron desarrollando esos principios en informes, estudios o principios más especializados, siempre acompañando el desarrollo de la normatividad y la jurisprudencia internacional en la materia, así como el de los nuevos escenarios de Justicia Penal Internacional.

De esa forma, entre otros instrumentos y documentos, en el 2005 fueron aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*; en el 2006, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones para los Derechos Humanos publicó un Estudio sobre el Derecho a la Verdad[71], completado en el 2009 con otro estudio sobre aspectos particulares del derecho a la verdad[72], y en el 2004, el Secretario General publicó un informe sobre *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*[73].

En el marco del presente texto, se hizo alusión a la llamada *Justicia Transicional o Justicia de Transición.* También se mencionaron los desarrollos de la disciplina, así como los contenidos de los elementos o *pilares* de la misma. Se ha hecho referencia al hecho de que los trabajos de Joinet[74] fueron esenciales al desarrollo del campo de la Justicia Transicional y, en esa medida, los grandes ejes temáticos del conjunto de principios coinciden con los grandes ejes de acción de la Justicia Transicional. Es por ese motivo que este documento propone estructurar el estudio del marco normativo de la Justicia Transicional, de acuerdo a los conjuntos de principios contra la impunidad mencionados.

---

71 Véase *Estudio sobre el Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ,* 9 de enero de 2006, Comisión de derechos humanos, E/CN.4/2006/91

72 Archivos y protección a testigos. Véase Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,* A/HRC/12/19, 21 de agosto de 2009. *El derecho a la Verdad.*

73 CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos,* S/2004/616, 3 de agosto de 2004.

74 Estudio sobre la legislación de amnistía y sobre su papel en la protección de la promoción de los derechos humanos (E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1) y La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos), *op. cit.,* (1997).

1. El derecho a la justicia

Los Estados tienen la obligación nacional e internacional de investigar, juzgar y sancionar, con penas adecuadas, los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario[75].

Ahora bien, el derecho a la justicia conlleva correlativamente otras obligaciones que se pueden extraer de los principios mencionados y de los desarrollos jurisprudenciales. Los principios contra la impunidad y su correspondiente actualización se refieren genéricamente a *"las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces… "*[76].

En lo que respecta al marco jurídico para un proceso de Justicia Transicional como el Colombiano, la Corte IDH ha expresado: *"Para que el Estado satisfaga el deber de garantizar adecuadamente diversos derechos protegidos en la Convención, (…) es necesario que cumpla su deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos. Para alcanzar ese fin el Estado debe observar el debido proceso y garantizar, entre otros, el principio de plazo razonable, el principio del contradictorio, el principio de proporcionalidad de la pena, los recursos efectivos y el cumplimiento de la sentencia"*[77].

Si bien no existe un criterio inequívoco para clasificar las obligaciones correlativas del derecho a la Justicia[78], en el presente texto se abordará el derecho a la justicia asumiendo que el mismo se hace efectivo por medio de tres grandes obligaciones a cargo del Estado y que son mencionadas claramente en los principios contra la impunidad: i) la obligación de investigar; ii) la obligación de juzgar y sancionar; y iii) la obligación de brindar un recurso efectivo a las víctimas de violaciones a los derechos humanos[79].

---

[75] *Conjunto de Principios…, op. cit.*, principio 18; *Conjunto de Principios actualizados…* principios 1 y 19; *Principios y directrices…., op. cit.*, *Preámnbulo,* principios 3b y 4*; Véase también, Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad…, op. cit.*, párrafo 27, *Informe de Diane Orentlicher…, op. cit.*, *párrafos 6 y 35.*

[76] *Conjunto de Principios actualizados…, op. cit.*, principios 1.

[77] Véase Caso de la Masacre de La Rochela *vs.* Colombia, Sentencia C-163 de 11 de mayo de 2007, párrafo 192.

[78] Por ejemplo, Catalina Botero establece cinco categorías. BOTERO, Catalina, *op. cit.*, p. 26.

[79] En este punto, se sigue las categorías establecidas por la COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Impunidad y Graves Violaciones de Derechos Humanos,* Ginebra 2008, p. 43.

A continuación se relacionarán cada uno de los componentes del derecho a la justicia

1.1 La obligación de investigar

La obligación de investigar las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario es una obligación internacional de los Estados[80] que surge del deber de garantizar los derechos a cargo de los mismos[81]. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas[82], el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[83], y la Corte Interamericana de Derechos Humanos[84] han expresado, en varias de sus resoluciones, que el hecho de no investigar una violación a los derechos consagrados en los instrumentos internacionales equivalía a violar los mismos derechos consagrados en los mismos.

La obligación de investigar es irrenunciable, es una obligación de medios[85] que debe ser cumplida prontamente, de buena fe y con la debida diligencia[86].

---

80 Corte IDH, caso Caso Kawas Fernández *vs.* Honduras, párrafo 190, caso González y otras *vs.* México, Sentencia C-205, párrafo 287; Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia párrafo 142; Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, párrafo. 298; ECHR, Ergi *vs.* Turquía, sentencia de 28 de julio de 1998, párrafos 85-86; COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. Impunidad y Graves Violaciones de Derechos Humanos, Ginebra, 2008, p. 45; BOTERO, Catalina, op. cit., p. 33.

81 Véase, entre otros, el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Véase, asimismo, DULITZKY, Ariel. "Alcance de las obligaciones Internacionales de los Derechos Humanos", en: MARTÍN, Claudia (et al). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2004, pp. 85 y 86; MEDINA, Cecilia (et al). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de Protección,* Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago, 2007, pp. 19 y ss.

82 Caso *Nydia Erika Bautista,* Documento de Naciones Unidas CCPR/C/55/D/563/1993, párrafo 8,6.

83 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *McCann c. el Reino Unido,* Sentencia del 27 de septiembre de 1995, Serie A No. 324, párrafo 161.

84 *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia,* párrafo 148.

85 Corte IDH. Caso González y otras, párrafo 289; Caso Anzualdo Castro *vs.* Perú párrafo 123. Ver asimismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Finucane c. el Reino Unido, Sentencia del 1 de julio de 2003, párrafo 69

86 Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela *vs.* Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-163, de 11 de mayo de 2007, párrafo 149, Caso La Cantuta *vs.* Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C-162, párrafo 110.

Asimismo, la misma debe ser iniciada de oficio[87], sin que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas[88]. Los Estados no podrán excusarse de investigar porque las víctimas no aportaron prueba para adelantar los procedimientos.

a) Independencia e Imparcialidad

La investigación deberá desarrollarse por los órganos judiciales competentes e independientes e imparciales[89]. Para que sea independiente, una investigación debe ser independiente de los presuntos autores y del organismo al que éstos pertenecen, y los investigadores no deben tener vínculos de subordinación o dependencia jerárquica o funcional con los presuntos autores o con el organismo al que éstos pertenecen[90].

b) Exhaustividad

Las investigaciones deben ser exhaustivas, es decir orientadas i) al establecimiento de los hechos y circunstancias en que se cometieron las graves violaciones de derechos humanos[91]; ii) a la identificación y responsabilidad de las personas que estén implicadas[92] (autores, partícipes cadena de mando, encubridores entre otros); iii) utilizando todos los medios legales posibles[93], iv) a determinar las responsabilidades del Estado a través de la actuación de sus agentes[94].

---

87 Corte IDH. Caso Masacre de Las Dos Erres *vs.* Guatemala, Sentencia C-211, de 24 de noviembre de 2009, párrafo 141; González y otras, párrafo 290, Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párrafo 143; Caso Heliodoro Portugal *vs.* Panamá, párrafo 144; Valle Jaramillo y otros *vs.* Colombia, párrafo 101.

88 Corte IDH. Caso de la masacre de Mapiripán *vs.* Colombia, párrafo 219; Caso de la Comunidad Moiwana, párrafo 146; Caso Hermanas Serrano Cruz, párrafo. 61, y Caso 19 Comerciantes, párrafo. 112.

89 Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre Perú, 25 de julio de 1995, CCPR/C/79/Add.67, párrafo 22, Chile, 30 de marzo de 1999, CCPR/C/79/Add.104, párrafo 10 y Alemania, 18 de noviembre de 1996, CCPR/C/79/Add.73. Ver asimismo, Corte IDH caso Pueblo Bello, párrafo 143, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, párrafo 131.

90 COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *op. cit.*, p. 53; ver fuero militar, Pueblo Bello Mapiripán

91 Corte IDH. Caso Rosendo Radilla *vs.* México, párrafo 200,

92 Corte IDH. Caso La Rochela, párrafo 148.

93 Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela, op. cit., párrafo 148,

94 Corte IDH. Caso Caso de la Masacre de La Rochela, op. cit., párrafo 148 ; Caso Almonacid Arellano y otros, párrafo 111, Caso Goiburú y otros párrafo 117.

Asimismo, los procedimientos, para ser exhaustivos, deben seguir las líneas lógicas de investigación[95]. De forma más genérica, la Corte IDH ha considerado que la exhaustividad de la investigaciones significaba que tal deber se absuelve desplegando *motu propio* las actividades necesarias para esclarecer los hechos y las circunstancias que los rodearon e identificar los autores[96].

c) Efectividad

Las investigaciones deben ser efectivas, es decir, idóneas para cumplir con el fin perseguido. Para ello, el órgano investigador y los investigadores deben disponer de las facultades y recursos necesarios para llevar a cabo las investigaciones, incluido para obtener toda la información necesaria, acceder a lugares, acceder a documentos, convocar testigos y posibles autores y coparticipes[97]. Además, Las investigaciones deben estar orientadas al procesamiento y juzgamiento de los responsables de las graves violaciones de derechos humanos[98]; y deben estar orientadas a contribuir a la realización del derecho de las víctimas a la reparación y a la verdad[99].

d) Medidas de salvaguarda para víctimas y otros participantes en las investigaciones

Se deben adoptar medidas de salvaguarda de la integridad de la investigación para los participantes en los mismos. En particular, deben tomarse: i) Medidas de protección para las víctimas, sus familiares, el denunciante, sus representantes o apoderados y demás personas que participen a la investigación[100]; ii) Medidas especiales de protección para menores de edad, víctimas y testigos[101]; iii) Medidas especiales de protección cuando se trata de violaciones

---

95 Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela, op. cit., párrafo 155,

96 Corte IDH. Caso Pueblo Bello párrafo 144.

97 Corte IDH Caso Pueblo Bello párrafo 174, Caso La Rochela párrafos 172, 173 y 174, Caso Mapiripán párrafo 227, Comisión Internacional de Juristas, op. cit., p. 53.

98 Corte IDH. Casos Pueblo Bello párrafo 143, Mapiripán párrafo 237, Hermanas Serrano Cruz párrafo 170.

99 Corte IDH. Caso Valle Jaramillo, párrafos 98 y 102; Caso García Prieto y otros, párrafo 102, Caso Heliodoro Portugal, párrafo 146.

100 Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela, op. cit., párrafos155, 165, 170, 171 y 174.

101 Corte IDH. Caso Valle Jaramillo, párrafo 101.

de derechos humanos contra las mujeres[102] (especialmente en casos de abusos sexuales y trata de seres humanos).

e) Medidas para la salvaguarda de la investigación en curso

Entre ellas podemos citar:

i) Detención preventiva únicamente con el fin legítimo de evitar los peligros procesales[103]; ii) Medidas de reserva de la investigación para preservar la instrucción de una causa penal en curso[104]; iii) Medidas para impedir la obstrucción en la marcha del proceso investigativo[105]; iv) Medidas, incluida la suspensión en el cargo durante la investigación, para asegurar que los presuntos autores y partícipes de graves violaciones de derechos humanos no estén en condiciones de influir en el curso de las investigaciones, mediante presiones y actos de intimidación o de represalia sobre el denunciante, los testigos, los allegados de la víctima y sus defensores, así como sobre quienes participan en la investigación[106].

f) Derechos de las víctimas

En el curso de las investigaciones y de los procedimientos se deben garantizar y preservar los derechos de las víctimas y la de sus familiares[107]: i) a intervenir en la investigación y/o ser informados de los avances y resultados[108];

---

[102] Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem Do Pará), art 7, h.

[103] Véase artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Corte IDH Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *vs.* Ecuador, Sentencia C-170 de 21 de noviembre de 2007, párrafo 93; AMNESTY INTERNATIONAL. Juicio Justo. Manual de Amnistía Internacional, EDAI, Madrid 1998; RIEGO, Cristián y DUCE, Mauricio (Eds.). *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluation y Prspectivas,* Centro de Estudio de Justicia de las Américas, Santiago 2008, pp. 24 y ss.

[104] Comisión Internacional de Juristas, *op. cit.*, p. 53.

[105] Corte IDH, Masacre de las Dos Erres, op. cit., párrafo 144.

[106] Corte IDH, Caso Valle Jaramillo *vs.* Colombia, párrafo 101, Comisión Internacional de Juristas, op. cit., p. 53

[107] Corte IDH. Caso Ituango párrafo 296, Caso Baldeón García párrafo 146, Caso Pueblo Bello párrafo 144. Véase asimismo Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2003/72 de Naciones Unidas de 25 de abril de 2005, E/CN.4/RES/2003/72, párrafo 8.

[108] Corte IDH. Caso Mapiripán, párrafo 219; Caso 19 Comerciantes, párrafo 186.

ii) a tener conocimiento de ciertos actos como autopsias, dictámenes legistas, exhumaciones[109], asimismo, iii) a que la dignidad de las víctimas o de sus familiares sea respetada durante las investigaciones[110].

g) Investigaciones no penales

En cuanto a las investigaciones no penales éstas son complementarias pero no substitutivas de las investigaciones penales[111].

h) Utilización de Instrumentos internacionales o manuales durante las investigaciones

En algunas sentencias[112] de la Corte en las cuales hay ejecuciones extrajudiciales, se ordena al Estado llevar a cabo las investigaciones de acuerdo al Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas[113] o el Protocolo de Estambul[114]. Asimismo, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha recomendado la incorporación de esos estándares a los derechos nacionales[115].

En lo concerniente a esos manuales, la Corte Interamericana expresó en algunas de sus sentencias que: "*Las autoridades estatales que conducen una investigación deben intentar como mínimo, inter alia: a) identificar a la víctima; b) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de ayudar en cualquier potencial investigación penal de los responsables; c) iden-*

[109] Corte IDH. Comisión Internacional de Juristas, op. cit., p. 53.
[110] Corte IDH. Caso Pueblo bello párrafo 175.
[111] Corte IDH La Rochela párrafo 215, Caso de las Masacres de Ituango párrafo 333, Caso de la Masacre de Pueblo Bello párrafo 203.
[112] Corte IDH. Caso Mapiripán, párrafo 224, Caso González y otras, párrafo 301.
[113] *Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas*, Doc. E/ST/CSDHA/.12 (1991)
[114] *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1999).*
[115] Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas 2003/32, La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 23 de abril de 2003, (E/CN.4/RES/2003/32), párrafo 8.

tificar posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga; d) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte, y e) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio. Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen, se deben realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados"[116].

i) Investigaciones y derecho a la verdad

Este deber de investigar a cargo del Estado garantiza a las víctimas y a la sociedad en general el reconocimiento de los autores y el conocimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos delictivos, y por esta vía, se constituye el principal presupuesto para la garantía del derecho a la verdad.

j) Investigaciones y garantía de no repetición

Así, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos el incumplimiento del deber de investigar y sancionar los delitos cometidos contra los derechos humanos propicia la repetición de su violación y constituye impunidad[117]. Sobre este particular, resulta pertinente resaltar que de conformidad con este aspecto se citan los llamados "Principios de Joinet" de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; la impunidad se define como *"la ausencia, de iure o de facto, de la imputación de la responsabilidad penal de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de su responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, de modo que aquellos escapan a toda investigación tendente a permitir su imputación, su arresto, su juzgamiento y, en caso de reconocerse su culpabilidad, a su condena a penas apropiadas, y a reparar los perjuicios sufridos por sus víctimas".*

[116] Corte IDH, Caso de las Masacres de Ituango *vs.* Colombia, *op. cit.*, párrafo 298.

[117] Corte IDH. Caso Valle Jaramillo, párrafo 100, Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz *vs.* Perú, párrafo 122.

1.2 La obligación de juzgar y sancionar

a) La obligación de sancionar

De las amnistías y otras medidas extintivas del delito o de la condena

Tal como se anotó líneas atrás, son inherentes a los procesos de transición las tensiones entre los derechos a la paz[118] o a la democracia, por un lado, y a la justicia (derechos de las víctimas), por otro lado. Los debates entre los realistas (*consecuencialistas),* por un lado, y los idealistas (principistas), por otro, son abundantes en este tema que se encuentra en el centro de gravedad de los procesos de Justicia Transicional.

Curiosamente, ningún tratado internacional se refiere a la prohibición de amnistiar (todos mencionan la necesidad de llevar a cabo una persecución penal), y de hecho, el único instrumento que lo hace, es para recomendar amnistías sólo bajo ciertos contextos. De esa forma, de conformidad con el artículo 6-5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, una vez se produzca una cesación de hostilidades dentro de un conflicto armado interno, las autoridades públicas 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.

A pesar de lo anterior, el Comité Internacional de la Cruz Roja –CICR–, en una interpretación de ese instrumento, aclaró que esas amnistías no podían amparar a los perpetradores de violaciones graves a los derechos humanos[119]. El propio Louis Joinet, en su informe sobre las leyes de amnistía de 1985, recomienda llevar a cabo ese tipo de medidas en consideración al hecho de que podían contribuir a la reconciliación nacional en las sociedades post-au-

---

[118] Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006. "*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*"

[119] COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Customary International Humanitarian Law, Volume I, Rules,* Cambridge University Press, 2005, p. 421.

toritarias, siempre y cuando no se refieran a los autores de graves violaciones a los derechos humanos[120].

Del mismo modo, los desarrollos de las últimas décadas en distintos ámbitos del derecho internacional han consolidado una nueva intolerancia en materia de leyes de amnistía a los autores de graves violaciones a los derechos humanos. En efecto, se ha establecido que las amnistías o indultos sólo tendrán validez a nivel internacional si constituyen la única alternativa posible para un Estado con miras a facilitar los procesos de transición hacia la democracia; pero nunca pueden concederse respecto de conductas constitutivas de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o vulneraciones graves a los derechos humanos, tales como genocidios, homicidios fuera de combate, desapariciones forzadas, violencia carnal, ataques contra la población civil.

El primer órgano internacional que se expresó en contra de las leyes de amnistía fue el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en distintas observaciones generales[121], así como en peticiones individuales[122] y en informes finales por país[123]. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció a principio de los años 1990 que las leyes de amnistía eran incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos en distintas peticiones individuales[124].

En la misma época, comienzan a aparecer los primeros instrumentos de *soft law* en la materia[125]. Posteriormente, llegan las decisiones de los Tri-

---

[120] Estudio sobre la legislación de amnistía y sobre su papel en la protección de la promoción de los derechos humanos…, *op. cit.*,

[121] Véase COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación general* No. 20, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 173 (1992), párrafo 15; Observación General No. 31, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004), párrafo 18.

[122] Decisión de 9 de agosto de 1994, *Caso Hugo Rodríguez* (Uruguay), Comunicación No. 322/1988, CCPR/C/51/D/322/1988, párrafo 12,4.

[123] *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina,* CCPR/C/79/Add.46; A/50/40, 5 de abril de 1995, párrafo 153; *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Chile,* CCPR/C/79/Add.104, 30 de marzo de 1999, Párrafo 7.

[124] Véase CIDH, informes 28/92 (Argentina) y 29/92 (Uruguay) OEA/Ser.L/V/II.83 Doc. 14, los dos en fecha 2 de octubre de 1992.

[125] Véase: *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias,* principio 19: *"En ninguna circunstancia, ni siquiera en estado de guerra, de sitio o en otra emergencia pública, se otorgará inmunidad general previa de procesamiento a las personas supuestamente implicadas en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias".*

bunales Penales Internacionales *Ad-Hoc*[126], de los *Híbridos*[127] y de la Corte Interamericana de derechos Humanos[128]. El estándar de esta última en materia de persecución penal de graves violaciones a los derechos humanos es el siguiente: *"la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, que pretendan impedir la investigación y, en su caso, la sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*"[129]. En síntesis los Estados deben remover todos los obstáculos de *iure* y de *facto* para llevar a cabo las investigaciones[130].

Por último, desde finales de los años 1990, la doctrina y la práctica de las altas autoridades de Naciones Unidas afianzaron ésta posición con respecto a las leyes de amnistías para autores de crímenes de lesa humanidad,

Cont. nota 125

Resolución 1989/65 de 24 de mayo de 1989; el artículo 18 de *La Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas: "Los autores o presuntos autores no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal".* Resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992; e*l Conjunto de principios…, op. cit.*, Principio 23; y el *Conjunto Actualizado…, op. cit.*, principio 24.

126 TPIY, Caso *Anto Furundzij*, Sentencia primera instancia de 10 de diciembre de 1998 (IT-95-17/1), párrafo 155.

127 Véase, Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, artículo 10*: "La amnistía concedida a una persona respecto de la cual el Tribunal Especial tenga competencia en relación con uno de los crímenes a que se hace referencia en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto no constituirá un impedimento para el procesamiento".* Tribunal Especial para Sierra Leona, *Caso Morris Kallon y otros,* Sala de Apelaciones, Sentencia sobre excepciones preliminares (*Decision on challenge to jurisdiction: Lome Accord Amnesty*) de 13 de marzo de 2004 (SCSL-04-15-PT-060-II), párrafo 84.

128 Corte IDH. Caso Barrios Altos *vs.* Perú, párrafo 44, La Cantuta *vs.* Perú, párrafo 168 y Almonacid *vs.* Chile, párrafo 119 y 145, Gomes Lund, *vs.* Brasil, párr. 174, y Gelman *vs.* Uruguay, párr. 232.

129 Corte IDH. Caso La Rochela Párrafo 294. Mutantis Mutandi, Barrios Altos Párrafo 41, Hermanos Paquiyauri Párrafo 233, Caso 19 Comerciantes Párrafo 262, Trujillo 106.

130 Véase entre otros, Corte IDH. Casos Pueblo Bello párrafo 268. Mapiripán 299. Ituango 400. Jaramillo 232.

crímenes de guerra o genocidio[131]. Esa consolidación a nivel internacional fue incluso permeando los sistemas jurídicos y jurisprudenciales internos de algunos países[132].

Para la aplicación de las amnistías o indultos previstos en el caso colombiano 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: i) 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, ii) El poder aplicar amnistías o indultos es un poder excepcional que debe tener una interpretación limitada, iii) 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, iv) No se puede aplicar estos beneficios a la persona que quiere relevarse de responsabilidad indicando que lo hizo por *obediencia debida,* v) Si se establece la amnistía o el indulto deben reconocerse los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación; y, vi) 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.

---

[131] Véase CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, párrafos 10 y 32; Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un tribunal especial para Sierra Leona* S/2000/915, párrafo 22; *Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Misión de Observación en Sierra Leona*, S/1999/836, de 30 de julio de 1999, párrafo 7; véase asimismo OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Instrumentos del estado de Derecho para Sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías*, Naciones Unidas, Nueva York Ginebra, HR/PUB/09/1, 2009, p. 27: *"Los funcionarios de las Naciones Unidas, incluidos los encargados de negociaciones de paz y el personal de las oficinas sobre el terreno, no deben estimular ni condonar jamás las amnistías que impidan el enjuiciamiento de los responsables de crímenes graves de derecho internacional, como los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, o de violaciones graves de derechos humanos…".*

[132] Véase PELAYO, Carlos; VILLADIEGO, Carolina y ERRANDONEA, Jorge. *Memorial en derecho ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman vs. Uruguay*, 1º de diciembre de 2010, disponible al 1º de junio de 2012 en: http://www.urbeetius.org/news/38/amicus-gelman.pdf.

Otros obstáculos de iure y de facto a la investigación, juicio o sanción

Los obstáculos *de iure* y *de facto* para llevar a cabo la persecución penal pueden ser varios, y no necesariamente ligados a una ley de amnistía o a un indulto. En lo que respecta a las situaciones *de iure* que pueden impedir que un autor de graves violaciones a los derechos humanos no sea objeto de persecución penal y/o sanción, encontramos las siguientes: la prescripción, la cosa juzgada, el *ne bis in idem,* obediencia debida, extradiciones, el derecho de asilo, las competencias militares, las leyes sobre arrepentimiento o divulgación, y el principio de inamovilidad de los jueces.

El conjunto de principios contra la impunidad promueven la flexibilización de esos institutos cuando los mismos promuevan o contribuyan a la impunidad para los perpetradores de graves violaciones a los derechos humanos[133].

En cuanto a la *prescripción*, varios instrumentos internacionales que mencionan el carácter imprescriptible de los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de genocidio. Estas fuentes pueden ser tanto consuetudinarias[134] como convencionales[135], de acuerdo al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Los propios *principios de Joinet* mencionan el carácter imprescriptible de los delitos, conformes al derecho internacional[136].

En lo concerniente a la jurisprudencia internacional, la Corte Interamericana de Derecho Humanos ha expresado que "la imprescriptibilidad de los

---

[133] *Conjunto de principios…*, *op. cit.*, Principio 23, *Conjunto de Principios actualizados…*, *op. cit.*, Principio 22.

[134] HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise. *Derecho internacional humanitario consuetudinario - Volumen I: Normas*, Ed. Comité Internacional de la Cruz Roja, pp. 694 y s. Norma o regla 160, véase también los tratados aunque no sean ratificados, que pueden ser considerados como costumbre en la medida en que la cristalización en un tratado tiene un carácter meramente declarativo. COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Impunidad y Graves Violaciones de Derechos Humanos,* Ginebra 2008, p. 136: *"La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es considerada como une fuente de derecho consuetudinario. En efecto, como lo señalara el Relator Especial, Sr. Doudou Thiam, de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, esta Convención es de "carácter simplemente declarativo [… pues] las infracciones a que se refiere, al constituir crímenes por su naturaleza, son imprescriptibles cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido…".*

[135] Véase el Estatuto de Roma de la CPI, artículo 29.

[136] *Conjunto de principios…, op. cit.*, Principio 24, *Conjunto de Principios actualizados…*, *op. cit.*, Principio 25.

crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella"[137]. De modo que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad constituye para el tribunal una norma de *ius cogens*, que es imperativa e inderogable.

El mismo órgano ya había expresado en otra jurisprudencia que los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos debían ser investigados, procesados y, en su caso, sancionados removiendo para ello todos los obstáculos de *iure* y de *facto* como la prescripción. Agregó que son "inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción (…) que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos"[138].

[137] Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrafo 153.

[138] Corte IDH. Casos Barrios Altos *vs.* Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrafo 41, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri *vs.* Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrafo 233; Caso 19 Comerciantes *vs.* Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109 párrafo. 262; y Caso Molina Theissen *vs.* Guatemala. Fondo. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C No. 106, párrafo 84, Caso Trujillo Oroza vs.Bolivia, Sentencia (Reparaciones) de 27 de febrero de 2002, Serie C No. 92, párrafo 106; Caso del Carachazo *vs.* Venezuela, Sentencia (Reparaciones) de 29 de agosto de 2002, Serie C No. 95, párrafo 119; Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz *vs.* Perú, Sentencia de 10 de julio de 2007, Serie C No. 167, párrafo 190; Caso La Cantuta *vs.* Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162, párrafo 152; Caso de las Hermanas Serrano Cruz *vs.* El Salvador, Sentencia de 1 de marzo de 2005, Serie C No. 120, párrafo 172; Caso Carpio Nicolle y otros *vs.* Guatemala, Sentencia de 22 de noviembre de 2004, Serie C No. 117, párrafo 130; y Caso Myrna Mack Chang *vs.* Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, párrafo 276. Ver también mutatis mutandi Caso de la Masacre de la Rochela *vs.* Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de de mayo de 2007. Serie C No. 163, Párrafo 294, Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) *vs.* Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, Párrafo 303, Caso de las Masacres de Ituango *vs.* Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párrafo 402 y Caso de la Masacre de Mapiripán *vs.* Colombia. Excepciones preliminares. Sentencia 7 de marzo 2005. Serie C No. 122, párrafo 304.

En ese mismo sentido se pronunció el Tribunal Penal Internacion al para la antigua Yugoslavia –TPIY– en la Sentencia contra *Anto Furundzija*[139] con respecto al crimen de tortura, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas[140] y el Comité de Naciones Unidas contra la Tortura[141].

De la Cosa Juzgada y principio de Ne bis in idem

El Conjunto de principios actualizados dispone que: *"El hecho de que una persona haya sido procesada en relación con un delito grave con arreglo al derecho internacional no impedirá su procesamiento con respecto a la misma conducta si la actuación anterior obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal o si esos procedimientos no hubieran sido realizados en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubieren sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia*"[142]. Con esta disposición se busca evitar que los autores de graves violaciones a derechos humanos busquen amparo en el principio según el cual nadie puede ser sancionado dos veces por los mismos hechos para consolidar la impunidad.

En los Estatutos de los Tribunales Internacionales se encuentran las mismas restricciones a estos dos principios[143]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su lado dispuso que: *"En lo que toca al principio ne bis in idem, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad*

[139] *Op. cit.*, párrafos 155 y 157.

[140] Observación General 31, *op. cit.*, párrafo 18, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre Argentina, 3 de noviembre de 2000, CCPR/CO/70/ARG, párrafo 9.

[141] Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Marruecos, 5 de febrero de 2004, CAT/C/CR/31/2, párrafo 5 (f)

[142] *Op. cit.*, Principio 26 b).

[143] *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, *op. cit.*, artículo 20.3, *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, op. cit.,* artículo 10,2, *Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, artículo 9.2, Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda,* artículo 9.2.

con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia[144]*. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada 'aparente' o 'fraudulenta'"* [145].

En cuanto a la cosa juzgada, la misma Corte definió que "*es necesario señalar que el principio de cosa juzgada implica la intangibilidad de una sentencia sólo cuando se llega a ésta respetándose el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal en la materia. Por otro lado, si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esas graves violaciones a los derechos humanos pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada*"[146].

De la obediencia debida

En materia de obediencia debida, el conjunto de principios establece una serie de restricciones a la posibilidad de argumentar esa causal para exonerarse de responsabilidad criminal, en convergencia con los estándares de los tribunales penales internacionales en la materia[147]. El articulado de esta restricción considera las dos situaciones: la de los crímenes cometidos por un subalterno que hace incurrir a su superior en responsabilidad penal (principio de responsabilidad penal del superior jerárquico[148]), y la situación del subalterno que recibe órdenes de un superior. La Corte Interamericana, sobre ese punto

---

[144] *Cfr. Cfr.* ONU, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,* aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, UN Doc. A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998, art. 20; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, S/Res/827, 1993, art. 10, y Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, S/Res/955, 8 de noviembre de 1994, art. 9.

[145] Corte IDH. Caso Almonacid *vs.* Chile, op. cit., párrafo 154. En el mismo sentido, Caso La Cantuta *vs.* Perú, op. cit., párrafo 153.

[146] Corte IDH. Caso La Rochela Párrafo 197.

[147] *Op. cit.*, principio 27. En el mismo sentido, véase el artículo 33 del Estatuto de Roma, artículo 7.4 del Estatuto del TPIY, artículo 6,3 del *Estatuto del TPIR.* En el mismo sentido, *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas,* artículos 6 y 7, *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, artículo 4, Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 31*, *op. cit.*, *párrafo 18, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, artículo VIII, y *Convención interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, artículos 3 y 4 .

[148] Véase el artículo 28 del Estatuto de Roma.

ha dicho que *"son inadmisibles el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos"*[149].

Del Principio de legalidad y de las graves violaciones a los derechos humanos

Especial atención merece el punto del principio de la no retroactividad de la ley penal sobre graves violaciones a los derechos humanos. El motivo para ello es que, quizás más que cualquier otra medida restrictiva, este debate pone al desnudo la tensión extrema que existe entre las garantías procesales inherentes al Estado de Derecho, por un lado, y, por otro lado, el derecho de las víctimas plasmado en la necesidad de llevar a cabo la persecución penal.

En lo concerniente al principio de no retroactividad de la ley penal en materia de crímenes internacionales, en el derecho internacional se entiende que el principio de legalidad se concreta en la máxima en virtud de la cual nadie será condenado por actos u omisiones que al momento de cometerse no fueran delictivos de acuerdo al "*derecho nacional o internacional o a lo establecido por los principios generales de la comunidad internacional*"[150]. Lo anterior ha permitido a varios tribunales afirmar que es posible aplicar una tipificación penal interna posterior a la ocurrencia de los hechos cuando se trata de crímenes reconocidos por el derecho internacional (tratándose de graves violaciones a derechos humanos). La regla anterior ha sido aplicada por tribunales penales nacionales[151] e

[149] Corte IDH. Caso Barrios Altos 41.

[150] Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Principios I y II de Nüremberg de 1950, Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, art I).

[151] Argentina, Caso Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, Corte Suprema de la Nación, Causa 17.768, párrafos 30 y 31, sentencia de 14 de junio de 2005, Panamá: Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sentencia de 2 de marzo de 2004, Expediente 481–E– *("Es así, que no puede en este aspecto, bajo ninguna circunstancia, operar principios penales como el principio de legalidad e irretroactividad de las leyes penales, toda vez que tal como expuso en su momento el Tribunal de Nuremberg, "el Tribunal no crea Derecho, sino que aplica un derecho ya existente y la máxima latina "nullum crimen, nulla poena sine lege" expresaba un principio de justicia y sería más injusto que estas infracciones intencionadas contra los Convenios y estipulaciones internacionales quedaran sin castigo alguno"*), Estonia:

internacionales[152] y por los sistemas universal[153], americano[154] y europeo[155] de protección de derechos humanos considerando que el principio de legalidad

Cont. nota 151

Caso Kolk, Tallinn Court of Appeal, sentencia de 27 de enero de 2004, y sentencia de la Corte Suprema de 21 de abril de 2004, Caso Penart, Corte Suprema, sentencia de 18 de diciembre de 2003, Letonia: Caso Kononov, Corte Suprema, Sentencia de 28 de septiembre de 2004, Francia: Caso Federation Nacionales des Déportés et Internés Résistants et patriotes y otros contra Klaus Barbie, Cámara de Casación Sentencia de 20 de diciembre de 1985, Federation Nacionales des Déportés et Internés Résistants et patriotes y otros contra Touvier, Cámara de Casación Sentencia de 27 de noviembre de 1992, Caso Popon, Cour d'Assise de la Gironde, sentencia de 2 de abril de 1998, Italia: Caso Hass y Priebke, Suprema Corte de Casación sentencvia de 16 de noviembre de 1998 y Corte Militar de Apelación Sentencia de 7 de marzo de 1998, Alemania: ver entre otros Caso Streletz y Kessler, Corte Constitucional Federal, Sentencia de 24 de octubre de 1996 (en esta sentencia, al igual que en otras de la Corte sobre los soldados del muro de Berlín, se aplicó la teoría de Radbruch sobre la prevalencia de los principios de Justicia Material por sobre la ley formal *injusta*. Para un estudio sobre esas sentencias ver ALEXY, Robert. *Derecho Injusto, retroactividad y principio de legalidad penal,* en: *Revista Doxa*, traducción del artículo original en la Sociedad Científica Joachim-Jungius de Hamburgo, 1997, Ver también CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, pp. 140 y 141, Sri Lanka: Tribunal de Apelación de Sri Lanka, Sentencia de 28 de mayo de 1986, Caso Ekanayake. ver Inglaterra: R v R [1992] 1 A.C. 599, House of Lords, en la cual se declara que la violación llevada a cabo por un marido sobre su esposa debía ser considerada una violación contrariamente a lo establecido por la cosis tumbre (que había sido entendido desde los casos de Hale's *Pleas of the Crown 1736,* R v Clarence 1988, R v. Roberts 1986): *"This is not the creation of a new offence, it is the removal of a common law fiction which has become anachronistic and offensive".* Ver CLAYTON, Richard (et al). *Fair Trial Rights*, Oxford University Press, 2001, p. 72.

[152] TPIY caso Tadic, Cámara de Apelación, 2 de octubre de 1995, IT-94-1-AR72, Párrafo 68, Tribunal de Nuremberg caso *Goring and others,* caso Delalic (et al), Primera Instancia, IT-96-21, párrafo 313, sentencia de 16 de noviembre de 1998, caso Furundzija, Primera Instancia, párrafo 177, sentencia de 10 de diciembre de 1998, IT-95-17/1, IMT, Judgment, p. 36 a 38, IMT Volumen 22, p. 461 a 463, IMT Volumen 22, p. 461, Tribunales en las zonas de ocupación en Alemania Karl Brandt et al, (The Doctors Trial) Indictment, párrafos 10 y 15. 25 de octubre de 1946; USA v. Pohl et al, Indictment, Párrafos 23 y 25, 13 de enero de 1947; USA v. Erhard Milch, Indictment, Párrafos 7, 9 y 12, p. 360 y ss. 19 de noviembre de 1946; The Einsatzgruppen Case (USA v. Ohlendorf et al.), Amended Indicment, p. 20 y ss., párrafos 10 y 12 25 de Julio de 1947*,* Ver International Military Tribunal for the Far East, Anexo B.

[153] COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. *Observaciones finales sobre Argentina del 2000*, párrafo 9.

[154] Corte IDH. Casos Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, 26 de septiembre de 2006, C-154, párrafo 151. La Cantuta *vs.* Perú, 29 de noviembre de 2006, C-162, párrafo 226.

[155] Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Papon c. Francia sentencia de 15 de noviembre de 2001, 54210/00, párrafo 5 de *en derecho*, Caso Touvier c. Francia, sentencia

debía ser entendido de forma amplia tomando en cuenta el Derecho Internacional al momento de consumarse las conductas ilícitas.

Por ejemplo, de una lectura somera del caso Kolk c. Estonia[156], la Corte Europea de Derechos Humanos es dado concluir, que es posible aplicar una tipificación penal interna posterior a la ocurrencia de los hechos cuando se trata de crímenes reconocidos por el derecho internacional al momento de su consumación, de acuerdo con lo previsto en los artículos 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)[157], 9 de la Convención Americana so-

Cont. nota 155

de 13 de enero de 1997, 29420/95, Caso Kolk c. Estonia sentencia de 17 de enero de 2006 23052/04; 24018/04, Caso Penart c. contra Estonia sentencia de 24 de enero de 2006, 14685/04 , Caso Streletz y Otros c. Alemania, sentencia de 22 de marzo de 2001, 34044/96; 35532/97; 44801/98 Párrafos 49 y ss., S.W.c. Reino Unido, sentencia de 22 de noviembre de 1995, serie A no. 335-B, párrafos 41 y 42 así como 34 a 36 : *"Article 7 is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused's disadvantage: it also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (nullum crimen, nulla poena sine lege) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy. From these principles it follows that an offence must be clearly defined in the law. In its aforementioned judgment the Court added that this requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable. The Court thus indicated that when speaking of 'law' Article 7 alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises written as well as unwritten law and implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability"*.

156 "*The Court notes that deportation of the civilian population was expressly recognised as a crime against humanity in the Charter of the Nuremberg Tribunal of 1945 (…) and later by the International Law Commission. Accordingly, responsibility for crimes against humanity cannot be limited only to the nationals of certain countries and solely to acts committed within the specific time frame of the Second World War (…) The Court reiterates that Article 7 § 2 of the Convention expressly provides that this Article shall not prejudice the trial and punishment of a person for any act or omission which, at the time it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations. This is true of crimes against humanity, in respect of which the rule that they cannot be time-barred was laid down by the Charter of the Nuremberg International Tribunal (…)"*.

157 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 16 de diciembre de 1966. "*Artículo 15: 1.* Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

bre Derecho Humanos[158], 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) [159] y 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos[160].

En tal sentido, la jurisprudencia de la Corte Europea declaró en el caso *Kononov vs. Lituania*[161] que aunque ese país no había ratificado las Convenciones de la Haya de 1907 para el momento de consumación de los hechos, las mismas formaban parte del derecho internacional a través de la costumbre. Lo anterior reafirma la idea de que la Corte Europea acepta la ruptura con el principio de legalidad y la aplicación retroactiva de un tipo penal que no existía en el derecho internacional al momento de consumación de los delitos[162].

Cont. nota 157

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional".

[158] *Artículo 9:* Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. (aunque el artículo se refiere al derecho aplicable, los trabajos preparatorios nos informan que se referían con ello también al derecho internacional. Ver Actas y Documentos, Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 206: *"EL PRESIDENTE dijo al Delegado de Colombia, que no era necesario especificar "derecho nacional o internacional" puesto que la expresión "derecho aplicable" lo comprendía todo. Solicitó del Delegado que omitiera consideraciones extensas para que se pudiera aprobar el mayor número do artículos"*)

[159] Artículo 7. *No hay pena sin ley* :
1) Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.
2) El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

[160] Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, artículo 11.2: *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.*

[161] Corte IDH. Caso Kononov contra Lituania, Sentencia de 24 de julio de 2008. 36376/04, párrafos 108 y s.

[162] Cfr. FORER, Andreas y LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Acerca de los Crímenes de lesa humanidad,* GIZ. Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá, Alvi Impresores Ltda., 2010, pp. 44 y ss.

En el caso del tribunal de Nüremberg la persecución penal se fundó en dos tipos de razonamiento: el primero consideraba que la conducta era delictiva de acuerdo al derecho internacional al momento de ocurrencia de los hechos[163], en ese caso el IMT se sirvió de las convenciones de La Haya de 1899 y 1907, el Tratado de Versalles de 1919 y en el pacto Brian Kellogg de 1929 para acreditar la existencia previa de ese derecho internacional infringido[164]. El mismo tipo de argumentos fue utilizado en los procesos de Tokyo[165] de 1948, y por los tribunales de las zonas de Alemania ocupadas que se llevaron a cabo al amparo de *la Ley 10 sobre el castigo de las personas culpables de Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Paz, y Crímenes contra la Humanidad*[166] para validar los estatutos de los tribunales *ex post facto*. El segundo razonamiento radicaba en el hecho que el principio *Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* es un principio general de Justicia y no una limitación a propia a la soberanía de los Estados[167].

El caso particular de los llamados delitos de ejecución permanente

En lo que respecta a los delitos de ejecución permanente, como la desaparición forzada[168], el desplazamiento forzado[169] y el reclutamiento ilícito[170], entre otros, el planteamiento anterior adquiere una especial connotación.

---

[163] Ver CASSESE, Antonio. *Internacional Criminal…,* p. 148.

[164] IMT, Judgment, p. 36 a 38, IMT Volumen 22, pp. 461 a 463. Ver ZAHAR, Alexander y SLUITER, Goran. *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2008, p. 81.

[165] Ver International Military Tribunal for the Far East, Anexo B con los tratados, convenciones y acuerdos sobre los cuales se basan los cargos.

[166] Ver Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law Num. 10, por ejemplo entre otros Karl Brandt et al, (The Doctors Trial) Indictment, párrafos 10 y 15. 25 de octubre de 1946; USA v. Pohl et al, Indictment, Párrafos 23 y 25, 13 de enero de 1947; USA v. Erhard Milch, Indictment, Párrafos 7, 9 y 12, p. 360 y ss. 19 de noviembre de 1946; The Einsatzgruppen Case (USA v. Ohlendorf et al.), Amended Indicment, p. 20 y ss., párrafos 10 y 12 25 de Julio de 1947; The Justice Case, (Schlegelberger et al), Indictment párrafos 19 y 31 p. 18 y ss., 4 de enero de 1947, Opinion and Judgement, p. 974 y ss.; USA v. Friedricht Flick et al. Indictment, p. 16 y ss., párrafos 7, 12 y 20, 18 de marzo de 1947; The RuSHA Case (USA v. Ulrich Greifelt), Indictment p. 616 y ss., párrafos 23 y 25 1 de Julio de 1947, sobre estos procesos ver Principles of International Criminal Law, Cambridge University Press, 2005, p. 12 y 13. Ver también CASSESE, Antonio. *International Criminal…,* p. 148.

[167] IMT Volumen 22, p. 461.

[168] Código Penal, art. 165.

[169] Código Penal, arts. 159 y 180.

[170] Código Penal, art. 162.

En estos casos, aún cuando el comienzo de la consumación fue previo a la tipificación a nivel nacional, se puede imputar la misma siempre y cuando se continúe consumando el delito luego de la existencia del tipo penal a nivel interno[171]. Este razonamiento no riñe con el principio de legalidad a pesar de que se hubiese comenzado a consumar con anterioridad a la tipificación interna. En este sentido, se han pronunciado los tribunales internacionales[172] y nacionales[173]. Cabe resaltar que la Corte Interamericana ha señalado que el acto

[171] Código Penal, arts. 26 y 84.

[172] Entre otros ver Corte IDH, Caso Tiu Tojín *vs.* Guatemala, sentencia de 26 de noviembre de 2008, párrafo 87, Caso Heliodoro *vs.* Portugal, sentencia de 12 de agosto de 2008 e párrafo 34,Caso Anzualdo *vs.* Perú, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, serie C- 202, párrafo 59, Kurt v. Turkey, App. No. 24276/94, Eur. Ct. H.R. (1998); Cakici v. Turkey, Eur. Ct. H.R. (1999); Ertak v. Turkey, Eur. Ct. H.R. (2000); Timurtas v. Turkey, Eur. Ct. H.R. (2000); Tas v. Turkey, Eur. Ct. H.R. (2000); Cyprus v. Turkey, Application No. 25781/94, Eur. Ct. H.R. (2001), párrs. 136, 150 y 158; Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, caso de Ivan Somers v. Hungría, Comunicación No. 566/1993, 57º periodo de sesiones, CCPR/C/57/D/566/1993 (1996), 23 de julio de 1996, párr. 6.3; caso de E. y A.K. v. Hungría, Comunicación No. 520/1992, 50º periodo de sesiones, CCPR/C/50/D/520/1992 (1994), 5 de mayo de 1994, párr. 6.4, y case of Solorzano v. Venezuela, Communication No. 156/1983, 27th session, CCPR/C/27/D/156/1983, 26 March 1986, para. 5.6.

[173] Véase , por ejemplo, Corte Suprema de Justicia de Argentina, S. 1767. XXXVIII. "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. –causa N° 17.768–" -CSJN-14/06/2005 IX A, Sala Penal Nacional del Perú, sentencia de fecha el 20 de marzo de 2006, Exp:111-04, D.D Cayo Rivera Schreiber, Tribunal Constitucional de Perú, sentencia de 18 de marzo de 2004, expediente N.° 2488-2002-HC/TC, párr. 26, Tribunal Constitucional de Perú, sentencia de 9 de diciembre de 2004, expediente N.º 2798-04-HC/TC, párr. 22, Corte Suprema de México, Tesis: P./J. 49/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno, Tribunal Constitucional de Bolivia sentencia de 12 de noviembre de 2001, No. 1190/01-R, Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sala Penal, sentencia de 2 de marzo de 2004, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, sentencia de 10 de agosto de 2007, República de Guatemala, Corte de Constitucionalidad Expediente 929 – 2008, sentencia de 7 de julio de 2009, y Sentencia C - 580/02 de 31 de julio de 2002 de la Corte Constitucional de Colombia: "…*este delito debe considerarse como de ejecución continuada o permanente hasta que no se conozca el paradero de la víctima. Esta obligación resulta razonable si se tiene en cuenta que la falta de información acerca de la persona desaparecida impide a la víctima y a sus familiares el ejercicio de las garantías judiciales necesarias para la protección de sus derechos y para el esclarecimiento de la verdad: la persona sigue desaparecida. Esta situación implica que la lesión de los bienes protegidos se prolonga en el tiempo y, por tanto, la conducta sigue siendo típica y antijurídica hasta que el conocimiento que se tenga acerca del paradero de la persona permita el ejercicio de tales garantías judiciales".*

de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y se conozca con certeza su identidad[174]. En un caso reciente, la Corte llegó a considerar que el hecho de la sustracción, supresión y sustitución de identidad de una niña recién nacida como consecuencia de la detención y posterior traslado de su madre embarazada pueden calificarse como una forma particular de desaparición forzada de personas, por haber tenido el mismo propósito o efecto, al dejar la incógnita por la falta de información sobre su destino o paradero o la negativa a reconocerlo[175].

Sin embargo, cuando se hubiese terminado de consumar con anterioridad a la tipificación, nos encontraríamos en las hipótesis anteriores.

b) Garantías procesales

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.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho, en cuanto a este punto, que las investigaciones y los procesos, deben llevarse a cabo mediante procedimientos que garanticen los derechos fundamentales, de las víctimas y del procesado, al debido proceso y al acceso a la justicia[176].

De esa forma, se debe garantizar el principio de legalidad de los delitos[177] y de las penas, el derecho a la defensa técnica, la publicidad del juicio, la doble instancia, la presunción de inocencia, la carga de la prueba en cabeza del Estado, la investigación tanto de lo favorable como de lo desfavorable, y la prohibición de tratos crueles, humillantes o degradantes. Las personas serán oídas y vencidas en

---

[174] Corte IDH. Caso Ibsen *vs.* Bolivia, párrafo 59.

[175] Corte IDH. Caso Gelman *vs.* Uruguay, párrafo 132. Macarena Gelman fue criada por otra familia, ignorando todo sobre las circunstancias reales de su nacimiento y de su identidad. La Corte consideró que cesó la Desaparición Forzada en su contra cuando la misma tuvo conocimiento de su verdadera identidad.

[176] Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela *vs.* Colombia, Sentencia C-163, de 11 de mayo de 2007, párrafo 150.

[177] Con las particularidades reseñadas *up supra*, en el acápite sobre las medidas de restricción.

juicio, dentro de los términos razonables, en condiciones de igualdad, ante un tribunal imparcial, competente e independiente y previamente establecido[178].

Sin embargo, esas garantías adquieren un diferente matiz en tratándose de delitos contra el derecho internacional humanitario o el derecho internacional de los derechos humanos. Así entonces, la cosa juzgada y el principio de *non bis in idem* pueden ser limitados, cuando dicho juzgamiento no ha sido imparcial ni independiente, cuando el procedimiento no se puede adelantar con la diligencia necesaria; o, se haya hecho lo posible por proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional.

En este sentido, la Corte Constitucional colombiana ha permitido la reapertura de procesos por tales razones, y el Código de Procedimiento Penal en el artículo 192-4 acepta la acción de revisión de sentencias ejecutoriadas en estos mismos 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*, en aras de tener mayores garantías de imparcialidad, independencia, autonomía y objetividad. Así, por vía de ejemplo, en los casos en 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.

c) La proporcionalidad de la pena y el deber de imponer penas adecuadas

La colisión de principios

En cuanto al punto de la proporcionalidad de la pena respecto de graves violaciones a derechos humanos, por regla general, los instrumentos internacionales[179],

[178] Véase en ese sentido, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.

[179] Ver, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 10 diciembre 1985, Artículo 4.2: *Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad;* Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006, Artículo 7.1: *Los Estados Partes considerarán el delito de desaparición forzada punible con penas apropiadas,*

así como el *soft law*[180] enfatizan en la obligación de aplicar penas acordes a la gravedad de los crímenes cometidos[181]: *"En cuanto al referido principio de pro-*

Cont. nota 179

que tengan en cuenta su extrema gravedad; Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 18 de diciembre 1992, Artículo 4.1: *Todo acto de desaparición forzada será considerado, de conformidad con el derecho penal, delito pasible de penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad;* Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada de 9 de diciembre de 1985, artículo 6*: Los Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad;* Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 9 de junio de 1994, artículo III: *Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima;* Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, Artículo 23.2: *Al imponer cualquier pena, la Cámara de Primera Instancia tiene en cuenta factores como la gravedad de la infracción y la situación personal del condenado*; misma redacción para el artículo 24.2 del Estatuto Internacional adoptado por el Consejo de Seguridad; Estatuto de la CPI, artículo 78.1: *Al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado*, Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Artículo 3.3: *Todo Estado Parte castigará estos delitos con penas adecuadas a su gravedad*.

[180] Véase *Conjunto de principios*…, *op. cit.*, principio 18: *la impunidad constituye una inobservancia de las obligaciones que tienen los estados de investigar sobre las violaciones, de tomar las medidas adecuadas para detener a sus autores, principalmente en el ámbito de la justicia, para que éstos sean perseguidos, juzgados y condenados a penas apropiadas*; Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, Recomendada por el Consejo Económico y Social en su resolución 1989/65, de 24 de mayo de 1989, principio 1. *Los gobiernos prohibirán por ley todas las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias y velarán por que todas esas ejecuciones se tipifiquen como delitos en su derecho penal y sean sancionables con penas adecuadas que tengan en cuenta la gravedad de tales delitos*.

[181] Cfr. Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela *vs.* Colombia, Sentencia de mayo 11 de 2007, Serie C No. 163, párrs. 193 a 196. Resolución de la Corte IDH de 19 de noviembre de 2009, Caso Goiburú y otros c. Paraguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia párrafo 23. Ver también casos Hilaire, Constantine y Benjamín y otros *vs.* Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párrafo 102; Caso Vargas Areco *vs.* Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párrafo 108, y Caso Raxcacó

porcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos. La pena debe ser el resultado de una sentencia emitida por autoridad judicial. Al momento de individualizar las sanciones se debe fundamentar los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente".

Así pues, el estándar internacional en esta materia exige que ciertas conductas reconocidas por el derecho internacional sean castigadas con penas proporcionales para no hacer nugatoria la persecución penal de crímenes internacionales o la lucha contra la impunidad.

Este principio puede llegar a entrar en colisión con el principio de favorabilidad de la pena. En este caso, no hay una respuesta concreta sobre la ponderación que se debería aplicar para resolver esta tensión. La respuesta que da la jurisprudencia internacional es que se debe procurar *armonizar* los dos principios, seguramente en un estudio de caso por caso, teniendo presente que una pena no proporcional podría estar encubriendo una amnistía o un indulto, situaciones prohibidas por el derecho internacional. La Corte IDH ha dicho sobre ese punto: "*En cuanto al principio de favorabilidad de una ley anterior debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la justicia penal*"[182].

La Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso *Nataletic vs.* Croacia[183], declaró que no se violaba el principio de legalidad al juzgar al autor en el TPIY en lugar de las Corte nacionales en dónde se habría beneficiado de penas más leves. El TPIY estableció que las penalidades más severas debían ser impuestas a los autores de crímenes de lesa humanidad, y que eso era un principio aceptado por la comunidad internacional[184].

Cont. nota 181

Reyes. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párrs. 70 y 133. Comité de Derechos Humanos, Decisión de 17 de mayo de 2005, Caso Sr. Kepa Urra Guridi c. España, Comunicación No. 212/2002 UN Doc. CAT/C/34/D/212/2002 párrafo 6 (7).

[182] Corte IDH. Caso La Rochela, párrafo 196.

[183] Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Naletilic c. Croacia, sentencia de 4 de mayo de 2000, 51891/99, párrafo 2.

[184] TPIY, Primera instancia caso Erdemovic, Sentencia de 29 de noviembre de 1996, IT-96-22 párrafo 40, caso Delalic, Cámaras de Apelación sentencia de 20 de febrero de 2001, IT-96-21 , párrafo 817.

En este sentido, resulta pertinente resaltar que la favorabilidad ostenta el carácter de principio, lo cual, *per se*, implica que su eventual colisión con otra norma de igual naturaleza será resuelta mediante la ponderación[185]. La pena deberá graduarse de acuerdo con los siguientes criterios: la gravedad del delito; las circunstancias individuales del procesado; la existencia de agravantes o atenuantes, la edad y el grado de participación del autor del hecho[186].

Cumplimiento efectivo de la pena

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 totalidad de la pena. Sin embargo, la Corte Penal Internacional puede rebajar la pena bajo las siguientes condiciones:

a. 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.
b. Cuando el recluso haya manifestado desde el principio y de manera continúa su voluntad de colaborar con la Corte en sus investigaciones y procedimientos.
c. 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.
d. 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 prueba[187].

Estos presupuestos también fueron utilizados por el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia. Así, se reducían las penas cuando el responsable se

[185] ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. *Derechos Humanos como límite a la democracia,* Universidad de Los Andes, 2006, p. 120.

[186] 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.

[187] SALVIOLI, R. *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.

declaraba culpable, rechazaba y se arrepentía de los crímenes cometidos y cooperaba con el Tribunal. Resulta pertinente la referencia a 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.

1.3 El derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo

El derecho de acceso a la justicia, previsto en los artículos 29 y 229 de la Constitución Nacional, reviste el carácter de fundamental en los ordenamientos nacionales e internacionales. El Estado tiene la obligación de garantizar a las víctimas de violaciones a los derechos humanos la posibilidad de acceder a recursos judiciales adecuados y efectivos para denunciar la comisión de graves violaciones a derechos humanos o al derecho internacional humanitario 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 justicia[188].

El derecho de acceso a la justicia en mención implica:

a. 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;
b. 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
c. Utilizar todos los medios para que las víctimas puedan iniciar las acciones pertinentes para obtener una reparación.

Sobre el derecho de acceso a la tutela judicial efectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció en el caso Bulacio *vs.* Argentina:

> "*Esta manera de ejercer los medios que la ley pone al servicio de la defensa ha sido tolerada y permitida por los órganos judiciales intervinientes, con olvido de que su función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe*

[188] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2002, M. P.: Luis Eduardo Montealegre Lynett.

además asegurar en un tiempo razonable[189] *el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables*[190].
210. El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo a evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos"[191].

2. El derecho a la verdad

En el acápite siguiente, se esbozará el contenido normativo y jurisprudencial del llamado derecho a la verdad, de acuerdo a los estándares internacionales en la materia.

2.1 Definición y génesis

El Derecho a la verdad encuentra su origen en el derecho internacional humanitario, particularmente en lo que se refiere a las personas desaparecidas[192] en el marco de un conflicto armado. El Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)[193], en su artículo 32 dispone que *"las Partes en conflicto (…) deberán estar motivadas ante todo por el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros"*. El artículo 33 del mismo instrumento dispone la obligación para las partes en conflicto de buscar los desaparecidos señalados por la parte adversa.

Podemos observar que el derecho internacional humanitario establece un derecho a la verdad para los familiares de desaparecidos y una obligación

[189] Cfr. Corte IDH. Caso Bulacio, supra nota 9, párr. 114; Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, supra nota 260, párr. 142 a 144; y Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 71 y 72.

[190] Cfr. Corte IDH. Caso Bulacio, supra nota 9, párr. 114.

[191] Cfr. Corte IDH. Caso Bulacio, supra nota 9, párr. 115.

[192] En el derecho internacional, el concepto de desaparecido es más amplio que en el derecho internacional de los derechos humanos. En el primer caso, el término desaparecido (*"missing"*) cubre todas las situaciones en que no se conoce el paradero de las personas. Véase *Estudio sobre el Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,* 9 de enero de 2006, Comisión de derechos humanos, E/CN.4/2006/91: Cfr. Nota 5.

[193] Aprobado el 8 de junio de 1977 y entrado en vigor el 7 de diciembre de 1977.

correlativa a las partes en el conflicto. Esta regla, según lo ha entendido el CICR, debe ser entendida en caso de conflicto armado interno tanto como de conflicto armado internacional. Esto último se deduce del derecho internacional consuetudinario[194].

El derecho a la verdad para los familiares de víctimas de desapariciones forzadas en el marco del derecho internacional de los derechos humanos se fue consolidando a través de las decisiones de órganos como el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias retomando el derecho internacional humanitario como fuente del derecho a la verdad[195].

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también menciona el derecho a la verdad como un elemento importante a tener en cuenta al momento de llevar a cabo un proceso de reconciliación nacional y de pacificación social[196]. Además, ya en ese informe de los años 1985-1986, la Comisión identifica el derecho a la verdad como un derecho de la sociedad en general y como un derecho de los familiares de las víctimas a conocer el paradero de los parientes desaparecidos.

Posteriormente, el derecho a la verdad dejó de referirse específicamente a las desapariciones forzadas para abarcar otros tipos de violaciones a los derechos humanos, como por ejemplo la tortura y las ejecuciones extrajudiciales[197]. El impulso fue dado por la jurisprudencia internacional para asentar

---

[194] Regla 117 en *ICRC, Customary International Humanitarian Law, Volume I, Rules, Cambridge University Press, 2005, p. 421.*

[195] Primer Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, E/CN.4/1435, para. 187: *the Additional Protocol I to the Geneva Convention of 12 August 1949 has recognized "the rights of families to know the fate of their relatives" and this right of relatives to be informed of the whereabouts and fate of missing or disappeared family members has been reflected in resolutions of United Nations bodies*

[196] Informe Anual de la CIDH, 1985-1986, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8, rev. 1, Capítulo V: "Se trata, por lo tanto, de un asunto cuya respuesta debe emanar de los propios sectores nacionales afectados y donde la urgencia de una reconciliación nacional y de una pacificación social deben armonizarse con las ineludibles exigencias del conocimiento de la Verdad y la justicia".

[197] Véase, por ejemplo, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Guatemala. 03/04/96, CCPR/C/79/Add.63. Párrafo 25 de las recomendaciones. Véase también Informe 136/99, Corte IDH. Caso 10.488 Ignacio Ellacuría y otros contra El Salvador, Comisión IDH, 1/99, Caso 10.480 Lucio Parada Cea y otros contra El Salvador, Comisión IDH.

un derecho que en la segunda mitad de los años 1990 era considerado como un derecho que correspondía a un "*concepto todavía en desarrollo doctrinal y jurisprudencial*"[198].

Luego de esa etapa de consolidación por medio de la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección a los derechos humanos, algunos instrumentos internacionales comienzan a referirse directamente al derecho a la verdad. Los primeros instrumentos fueron textos de *Soft Law* que pretendían cristalizar ese concepto del derecho a la verdad. De esa forma, encontramos Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias[199] de 1989, los Principios de Joinet[200] de 1997, los Principios rectores de las Naciones Unidas sobre el Desplazamiento Interno[201] de 1998, los Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes[202] del año 2000, los principios de Naciones Unidas sobre Reparaciones[203] de 2005 y el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad[204]. El Derecho a la verdad se encuentra mencionado en una serie importante de otros instrumen-

[198] Véase, por ejemplo, Corte IDH, Caso Castillo Páez *vs.* Perú, sentencia de 3 de noviembre de 1997, C-34, Párrafo 86.

[199] Consejo Económico y Social, resolución 1989/65, de 24 de mayo de 1989, Principios 6 y 16

[200] Documento de Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1. Párrafos 17 y 18.

[201] Documento de Naciones Unidas E/CN.4/1998/53/Add.2, Principio 16: *"1. Los desplazados internos tienen derecho a conocer el destino y el paradero de sus familiares desaparecidos 2. Las autoridades competentes tratarán de averiguar el destino y paradero de los desplazados internos desaparecidos y cooperarán con las organizaciones internacionales competentes dedicadas a esta labor. Informarán a los parientes más próximos de la marcha de la investigación y les notificarán los posibles resultados"*

[202] Adoptados por la Asamblea General en su resolución 55/89 Anexo, de 4 de diciembre de 2000 que establecen que uno de los objetivos de las investigaciones debe ser 1(a) *"Aclarar los hechos y establecer y reconocer la responsabilidad de las personas o los Estados ante las víctimas y sus familias*".

[203] Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005. Principios 11, 22(b) en cuanto a las medidas de satisfacción, y 24.

[204] E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de Febrero de 2005. Principios 1 a 5.

tos, resoluciones o declaraciones internacionales[205]. Recientemente se puede observar la aparición de tratados internacionales que explícitamente mencionan el derecho a la verdad como, por ejemplo, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas[206].

[205] Organización de Estados Americanos, Asamblea General, El derecho a la Verdad, AG/RES. 2175 (XXXVI-O/06) de 6 de junio de 2006, AG/RES. 2267 (XXXVII-O/07) de 5 de junio de 2007, AG/RES. 2406 (XXXVIII-O/08) de 3 de junio de 2008, AG/RES. 2509 (XXXIX-O/09) de 4 de junio de 2009, Comunicado conjunto de los Presidentes de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR y de los Estados Asociados, Asunción, Paraguay, párrafo 5, de 20 de junio de 2005 reafirmando el derecho a la Verdad para las víctimas de violaciones a los derechos humanos, I Reunión de Altas Autoridades Competentes en Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados, de 6 de mayo de 2005 en Asunción, Paraguay, II Reunión de Altas Autoridades Competentes en Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados, de 27 de septiembre de 2005 en Montevideo, Uruguay, III Reunión de Altas Autoridades Competentes en Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados, de 22 y 23 de marzo de 2006 en Buenos Aires, Argentina, IX Reunión de Altas Autoridades Competentes en Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados, de 9 y 10 de agosto de 2009 en Montevideo, Uruguay, MERCOSUR/RAADDHH/FCCP/ACTA N° 03/07, X Reunión de Altas Autoridades Competentes en Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados, de 29 y 30 de noviembre de 2007 en Montevideo, Uruguay, MERCOSUR/RAADDHH/FCCP/ACTA N° 04/07, XI Reunión de Altas Autoridades Competentes en Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados, de 26 y 27 de marzo de 2008 en Buenos Aires, Argentina, MERCOSUR/RAADDHH/FCCP/ACTA N° 01/08, XV Reunión de Altas Autoridades Competentes en Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados, de 2 y 3 de abril de 2009 en Asunción, Paraguay, MERCOSUR/RAADDHH/ACTA N°01/09, Véase particularmente el Anexo X sobre el Grupo de Trabajo Memoria, Verdad y Justicia, MERCOSUR/RAADDHH/GT-MVJ/ACTA N°01/09, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa se expresó en varias oportunidades sobre el derecho de las familias de desaparecidos a conocer la Verdad Recomendaciones 868 (1979), Párrafo 9, 1056 (1987), párrafo 17 ii) y 1719 (2005) párrafo 2.2, Resoluciones RES 1371(2004) párrafo 10 i), 1414 (2004) párrafo 10 iv), ix) y 1657 (2004), párrafo 1 i) a), RES 1463 (2005) párrafo 10.2, y resolución 1613 (2008) párrafo 5; el Parlamento Europeo de la Unión Europea emitió varias resoluciones sobre Chipre el 11 de enero de 1983, párrafo 5; de 10 de marzo de 1988, párrafo 7; de 18 de junio de 2008, P6_TA(2008) 0292.

[206] De 23 de septiembre de 2005, aún no entró en vigencia. El preámbulo de ese instrumento menciona *"…el derecho a conocer la Verdad sobre las circunstancias de una desaparición forzada y la suerte de la persona desaparecida…"*.

El artículo 24 (2) se refiere a los derechos que tienen los familiares de las víctimas: *"Cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado Parte tomará las medidas adecuadas a este respecto".* La parte final del inciso y el artículo 24(3) hacen referencia a las obligaciones que tienen los Estados con respecto al derecho a la verdad: "*Cada Estado Parte adoptará todas las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos".* El derecho a la verdad es abordado de forma implícita en la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 1992[207].

2.2 Derecho a la verdad en el marco de la Justicia Transicional

El derecho a conocer la verdad constituye uno de los pilares fundamentales de la Justicia Transicional. El informe del Consejo de Seguridad sobre Justicia de Transición[208] menciona que, en el marco de procesos de transición en sociedades que se encuentran en conflicto o en post conflicto, se deben fomentar los mecanismos para facilitar el conocimiento de la verdad. En este caso, el reporte se refiere específicamente a las Comisiones de la Verdad[209] y a los mecanismos de investigación de antecedentes en la administración pública, de los cuales hay que mantener informado a la opinión pública[210] y que funcionaría como una garantía de no-repetición[211].

---

[207] Documento de Naciones Unidas A/RES/47/133 de 18 de diciembre de 1992. Artículo 13.4: "*Los resultados de la investigación se comunicarán a todas las personas interesadas, a su solicitud, a menos que con ello se obstaculice la instrucción de una causa penal en curso"*

[208] Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos,* S/2004/616, 3 de agosto de 2004, Párrafo 50.

[209] Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, *op. cit.*, párrafos 50 y 51.

[210] Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, *op. cit.*, párrafos 52 y 53

[211] A ese propósito véase la Carta Democrática Interamericana aprobada por la Asamblea General de la OEA el 11 de septiembre de 2001 en el Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones celebrado en Lima, Perú, artículos 4 y 6; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada mediante Resolución de la Asamblea

2.3 Objeto y significado del derecho a la verdad

El derecho a la verdad puede referirse a un hecho concreto y determinado o a una situación histórica general en un país durante un período determinado.

Hemos mencionado con anterioridad que el derecho a la verdad apareció en los instrumentos y la jurisprudencia internacional como un derecho que asistía a los familiares de las víctimas de desapariciones forzadas para saber el paradero y lo ocurrido con sus seres queridos. En la actualidad podemos decir, de forma general, que el derecho a la verdad se refiere a:

- Las causas mediatas e inmediatas que dan origen a las violaciones a los derechos humanos[212].
- Las circunstancias en que se perpetraron esas violaciones a los derechos humanos[213].
- Los progresos y resultados de las investigaciones[214].

Cont. nota 211

General de las Naciones Unidas 58/4 de 31 de octubre de 2003, artículos 10 y 13; Resolución AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06). Véase también Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile, sentencia de 19 de septiembre de 2006, serie C-151, párrafos 85 a 87.

[212] *Estudio sobre el Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, *op. cit.*, párrafo 38. Oficina de Naciones Unidas en Viena, Centro de Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios, Manual sobre la Prevención e Investigación Eficaces de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o sumarias, ST/CSDHA/12, Naciones Unidas Viena 1991. Protocolo III, B) d).

[213] *Estudio sobre el Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, *op. cit.*, párrafo 38. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, No. 37/00, de 13 de abril de 2000 , párrafo 148. Véase también Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Caso 10.488, Ignacio Ellacuría, *op. cit.*, párrafo 221, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Goiburú y otros *vs.* Paraguay, *op. cit.*, párrafo 164. Manual sobre la Prevención e Investigación Eficaces de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o sumarias, ST/CSDHA/12, Naciones Unidas Viena 1991. Protocolo III, B) d).

[214] *Estudio sobre el Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, *op. cit.*, párrafo 38.

- La suerte y el paradero de las víctimas cuando se trata de desapariciones forzadas o e ejecuciones extrajudiciales[215].
- La identidad de los autores y/o de los responsables[216].

Este último punto puede generar un problema con respecto al principio de presunción de inocencia en caso de procedimientos distintos a los judiciales, como es el caso de las Comisiones de la Verdad en la medida que no siempre se aplican todas las garantías procesales en ese tipo de procedimientos extrajudiciales[217]. A este respecto, el Conjunto de Principios de Naciones Unidas para la lucha contra la impunidad establece unas garantías mínimas paras resolver esa tensión entre el derecho a saber la verdad y las garantías del o de los autores presuntos.

Particularmente, se menciona la necesidad de la Comisión de la Verdad trate de corroborar la información que implique a esas personas y que las mismas fueran escuchadas o al menos que estas sean convocadas con tal fin. Asimismo, el principio 9 menciona la posibilidad para los presuntos autores "*de exponer su versión de los hechos en una audiencia convocada por la comisión mientras realiza su investigación, o de incorporar al expediente un documento equivalente a un derecho de réplica*"[218].

En lo que se refiere al tipo de hechos al cual se refiere el derecho a la verdad, se ha entendido que esos hechos pueden ser puntuales o puede tratarse de relatos que cubren los acontecimientos que se desarrollaron durante un periodo de tiempo más prolongado.

---

[215] *Ibídem*.

[216] *Estudio sobre el Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, *op. cit.*, párrafo 38. Manual sobre la Prevención y la Investigación Eficaces de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o sumarias, ST/CSDHA/12, Naciones Unidas Viena 1991. Protocolo III, B) f), Vease Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ticona *vs.* Bolivia, *op. cit.*, párrafo 81.

[217] *Estudio sobre el Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, *op. cit.*, párrafos 39 y 40. Véase *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, No. 37/00, de 13 de abril de 2000, párrafo 148. Vease también *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,* Caso 10.488, Ignacio Ellacuría, *op. cit.*, párrafo 221.

[218] Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, *op. cit.*, Principio 9.

2.4 Dimensiones del Derecho a la Verdad

Se ha reconocido que el derecho a la verdad se compone de dos dimensiones: la individual y la colectiva[219]. Algunos autores mencionan tres dimensiones: el derecho a de las víctimas a saber, el derecho a la verdad de la sociedad en su conjunto y el deber de memoria o de recordar[220], basándose en las definiciones y clasificaciones de *los principios actualizados contra la impunidad*[221]. Por otra parte, en los comentarios sobre el conjunto de principios, *Louis Joinet* aclara que el derecho a la verdad se compone de dos dimensiones y que en realidad el deber de memoria consiste en una obligación correlativa del Estado con respecto al derecho a la verdad colectiva[222]. La clasificación que aquí se propone sigue la línea de ese comentario del Relator Especial, y considera el derecho a la verdad en su dimensión dual, a la cual les corresponden obligaciones correlativas del Estado, como lo son el deber de memoria o el deber de recordar.

---

[219] *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, op. cit.,* párrafo 17. Véase BONET PÉREZ, Jordi (*et al*), *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional,* Universidad de Deusto, Bilbao 2009, pp. 44 y 45; BOTERO, Catalina (*et al*), *Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia,* en RETTBERG, Angela (Ed. y Comp.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y Dilemas de la Justicia Transicional,* Universidad de los Andes, Bogotá, 2005, pp. 40 y 41; AMBOS, Kai (*et al*), *Justicia de Transición,* Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo 2009, pp. 40 y 42.

[220] Véase BERNAL, Camilo. *Seguimiento a políticas Públicas en materia de desmovilización y reinserción, Derecho a la Verdad, memoria histórica y protección de archivos.* Tomo I, Procuraduría General de la Nación, USAID, p. 28.

[221] *Conjunto de principios para la protección y la promoción de los Derechos Humanos, para la lucha contra la impunidad*, *op. cit.* Bajo el acápite del *derecho a saber*, mencionan el derecho a la verdad en lo relativo al derecho que tiene cada pueblo a conocer su propia historia de violaciones a los derechos humanos (principio 2), en segundo lugar, se refieren al derecho de las víctimas a saber la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones (Principio 4) y, finalmente, habría un tercer aspecto o elemento representado por el deber de memoria o deber de recordar que tienen los pueblos de la historia de su opresión (Principio 3).

[222] *Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos),* E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev.1 2 octubre de 1997, párrafo 17.

2.5 Fuente y naturaleza del derecho a la verdad

a) Fuente del Derecho a la Verdad en Tratados Internacionales de Derechos Humanos

Hemos visto que el derecho a la verdad, tiene su origen en el DIH, luego se ha ido generalizando al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Salvo raras excepciones como por ejemplo la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (artículo 24.2) los tratados internacionales no se refieren específicamente a este derecho, debiendo deducirlo de los instrumentos de *Soft Law* y de la Jurisprudencia de Tribunales internacionales que interpretan tratados internacionales sobre derechos humanos. A pesar de ello, se tiende a considerar que constituye un derecho autónomo e inalienable[223].

Por lo general, se ha afirmado que éste derecho encuentra su fuente en los derechos de acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares; en los derechos de acceso a la protección judicial, a ser oído por un tribunal independiente e imparcial y a un recurso efectivo; y, también, en la libertad de expresión, todo ello en relación con la obligación de garantizar esas obligaciones que tienen los Estados[224]. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por ejemplo, la Comisión y la Corte han mencionado en varias oportunidades que el derecho a la verdad, surgía del artículo 1.1 (Deberes

[223] Estudio sobre el Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, op. cit., párrafo 42. Algunos autores no reconocen el carácter de derecho Autónomo al derecho a la Verdad, y consideran que el mismo se encuentra subsumido dentro de otros derechos. Véase TINAJERO ESQUIVEL, Salvador. "Verdad y Justicia", en: MARTÍN, Claudia (*et al*). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, *Doctrina Jurídica Contemporánea,* México 2004, p. 383, interpretando un fallo de la Corte IDH de 2001 en el cual Caso Barrios Altos *vs.* Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C, número 75, párrafo 48: "el derecho a la Verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención". En aquel momento, la Corte IDH no había desarrollado todos los componente del Derecho a la Verdad.

[224] *Estudio sobre el Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, *op. cit.*, párrafo 42.

de los Estados), 8.1 (Garantías Judiciales) y 25 (Derecho a un recurso), y 13 (libertad de expresión). El derecho a la verdad entonces, aparece asociado o vinculado con otros derechos.

b) Derecho a la verdad y reparación

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que el derecho a la verdad constituye una forma de reparación para la víctima y sus familiares[225]. En ese caso, el derecho a la verdad estaría relacionado con el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[226]. En ese mismo sentido, el principio 22 de principios de Naciones Unidas sobre Reparaciones[227] establece que la satisfacción (como medida de reparación) *"ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente (…) b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad (…)*".

Encontramos esta misma referencia en Estudio sobre derecho a la verdad de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas[228]. Sobre ese punto resulta interesante resaltar que si bien el derecho a la verdad puede estar relacionado con una medida de reparación, no adopta la naturaleza de la misma, puesto que la misma es renunciable en tanto que al Estado le está prohibido renunciar a su obligación de investigar[229]. La única excepción que se podría evaluar a lo dicho anteriormente hace referencia a los casos en que la revelación de la verdad provoque *más daño o amenace la seguridad e intereses de las*

[225] Caso Goiburú y otros *vs.* Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153 Párrafo 164, caso 19 Comerciantes contra Colombia. Párrafo 186.

[226] *Artículo 63.1.* "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

[227] *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas…, op. cit.*

[228] *Estudio sobre el Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, *op. cit.*, párrafo 42.

[229] MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial,* San José, 2003, p. 114.

víctimas, la de sus familiares, la de los testigos o la de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o para impedir que se produzcan nuevas violaciones[230].

c) Derecho a la verdad y garantías de no repetición

El derecho a la verdad ha sido también relacionado y percibido como una garantía de no repetición tanto por la jurisprudencia como por instrumentos internacionales. Hemos hecho referencia al derecho a la verdad como garantía de no repetición cuando mencionábamos el informe *sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*. Asimismo, la Corte Interamericana ha declarado que el derecho a la verdad constituye un medio importante de contribuir a evitar que se repitan hechos similares[231].

2.6 Relación del derecho a la verdad con otros derechos

a) Derecho a la verdad y obligaciones de investigar

Los tratados de derecho internacional de derechos humanos por lo general obligan a los Estados a respetar los derechos reconocidos en los textos pero también comprometen al Estado a garantizar o a prevenir esos derechos[232]. La

[230] Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, *op. cit.*, principio 22.b.

[231] Corte IDH. Caso Goiburú y otros *vs.* Paraguay, op. cit., párrafo 164.

[232] Artículo 1 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, Resolución 260 A (III) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1948, artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 1 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; artículo 2.1 de la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas, Degradantes, artículo 2.a de , Degradantes, as Prevenir y Sancionar la Toos. como garantisiñon de Derechos Humanos de Naciones Unidas la Convención sobre la Esclavitud firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, artículo 1 de la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI),

jurisprudencia[233] y la doctrina han entendido que la obligación de investigar es una de las formas en que se concreta la obligación de garantizar los derechos[234]. Algunos de esos instrumentos internacionales obligan a los Estados a investigar, juzgar y sancionar cuando se violan los derechos reconocidos en esos textos. Tanto la Corte Europea de Derechos Humanos como la Corte Interamericana han dicho que el derecho a la verdad (o el derecho a saber en el caso de la Corte Europea) surge, entre otros, de esa obligación de investigar a cargo de los Estados[235].

b) Derecho a la verdad y acceso a la Justicia

Se ha mencionado que una de las fuentes del derecho a la verdad es el acceso a la Justicia. En el Sistema Interamericano, ese derecho ha sido construido jurisprudencialmente relacionando los artículos 8 (Garantías Judiciales) y el 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Derecho a un recurso efectivo: se ha establecido que el derecho a la verdad se relaciona con el acceso a un recurso sencillo y rápido para la protección de los

Cont. nota 232

de 30 de abril de 1956; artículo 2.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, artículos 2 y 3 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer entre otros.

233 Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras, Sentencia C-4 de 29 de julio de 1988, párrafo 166.

234 Véase, por ejemplo, MEDINA QUIROGA, Cecilia y NASH, Claudio. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección,* Universidad de Chile, Santiago, 2007, p. 19. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ticona *vs.* Bolivia, *op. cit.*, párrafo 78. Véase asimismo Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras, *op. cit.*, párrafo.166; Caso Albán Cornejo y otros *vs.* Ecuador, *op. cit.*, párrafo. 61; y Caso Heliodoro Portugal *vs.* Panamá, *op. cit.*, párrafo 142.

235 Véase, por ejemplo, Corte EDH, Caso Aksoy *vs.* Turquía, Sentencia de 18 de diciembre de 1996, párrafo 83, Caso Cicek *vs.* Turquía, sentencia de 27 de febrero de 2001, párrafo 145, caso Timurtas *vs.* Turquía, sentencia de 13 de junio de 2000, párrafos 82 y 83, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras, *op. cit.*, párrafo 181, Caso Blake *vs.* Guatemala párrafo 97, Caso Godínez Cruz *vs.* Honduras, Sentencia C-5 de 20 de enero de 1989 párrafo 166.

derechos consagrados en los instrumentos internacionales[236]. En ese sentido, la Corte Interamericana ha dicho que "*sólo si se esclarecen todas las circunstancias en cuanto a la violación, el Estado habrá proporcionado a las víctimas y a sus familiares un recurso efectivo y habrá cumplido con su obligación general de investigar y eventualmente sancionar, permitiendo a los familiares de la víctima conocer la verdad, sobre lo sucedido a la víctima y su paradero*"[237].

Derecho a la protección jurídica y judicial: este derecho ha sido relacionado con el derecho a la verdad y, particularmente, con la obligación de "*proveer información y las pruebas relacionadas con lo que suceda al detenido*"[238] en caso, por ejemplo, de detenciones ilegales o de desapariciones forzadas. Esta protección judicial se lleva a cabo por medio de recursos judiciales efectivos que surgen como obligación a cargo del Estado en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[239]. El derecho a la verdad se puede hacer efectivo por medio de los mecanismos de protección judicial como la acción de amparo o tutela y otros recursos tendientes, entre otros, a proveer información sobre los detenidos.

Amnistías y derecho a la verdad: los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se han pronunciado en más de una oportunidad sobre las leyes de amnistía y su incompatibilidad con la Convención Americana de Derechos Humanos[240].

---

[236] Corte IDH. Caso Ignacio Ellacuría, op. cit., párrafo 221. Véase también Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, CCPR/C/83/D/973/2001 párrafo 11 y CCPR/C/19/D/107/1981 párrafo 14. Véase asimismo Estudio sobre el Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, op. cit., párrafo 42.

[237] Caso Ticona estrada y Otros C. Bolivia, sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C-191, párrafo 80. Véase también *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia.* Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C-22, párr. 58; *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia.* Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C-92, párr. 109 y *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, *op. cit.*, párr. 176.

[238] Corte IDH, Caso Tibi c. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C-114, párrafo 129. Véase, igualmente, Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, op. cit., párrafo 98; y Caso Bulacio, op. cit., párrafo. 138.

[239] Corte IDH., Caso Tibi c. Ecuador, op. cit., párrafo 130, Caso Maritza Urrutia, op. cit., párrafo. 116; Caso Cantos c. Argentina. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C-97, párrafo. 52; y Caso del Tribunal Constitucional, op. cit., párrafo. 89.

[240] Corte IDH. Caso Barrios Altos C. Perú. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C No. 75, Párrafo 48, Caso Almonacid Arellano y otros C. Chile. Excepciones Preliminares,

Derecho a la verdad y lucha contra la impunidad: en relación con el punto anterior, el derecho a la verdad está vinculado con la lucha contra la impunidad. Los familiares de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, al descubrir la verdad sobre los hechos, permiten que se desarrolle la lucha contra la impunidad[241].

Según esos pronunciamientos, las leyes de amnistía se constituirían en obstáculos para hacer efectivo el acceso a la justicia y, por lo tanto, el derecho a la verdad[242].

c) Derecho de acceso a la información pública y derecho a la verdad

La Corte Interamericana entendió en el caso Claude Reyes[243] que *"la libertad de pensamiento y de información comprende (…)* el derecho y la libertad

Cont. nota 240

Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, y Caso La Cantuta C. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162. Comisión interamericana de Derechos Humanos, Informe 26/92, Caso 10.287, Masacre Las Hojas, El Salvador, 24 de septiembre de 1992, Informe 29/92, Casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373 y 10.375, Uruguay, Informe 28/92, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Argentina, 2 de octubre de 1992. Véase también demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Julia Gomes Lund y Otros contra Brasil, Caso 11.552, 26 de marzo de 2009. Véase, asimismo, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Uruguay, Documentos de Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.19 párrafos 7 y 11 y CCPR/C/79/Add.90, Parte "C. Principales temas de preocupación y recomendaciones"; y Decisión de 9 de agosto de 1994, Caso Hugo Rodríguez (Uruguay), Comunicación No. 322/1988. CCPR/C/51/D/322/1988, párrafo 12,4.

241 *Estudio sobre el Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, *op. cit.*, párrafo 26, y Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.63, párrafo. 25. Véase también Resolución 2005/66 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones de 20 de abril de 2005, párrafo 1.

242 Caso Barrios Altos C. Perú, *op. cit.*, párrafo 43: (…) *Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la Verdad y recibir la reparación correspondiente.* Vease también Caso La Cantuta C. Perú, *op. cit.*, párrafo 222.

243 Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros C. Chile, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C-151.

de *buscar, recibir* y difundir informaciones e ideas de toda índole" y que esto último protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado"[244]. Este derecho ha sido recogido por la Asamblea General de la OEA[245]. Asimismo, el derecho de acceder a la información pública se encuentra ligado con el principio de máxima divulgación[246] y con la posibilidad de ejercer un control democrático sobre las actividades estatales a través de la opinión pública. Sólo así se fomenta "*la transparencia de las actividades estatales y (se) promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública"* y en consecuencia, se convierte en *"un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia y de la lucha contra la corrupción*"[247].

Por último, el informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre derecho a la verdad expresa que el derecho de acceso a la información pública es fundamental para hacer efectivo el derecho a la verdad y es crucial para revelar la verdad acerca de las violaciones graves a los derechos humanos[248]. En el caso Tiu Tojín, la Corte Interamericana ordenó al Estado que lleve a cabo las investigaciones teniendo, entre otras, las facultades la posibilidad de acceder a la documentación e información pertinente para investigar los hechos denunciados con el fin de poder obtener indicios o evidencias de la ubicación de las víctimas[249]. La sentencia agrega que "*en caso de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes*"[250].

---

[244] Ibidem, párrafos 76 y 77.

[245] Resolución AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06) de 6 de junio de 2006 sobre "Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia", punto resolutivo 2.

[246] Corte IDH. Caso Claude Reyes, op. cit., párrafo 92.

[247] Ibídem, párrafos 87 y 84.

[248] *Estudio sobre el Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, *op. cit.*, párrafo 32

[249] Corte IDH. Caso Tiu Tojín *vs.* Guetemala, sentencia de 26 de noviembre de 2008, Serie C-190, párrafo 77.

[250] Ibídem.

d) Derecho a la integridad síquica y derecho a la verdad

En varias oportunidades se ha considerado que el derecho a la verdad se encontraba relacionado con la integridad síquica y la tortura[251]. En ese sentido, la Comisión Interamericana[252], La Corte Interamericana[253], la Corte Europea de Derechos Humanos[254], la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos[255] y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas[256] han considerado que privar a los familiares de desaparecidos de la información sobre el paradero final de las víctimas, era equivalente a ejercer torturas o malos tratos a los familiares.

Asimismo, la falta al deber de investigar a cargo de los Estados se considera una violación a la integridad física y síquica de las víctimas en la medida en que no se cumplió con una obligación de garantía que surge de los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos.

Derecho al duelo y derecho a la verdad*:* los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han desarrollado en su jurisprudencia la relación existente entre el derecho al duelo y el derecho a saber la verdad para los familiares de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos.

---

[251] *Estudio sobre el Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, *op. cit.*, párrafo 42 y 44. Véase, por ejemplo, el informe del Grupo de Trabajo ad hoc encargado de investigar la situación de los derechos humanos en Chile, dirigido a la Asamblea General de Naciones Unidas, documento A/33/331 de 25 octubre 1978, párrafo 376.: *Las familias, especialmente los hijos, de las personas ejecutadas, desaparecidas o sometidas a prisión prolongada, sufren consecuencias permanentes.*

[252] Informe 136/99, Caso 10.488 Ignacio Ellacuría y otros contra El Salvador, Comisión IDH, 1/99.

[253] Corte IDH. Caso Ticona c. Bolivia, op. cit., párrafo 87. Véase también Caso Blake c. Guatemala, Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C-36, párrafo 114; Caso Goiburú y otros c. Paraguay, op. cit., párrafo. 97; y Caso La Cantuta *vs.* Perú, op. cit., párrafo 123

[254] Corte IDH. Caso Cakici c. Turquía, sentencia de 8 de julio de 1999, párrafo 98; Caso Ipel c. Turquía, sentencia de 17 de febrero de 2004, párrafo 181; Caso Akdeniz c. Turquía, sentencia de 31 de mayo de 2005, párrafo 121; Caso Tas C. Turquía, Sentencia de 14 de noviembre de 2000, N° 24396/94 y caso Chipre C. Turquía, Sentencia de 10 de mayo de 2001, N° 25781/94

[255] Corte IDH. Caso Amnesty International *vs.* Sudan, Comunicaciones N°48/90, 50/91, 52/91, 89/93 de 1999.

[256] Casos CCPR/C/19/D/107/1981; CCPR/C/79/Add.90; CCPR/C/77/D/950/2000 y CCPR/C/83/D/973/2001.

Este punto está vinculado con el anterior, siendo casi un corolario de aquel. Los familiares de los desaparecidos, al no poder conocer el paradero final de las víctimas, no pueden iniciar nunca la cicatrización de heridas a nivel individual ni tampoco iniciar el duelo de sus seres queridos[257]. Esta jurisprudencia ha sido desarrollada en América Latina por tribunales nacionales en Colombia[258], Perú[259] y Argentina[260].

e) Derecho a la vida y derecho a la verdad

El Tribunal Europeo –en el caso de Chipre contra Turquía– señaló que la no investigación por parte del Estado sobre el paradero de los desaparecidos hacía peligrar sus vidas en la medida en que se violaba la obligación de protegerlos[261]. En el mismo sentido, la Corte Interamericana ha determinado que se violaba el derecho a la vida por no llevar a cabo las investigaciones diligentes en caso de desapariciones forzadas violando el deber de garantía del artículo 1.1 de la Convención Americana.

f) Derecho a la protección de la familia[262] y derecho a la verdad

El Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre Derecho a la Verdad menciona que el derecho a la verdad *"se ha invocado siempre en relación con la protección de la familia"*[263].

---

[257] *Estudio sobre el Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, *op. cit.*, párrafo 23.

[258] Corte Constitucional de Colombia, Caso T-249/03, Sentencia de 20 de enero de 2003 y C-228 Sentencia de 3 de abril de 2003.

[259] Tribunal Constitucional de Perú, caso 2488-2002-HC/TC, Sentencia de 18 de marzo de 2004.

[260] Corte Suprema de la Nación, Argentina, Simon, Julio y otros s/privación ilegitima de la libertad, Caso Rol N° 17.768, Sentencia de 14 de junio de 2005.

[261] *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, *op. cit.*, párrafo 28 y caso Chipre C. Turquía Op. Cit. Párrafo 136.

[262] Artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[263] *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, *op. cit.*, párrafo 27.

g) Derecho a la personería jurídica y a la identidad

La Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 1992, en su artículo 1, establece que *"Todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y (… C)onstituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica"*. La Corte Interamericana ha reconocido que en caso de desaparición forzada se veía afectado el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica como una forma de negar la existencia misma de la persona[264] y, por lo tanto, se encontraba vinculado con la negativa a proporcionar información sobre su paradero. Asimismo, el Alto Comisionado de Naciones Unidas menciona que el derecho a conocer la verdad estaba relacionado con *"el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares*"[265].

2.7 Destinatarios del derecho a la verdad

Por lo general, los instrumentos internacionales y la jurisprudencia identifican dos grandes tipos de destinatarios del derecho a la verdad: las víctimas y sus familiares[266], por un lado, y la sociedad en su conjunto[267], por el otro. Ya hemos hecho alusión al derecho que asiste a los familiares de las víctimas a conocer la verdad en caso de desaparición forzada o de otro tipo de violaciones a los derechos humanos.

En materia de derecho colectivo la jurisprudencia de la Corte Interamericano se refirió, en el caso del Caracazo, a un derecho a saber la verdad que tiene la sociedad en su conjunto: *"los resultados de [las investigaciones] deberán ser*

---

[264] Corte IDH. Caso Anzualdo Castro *vs.* Perú Corte Constitucional Colombiana. Sentencia de 22 de septiembre de 2009, Serie C-202, párrafo 90.

[265] *Estudio sobre el Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, *op. cit.*, párrafo 27. Véase, también, *Reporte del Relator Especial sobre Derechos Humanos y Estados de Emergencia*, Documento de la ONU E/CN.4/Sub.2/1991/20, Anexo I, párrafo. 45.

[266] *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, *op. cit.*, Principio 4.

[267] *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, *op. cit.*, Principio 2.

públicamente divulgados, para que la sociedad venezolana conozca la verdad". Es decir, se trata aquí de un derecho colectivo a saber la verdad sobre un hecho o caso concreto. La jurisprudencia y los instrumentos internacionales han entendido que el derecho individual a la verdad no se limitaba a los familiares de la victimas de desapariciones forzadas.

2.8 Mecanismos y procedimientos judiciales para hacer efectivo el derecho a la verdad

Los procedimientos judiciales sobre el caso concreto son una de las formas idóneas para hacer efectivo el derecho a la verdad[268]. Este mecanismo es particularmente útil para la verdad individual aunque también permite a la sociedad en su conjunto conocer la verdad sobre un hecho determinado. Los procesos de los grandes responsables son, frecuentemente, las mejores oportunidades para revelar el contexto de violaciones a los derechos humanos de un régimen criminal[269].

Asimismo, los procedimientos civiles y administrativos pueden ser una herramienta valiosa para averiguar la verdad sobre lo ocurrido[270] o para

---

[268] *Estudio sobre el Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, *op. cit.*, Párrafo 48, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, *op. cit.*, Principio 5. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Cantuta C. Perú, *op. cit.*, párrafo 223.

[269] LUTZ, Ellen (et al) (Ed). *Prosecuting Heads of State*, Cambridge University Press, New York, 2009, p. 277.

[270] *Estudio sobre el Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, *op. cit.*, Párrafo 53. Véase también el párrafo 49. *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, *op. cit.*, Principio 5. Véase, también, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos,* S/2004/616, *op. cit.*, párrafo 52, sobre mecanismos de *vetting* y de investigación de antecedentes en la administración pública. Véase, también, la posibilidad de entablar acciones en el ejercicio de la jurisdicción universal de tipo civil (Alien Tort Act de 1789 en EEUU, así como el Torture Victim Protection Act de 1991). Algunos casos emblemáticos, en materia civil, fueron fallados en EEUU por crímenes cometidos en distintos países del mundo, como los casos Filártiga v. Peña-Irala, 630 F.2d 876 de 1980, Romagoza Arce et al. v. Garcia and Vides Casanova 434 F.3d 1254, 1262, n.17 (11th Cir. 2006), o el caso Cabello v. Fernández-Larios, 402 F.3d 1148 (11th Cir. 2005). Véase, también, Mark Freeman, *Truth Commissions and Procedural Fairness,* Cambridge University Press, New York, 2006, p. 5.

desencadenar consecuencias que impactan directamente sobre el derecho a la verdad[271].

a) Procedimiento ante instancias internacionales

Estos procedimientos, sean estos penales internacionales[272]; híbridos; penales en el ejercicio de la jurisdicción universal o extraterritorial, o de responsabilidad del Estado, si bien se aparentan mucho con los procedimientos domésticos, los mismos presentan algunas peculiaridades:

- Por lo general[273], funcionan cuando los mecanismos nacionales no han sido efectivos[274].
- Son menos los casos que llegan ante las instancias internacionales, por lo general se trata de algún caso modelo o representativo que pretende operar de forma simbólica sobre una situación general del pasado o del presente[275]. En esta medida, son muy útiles también para operar sobre el derecho a la verdad colectiva.
- La publicidad que puede llegar a tener un caso ante instancias internacionales es, por lo general –aunque no sistemáticamente– más importante y más difundida[276].

---

[271] Por ejemplo, en el caso de Canadá, los litigios civiles por los abusos cometidos contra los niños autóctonos en los internados escolares, detonaron un procedimiento alternativo de arreglo de disputa en el cual se incluyó la creación de una Comisión para la Verdad, Véase Ken-Cooper Stephenson, *Reparations for residential Shool Abuses in Canadá: litigation, ADR, and Politics*, en Max du Plessis et al, *Repairing the Past? International Perspectives, on Reparations for Gross Human Rights abuses*, Intersentia, Amberes, 2007, p. 359 y s.

[272] *Estudio sobre el Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, *op. cit.*, párrafo 47.

[273] Aunque hay algunas excepciones a esa regla como, por ejemplo, en el caso de Colombia con las extradiciones y sus efectos sobre el proceso de Justicia y Paz.

[274] Principios de subsidiariedad y de complementariedad de las jurisdicciones internacionales.

[275] Por ejemplo, el caso Pinochet sirvió de detonante para que se pusieran en marcha otros mecanismos de persecución penal en el mundo. Véese, por ejemplo, ROHT-ARRIAZA, Naomi. *The Pinochet Effect,* University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2006, p. 170. El caso sirvió de detonante para hacer que se abrieran los archivos de EE. UU sobre la operación Cóndor, pp. 150 y s.

[276] Por ejemplo, la Corte IDH le presta particular importancia a la divulgación de la Sentencia, y la considera una forma de reparación. La Corte ordena en varias sentencias publicar

- La verdad producida proviene de una entidad externa ajena a los tribunales locales. De alguna forma ese aspecto le da un tinte diferente al significado de la verdad que se ha producido, quizás esta es percibida de una forma más legítima, particularmente si se trata de Estados en los cuales el poder judicial no es imparcial y/o independiente.
- Generan efectos de Justicia en *cascada* a nivel nacional[277] o *sinergias* y *diálogos jurisprudenciales* que impactan, por lo tanto, también sobre el derecho a la verdad.

b) Comisiones de la Verdad

Los Principios de Naciones Unidas contra la Impunidad definen las Comisiones de la Verdad como *órganos oficiales, temporales y de constatación de hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años*[278].

Las Comisiones de la Verdad constituyen uno de los mecanismos de la Justicia Transicional por excelencia[279]. Habitualmente, está enfocada a la

Cont. nota 276

partes de la sentencia durante un período determinado, en algunas oportunidades en lenguas autóctonas (véase Corte IDH. Caso Tiu Tojín *vs.* Guatemala, Corte Constitucional Colombiana SentenciaC-190 de 26 de noviembre de 2008, en el cual se dispuso que el Estado debe difundir el contenido de la sentencia mediante emisión radial, en idioma K'iche' y español, Punto Resolutivo 9; Caso del Pueblo Saramaka *vs.* Surinam, Sentencia C-185 de 12 de agosto de 2008, párrafos 196 y 197, en la cual se ordenó al Estado la financiación de la emisión radial en lengua Saramaka de los puntos principales de la Sentencia) y más recientemente se ordena publicar en p. web de internet los contenidos completos de la Sentencias (véase Caso González y otras *vs.* México, Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-205 de 2009, Punto Resolutivo 15; Caso Rosendo Radilla *vs.* México, Sentencia C-209 de 23 de noviembre de 2009, Punto Resolutivo 13; Caso Masacre de Las Dos Erres *vs.* Guatemala, Sentencia C-211 de 24 de noviembre de 2009, Punto Resolutivo 13.

277 Véase, por ejemplo, LUTZ, Ellen (et al). "The Justice Cascade: the evolution ant impact of foreign human rights trial in Latin América", en STEINER, Henry J. (et al) (ed), *International Human Rights in Context, Law, Politics, Morals*, Oxford University Press, 3ª ed., 2007, pp. 1178 y 1179.

278 Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, *op. cit.*, Definiciones D.

279 *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos,* S/2004/616, *op. cit.*, párrafo 50. *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de*

verdad como manifestación de un derecho colectivo y cubre periodos históricos en los cuales se llevaron a cabo violaciones a los derechos humanos. A pesar de lo anterior, las Comisiones de la Verdad pueden referirse a hechos puntuales que constituyeron episodios traumáticos para las sociedades en los cuales se desarrollaron[280].

Las Comisiones de la Verdad ofrecen la ventaja de ser flexibles, no se encuentran atadas de forma tan estricta a las garantías procesales y no tienen que estar obligatoriamente ligadas a los procedimientos penales individuales de los autores que sean identificados en las investigaciones.

A pesar de lo anterior, se ha entendido que las Comisiones de la Verdad no pueden ser substitutivas de los procedimientos individuales. Según señaló la Corte IDH, una Comisión de la Verdad *"no completa o sustituye la obligación del Estado de establecer la verdad también a través de los procesos judiciales*"[281].

c) Archivos

Los principios de Naciones Unidas contra la impunidad definen los *archivos* de la siguiente forma: *la palabra "archivos" se refiere a colecciones de documentos relativos a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario de fuentes que incluyen: a) organismos gubernamentales nacionales, en particular los que hayan desempeñado una función importante en relación con las violaciones de los derechos humanos; b) organismos locales, tales como comisarías de policía, que hayan participado en violaciones de los derechos humanos; c) organismos estatales, incluida la oficina del fiscal y el poder judicial, que participan en la protección de los derechos humanos; y d) materiales reunidos por las comisiones de la verdad y otros órganos de investigación*[282].

Cont. nota 279

las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *op. cit.*, párrafo 50, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, *op. cit.*, Principios 6 a 13.

[280] Un ejemplo de ello seria la Comisión de la Verdad creada en Colombia para esclarecer los hechos del Palacio de Justicia. Véase ICTJ, *La Comisión de la Verdad sobre los hechos del Palacio de Justicia*, http://www.ictj.org/images/content/1/5/1539.pdf. Véase, también, el sitio Internet de la Comisión http://www.Verdadpalacio.org.co/. Otro ejemplo de este tipo de Comisión sería la Comisión de Verdad y Reconciliación de Greensboro (EE. UU). Véase el sitio de la Comisión http://www.greensborotrc.org/

[281] Corte IDH. La Cantuta vs Perú, op. cit., párrafo 223.

[282] Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, *op. cit.*, Definiciones E.

Los archivos constituyen una forma de asegurar y hacer efectivo el derecho a la verdad[283] o el derecho *a saber*[284]. Asimismo, el fortalecimiento de un sistema de archivo en las sociedades en transición es esencial para contribuir a garantizar la preservación de los expedientes importantes para el ejercicio de los derechos humanos[285]. También se puede decir que este medio para llegar a la verdad se encuentra estrechamente relacionado con el derecho de acceder a la información pública[286].

El Estado tiene las siguientes obligaciones respecto a los archivos sobre violaciones a los derechos humanos:

1. El Estado tiene el deber de garantizar la preservación de los archivos a través de: i) medidas técnicas y ii) sanciones penales. Los objetivos de estas dos líneas de acción consisten en impedir la sustracción, destrucción, disimulación o falsificación dirigidas en otras a asegurar la impunidad a los perpetradores de violaciones a los derechos humanos y/o derecho humanitario[287].
2. El Estado debe tomar medidas para facilitar el acceso a los archivos[288], propiciando a las víctimas el acceso a los mismos para hacer valer sus derechos, a las personas acusadas que lo soliciten para defenderse[289], y

[283] Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,* A/HRC/12/19, 21 de agosto de 2009. Párrafo 2,

[284] Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, *op. cit.*, Principios 5 y 14.

[285] Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, *op. cit.*, párrafo 6.

[286] *Estudio sobre el Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, *op. cit.*, párrafo 52.

[287] Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, op. cit., Principio 14. Véase, también, Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102, 18 de febrero de 2005, párrafo 32 para más detalles sobre el significado de la preservación. Véase: Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones a los derechos humanos (derechos civiles y políticos), op. cit., párrafo 25 a).

[288] Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,* A/HRC/12/19, 21 de agosto de 2009, párrafos 10 y13.

[289] *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, *op. cit.*, Principio 15.

además implica el derecho a toda persona de saber si se encuentra en los archivos con la posibilidad de impugnar la información contenida en el mismo[290].

3. El Estado debe cooperar con los tribunales[291] y comisiones de investigación para que estos puedan consultar libremente los archivos. Las restricciones de acceso a los archivos deben estar proscriptas por ley, a menos que se trate de un interés de seguridad nacional legítimo, en todo caso, debe poder ser objeto de un examen judicial independiente[292].

   En cuanto a la relación existente entre los archivos y la investigación de la violaciones a los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Castro Castro contra Perú, dispuso lo siguiente: "como garantía de no repetición, la Corte dispone que el Estado debe, en un plazo razonable, establecer los medios necesarios para asegurar que la información y documentación relacionada con investigaciones policiales relativa a hechos tan graves como los del presente caso se conserve de forma tal que no se obstaculicen las correspondientes investigaciones"[293].

---

[290] *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, *op. cit.*, Principio 17. Véase, también, *Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones a los derechos humanos* (derechos civiles y políticos), *op. cit.*, párrafo 25 c) y el *Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad*, *op. cit.*, párrafo 33.

[291] Véase, por ejemplo, el artículo 93.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

[292] Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, *op. cit.*, Principio 16, *Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad*, *op. cit.*, párrafo 34, en dónde la autora de la actualización de los principios señala que "*la expresión interés de seguridad nacional legítimo deberá entenderse en el sentido de que quedarán excluidas las restricciones cuyo propósito o efecto real sea el de proteger a un gobierno de una situación embarazosa o impedir que quede al descubierto una conducta impropia*". Véase, también, los artículos 72 y 93.4 del Estatuto de la Corte Penal Internacional y les principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso á la Información, principio 2, ambos instrumentos Citados por la Experta Independiente. Para un estudio exhaustivo de utilización de archivos en el marco de procedimientos judiciales en contextos de Justicia de Transición, véase Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,* A/HRC/12/19, 21 de agosto de 2009. Párrafos 16 a 25.

[293] Caso del Penal Miguel Castro Castro *vs.* Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, C-160, párrafo 442.

4. Los principios de Joinet disponen, igualmente, que el Estado deberá crear un inventario de los archivos disponibles en el país y en el exterior[294]; y los principios actualizados subrayan la necesidad de prestar especial atención a los archivos de los lugares de detención así como otros lugares donde hayan ocurrido violaciones a los derechos humanos[295]. En ese orden de ideas, se dispone la obligación de terceros países de cooperar y en su caso de restituir los archivos para establecer la verdad[296].

Por último, es relevante mencionar que los archivos se encuentran protegidos por instrumentos internacionales de Derecho Internacional Humanitario como la *Convención para los bienes culturales en caso de conflicto armado*[297] de La Haya de 1954, el *Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado*[298] que refuerza los mecanismos de especial protección a los bienes culturales y la responsabilidad penal individual[299]. En septiembre de 2006, el TPIY condenó a un militar de Serbia por varios crímenes, dentro los que se encuentra, por primera vez, la destrucción de edificios culturales y religiosos[300]. Este último aspecto es relevante en la medida que la destrucción

[294] *Conjunto de Principios…*, *op. cit.*, Principio 17 c); *Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones a los derechos humanos* (derechos civiles y políticos), *op. cit.*, párrafo 25 b).

[295] *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, *op. cit.*, Principio 18 b.

[296] *Conjunto de Principios…*, *op. cit.*, Principio 17 c); *Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones a los derechos humanos* (derechos civiles y políticos), *op. cit.*, párrafo 25 b), *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, *op. cit.*, Principio 18 c.

[297] Colombia se adhirió al instrumento en junio de 1998.

[298] El mismo no ha sido ratificado por Colombia.

[299] Para un análisis más exhaustivo sobre los instrumentos internacionales, Véase ALBERCH I FUGUERAS, Ramón. *Archivos y Derechos Humanos,* Ediciones Trea, Gijón, 2008, p. 20 a 23.

[300] TPIY, Primera instancia del caso Momcilo Krajisnik (IT-00-39), Sentencia de 27 de septiembre de 2006, párrafos 291, 468, 780 a 783, 836, 840 y 893. Citado por Alberch I Fugueras, *op. cit.*, p. 25.

de bienes culturales, dentro los que se encuentran los archivos, constituye un crimen de lesa humanidad[301].

d) Protección a intervinientes en los procesos y derecho a la verdad

En los párrafos anteriores se ha mencionado la importancia que reviste la protección a los testigos y diversos intervinientes en los procesos por violaciones a los derechos humanos como garantía para hacer efectiva la persecución penal a los autores de violaciones a los derechos humanos. Asimismo, al haber considerado de forma holística e interdependiente los aspectos relacionados con la Justicia y con la Verdad, es racional sostener que la protección de los intervinientes de un proceso impacta tanto en la persecución penal como en la divulgación de la verdad. En ese sentido, en el *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos* se sostiene que "*la omisión de protección a los testigos puede afectar gravemente a derechos fundamentales, como el derecho a la justicia y el derecho a la verdad*"[302].

En los párrafos anteriores se ha resaltado que varios instrumentos internacionales mencionan la necesidad de llevar a cabo la protección de víctimas y testigos en el marco de la lucha contra la impunidad[303]. Esa protección no se debe constreñir únicamente a los intervinientes en procesos judiciales, también es necesario ampliarla a los que intervienen en otros mecanismos de obtención de la verdad y de lucha contra la impunidad como, por ejemplo, las Comisiones de la Verdad[304].

---

[301] TPIY, Primera instancia del caso Momcilo Krajisnik, *op. cit.*, párrafo 783: *"An act of destruction of cultural monuments and sacred sites carried out on discriminatory grounds, and for which the general elements of crimes against humanity are fulfilled, constitutes the crime of persecution".* Véase también TPIY sentencias de Primera instancia en los casos Kordić y Čerkez (IT-95-14/2), Sentencia de 26 de febrero de 2001, párrafo 207; Stakić (IT-97-24), Sentencia de 31 de julio de 2003, párrafo 768; Brđanin (IT-99-36), Sentencia de 1 de septiembre de 2004, párrafos 1023 y 1024.

[302] *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, *op. cit.*, párrafo 32.

[303] Véase supra parte sobre las medidas para hacer efectivo el derecho a la Justicia.

[304] *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, *op. cit.*, párrafo 70; *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, *op. cit.*, Principio 10,

3. Derecho a la reparación

3.1 El derecho a la reparación en el derecho internacional

El concepto de reparación en el derecho internacional alude al resarcimiento que corresponderá a los daños causados a una (s) persona (s) quien (es), por esta razón, adquieren la condición de víctima(s)[305].

De antaño se ha reconocido al unísono que toda violación a una obligación internacional conlleva necesariamente *la obligación de reparar*[306]. Este principio fue desarrollado en su momento por la Corte Permanente Internacional de Justicia y luego por la Corte Internacional de Justicia y la Comisión de Derecho Internacional[307].

Asimismo, en el derecho internacional de los derechos humanos se ha entendido tradicionalmente que la reparación pretende restablecer a la víctima en su estado previo al acaecimiento del daño[308].

---

[305] FALK, Richard. "Chapter Reparations, International Law, and Global Justice: A New Frontier and Carrillo, Arturo Chapter Justice in Context: The Relevance of Inter-American Human Rights Law and Practice to Repairing the Past", in: *The Handbook of Reparations*, edited by Pablo de Greiff, Ed. ICTJ and Oxford Press University, 2006.

[306] Corte Permanente de Justicia Internacional. *Caso Fábrica Chorzow (Alemania vs. Polonia)* Sentencia de 13 de septiembre de 1928. Corte Internacional de Justicia, *Caso Estrecho de Corfú*, Sentencia de fondo de junio de 1949 y *Caso de Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, (Nicaragua *vs.* Estado Unidos de América) Sentencia de 1986.

[307] Ver, Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 53° periodo de sesiones, agosto de 2001.

[308] Ver, entre otros, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 8); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.3, 9.5 y 14.6); la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 13 y 14); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 6). Igualmente, en el plano regional se pueden citar, entre otros: el Convenio Europeo de Derechos Humanos (arts. 5.5, 13 y 41); y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 39); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 25, 68 y 63,1); y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 21,2). Igualmente, cabe destacar: los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones;* la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de los delitos y del abuso del poder; la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas

A manera de ejemplo, resulta pertinente resaltar que tanto la Convención Americana (CADH) como la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), además de prever clausulas generales de respeto y garantía de los derechos[309], establecen expresamente la obligación de reparar. En efecto, el artículo 41 de la CEDH establece que "*Si el Tribunal declara que ha habido violación del convenio o de sus protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa*".

Por su parte, el artículo 63.1 de la CADH establece que "*Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de sus derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada*".

Al respecto, en el *Caso Ceasar*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que el artículo 63.1 "*refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación*"[310].

De otra parte, se ha reconocido que la garantía del derecho a la reparación implica la implementación de un conjunto de medidas tendientes a eliminar o mitigar los efectos nocivos de las graves violaciones a derechos humanos[311].

Cont. nota 308

(art. 19); los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias (Principio 20); la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer; y el *Conjunto de principios para la protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad.*

309 Artículo 1º de la CEDH y de la CADH.

310 Corte IDH. Caso Ceasar. Sentencia de 11 de marzo de 2005.

311 Corte IDH. Caso De La Cruz Flores. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Caso Goiburú y otros, sentencia de 22 de septiembre de 2006. Caso Almonacid Arellano y otros, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Asimismo, se ha establecido que las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores[312].

En este sentido, en el *Informe sobre el Proceso de Desmovilización en Colombia* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció que *"Los estándares aplicables establecen que las medidas de alcance individual deben ser suficientes, efectivas, rápidas y proporcionales a la gravedad del crimen y a la entidad del daño sufrido y estar destinadas a restablecer la situación en que se encontraba la víctima antes de verse afectada*"[313].

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reiteró que "*al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación*"[314].

Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[315] como la Corte Interamericana de Derechos Humanos[316] han reconocido la obligación de reparación a cargo de los Estados en relación con graves violaciones a derechos humanos[317]. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Caracaso vs. Venezuela,* repitió que la reparación "*constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación*"[318].

---

[312] Cfr. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, *supra* nota 9, párr. 136; *Caso Carpio Nicolle y otros*, *supra* nota 82, párr. 89; y *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 225.

[313] CIDH. Informe sobre el Proceso de Desmovilización en Colombia. 13 de diciembre de 2004.

[314] Corte IDH. Caso Mowiana *vs.* Suriname. Sentencia de 25 junio de 2005.

[315] Tribunal EDH. Caso *Papamichalopoulos v. Greece (Artículo 50), en Series A, Nº 330-B* , 1995, pág. 36. Sentencia de 31 de enero de 1995.

[316] Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Caso Trujillo Oroza - Reparaciones (párrafo 60) y Caso Bámaca Velásquez - Reparaciones (párrafo 38) y Caso del Caracazo c. Venezuela, Sentencia de 29 de agosto de 2002.

[317] Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz, supra nota 9, párr. 133; Caso Lori Berenson Mejía, supra nota 10, párr. 230; y Caso Carpio Nicolle y otros, supra nota 82, párr. 85.

[318] Corte IDH. Caso del Caracazo c. Venezuela, Sentencia de 29 de agosto de 2002. Caso de las Hermanas Serrano Cruz, supra nota 9, párr. 134; Caso Carpio Nicolle y otros, supra nota 82, párr. 86; y Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones, supra nota 82, párr. 52.

Resulta pertinente resaltar que en el derecho internacional se ha considerado que la obligación de reparar las graves violaciones a derechos humanos no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando disposiciones de su derecho interno[319].

De otra parte, la reparación habrá de ser adecuada, equitativa y su reconocimiento y ejecución célere[320], *y deberá atender a la naturaleza del derecho violado y a la entidad del grupo humano afectado*[321].

Los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos han considerado que la obligación de reparar a cargo de los Estados se encuentra completamente regulada en el derecho internacional. Así, aspectos tales como el tipo, la extensión de la reparación, sus modalidades, y sus beneficiarios se estudian a la luz de la normatividad, jurisprudencia y doctrina internacionales[322].

A su vez, se ha entendido que el derecho a la reparación puede materializarse mediante la implementación de *medidas de restitución, indemnización, compensación, rehabilitación y satisfacción*[323]. El contenido de cada una de estas medidas se analizará en el siguiente acápite.

---

[319] Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz, supra nota 9, párr. 135; Caso Lori Berenson Mejía, supra nota 10, párr. 231; y Caso Carpio Nicolle y otros, supra nota 82, párr. 87.

[320] Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz, supra nota 9, párr. 133; Caso Lori Berenson Mejía, supra nota 10, párr. 230; y Caso Carpio Nicolle y otros, supra nota 82, párr. 85.

[321] *Amicus Curie* presentado por la Comisión Internacional de Justicia en el proceso de Constitucionalidad que antecedió a la sentencia C-370 de 2006.

[322] La jurisprudencia que ha tenido a la vista la Corte para resolver: Caso Velásquez Rodríguez - indemnización compensatoria, párr. 30; Caso Godínez Cruz - indemnización compensatoria, párr. 28; Jurisdiction of the Courts of Danzig, advisory opinion, 1928, CPIJ, Series B, N. 15, pp. 26 y 27; Questions des "communautés" gréco-bulgares, avis consultatif, 1930, CPJI, Série B, N. 17, pp. 32 y 35; Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex (deux-ième phase), ordonnance du 6 decembre 1930, CPJI, Série A, N. 24, p. 12; Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex, arrêt, 1932, CPJI Série A/B, N. 46, p. 167; Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Danzig, avis consultatif, 1932, CPJI, Série A/B, N. 44, p. 24. Todas Citadas en Corte IDH, Caso Aloeboetoe y otros - reparaciones, párr. 44.

[323] ONU, Comisión de Derecho Humanos, *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,* 2004, Orentlicher, ONU, Comisión de Derecho Humanos, Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas para ayudar a los estados a reforzar su capacidad nacional con miras

Resulta de particular interés la relación existente entre el derecho a la reparación y el derecho a la verdad[324]. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que, en tratándose de graves violaciones a derechos humanos, el conocimiento de la verdad forma parte del derecho a la reparación[325]. Así pues, en casos de homicidios o desapariciones forzadas, la posibilidad de los familiares de la víctima de conocer dónde se encuentran sus restos[326] constituye un medio de reparación y un *derecho de toda la sociedad* [327].

Por último, es preciso señalar que en reciente sentencia la Corte IDH[328] estableció los criterios para evaluar la necesidad y relevancia de las medidas de reparación en un caso concreto, entre los cuales se destacan su referencia

Cont. nota 323

a combatir todos los aspectos de la impunidad, 2004. Bassiouni, M.C. El derecho a la restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y libertades fundamentales, 2000. Corte IDH, Caso Castillo Páez. Sentencia del 27 de noviembre de 1998. Corte IDH, Caso Blake. Sentencia del 22 de enero de 1999.

[324] Véase, por ejemplo, *United Nations Human Rights Committee*, *Quinteros v. Uruguay, Communication No. 107/1981, decision of 21 July 1983*; Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 49º 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 L. Joinet,* UN General Assembly Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1; Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 45º período de sesiones, *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales,* Informe definitivo presentado por Theo van Boven, Relator especial, E/CN.4/Sub .2/1993/8.

[325] Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez *vs.* Guatemala. Sentencia de 22 de noviembre de 2000.

[326] Corte IDH. Caso Castillo Páez, Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párr. 90; Caso Caballero Delgado y Santana. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 31, párr. 58; y Caso Neira Alegría y Otros, Reparaciones, supra nota 38, párr. 69.

[327] Corte IDH. Ver, inter alia, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1985-1986, EA/Ser.L//V/II.68,Doc.8 rev 1, de 28 de septiembre de 1986, pág. 205; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe o 136/99, de 22 de diciembre de 1999, Caso 10.488 - Ignacio Ellacuría y otros, párr. 224.

[328] Corte IDH. Caso González y otros "Campo Algodonero" *vs.* México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009

directa a las violaciones de derechos humanos objeto de pronunciamiento, la proporcionalidad de la entidad del daño y el eventual resarcimiento; el restablecimiento de las víctimas a la situación anterior a la violación, el reconocimiento y la erradicación de los factores causales de discriminación; la adopción de una perspectiva de género, entre otros[329].

Ahora bien, cierto sector de la doctrina distingue entre el concepto jurídico de reparación, propio de la dogmática del derecho internacional y desarrollado párrafos atrás, y la concepción de *las reparaciones como proyecto político*[330]. Así, se tiene que "*en los periodos de transición las reparaciones buscan, en última instancia, como lo hacen la mayor parte de las medidas transicionales, contribuir a la construcción o reconstrucción de una nueva comunidad política*"[331].

Según Pablo de Greiff, tal planteamiento se justifica en dos razones. Porque el diseño de un programa de reparaciones responde al carácter masivo y sistemático de las violaciones cometidas en situaciones de conflicto[332] y, en segundo lugar, porque propiciaría escenarios de reconocimiento, confianza cívica y solidaridad social.

---

[329] Corte IDH. Caso González y otros "Campo Algodonero" *vs.* México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. "Conforme a ello, la Corte valorará las medidas de reparación solicitadas por la Comisión y los representantes de forma que éstas: i) se refieran directamente a las violaciones declaradas por el Tribunal; ii) reparen proporcionalmente los daños materiales e inmateriales; iii) no signifiquen enriquecimiento ni empobrecimiento; iv) restablezcan en la mayor medida de lo posible a las víctimas en la situación anterior a la violación en aquello en que no se interfiera con el deber de no discriminar; v) se orienten a identificar y eliminar los factores causales de discriminación; vi) se adopten desde una perspectiva de género, tomando en cuenta los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres, y vii) consideren todos los actos jurídicos y acciones alegadas por el Estado en el expediente tendientes a reparar el daño ocasionado."

[330] DE GREIFF, Pablo. "Reparations and Justice", in: *The Handbook of Reparations,* edited by Pablo de Greiff, Ed. ICTJ and Oxford Press University, 2006.

[331] DE GREIFF, Pablo, op. cit. "In transitional periods reparations seek, in the last analysis, as most transitional measures do, to contribute (modestly) to the reconstruction or constitution of a new political community"

[332] DE GREIFF, Pablo, *op. cit. "There are two fundamental reasons that justify thinking about reparations in relation to a broarder political agenda rather than in terms of narrowly conceived juridical approach. In the first place, and from a negative perspective, a massive program of reparations cannot reproduce the results which could be obtained in the legal system, because all legal system work on the assumption that norm breaking behavior is more or less exceptional. But this is not the case when programs of reparations are being designed, for such programs attempt to respond to violations that, far from being infrequently and exceptional, are massive and systematic".*

3.2 Alcance del derecho a la reparación

En tratándose de víctimas de graves violaciones a derechos humanos, el contenido del derecho a la reparación ha sido revaluado tanto en el derecho internacional como en el interno. Años atrás, las víctimas eran titulares únicamente del derecho a la reparación, entendido como la pretensión indemnizatoria que le sería reconocida en la etapa del incidente de reparación al final del proceso penal o mediante el ejercicio de la acción civil[333].

En nuestro medio, tras importantes desarrollos sobre la materia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos[334], la jurisprudencia nacional[335] ha reconocido al unísono que las víctimas son titulares de los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición. Reconocimiento que ha generado grandes transformaciones en cuanto al rol de la víctima en el proceso penal y la naturaleza de sus derechos.

En numerosas providencias, la Corte Constitucional ha determinado el contenido del derecho a la reparación de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos[336]. Por ejemplo, en la sentencia C-370 de 2006 tal corporación estableció que el derecho a la reparación "*i) incluye todas las acciones necesarias y conducentes a hacer desaparecer, en la medida en que ello sea posible, los efectos del delito; ii) al igual que el concepto de víctima, tiene una dimensión tanto individual como colectiva; iii) no se agota en su perspectiva puramente económica, sino que tiene diversas manifestaciones tanto materiales como simbólicas; iv) es una responsabilidad que atañe principalmente a los perpetradores de los delitos que dan lugar a ella, pero también al Estado, particularmente en lo relacionado con algunos de sus componentes*"[337].

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que "*las reparaciones consisten en las medidas que tienden*

[333] Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2002.

[334] Corte IDH. Caso Godínez Cruz *vs.* Honduras. Sentencia de 20 de enero de 1989. Caso Barrios Altos *vs.* Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Caso Myrma Mack *vs.* Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Caso hermanos Gómez *vs.* Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004. Caso de la Masacre de Mapiripán *vs.* Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, entre otras.

[335] Corte Constitucional. Sentencias C-228 de 2002, C-370 de 2006, C-1199 y C-135 de 2008, entre otras.

[336] Corte Constitucional. Sentencias T-188 de 2007, C-060 y C-1199 de 2008, entre otras.

[337] Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006.

a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos material e inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores"[338].

Se insiste en que la garantía del derecho a la reparación exige la implementación de un conjunto integral de medidas tendientes a mitigar los efectos de las graves violaciones a derechos humanos[339], lo que sin duda trasciende la dimensión puramente económica, y abarca otro tipo de medidas que restablezcan la salud, la autoestima y la tranquilidad de las víctimas y de las comunidades a las que ellas pertenecen[340].

El derecho a la reparación de las víctimas en la actualidad está integrado, además de las medidas de restitución, por los conceptos de indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición[341].

A su vez, de conformidad con los *Principios de Joinet para la protecc*ón *y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* el derecho a la reparación está integrado tanto por medidas individuales como colectivas:

> "*En el plano individual, las víctimas, ya sean directas, parientes o personas a cargo, deben beneficiarse de un recurso eficaz. (…) Este derecho comprende los tres tipos de medidas siguientes:*
> *a) Medidas de restitución (tendentes a que la víctima pueda volver a la situación anterior a la violación);*
> *b) Medidas de indemnización (perjuicio síquico y moral, así como pérdida de una oportunidad, daños materiales, atentados a la reputación y gastos de asistencia jurídica); y*
> *c) Medidas de readaptación (atención médica que comprenda la atención psicológica y psiquiátrica)*"[342].

En el plano colectivo, tales principios establecen que *"las medidas de carácter simbólico, a título de reparación moral, tales como el reconocimiento público y solemne por parte del Estado de su responsabilidad, las declaraciones oficiales restableciendo*

---

[338] Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz, supra nota 9, párr. 136; Caso Carpio Nicolle y otros, supra nota 82, párr. 89; y Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 225.

[339] Corte Constitucional. Sentencia T-821 de 2007.

[340] Corte Constitucional. Sentencia C-1199 de 2008.

[341] *Principios de Joinet, op. cit.*

[342] *Principios de Joinet*, *op. cit.,* C. El derecho a la reparación. 40.

a las víctimas su dignidad, las ceremonias conmemorativas, las denominaciones de vías públicas, los monumentos, permiten asumir mejor el deber de la memoria"[343].

Ahora bien, tal como se señaló párrafos atrás, la *restitución*[344] tiende a devolver a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos[345]. La restitución comprende, entre otras medidas, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos[346], el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes, entre otras[347].

En diversas ocasiones la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha vinculado la restitución con la garantía de prevención bajo el entendido de que "*En la violación del derecho a la vida y otros derechos (libertad e integridad personales, garantías judiciales y protección judicial), por no ser posible la restitutio in integrum y dada la naturaleza del bien afectado, la reparación se realiza, inter alia, según la práctica jurisprudencial internacional, mediante una justa indemnización o compensación pecuniaria, a la cual deben sumarse las medidas positivas del Estado para conseguir que hechos lesivos como los del presente caso no se repitan*"[348].

---

[343] *Principios de Joinet*, *op. cit.,* C. El derecho a la reparación. 41.

[344] Corte IDH. Caso Trujillo Oroza - reparaciones, párr. 61; Caso Bámaca Velásquez - reparaciones, párr. 39; Caso Cantoral Benavides - reparaciones, párr. 41; Caso Durand y Ugarte - reparaciones, párr. 25; Caso Barrios Altos - reparaciones, párr. 25; Caso Velásquez Rodríguez - indemnización compensatoria, párr. 25. "La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, como en el presente caso, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados".

[345] Corte EDH. *Caso Castillo Algar vs. España*. Sentencia de 28 de octubre de 1998. *Caso König vs. Alamania*. Sentencia de 10 de marzo de 1980. *Caso de Neumeister vs. Austria*. Sentencia de 7 de mayo de 1974.

[346] Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Guatemala, op. cit., Caso Aloeboete y otros *vs.* Surinam, op. cit., Caso La Cantuta. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.

[347] ONU - ECOSOC. *Comisión de Derechos Humanos, Los derechos civiles y políticos. El derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recurso e interponer reparaciones* 4/2005/59. Corte Constitucional. Sentencia C-979 de 2005.

[348] Corte IDH. Caso Trujillo Oroza - reparaciones, párr. 62; Caso Bámaca Velásquez - reparaciones, párr. 40; Caso Loayza Tamayo - reparaciones, párrs. 123 y 124; Caso Paniagua Morales y otros - reparaciones, párr. 80; Caso Castillo Páez - reparaciones, párr. 52; y Caso Garrido y Baigorria - reparaciones, párr. 41.

Ejemplos de medidas de restitución son las anulaciones de procesos por infracción al debido proceso[349], las órdenes de liberación en caso de privación de la libertad en contradicción con la Convención Americana[350], las nulidad de leyes por incompatibilidad con la Convención[351], la condonación de deudas con el Estado que tengan su origen en procesos violatorios del debido proceso[352], la cesación de los efectos de sentencias violatorias de la Convención[353], las reformas constitucionales en aquellas materias incompatibles con las obligaciones convencionales del Estado[354], la eliminación de antecedentes penales[355] y la restitución del material incautado como medida de censura previa[356], entre otras.

Por su parte, la *indemnización* ha de concederse de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como el daño material e inmaterial.

Mediante la indemnización se pretende compensar monetariamente los perjuicios causados. "Según la Corte Interamericana, esta indemnización se refiere esencialmente a los perjuicios sufridos y éstos comprenden tanto los daños materiales como los morales[357]. En relación con la reparación de los perjuicios materiales, la Corte ha reconocido que incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante[358]. Para la Corte Interamericana, la "justa indem-

[349] Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros, punto resolutivo Nº 12.
[350] Corte IDH. Caso Loayza Tamayo, párrs. 83-84.
[351] Corte IDH. Caso Barrios Altos, párr. 44.
[352] Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía, párr. 239.
[353] Corte IDH. Caso Herrera Ulloa, párr. 195.
[354] Corte IDH. Caso La Última Tentación de Cristo, punto resolutivo Nº 4.
[355] Corte IDH. Caso Acosta Calderón, párr.
[356] Corte IDH. Caso Palamara, párr. 250.
[357] Corte IDH, Caso El Amparo, Reparaciones, Sentencia de 14 de septiembre de 1996, Serie C No. 28, párr. 16; Caso Neira Alegría y otros, Reparaciones, Sentencia de 19 de septiembre de 1996, Serie C No. 29, párr. 38; Caso Caballero Delgado y Santana, Reparaciones, Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C No. 31, párr. 17.
[358] Corte IDH, Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones, Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Serie C No. 15, párr. 15. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 17 de agosto de 1990, Serie C No. 9, párrs. 27-28. Caso Godinez Cruz, Sentencia de 21 e julio de 1989, Serie C, No. 8, párrs. 36-37.

nización" de que habla el artículo 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, también debe tener en cuenta el daño moral sufrido por las víctimas que según la jurisprudencia de la Corte 'resulta principalmente de los efectos psíquicos que han sufrido los familiares'[359]. También ha determinado la Corte Interamericana que la reparación del perjuicio moral debe ajustarse a los principios de equidad"[360].

La *rehabilitación,* por su parte, consiste en el desarrollo de programas de atención médica y psicológica para las víctimas. Mientras que las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición conllevan la implementación de medidas de verificación de los hechos y la difusión pública y completa de la verdad judicial, 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, el restablecimiento de la dignidad mediante las sentencias judiciales, los actos de disculpas públicas, entre otras[361].

La Corte Interamericana ha decretado diferentes medidas de *satisfacción*, entre otras, ofrecimiento de disculpas públicas a las víctimas[362]; difusión de la petición

[359] Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 17 de agosto de 1990, Serie C No. 9, párrs. 50-51. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones, Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Serie C No. 15, párr. 74-77.

[360] Corte IDH, Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones, Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Serie C No. 15, párr. 86. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 17 de agosto de 1990, Serie C No. 9, párrs. 27-28. Caso Godinez Cruz, Sentencia de 21 e julio de 1989, Serie C, No. 8, párr. 86. Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C No. 31, párrs. 48-51. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-916-02.

[361] Artículos 56 y ss. de la Ley 975 de 2005.

[362] Corte IDH. Caso Molina Theissen, párr. 87; Caso 19 Comerciantes, párr. 274; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, párr. 234; Caso "Instituto de Reeducación del Menor", párr. 316; Caso Tibi, párr. 261; Caso Masacre Plan de Sánchez, párr. 100; Caso Carpio Nicolle y otros, párr. 136; Caso de las Hermanas Serrano Cruz, párr. 194; Caso Huilca Tecse, párr. 111; Caso de la Comunidad Moiwana, párr. 216; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, párr. 226; Caso de la "Masacre de Mapiripán", párr. 314; Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párr. 277; Caso Baldeón García, párr. 204; Caso de las Masacres de Ituango, párr. 406; Caso Ximenes Lopes, párr. 241; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), párr. 150; Caso Servellón García y otros, párr. 198; Caso Goiburú y otros, párr. 173; Caso Vargas Areco, párr. 158; Caso del Penal Miguel Castro Castro, párr. 445; Caso La Cantuta, párr. 235; Caso Escué Zapata, párr. 177; Caso Zambrano Vélez y otros, párr. 150; Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz, párr. 193; Caso Chaparro Álvarezy Lapo Iñiguez, párr. 263.

de perdón a través de Internet[363]; memoriales y actos conmemorativos[364], cambio de nombre de calles, plazas, centros médicos o escuelas para conmemorar a las víctimas[365]; publicación de la sentencia en un diario de circulación nacional del país donde se cometió la violación[366]; transmisión radial de ciertos párrafos de la sentencia[367]; publicación de la sentencia y difusión radial y televisada de partes de la sentencia[368]; publicación especial en la cual se señalen las violaciones sufridas por las víctimas[369]; traducción de ciertos párrafos a los idiomas de las víctimas[370].

Por último, la Oficina del Alto Comisionado de la Organización de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en los *Principios y directrices básicos*

[363] Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz, párr. 194.

[364] Corte IDH. Caso Molina Theissen, párr. 88; Caso 19 Comerciantes, párr. 273; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, párr. 236; Caso Masacre Plan de Sánchez, párrs. 101 y 104; Caso Huilca Tecse, párr. 103; Caso de la Comunidad Moiwana, párr. 218; Caso de la "Masacre de Mapiripán", párr. 315; Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párr. 278; Caso de las Masacres de Ituango, párr. 408; Caso Goiburú y otros, párr. 177; Caso Vargas Areco, párr. 158; Caso Escué Zapata, párr. 168.

[365] Corte IDH. Caso Baldeón García, párr. 205; Caso Servellón García y otros, párr. 199; Caso Ximenes Lopes, párr. 242.

[366] Corte IDH. Caso Molina Theissen, párr. 86; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, párr. 235; Caso Ricardo Canese, párr. 209; Caso "Instituto de Reeducación del Menor", párr. 315; Caso Carpio Nicolle y otros, párr. 138; Caso De la Cruz Flores, párr. 173; Caso Lori Berenson Mejía, párr. 240; Caso Huilca Tecse, párrs. 103 y 109; Caso Acosta Calderón, párr. 164; Caso Gutiérrez Soler, párr. 105; Caso de la "Masacre de Mapiripán", párr. 318, Caso Raxcacó Reyes, párr. 136; Caso Palamara Iribarte, párr. 252; Caso Gómez Palomino, párr. 142; Caso Blanco Romero y otros, párr. 101; Caso Masacre de Pueblo Bello, párr. 279; Caso López Álvarez, párr. 208; Caso Acevedo Jaramillo, párr. 313; Caso Baldeón García, párr. 194; Caso de las Masacres de Ituango, párr. 410; Caso Ximenes Lopes, párr. 249; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), párr. 151; Caso Claude Reyes y otros, párr. 160; Caso Servellón García y otros, párr. 197; Caso Goiburú y otros, Párr. 175; Caso Almonacid Arellano y otros, párr. 157; Caso Vargas Areco, párr. 162; Caso del Penal Miguel Castro Castro, párr. 446; Caso La Cantuta, párr. 237; Caso Bueno Alves, párr. 215; Caso Escué Zapata, párr. 173; Caso Zambrano Vélez y otros, párr. 151; Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz, párr. 192; Caso García Prieto y otros, párr. 198; Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez, párr. 262; Caso Albán Cornejo y otros, párr. 157.

[367] Corte IDH. Caso Tibi, párr. 260

[368] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, párr. 227; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, párr. 236.

[369] Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro, párr. 447; Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez, párrs. 262 y 264.

[370] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, párr. 227.

sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones[371] estableció que la reparación deberá ser rápida, efectiva, adecuada, proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido[372]. Igualmente, establece la responsabilidad subsidiaría del Estado[373] así como su obligación de diseñar y ejecutar programas nacionales de reparación[374].

3.3 Aporte del contexto colombiano en materia de reparaciones

a) Procedencia excepcionalísima de la acción de tutela para obtener reparaciones por graves violaciones a derechos humanos

Mediante las sentencias T-188 de 2007 y T-085 de 2009 la Corte Constitucional confirmó la procedencia de la acción de tutela para obtener reparaciones por graves violaciones a derechos humanos con carácter definitivo y, por lo tanto, sin que sea menester demostrar un eventual *perjuicio irremediable*.

En ambas providencias, dicha corporación estableció que "*los medios procesales existentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la jurisdicción ordinaria no resultan ser idóneos, pues quienes solicitan el amparo son sujetos de especial protección constitucional, con fundamento en sus condiciones de debilidad manifiesta (art.13 C. Pol.), y víctimas de violaciones a derechos fundamentales, por lo que requieren un instrumento judicial ágil y eficaz que les brinde la posibilidad de acceder a una pronta y justa reparación, características que al ser propias de la acción de tutela, configuran su procedencia*".

Bajo este entendido se reiteran los argumentos que en precedente ocasión expuso esta Corporación[375]:

---

[371] 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005

[372] *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.* Principio 15.

[373] *Op. cit.*, Principio 16.

[374] *Op. cit.,* Principio 17.

[375] Corte Constitucional. Sentencia T-188-07.

"Lo anterior sin perjuicio de su derecho a acudir ante el juez de amparo, puesto que el sistema de protección internacional de los derechos humanos fundamentales prevé que la población civil, necesitada de ayuda humanitaria, a causa de emergencias naturales o conflictos armados, tiene derecho a contar con recursos apropiados a sus circunstancias de apremio y desprotección[376]*, para acceder a los obligatorios programas estatales de asistencia y reparación, como prolongación natural i) del derecho a la vida*[377]*, ii) de la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes*[378] *y iii) del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y de un nivel de vida adecuado*[379] *–artículos 1°, 2°, 5° 9°, 11, 12 y 93 C.P.–. "Dispone el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que toda persona tiene derecho a demandar de los jueces o tribunales, haciendo uso de mecanismos sencillos y eficaces, amparo contra actos que violen sus derechos fundamentales y del Conjunto de Principios formulados por la Comisión de Derechos Humanos para la protección y promoción de los mismos*[380] *se desprende que toda víctima, tanto por la vía penal como por la civil, administrativa o disciplinaria, deberá contar con la posibilidad de acceder a una pronta y justa reparación, como también a participar activamente en la elaboración, aplicación y evaluación de los programas estatales que la pretenden*" (resaltado original).

En efecto, en tales oportunidades se estableció que las personas víctimas del desplazamiento forzado pueden acudir directamente a la acción de tutela y se resaltó que siempre que los medios ordinarios procesales administrativos o judiciales resulten insuficientes, inidóneos e ineficaces, las víctimas de graves violaciones a derechos humanos podrán ventilar sus pretensiones mediante la misma vía.

b) La justicia retributiva y distributiva: fundamento de la "reparación con enfoque transformador"

La reparación, en el marco de la responsabilidad civil, se ha edificado sobre un concepto de justicia retributiva en virtud del cual, una vez causado el daño,

[376] Artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
[377] Artículos 3° y 6° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.
[378] Artículo 5° de la Declaración Universal de Derechos Humanos.
[379] Artículos 11 y 12 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales.
[380] Anexo al Informe E/CN.4/2005/102, presentado por la experta independiente Diane Orentlicher, encargada de actualizar el Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos, mediante la Lucha contra la Impunidad, de 1997.

la reparación consistirá en restablecer el orden alterado, principalmente mediante la restitución del estado de cosas anterior, siempre que esta sea posible[381].

En Occidente, desde la obra de Aristóteles, la justicia se ha clasificado en retributiva o correctiva y distributiva. La primera tiene lugar siempre que un ciudadano "*ha cometido una injustica contra otro o cuando una de las partes ha provocado un daño y otra lo ha sufrido*"[382]. Así, la justicia retributiva se manifiesta en la compensación y en el castigo.

En el derecho continental europeo, la responsabilidad civil se ha fundado en el concepto de justicia retributiva o correctiva entendida como la compensación que le sigue al daño. Así, una vez causado el daño, el resarcimiento deberá cubrir todos sus efectos nocivos en proporción a su magnitud (*restituio in integrum*)[383], sin exceder la entidad del mismo (*compensatio lucri cum damno*)[384].

En concreto, la restitución como forma de reparación implica la realización de los actos que propendan por la devolución a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos, tales como el restablecimiento de la libertad, el retorno a su lugar de residencia y la devolución de sus propiedades[385].

Por su parte, la justicia distributiva alude a "*la equitativa distribución de las cargas y los bienes*"[386]. Por regla general, las graves violaciones a los derechos humanos, así como los conflictos armados, acaecen en sociedades que presentan como característica especial un gran déficit en protección y garantía de derechos. Así, en algunos casos, los conflictos han sido motivados por la inequidad en la propiedad de la tierra, por la deficiente prestación y garantía de derechos esenciales para la subsistencia de las personas, entre otras causas.

---

381 "*Principios de Joinet para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*". ONU, 1998

382 ARISTÓTELES. "*Ética a Nicomaco*". Libro quinto. "*De la justicia*" Editorial Porrúa, Buenos Aires, Argentina, 2005.

383 Corte IDH. Caso Mowiana *vs.* Suriname, sentencia del 15 de junio de 2005. También ver Caso de las Hermanas Serrano Cruz, supra nota 9, párr. 135; Caso Carpio Nicolle y otros, supra nota 82, párr. 87; y Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones, supra nota 82, párr. 53.

384 Cfr. GONZÁLEZ MEDINA, Diego Andrés. *"Reparación judicial en Justicia y Paz",* en*: Reparación Judicial Principio de oportunidad e infancia en la Ley de Justicia y Paz*. GTZ y Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá, 2009.

385 Artículo 46 de la Ley 975 de 2005.

386 ARISTÓTELES, *op. cit.*

Con base en la anterior aclaración teórica, la doctrina y la jurisprudencia colombiana han realizado un importante aporte a la dogmatica de la justicia transicional: *el concepto de reparaciones con enfoque transformador*.

Tras reconocer la utilidad pero también la insuficiencia de los conceptos y las medidas tradicionales de reparación, se señala que "*las políticas estatales de reparación de victimas pueden tener tanto una vocación puramente restitutiva como una vocación transformadora*"[387]. Éstas últimas deberán desarrollarse en aquellos escenarios caracterizados por estructuras socio económicas de exclusión y desigualdad que propiciaron el surgimiento y desarrollo del conflicto[388].

En efecto, a diferencia de la reparación civil, las reparaciones en procesos de justicia transicional no se deben limitar simplemente a dejar indemne a la victima de los efectos nocivos del daño, es decir, retrotraerla al estado anterior al acaecimiento del mismo[389]. Por el contrario, la reparación debe ser entendida como una oportunidad de devolver a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos su plena condición de ciudadanos, cuya carencia les hizo vulnerables y fáciles víctimas del conflicto[390].

Así pues, las reparaciones en procesos de justicia transicional abandonan su naturaleza eminentemente jurídica y se analizan como un proyecto político tendiente a erradicar la marginación social y económica que propiciaron el desarrollo del conflicto, mediante la adopción de medidas tendientes a la inclusión social y productiva de las víctimas[391].

---

[387] DÍAZ GÓMEZ, Catalina; SÁNCHEZ, Nelson Camilo y UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Reparar en Colombia: Los dilemas en contexto de conflicto, pobreza y exclusión. ICTJ, DeJusticia y Unión Europea. 2009, p. 34

[388] DÍAZ GÓMEZ, Catalina; SÁNCHEZ, Nelson Camilo y UPRIMNY YEPES, Rodrigo, *op. cit.*, p. 35.

[389] En opinión de UPRIMNY "la perspectiva de restitución integral puede parecer demasiado pobre y minimalista en esos casos. La razón es que la idea de devolver a las víctimas a la situación anterior a la ocurrencia de la violación de derechos humanos parece apropiada en sociedades que era democráticas y relativamente igualitarias antes de la guerra o la dictadura, y cuyas víctimas no formaban parte de los sectores mas excluidos de la sociedad antes de las atrocidades (...) Sin embargo, esta perspectiva restitutiva de las reparaciones parece insuficiente en sociedades que antes de las atrocidades eran en sí mismas excluyentes y desiguales, y cuyas víctimas pertenecían en su mayoría a sectores marginados y discriminados", en: DÍAZ GÓMEZ, Catalina; SÁNCHEZ, Nelson Camilo y UPRIMNY YEPES, Rodrigo, *op. cit.*

[390] DIAZ GÓMEZ, Catalina, SÁNCHEZ, Nelson Camilo y UPRIMNY YEPES, Rodrigo, *op. cit.*, pp. 8, 24, 34, 36 y 43.

[391] DE GREIF, Pablo "Enfrentar el pasado: reparaciones por abusos graves a derechos humanos" en: DE GAMBOA (ed.). *Justicia transicional: Teoría y praxis*, Bogotá, Universidad del Rosario.

Ahora bien, resulta pertinente seguir de cerca los planteamientos sobre la diferencia entre: reparación a las víctimas; políticas sociales; y, ayuda humanitaria esbozada por *Rodrigo Uprimny y Maria Paula Saffón*.

De acuerdo con estos autores, la prestación de servicios sociales es de carácter permanente, tiende a garantizar los derechos sociales, económicos y culturales mediante la implementación de medidas tendientes a erradicar la pobreza y correlativamente a satisfacer necesidades materiales básicas; por su parte, la atención humanitaria a las víctimas de situaciones de desastres o catástrofes es de carácter temporal, se funda en el principio constitucional de solidaridad y propende por "mitigar el riesgo y reducir la vulnerabilidad" de los afectados y, por último, la reparación a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos se fundamenta en el deber de reparar e implica, en primera medida, la obligación a cargo de los victimarios en relación con las víctimas y, subsidiariamente, el deber de reparación en cabeza del Estado.

Tales planteamientos fueron acogidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-1199 de 2008:

> *"En relación con este tema la Corte comienza por reconocer la separación conceptual existente entre los servicios sociales del Gobierno, la asistencia humanitaria en caso de desastres (independientemente de su causa) y la reparación a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. En efecto, tal como lo sostienen los actores y lo aceptan la totalidad de los intervinientes, se trata de deberes y acciones claramente diferenciables, en lo relacionado con su fuente, su frecuencia, sus destinatarios, su duración y varios otros aspectos. Acepta así mismo la Corte que, por estas mismas razones, ninguna de tales acciones puede reemplazar a otra, al punto de justificar la negación de alguna prestación específica debida por el Estado a una persona determinada, a partir del previo otorgamiento de otra(s) prestación(es) de fuente y finalidad distinta.*
>
> *Es así mismo claro, que si bien puede establecerse una relación de complementariedad y mutuo impacto entre los servicios sociales del Gobierno y las acciones encaminadas a la reparación debida a las víctimas, lo que incluso permite aceptar que en determinados casos se presente la simultánea ejecución de ambos tipos de acciones, no es posible, en cambio, llegar a considerar que aquéllos puedan sustituir éstas, precisamente en razón a su distinta razón e intencionalidad, así como al diverso título jurídico que origina unos y otras"*[392].

[392] Corte Constitucional. Sentencia C-1199 de 2008.

En conclusión, en escenarios de justicia transicional la reparación no solamente comporta la obligación de restitución en estricto sentido, es decir, retrotraer a la víctima al estado anterior al perjuicio, además se deberán implementar programas que permitan erradicar las causas económicas y sociales que propiciaron el conflicto armado, lo cual sin lugar a dudas representa una oportunidad de reconstrucción democrática y reconciliación nacional.

Por último, resulta pertinente resaltar que tales planteamientos fueron acogidos por la Corte IDH en la sentencia que resolvió el *caso González y otros "Campo algodonero" vs. México*, en la cual se estableció que "*el concepto de "reparación integral" (restitutio in integrum) implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado (supra párs. 129 y 152), las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restituido sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación. Del mismo modo, la Corte recuerda que la naturaleza y monto de la reparación ordenada dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares, y deben guardar relación directa con las violaciones declaradas. Una o más medidas pueden reparar un daño específico sin que éstas se consideren una doble reparación*"[393].

3.4 Reparación integral y Reparación administrativa

Es importante destacar que el derecho internacional ha marcado una diferencia entre la reparación integral que se da en los procesos de reparación judicial[394], y la reparación justa y equitativa de los programas de reparación administrativa[395].

---

[393] Corte IDH. Caso González y otros *vs.* México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

[394] Además ese tipo de reparaciones se dan, independientemente de la generalidad o de la masividad de la violación a ciertos derechos. Funcionan por lo general, cuando la violación a los derechos humanos o a los derechos fundamentales es excepcional. Véase DE GREIFF, Pablo. "Justice and reparations", in: *The Handbook of Reparations*, edited by Pablo de Greiff, Ed. ICTJ and Oxford Press University, 2006, p. 451.

[395] Un ejemplo de reparación administrativa la encontramos en el Decreto 1290 de 2010.

De acuerdo a los principios y directrices, las reparaciones de tipo administrativas se guían por otros principios que las judiciales. Ya no se trata de una *restitución integral*, se habla más bien de una reparación justa y adecuada[396] que *"integra un «margen de apreciación» que autoriza las desviaciones del* «principio de borrar todas las consecuencias [que sin embargo] sigue siendo el principal principio» *(…). En las especiales circunstancias con que se enfrentan los programas masivos, el doble requisito de proporcionar* «una reparación justa y adecuada» *sustituye a ese criterio*"[397].

En cuanto a la categorización de las medidas de reparación que se ha desarrollado en este texto, la misma no está circunscripta a un tipo de reparación (administrativa o judicial). Se trata más bien de un set de herramientas que se encuentra a disposición del Estado o del operador judicial para ser usadas (de forma complementaria y cuando corresponda) en la reparación a víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, independientemente de los objetivos generales (administrativos) o particulares (procesos judiciales), del sujeto obligado a reparar (Estado o individuo) o de los principios que guían la reparación (integral o justa y equitativa).

---

[396] Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, A/RES/60/147. NACIONES UNIDAS. Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, principios 11 y 18:

"11. Entre los recursos contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario figuran los ss. derechos de la víctima, conforme a lo previsto en el derecho internacional: (…)b) Reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido (…)

"18. Conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva".

[397] OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Instrumentos del estado de Derecho para Sociedades que han salido de un conflicto*, *op. cit.*, p. 30. Véase también ROMBOUTS, Heidy; SARDARO, Pietro y VANDEGINSTE, Stef. "The Right to Reparation for Victims of Gross and Systematic Violations of Human Rights", en: *Out of the Ashes: Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*, K. De Feyter y otros (eds.), Amberes, Intersentia, 2006, pp. 345 a 500.

Esto último no implica que cada uno de los rubros de todas las categorías deba ser siempre utilizadas por un tribunal o por el Estado, en cada situación corresponderá llevar a cabo una u otra combinación de las categorías de las reparaciones según corresponda a la naturaleza de los objetivos, del procedimiento (judicial o administrativo), del sujeto obligado a reparar y de los derechos violados. De todos modos, es importante tener en consideración que, en su dimensión sustantiva y de acuerdo al derecho y jurisprudencia internacional, existen distintas categorías de reparación que deben ser complementarias entre sí para lograr una *integralidad interna*[398] (o coherencia interna) de las medidas de reparación (la restitución, la compensación o indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y, las garantías de no repetición).

3.5 Reparación individual y reparación por responsabilidad del Estado

Como se ha visto en los capítulos anteriores, cuando un Tribunal internacional declara que hubo desconocimiento –o violación– por parte del Estado (sea por acción u omisión –respeto o garantía) de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales, entonces el mismo órgano debe condenar al Estado a reparar a las víctimas de las violaciones reconocidas (reparación judicial por lo tanto *integral*).

En ese mismo sentido, y desde la óptica de la reparación judicial, se debe mencionar que los estándares en materia de reparación establecidos en la esfera internacional (como se ha visto, vía instrumentos de *hard law*, de *soft law*, o jurisprudenciales), por órganos de derecho internacional de los derechos humanos, comprometen la responsabilidad de un Estado, un poco a la manera de un proceso contencioso administrativo a nivel nacional y no la de un individuo en particular.

Es, sin embargo, relevante subrayar que las lógicas imperantes en la aplicación de las reparaciones a cargo de un individuo, o al cabo de un proceso en el cual se determina la responsabilidad individual (procesos civiles o penales), no

[398] Se refiere a la complementariedad y coherencia entre todas las medidas de reparación. Véase DE GREIFF, Pablo, p. 467. La coherencia externa o integralidad externa hace alusión al aspecto holístico de la Justicia Transicional y, por lo tanto, a la coherencia o complementariedad entre las medidas de reparación y otras medidas de justicia transicional.

son las mismas que las que se aplican a la hora de determinar la responsabilidad del Estado (procesos contenciosos administrativos, demandas civiles contra el Estado, procesos ante órganos internacionales de derechos humanos).

En cuanto a la responsabilidad por acciones individuales, escenarios que corresponde por ejemplo al derecho penal internacional, la obligación principal de reparar, a cargo de un individuo, no surge como consecuencia de un ilícito internacional por parte de un Estado (aunque también puede haber ese tipo de responsabilidad involucrada, aunque en esa situación, será un Tribunal de otra naturaleza que deberá declararlo).

En el caso de los procesos seguidos en el marco de la Ley 975, el sujeto obligado a reparar (de forma principal) no es el Estado, sino un individuo que debe responder a través de un mecanismo de justicia restaurativa como consecuencia de su actuar ilícito[399]. Este tipo de reparación dispuesta por vía judicial, en la cual no se ha determinado el actuar ilícito del Estado como fuente de la obligación de reparar, se encuentra más cercano a los procesos establecidos en el marco de la Corte Penal Internacional y, por lo tanto, los estándares de la jurisprudencia de los órganos del derecho internacional de los derechos humanos requieren ser adaptados a las características especiales del proceso de Justicia y Paz.

Este último aspecto es esencial en la medida en que el procedimiento especial de Justicia y Paz, y en particular el incidente de reparación, tienen características similares a la obligación de reparar por responsabilidad penal individual.

4. Las Garantías de no repetición en el derecho internacional

El concepto de garantías de no repetición o *Guarantees and Assurances of non repetition* alude a todas aquellas medidas tendientes a impedir que se repitan los actos de violencia que perjudicaron a las víctimas y perturbaron la sociedad; mediante esta clase de medidas se pretende evitar la ocurrencia de graves violaciones a derechos humanos[400].

[399] Véase, por ejemplo, CNRR. *Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa, op. cit.*

[400] NASH ROJAS, Claudio. *Las reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (1988-2007).* Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, 2007.

Las garantías de no repetición se erigen, pues, "*en medidas idóneas, de carácter administrativo, legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones en su dignidad*"[401], tales como la implementación y ejecución de reformas institucionales.

Algún sector ha considerado que las garantías de no repetición hacen parte del derecho a la reparación plena y efectiva[402], junto con los conceptos de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción.

De otra parte, las garantías de no repetición son consideradas como una serie de políticas y medidas ajenas al derecho a la reparación, por cuanto pretenden, lejos de reparar el perjuicio, identificar y erradicar las causas que ocasionaron las graves violaciones a derechos humanos[403].

---

[401] BOLÍVAR JAIME, Aura Patricia. "Mecanismos de reparación en perspectiva democrática", en: DÍAZ GÓMEZ, Catalina; SÁNCHEZ, Nelson Camilo y UPRIMNY YEPES, Rodrigo. *Reparar en Colombia: Los dilemas en contexto de conflicto, pobreza y exclusión,* ICTJ, DeJusticia y Unión Europea. 2009, p. 74.

[402] ONU - ASAMBLEA GENERAL. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones",* aprobados el 16 de diciembre de 2005; COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU. *"Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones".* Cfr. ROSENNE, Sh. *The Perplexities of Modern International Law, General Course on Public International Law,* Académie de Droit International, 2001, tome 291 de la Collection (Collected course of the Hague Academy of International Law), Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 211-241; CRAWFORD, J. *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado. Introducción, texto y comentarios,* Dykenson S.L., 2004.

[403] Jurisprudencia de la Corte IDH. Ver Caso Caesar, párr. 132; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, párr. 225; Caso Fermín Ramírez, párr. 130; Caso Raxcacó Reyes, párr. 132; Caso Gómez Palomino, párr. 149; Caso Blanco Romero y otros, párr. 105; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa párrs. 234-235; Caso Vargas Areco, párrs. 163-164; Caso Goiburú y otros; párr. 179; Caso Zambrano Vélez y otros, párr. 154; Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez, párr. 269; Caso Albán Cornejo y otros, párr. 160. Caso Caesar, párr. 132; Caso Palamara Iribarne, párr. 254; Caso Almonacid Arellano y otros, párrs. 145-147.Ver casos más recientes: Caso Gutiérrez Soler, párr. 106; Caso López Álvarez, párr. 210; Caso de las Masacres Ituango, párr. 409; Caso Montero Aranguren y otros, párr. 147; Caso Ximenes Lopes, párr. 205; CasoMarcel Claude, párrs. 164-165; Caso Servellón García y otros, párr. 200; Caso Vargas Areco, párr. 161; Caso Goiburú y otros, párr. 178; Caso del Penal Miguel Castro Castro, párr. 452; Caso de la Masacre de la Rochela, párr.

Es la propia Organización de las Naciones Unidas el mejor ejemplo de garantía de no repetición, entre muchos otros. En efecto, tras las atrocidades cometidas durante la segunda guerra mundial (1939-1945), se propone la creación de un organismo internacional que propenda por *"Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz; Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otros medidas adecuadas para fortalecer la paz universal; Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes*"[404] y, de esta manera,

Cont. nota 403

303; Caso Zambrano Vélez y otros, párrs. 157 y 158; Caso Albán Cornejo y otros,párr. 164. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez, párrs. 272 y 273. Caso de la "Masacre de Mapiripán", párrs. 316 y 317; Caso Blanco Romero y otros, párr. 106.Caso Lori Berenson Mejía, párr. 241; Caso Caesar, párr. 135; Caso Raxcacó Reyes, párr. 134; Caso López Álvarez, párrs. 209-210; Caso Montero Aranguren y otros, párrs. 145-146. Caso Marcel Claude, párrs. 161 y sgtes. Caso Servellón, párr. 202. Caso Blanco Romero y otros, párr. 102. Caso de la Comunidad Moiwana, párr. 212; Caso de la "Masacre de Mapiripán", párr. 311.

404 Artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas suscrita en San Francisco el 26 de junio de 1946. A su vez el preámbulo del mismo instrumento establece que las finalidades de la ONU serán "*preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad, practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos, unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará; la fuerza armada sino en servicio del interés común, y a emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos".*

garantizar que la humanidad no resultara inmersa en conflictos de tal magnitud y graves atentados contra los derechos humanos y la humanidad misma.

Conforme a los Principios provenientes del Informe *Joinet*[405], es menester la implementación de tres medidas tendientes a evitar que los derechos de las víctimas sean conculcados nuevamente*:*

> *"a) Disolución de los grupos armados paramilitares: se trata de una de las medidas más difíciles de aplicar porque, si no va acompañada de medidas de reinserción, el remedio puede ser peor que la enfermedad;*
> *"b) Derogación de todas las leyes y jurisdicciones de excepción y reconocimiento del carácter intangible y no derogable del recurso de habeas corpus; y*
> *"c) Destitución de los altos funcionarios implicados en las violaciones graves que han sido cometidas. Se debe tratar de medidas administrativas y no represivas con carácter preventivo y los funcionarios pueden beneficiarse de garantías".*

Sin embargo, la anterior disposición no es la única que establece garantías de no repetición en el citado informe; en otras partes del articulado se hace referencia a determinadas medidas que propician el tránsito de las sociedades a la paz, por ejemplo:

> *"PRINCIPIO 37. Los grupos armados paraestatales o no oficiales serán desmovilizados y desmantelados. Su posición en las instituciones del Estado o sus vínculos con ellas, incluidas en particular las fuerzas armadas, la policía, las fuerzas de inteligencia y de seguridad, debe investigarse a fondo y publicarse la información así adquirida. Los Estados deben establecer un plan de reconversión para garantizar la reintegración social de todos los miembros de tales grupos..."* .

Por su parte, en el Informe del Relator Especial *Theo van Boven* se estableció que las garantías de no repetición incluirán "*la cesación de las violaciones aún existentes; la verificación de los hechos y la revelación completa y pública de la verdad; un fallo declaratorio en favor de la víctima; una disculpa, incluido el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de la responsabilidad; el enjuiciamiento de las personas a quienes se considere responsables de las violaciones; la celebración de conmemoraciones y homenajes a las víctimas; la inclusión de datos*

[405] JOINET, *op. cit.*

exactos sobre las violaciones de los derechos humanos en los planes de estudios y el material didáctico y la prevención de una repetición de las violaciones mediante sometimiento de las fuerzas militares y de seguridad a un control efectivo de la autoridad civil; limitación de las competencias de los tribunales militares; afianzamiento de la independencia del poder judicial; protección a los abogados y a quienes trabajan en pro de los derechos humanos y capacitación de todos los sectores de la sociedad, en particular a las fuerzas militares y de seguridad y a los oficiales encargados de aplicar la ley, sobre el respeto y la promoción de los derechos humanos"[406].

Posteriormente, en 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*" del relator especial *Cherif Bassiuoni* se estableció que las garantías de no repetición contribuirían a la prevención mediante la ejecución de medidas tendientes a controlar las fuerzas militares, ajustar los procedimientos judiciales, administrativos, militares y de cualquier índole a la normatividad internacional, fortalecer la independencia de la rama judicial, promover la educación en derechos humanos y derecho internacional humanitario, entre otras[407].

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha utilizado en múltiples providencias medidas que conlleven a la no repetición de las violaciones a derechos humanos. Por vía de ejemplo, ha ordenado la adecuación de la legislación interna a la CADH[408]; la formación de los funcionarios públicos en derechos humanos[409]; información a la opinión pública sobre los resultados

[406] VAN BOVEN, Theo, *op. cit.*

[407] BASSIUONI, Cherif. *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*, 2005.

[408] Corte IDH. Caso Caesar, párr. 132; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, párr. 225; Caso Fermín Ramírez, párr. 130; Caso Raxcacó Reyes, párr. 132; Caso Gómez Palomino, párr. 149; Caso Blanco Romero y otros, párr. 105; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa párrs. 234-235; Caso Vargas Areco, párrs. 163-164; Caso Goiburú y otros; párr. 179; Caso Zambrano Vélez y otros, párr. 154; Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez, párr. 269; Caso Albán Cornejo y otros, párr. 160. Caso Palamara Iribarne, párr. 254; Caso Almonacid Arellano y otros, párrs. 145-147.

[409] Corte IDH. Caso Gutiérrez Soler, párr. 106; Caso López Álvarez, párr. 210; Caso de las Masacres de Ituango, párr. 409; Caso Montero Aranguren y otros, párr. 147; Caso Ximenes Lopes, párr. 205; Caso Marcel Claude, párrs. 164-165; Caso Servellón García y

de los procesos de capacitación comprometidos por los Estados[410]; adecuación de los centros de reclusión[411]; la implementación de campañas nacionales de sensibilización sobre la situación de los niños[412]; medidas para dotar de eficacia al recurso de "habeas corpus" en relación con casos de desaparición forzada[413] y promoción de mecanismos de prevención, vigilancia y solución de conflictos sociales[414], entre otras.

Resulta interesante mencionar que en el Derecho Internacional Público el concepto de garantías de no repetición ha tenido acogida. A manera de ejemplo, en el caso *LaGrand* [415], la Corte Internacional de Justicia estableció que si bien tradicionalmente las reparaciones pretendían restaurar el status quo previo a la ocurrencia del daño, es decir, tienen una finalidad restaurativa (*or backward-looking*), dicha concepción ha sido abandonada. En efecto, el término reparación en la actualidad también alude a la compensación, satisfacción y garantías de no repetición[416].

En tal oportunidad la Corte Internacional de Justicia reconoció que las garantías de no repetición no tienen una función restaurativa sino preventiva, a futuro (*forward-looking*). En efecto, estas medidas no pretenden remediar

Cont. nota 409

otros, párr. 200; Caso Vargas Areco, párr. 161; Caso Goiburú y otros, párr. 178; Caso del Penal Miguel Castro Castro, párr. 452; Caso de la Masacre de la Rochela, párr. 303; Caso Zambrano Vélez y otros, párrs. 157 y 158; Caso Albán Cornejo y otros, párr. 164.

410 Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez, párrs. 272 y 273.

411 Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía, párr. 241; Caso Caesar, párr. 135; Caso Raxcacó Reyes, párr. 134; Caso López Álvarez, párrs. 209-210; Caso Montero Aranguren y otros, párrs. 145-146.

412 Corte IDH. Caso Servellón, párr. 202.

413 Corte IDH. Caso Blanco Romero y otros, párr. 102.

414 Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana, párr. 212; Caso de la "Masacre de Mapiripán", párr. 311.

415 CIJ. *Caso LaGrand*. Sentencia de 27 de junio de 2001.

416 TAMS, Christian. "*Recognizing Guarantees and assurances of Non-Repetition: LaGrand and the law of State Responsibility*" United Version. "*As is clear from the term itself, "reparation" as the prime consequence of international wrongs is concerned with restoration of the status quo, and with remedying the effects of past wrongs. Of course, as a side-effect, one would hope that the duty to make reparation deters the wrongdoing state from committing future breaches. But primarily, it is restorative, o backward-looking. This in turn has tended to reinforce a bilateralist understanding of responsibility restitution, compensation, and satisfaction aim at restoring the status quo in relation to the injured state*".

las violaciones del pasado, sino prevenir las futuras. Así las cosas, en relación con la responsabilidad internacional del Estado, la Corte concluyó que en situaciones específicas, la principal función de la responsabilidad podría ser "*restaurar la confianza en la relación*"[417].

Salta a la vista la importancia que los tribunales internacionales de derecho público y derechos humanos han reconocido a las garantías de no repetición para concluir que se trata de un capítulo independiente en los procesos de transición al *post conflicto*, con un gran horizonte pero cuyo desarrollo doctrinario y jurisprudencial hasta ahora se empieza a ver.

[417] TAMS, Christian. "*Recognizing Guarantees and assurances of Non-Repetition: LaGrand and the law of State Responsibility" United Version*" United Version. "*In contrast, guarantees and assurances of non-repetition as recognize in LaGrand serve a different function. Unlike restitution, compensation or satisfaction, they are forward-looking; not concerned with remedying past wrongs, but with preventing future breaches. By recognizing this remedy, the judgment seems to move away from a purely restorative approach to responsibility. The court acknowledges that in specific situations, the main function of responsibility can be, as the International Law Commission put in the Articles on State Responsibility, to restore "confidence in a continuing relationship*".

La Ley de Justicia y Paz a la luz del Bloque de Constitucionalidad*

Equipo ProFis-GIZ†

Sumario: **I.** *Introducción y conceptos generales sobre las jurisdicciones internacionales relacionadas.* 1. Introducción al desarrollo internacional sobre DD.HH. y DIH. 1.1. El desarrollo internacional de las jurisdicciones sobre individuos. 1.2. Elementos propios del Derecho Internacional Humanitario - DIH, del Derecho Internacional de los Derechos Humano - DIDH y del Derecho Penal Internacional - DPI. 1.3. Subsidiariedad y complementariedad del Derecho Internacional. 2. Alcance, incorporación e interpretación de instrumentos internacionales sobre DIH en el Derecho Internacional. 2.1. Proceso de universalización en materia de DIH. 2.2. Tribunales *ad hoc* (Nüremberg, Yugoslavia, Ruanda, otros) y CPI. 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*

---

* Este capítulo corresponde a una actualización del capítulo "Bloque de constitucionalidad", elaborado por el Equipo ProFis, en: LÓPEZ DÍAZ, Claudia y VARGAS, Álvaro (coords.). *Manual de procedimientos para Ley de Justicia y Paz*, Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) y Embajada de la República Federal de Alemania, 2009.

† En la primera edición del capítulo, por parte del Equipo ProFis colaboraron Jaime Alberto Sandoval Mesa y Luis Andrés Fajardo. La presente actualización, contó con la participación de Oscar Julián Guerrero Peralta, Abogado y sociólogo de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Derecho de Sociedades de la Pontificia Universidad Javeriana y experto en Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Humanitario. Docente universitario.

del Derecho Penal interno y bloque de constitucionalidad. 1. Fundamentación del bloque de constitucionalidad para crímenes de guerra. 2. Reglas de aplicación para el Derecho Internacional Humanitario. 2.1. Principio de distinción. 2.2. Combatientes. 2.3. Población civil y no combatientes (personas protegidas). 2.4. Bienes de carácter civil y objetivos militares. 2.5. Principio de limitación. 2.6. Las conductas de DIH en la Ley 599 del 2000. 3. Fundamentación del bloque de constitucionalidad para crímenes de lesa humanidad. 4. La utilización del bloque de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia frente a la Ley 975.

I. Introducción y conceptos generales sobre las jurisdicciones internacionales relacionadas

1. Introducción al desarrollo internacional sobre DD.HH. 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 aún la nacionalidad de la que gocen.

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

Esto 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 omitiera 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 esto 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.

Paralelamente 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 y 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, que al ser inherentes a la persona, se corresponden con la existencia misma de ésta.

Desde entonces, se ha experimentado una importante evolución en materia de derechos fundamentales. Como 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 considerados elementales, como la vida o la libertad, se ha avanzado a una visión omnicomprensiva que abarca el conjunto de derechos individuales y colectivos: civiles, económicos, políticos, sociales y culturales; ya no hay jerarquía entre estos dere-

chos que se consideran universales e interdependientes, y por ende, cuando se alude al ambiente sano, igualdad de género y derechos de la mujer, acceso a la vivienda, libertad de expresión, derecho a la intimidad, protección de la infancia y la adolescencia, o derecho al desarrollo, se abordan 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 está conformada por Estados de todos los continentes, como por ejemplo la Organización de las Naciones Unidas) o regionales (cuando sus integrantes se encuentran en una misma región geográfica, como 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, cuando se celebró la primera Conferencia Interamericana. En el noveno de dichos encuentros, llevado a cabo en Bogotá en 1948, se dio nacimiento a la Organización de los Estados Americanos, 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 Organización de los Estados Americanos. 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 posee dos convenciones sobre derechos políticos y derechos civiles adoptadas en 1948, y 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 creación de la Organización de las Naciones Unidas invoca desde su preámbulo y 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 ítem de preocupación para la comunidad internacional, a partir de la necesidad de resguardar a los indivi-

duos 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 CDI fue iniciando, encomendada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 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 organizaciones subcontinentales, se dieron a la tarea de construir sus propios instrumentos. En Europa, en la década de los cincuenta, el Consejo de Europa dictó su Convención Europea sobre Derechos Humanos, creando un sistema mixto (jurídico y político) de garantía de la protección de los DD.HH. En América, en la IX conferencia panamericana llevada a cabo en Bogotá en 1948, nació 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 de las Naciones Unidas, dictó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Cuya finalidad es integrar las dos visiones que en ese momento reinaban en la materia: los derechos civiles y políticos, y 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, redacta lo que posteriormente serían los Pactos de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario. En 1948 se adoptan cuatro convenios internacionales, en los cuales se recogían 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, personas y la exclusión de métodos de combate.

Finalmente, luego de la Segunda Guerra Mundial, sobre la base del Derecho consuetudinario en materia de DIH, 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 Nüremberg 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 de la ex Yugoslavia, creados por el Consejo de Seguridad de la ONU y encargados, al fin de cuentas, 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 - DIH, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos - DIDH y del Derecho Penal Internacional - DPI

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, y puede suspenderse temporalmente la exigibilidad de algunos derechos (estipulados) cuando existe una situación que sale del control normal y hace necesario 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 en ese caso se aplica exclusivamente el DIH. 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 Art. 3 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, que son exigibles a todas las partes del conflicto. Si bien los derechos humanos sólo 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 participen 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, pueda considerarse como responsable por los hechos que se le 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 juzgados 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 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 DD.HH., 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 Internacional

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 pacífica

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 donde surgen los primeros actos internacionales que se ocupan de tales regulaciones. Por ejemplo, en la Declaración de San Petersburgo de 1868, se mencionan los primeros elementos propios de la confrontación armada. Su objeto consistía en fijar 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 de *El contrato social,* de Rousseau ya se habían realizado los primeros trazos sobre los principios que tendrían que ocuparse de las reglas y usos de los conflictos armados. En la obra mencionada se establecían los siguientes fundamentos:

---

[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*, Tercera edición, Bogotá D.C., septiembre de 2002.

"…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 éstos 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 solo 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 razón"[2].

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 40 mil personas, cuyo objetivo específico fue el de aliviar la suerte de los militares heridos de los ejércitos en campaña[3].

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 las siguientes:

*"**Artículo 1.** Las leyes, los derechos 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:*
Tener a la cabeza una persona responsable por sus subalternos;
Tener una señal como distintivo fijo y reconocible a distancia;
Llevar las armas ostensiblemente;
Sujetarse en sus operaciones a las leyes y costumbres de la guerra.
En los países en que las milicias o los cuerpos de voluntariados formen el ejército o hagan parte de él, tanto aquéllas como éstos quedan comprendidos bajo la denominación de ejército…"[4].

Durante 1949 a 1977 surgen los cuatro convenios 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.

---

[2] VALENCIA VILLA, Alejandro. Derecho Internacional Humanitario para Colombia, Bogotá Defensoría del Pueblo, 1994, p. 42.

[3] HERNÁNDEZ HOYOS, Diana. *Delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. Comentarios a los Códigos Penal y de Procedimiento Penal.* Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., julio del 2002, pp. 204 y 205,

[4] *Compilación de Instrumentos Internacionales*, *op. cit*., p. 373.

Asimismo, 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 Naciones Unidas 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 1948[5].

2.2 Tribunales *ad hoc* (Nüremberg, Yugoslavia, Ruanda y otros) y CPI

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 efecto"[6].

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 desaforada cometido contra personas en el país invadido…"[7].

> *"Asimismo, 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.*

[5] HERNÁNDEZ HOYOS, Diana, *op. cit*., 2002, p. 205.
[6] *Ibídem,* p. 218.
[7] *Ibídem,* p. 218.

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 obedecimiento a órdenes superiores..."[8].

Tal y como lo reconoce el profesor Córdoba Triviño, citando a Bassiouni, al parecer, a finales 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, 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 1907"[9].

No fue sino hasta el Tratado de Versalles de 1919, cuando se estableció una verdadera cláusula de juzgamiento ante tribunales militares, por actos con violación a las leyes y costumbres de guerra. Se impuso una responsabilidad directa en virtud de los hechos que comprometieron en la primera Guerra Mundial al Káiser 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 ellos[10].

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 tipo de tribunales tuviera éxito.

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, por las sucesivas negativas de extradición desde Alemania, de los demás oficiales nacionales comprometidos en el asunto[11].

---

[8] CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime, *op. cit.*, pp. 43, 44 y 45.

[9] *Ibídem,* p. 45.

[10] Corte Constitucional, Sentencia C-578-02 del 30 de julio del 2002, p. 30.

[11] CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime, o*p. cit.,* p. 46.

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 Leipzing. "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 ellos se desarrollo 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 vencedoras…"[12].

Finalmente los acontecimientos relatados dieron al traste con las aspiraciones de Leipzing, tribunal 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 para el establecimiento del aporte más representativo desde la Declaración de Derechos Humanos de 1948, en la creación de una competencia universal encargada de juzgar aquellas conductas ejercidas en contra de la Humanidad y del paso lento pero seguro hacia la consolidación del Estatuto Penal de Roma.

El repaso de la historia de la Segunda Posguerra se generó a partir de la formulación de varios interrogantes que, en opinión del profesor Óscar Julián Guerrero, desde el punto de vista penal, "….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 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 justificante"[13].

Sin oposición, el establecimiento de los tribunales *ad hoc* para el juzgamiento de los criminales de la posguerra, en Nüremberg y Tokio, así como

---

[12] *Ibídem*, p. 47.

[13] AMBOS, Kai y GUERRERO, Óscar Julián. *El Estatuto Penal de Roma*, 1a. edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, octubre de 1999, p. 53.

sus precedentes de la década de los noventa, constituidos por los tribunales *ad hoc* para la antigua 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, los cuales 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, 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 amenazada…"*[14].

Después de la Segunda Guerra Mundial, las políticas de amnistía para Alemania y el Lejano Oriente 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 interés verdadero de Estados Unidos, consistente en fortalecer la paz para lograr la estabilidad de Japón.

En Alemania, los aliados estaban ansiosos por ayudar a reconstruirla política y económicamente. En Italia esta organización, violando los artículos de rendición de 1945, sencillamente no juzgaron ni extraditaron a los criminales de guerra acusados, a aquellos países que los solicitaban. Luego Italia también rehusó a extraditar a cualquier persona acusada de crímenes de guerra[15].

Para 1992, los obstáculos burocráticos, la ausencia de recursos, el ocultamiento de pruebas y otras formas más sutiles fueron usados para evadir los

[14] *Ibídem*, pp. 98-99.
[15] *Ibídem*, pp. 99-100.

procesos. Así, las investigaciones de la comisión de expertos para el caso de la antigua Yugoslavia, no fueron financiadas y cuando se obtuvieron pruebas, esta fue percibida como un peligro para el proceso político de paz, por lo cual fue arbitrariamente abolida[16].

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 sólo pudo comenzar a procesar 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 a que sólo juzgan 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…".

Reitera el autor, que "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 procesos…"[17].

2.4 Los proyectos hacia el establecimiento del Estatuto de Roma

Los esfuerzos de las Naciones Unidas por establecer una Corte Penal Internacional, se han dispuesto en torno a la codificación de algunos crímenes

[16] Sin contar con los acontecimientos recientes de la detención de Slodovan Milovisevic, 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. BASSIOUNI M., Cherif. "De Versalles a Ruanda en 75 años: la necesidad de establecer una Corte Penal Internacional Permanente", en: *Revista de Derecho Público*, Vol. 10, Bogotá, Universidad de Los Andes, mayo de 1999, p. 100.

[17] *Ibídem*, pp. 100-101.

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 Nüremberg 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, formular una codificación general de las ofensas contra la paz y la seguridad de la Humanidad. La resolución establecía un mandato a la ILC, según el cual debía:

> "*1. Formular los principios de Derecho Internacional reconocidos en la carta del tribunal de Nüremberg y en la jurisprudencia y el tribunal, y 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 las Naciones Unidas adopta la Convención sobre la prevención y castigo del crimen de genocidio. "La Convención llama a juicio a los criminales por los Estados con jurisdicción territorial o por los tribunales penales internacionales que puedan tener competencia. Además, los miembros piden a la Comisión de Derecho Internacional (International Law Comision, ILC) estudiar la posibilidad de establecer una Corte Penal Internacional.

Dos años más tarde, la función de elaborar un código especial de ofensas en contra de la Humanidad fue asignada a un relator especial, quien entregó un informe en 1950, según el cual un Código Penal Sustantivo y un estatuto para una Corte Penal Internacional debían complementarse mutuamente.

Muchos países pensaban para ese entonces que, en teoría, el establecimiento de la CPI era benéfico; sin embargo, en la práctica esto era imposible debido a la disparidad de criterios entre las potencias mundiales. La Unión Soviética temía que esto pudiera afectar su soberanía. Estados Unidos estaba

[18] BASSIOUNI M., Cherif, *op. cit.*, pp. 89-90.

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 propuesta[19].

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 este año el comité 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; sin embargo, las revisiones al proyecto no culminaron sino hasta 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 13 crímenes internacionales[20].

> *"El instrumento mencionado fue entregado a la Asamblea General en 1954, y de su contenido vale destacar, su artículo 2º 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 de consenso. Acontecimiento que a pesar de ser el resultado de casi 20 años de deliberaciones, no fue adoptado en ningún instrumento de carácter multilateral"*[21].

---

19 *Ibídem*, p. 91.
20 *Ibídem*, p. 92.
21 *Ibídem*, pp. 93 y 94.

En el año de 1981, la Asamblea General solicita reconsiderar el proyecto del Estatuto de la Corte Penal Internacional, 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, 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 hasta 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 y se adoptó en 1996[22].

De igual forma, los sucesos de 1989 que motivaron el fin de la Guerra Fría, junto con el incremento de un número dramático de sucesos y operaciones de las Naciones Unidas en aras del mantenimiento de la paz, propiciaron revivir la idea de la creación de la CPI. Esta iniciativa también fue el producto de los desarrollos del comité de expertos de una ONG, los cuales fueron tomados como preparatorios en el Octavo Congreso de la organización internacional, sobre prevención del crimen y el tratamiento de acusados[23].

> "*En virtud de lo acontecido, la ILC (International Law Comission), 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 organización*"[24].

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 de-

[22] BASSIOUNI M., Cherif, *op. cit.*, p. 95.
[23] GUERRA LEMOINE, Gustavo A. Proyecto de Ley 014 de 2001, Congreso Nacional, p. 3.
[24] BASSIOUNI M., Cherif, *op. cit.*, p. 95.

bieron 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 esto con el fin de hacer justicia ante los graves atentados de genocidio ocurridos en contra de los habitantes de dichas naciones.

Finalmente, 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 Humanos[25]

La efectiva vigencia de los derechos fundamentales de hombres y mujeres requiere de órganos y mecanismos adecuados para su promoción y control, pero esto no es suficiente, se necesita también que los órganos apliquen sanciones ante eventuales violaciones y 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 (1) la que 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, (2) 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 de derechos humanos presentada 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

[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

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 esto es necesario que la Corte acredite que efectivamente la violación de derechos humanos tuvo lugar, para 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, que no obstante los Estados deben cumplirlas por el 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. Esto 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 pueden esperar. Así ocurre en casos en que, por ejemplo, una vida esté en peligro, o una persona esté detenida evidentemente sin razón.

En ambos supuestos la demora podría ocasionar pérdidas irreparables en las personas. Es ahí 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 haya aceptado la competencia de la Corte, ya que deben 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 (por ejemplo en Naciones Unidas) siempre que vincule a un Estado de la OEA.

Igualmente, 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 diversas 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 ramas del Derecho Constitucional: la norteamericana –la que, vale aclarar, creó una Constitución sin contenidos normativos– y la europea: con un denso contenido normativo pero sin dotarle garantías. A partí de allí podríamos afirmar que el neoconstitucionalismo armoniza tales modelos y deriva como consecuencia 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 caracterizadores: 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, integrados por principios, derechos y directrices más o menos precisos, pero que siempre que resulten relevantes, llamados a ser aplicados sólo 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 es 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

Con la noción de bloque de constitucionalidad, normalmente se hace referencia a aquellas normas que no se encuentran en el texto constitucional, pero que la complementan debido a que existen una serie de valores que alimentan el Derecho positivo y que se presentan como antecedente histórico inmediato de normas de la Carta.

Si se tiene en cuenta que el origen del concepto de bloque de constitucionalidad en Francia fue un recurso para confrontar leyes ordinarias con normas convencionales que fundamentan principios políticos como, por ejemplo, la Declaración de Derechos del Hombre y el ciudadano de 1789 no es difícil advertir que las formulaciones básicas del Derecho Constitucional actual aparecen permeadas por valores históricos (principios) y por las referencias de otras fuentes de Derecho que también proyectan esa misma estela de valores (Derecho Internacional de los Derechos Humanos).

En nuestro país la noción del bloque de constitucionalidad ha seguido ese doble derrotero: por una parte, al apreciar valores como la democracia o el Estado de Derecho, producto del desarrollo político occidental que se vierte en normas jurídicas constitucionales y, por otra parte, reconocer un sitial especial en la Carta al Derecho Internacional de los derechos humanos como fuente de interpretación y aplicación jurídica en el Derecho interno.

En ese doble sentido el bloque de constitucionalidad es una construcción jurídico-pública que le sirve al intérprete del Derecho interno para redefinir la extensión de los derechos contenidos en la Constitución con el recurso al Derecho Internacional de los derechos humanos. En consecuencia, las aristas de protección de los derechos humanos deben ser asumidas por el Derecho interno, de tal forma que frente a institutos procesales tan complejos como las

garantías del proceso penal hay lugar a extender la interpretación de normas procesales domésticas, bien porque resultan insuficientes frente al Derecho Internacional de los derechos humanos o bien porque su interpretación exegética no consulta contenido de la misma categoría en el Derecho Internacional. En suma, si el Derecho Procesal Penal se entiende como Derecho Constitucional aplicado, el bloque de constitucionalidad debe permitir al intérprete reconocer que el Derecho Procesal Penal también es Derecho Internacional de los derechos humanos aplicado y aplicable junto al Derecho interno.

Para apreciar de manera práctica estos conceptos en el contexto del procedimiento penal, debemos tener en cuenta varios elementos que permiten hacer esa aplicación. Estos se pueden resumir de la siguiente forma:

2.1 El artículo 94 de la Constitución Nacional como norma de reenvío al Derecho Internacional de los derechos humanos en el Derecho Interno

El artículo 94 establece: "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos". Esta disposición se debe entender como una ventana que la propia Carta abre para que los derechos inherentes a las personas que no se encuentren en el Derecho positivo interno se puedan integrar al ordenamiento jurídico recurriendo al Derecho Internacional. Esta noción se conoce como cláusula de derechos innominados, y para efectos del procedimiento penal resulta importante, debido a que esta es la vía para que derechos o garantías no reconocidos expresamente en el ordenamiento doméstico tengan integración y efectividad en el contexto interno. Un ejemplo de esta configuración corresponde a la forma en que la Corte Constitucional introdujo los derechos de las víctimas. En efecto, en varias decisiones sobre este tópico la Corte Constitucional integró la normativa de los derechos humanos en el contexto del Derecho nacional. Así, por ejemplo, después de un análisis exhaustivo de los instrumentos internacionales de derechos humanos en lo que se refiere a la participación de la víctima en el proceso penal el juez constitucional concluye:

De lo anterior surge que tanto en el Derecho Internacional, como en el Derecho Comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia no restringida exclusivamente a una reparación económica fundada en

los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Esto sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.

De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso:

1) 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 resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos.
2) El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.
3) El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito[26].

2.2 El artículo 93, como norma de integración y de interpretación de la normativa interna

En Colombia la noción del bloque de constitucionalidad se fundamenta en el artículo 93 de la Constitución. Esta norma genera tres componentes para la conformación del concepto de bloque de constitucionalidad que sigue la Constitución.

En primer lugar aparece la facultad de integración, que permite incorporar ciertos derechos y principios al bloque de constitucionalidad, incluso cuando éstos no han sido reconocidos por el articulado constitucional, pero para esto se requiere que sean derechos no limitables en "estados de excepción". Para el proceso penal esta disposición es relevante, pues determina las normas inter-

[26] Sentencia C-228 del 2002.

nacionales que pueden integrarse al ordenamiento interno sin restricciones. Por ejemplo, las normas internacionales de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre el derecho a la libertad, en especial el art. 7º no se integra directamente al ordenamiento interno debido a que este derecho acepta restricciones en los estados de excepción. Pero esto no quiere decir que el derecho a la libertad, concebido desde su arista internacional, no tenga ningún efecto en el Derecho interno, pues la misma norma constitucional predica que para efectos de interpretación se debe recurrir al instrumento internacional.

En segundo lugar, y en plena concordancia con lo anotado anteriormente, se dispone una facultad hermenéutica. La Corte ha manifestado que existe una relación diferenciada entre los dos incisos que lo componen, el Art. 93. Mientras que el primer inciso integra, 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-1318/01).

Esta tesis, sostenida en la Sentencia T-1319 del 2001 y reiterada por la Corte en sentencias de unificación como las 058/03 y 067/03, se traduce en que, por una parte, el art. 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-1319/01, p. 17).

Pero la posición más interesante sostenida en la T-1319/01, que se reitera en varias sentencias, es aquella según la cual el inciso 2 del Art. 93 establece una forma de incorporación vía interpretación "en 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"[27].

[27] Cfr. también sentencias T-666/04, C-148/05. Cfr. también: RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia, Capítulo introductorio*

En ese sentido, la Corte garantiza el cumplimiento de los deberes internacionales del Estado, al coordinar el Derecho interno con las normas internacionalmente acordadas. Esto 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.

Por último, el artículo 93 determina una suerte de sistema de prevalencia de la normativa de derechos humanos en el Derecho interno desde donde se puede apreciar una exigencia más importante para el Derecho Internacional de los derechos humanos que para el derecho doméstico. La noción de prevalencia es de importancia para el Derecho Procesal Penal debido a la jerarquía de fuentes para el operador jurídico, de tal manera que en algunos casos es factible que se recurra al Derecho Internacional y no al Derecho interno. Así, por ejemplo, el artículo 3º. de la Ley 906 del 2004 establece como norma rectora la llamada prelación de los tratados internacionales, según la cual "en la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad". Igualmente, la Ley 975, en su artículo 2º, establece "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".

Si se observa bien, la normas de Derecho Procesal Penal interno no son muy claras en cuanto a la jerarquía del sistema de fuentes, de tal manera que se debe tomar como presupuesto la interpretación del juez constitucional de conformidad con la cual no existe propiamente una prevalencia, sino un pie de igualdad entre el Derecho Internacional de los derechos humanos y la Constitución.

Cont. nota 27

"El bloque de constitucionalidad: puente entre la Justicia Penal Internacional y la Justicia Penal colombiana, GIZ, Universidad de los Andes, Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá, pp. 27-82. Cfr. también, LÓPEZ DÍAZ, Claudia. "Nulidad y Ley de Justicia y Paz", en: *Cuadernos de Derecho Penal,* No. 3, Escuela de Derecho - Departamento de Derecho Penal, Universidad Sergio Arboleda, Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, mayo del 2010, pp. 213 y ss.

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). Ramelli (2003) sostiene que el debate se suscita en torno al principio de supremacía de la Constitución y las normas de ésta que le dan primacía al Derecho Internacional y que la solución adoptada por la 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-225/95 (pp. 59 y 60), que no obstante los convenios de Derecho Internacional prevalezcan en el orden interno, 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 2º) 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. 4º), 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 las 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-067/03).

En la Sentencia C-191/98, con ponencia del doctor 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., artículo 93)". Con respecto a la acepción estricta del concepto de bloque de constitucionalidad, esta corporación ha sentado la siguiente doctrina: 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 a los de las normas del articulado constitucional *stricto sensu* (Sentencia C-225/95).

Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual aquél 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 de las 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. Esto, 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-658/97).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-191/98).

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 sobre el Pacto de San José y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Sentencia T-1319/01).

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 deben atender 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-1154/05).

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 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 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 cuales, por ser tratados sobre derechos humanos intangibles, cumplen de plano con todos los requisitos[28].

1) Convenios de Ginebra y Protocolo II sobre DIH (C.C., C-574/92).
2) Convención Americana de Derechos Humanos (C.C., T-260/99)[29].

[28] 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.

[29] Reiterado en las sentencias T-256/00, T-786/03, C-962/03, C-782/05, C-1153/05, C-028/06, C-043/06, C-046/06, C-123/06, T-578/06.

3) Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (PIDESC) y el Protocolo adicional de San Salvador, sobre derechos económicos, sociales y culturales (C.C., C-251/97)[30].
4) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (C.C., T-256/00)[31].
5) Instrumentos de Protección de los Derechos de los Niños. (C.C., C-1068/02)[32].
6) Convenios de la OIT que hacen parte del bloque (Corte Constitucional, Sentencia C-038/04)[33].

En la Sentencia C-1068/2002 se establece que los tratados internacionales que regulen los derechos de los niños y que hayan sido ratificados por Colombia hacen parte del bloque de constitucionalidad. Entre éstos se encuentran:

Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, 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 Humanos[34], el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño[35]; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en 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-118/06).

Es necesario 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, atendiendo cada caso en concreto, por la Corte Constitucional, de acuerdo con su materia y con criterios objetivos.

[30] Cfr. sentencias T-1211/00, C-038/04, T-642/04, T-666/04, T-697/04, C-035/05, C-1188/05, C-043/06.
[31] Reiterado en sentencias: C-962/03, C-1194/05.
[32] Reiterado en sentencias: C-997/04, T-1008/04, T-1061/04, T-1015/05.
[33] Reiterado en sentencias T-666/04, C-035/05, salvamento de voto a la Sentencia C-177/05.
[34] cfr. también Sentencia C-1188/05.
[35] Cfr. también Sentencia C-1188/05.

Lo anterior, puesto que algunos de estos convenios no reconocen ni regulan derechos humanos, sino aspectos administrativos, estadísticos o de otra índole no constitucional. Pero 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-401/05).

Sin embargo, la Corte no se ha limitado a estos instrumentos, de hecho ha sobrepasado ampliamente los criterios formales del Art. 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-578/95, p. 42)[36], y la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas" (Sentencia C-580/02)[37]. Si bien el primero tiene un lazo muy íntimo con el derecho a la integridad física, para poder incluir el segundo, sobre desaparición forzada, la Corte tuvo que esgrimir un argumento más complejo. Según la Corte:

> *"(…) 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 personas, ya que reconoce los derechos humanos y establece mecanismos que contribuyen en gran medida a su protección. Por eso, atendiendo al 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- 419/03).

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-177/2001.

Pero la Corte 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 en Colombia. Es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, citada en sentencias como T-1211/00 y C-1188/05. Y a la cual se hace referencia directa en la Sentencia C-505/01, en donde la Corte establece que la libertad de investigación, consa-

[36] Reiterado en Sentencia C-1076/02.

grada 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 la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano[38], sobrepasando así el marco formal que imponía el art. 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-578/95, p. 21)[39], lo cual permite suponer que un derecho o una obligación, cuyo contenido haya sido declarado internacionalmente como norma de *ius cogens* (es decir, de imperatividad superior) debe ser considerada como parte integral del bloque de constitucionalidad, aunque no medie ningún tratado ratificado por Colombia.

Más allá de todo esto, la Corte, en la Sentencia C-200/02[40] 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-1056/04 del magistrado Álvaro Tafur Galvis, y en la Sentencia T-1319/01 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 4º 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.

---

37 Reiterado en Sentencia T-419/03.

38 Reiterado en sentencias C-962/03, C-1188/05, C-043/06.

39 Reiterado en Sentencia SU-256/99.

40 Cfr. también Sentencia SU-058/03.

Hasta aquí se han analizado los instrumentos que hacen parte del bloque; sin embargo, la Corte ha establecido también que para que el inciso 2º. del Art. 93 tenga pleno efecto, es necesario que las interpretaciones de los órganos autorizados por los instrumentos que hacen parte del bloque, también sean parte del bloque 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-1319/01, consideró que:

> *"…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 deben atender 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-1154/05).

Ahora, los órganos de control también son competentes para emitir recomendaciones, y en ocasiones 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-568/99)[41].

Aunque esas recomendaciones no sean vinculantes de manera directa, igualmente crean unas obligaciones para el Estado vinculado, las cuales son: "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-327/01 se habla específicamente de los principios rectores del desplazamiento interno, consagrados en el informe del representante especial del Secretario General de 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 tanto, el Principio Rector No. 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-602/03, p. 30, párr. 1).

[41] Reiterado en la Sentencia T-1211/00.

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-1008/04).

Igualmente encontramos instrumentos internacionales de protección de derechos de los niños con algún tipo de discapacidad, como son: Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas de la OIT; Declaración de los derechos del retrasado mental; 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-1015/05).

Las Reglas de Beijing y Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de la libertad (Sentencia C-203/05) 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 la situación del menor delincuente. Se trata de estándares mínimos que reflejan, en conjunto, a 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 las Naciones Unidas.

También hacen parte del bloque las Reglas de las Naciones Unidas 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 es 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. 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-578/95, p. 28)[42]. No todo contenido de una ley estatutaria se entiende integra el bloque de constitucionalidad *lato sensu*, pues esto solo es viable a través de un mandato expreso de la Constitución. (Sentencia C-708/99).

- *Bloque de constitucionalidad en estados de excepción:* al respecto, la Corte Constitucional ha expresado que "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 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 9ª de 1961, en cuanto establece las reglas para delimitar la plataforma continental de los Estados ribereños y los derechos que éstos pueden ejercer sobre esa área submarina, hace parte del bloque de constitucionalidad *lato sensu*, por tanto, las normas que expidan las autoridades públicas no pueden contravenirlos a riesgo de ser declaradas inexequibles por violar el artículo 101 del Estatuto Superior. 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-191/98)[43].
- *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 la Honorable Corte que "a la luz de lo dispuesto

[42] Reiterado en las sentencias C-135/96, C-993/04.

[43] Reiterado en las sentencias C-1022/99, C-067/03.

en el artículo 93 de la C.P. se incorpora al bloque de constitucionalidad" (Corte Constitucional, Sentencia C-1490/00)[44].

Es de anotar que solamente integra el bloque en lo que se refiere a los derechos morales de autor, ya que 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 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. Fundamentación del bloque de constitucionalidad para crímenes de guerra

En virtud de las exigencias propias del Derecho Internacional Humanitario, existe la obligación para los Estados signatarios de los protocolos y las convenciones de reprimir lo que se conoce como infracciones graves, esta categoría cubre una serie de conductas prohibidas para quienes participan de los conflictos armados y en su mayoría se encuentran en los cuatro convenios

[44] Reiterado en las sentencias C-053/01, C-988/04, C-118/05, C-339/06.

de Ginebra y el Protocolo adicional I, y por vía de ejemplo incluyen el homicidio intencional de una persona protegida, las torturas, los tratos crueles o el causar daños que no guarden relación con una ventaja militar esperada sobre el enemigo. Estas infracciones graves tienen tres consideraciones jurídicas distintas: desde el punto de vista del DIH son conductas prohibidas que deben sancionar internamente los Estados; desde el punto de vista del Derecho Penal colombiano, son delitos contra bienes y personas protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, los cuales se encuentran en los artículos 135 a 164 del Código Penal (Ley 599 del 2000) y desde el punto de vista del Derecho disciplinario colombiano faltas gravísimas que se sancionan con destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos y se encuentran catalogadas en el numeral 7º. de la Ley 734 del 2002 y por remisión en la Ley 836 del 2006. A estas consideraciones se añade que en el marco del Derecho Penal Internacional, en el cual las infracciones se conocen como crímenes de guerra y están catalogados en el artículo 8º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que en nuestro medio corresponde a la Ley 742 del 2002.

Así podemos concluir que el Estado colombiano tiene al menos tres formas de represión de las infracciones graves, esto es, penal, disciplinaria y penal internacional[45]. De esta forma se da cumplimiento a la normativa de Ginebra de 1949, que establece para el caso la obligación de que los signatarios de la convención tomen medidas penales adecuadas para sancionar personas que hayan cometido infracciones graves o hayan dado orden de cometerlas en los siguientes términos:

Artículo 49 (primer convenio), artículo 50 (segundo convenio), artículo 146 (cuarto convenio). Sanciones penales. 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 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

[45] Medidas complementarias como las difusión en HERNÁNDEZ MONDRAGÓN, Mauricio. *Medidas nacionales de aplicación y difusión del Derecho Internacional Humanitario, prevención, reprensión sanción de las infracciones del DIH. Conflicto Armado y Derecho Humanitario*. Tercer Mundo, UN/CICR, 1997, pp. 65-81.

de las infracciones graves, y deberá hacerlas 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 ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes.

Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio.

Los inculpados se beneficiarán, en todas las circunstancias, de garantías de procedimiento y de libre defensa, que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato de prisioneros de guerra.

De conformidad con las exigencias del Derecho Internacional y la Cruz Roja Internacional la tarea de los Estados en relación con la represión de infracciones graves del DIH exige legislativamente tres acciones específicas que se resumen de la siguiente manera:

1) Los Estados han de tomar medidas legislativas a nivel nacional para prohibir y castigar las infracciones graves, ya sea promulgando leyes especiales o enmendando las leyes existentes. Esta legislación puede implicar todas las personas que sean cual sea su nacionalidad que cometan u ordenen cometer las infracciones graves a título activo u omisivo o el incumplimiento de un deber de actuar.
2) Los Estados deben asegurar la persecución de infracciones graves por parte de sus propias autoridades, y si su legislación no les resulta aplicable por motivos de nacionalidad o territorialidad deben determinar los medios para entregar los infractores al Estado competente.
3) Los Estados deben exigir que los jefes militares impidan, hagan cesar y tomen las medidas necesarias contra personas bajo su autoridad que cometan infracciones graves. Corresponde a la sanción interna de las responsabilidades del superior y está contenida en los artículos 86 y 87 del Protocolo Adicional I, en los siguientes términos:

"Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios o del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar. El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera

concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción".

4) Por último los Estados deben prestarse asistencia en lo relacionado con la cooperación judicial y procedimientos especiales relativos a infracciones graves[46].

Si se observa bien el cumplimiento de estas obligaciones para el Derecho Penal doméstico implica el tratamiento penal de los delitos contra bienes y personas protegidas por el DIH con la normativa internacional; la adaptación de normas de procedimiento penal para efectos de cooperación y, por último, la adaptación de un modelo de imputación especial conocido como "responsabilidad del superior".

Ahora bien, en este punto es necesario recalcar que el cumplimiento de estas obligaciones internacionales se fundamenta en el artículo 214 de la Constitución Nacional, según el cual en los Estados de Excepción no pueden suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales, y la afirmación de que "En todo caso se respetarán las reglas del Derecho Internacional Humanitario". Una lectura plana de esta norma indica simplemente que en los casos de guerra exterior o conmoción interior el Estado debe respetar las reglas del DIH, pero afirmarlo sin ningún matiz sería en sí mismo contradictorio, pues es evidente que frente a los eventos de guerra exterior un Estado de Derecho como el colombiano debe ceñirse a los tratados internacionales de conformidad con lo establecido en el art. 9º de la Carta. En cambio, no resultaría prima facie acertado decir que en caso de conmoción interior se apliquen normas de DIH, pues la conmoción interior por excelencia permite la entrada en juego de medidas extraordinarias para conjurar situaciones de orden público que no alcanzan la intensidad de un conflicto armado y por lo tanto las medidas tomadas al amparo de la conmoción interior corresponden esencialmente al derecho administrativo de policía[47].

---

[46] Cfr. PALWANKAR, Umesh. "Medidas que pueden tomar los Estados para cumplir su obligación de hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario", en: *Revista Internacional de la Cruz Roja,* No. 121, enero-febrero de 1994, pp. 10-27.

[47] Para observar la discusión sobre este tópico de los umbrales entre conflicto y turbación Cfr. COSTAS TRASCASAS, Milena. "El marco legal y reglamentario aplicable al restablecimiento del orden público y protección de las personas en situaciones de disturbios

No obstante, de esta disposición puede resultar otra interpretación desde un punto de vista histórico, esto es, que al afirmar que en toda circunstancia se debe dar cumplimiento a las reglas del Derecho Internacional Humanitario, fue deseo del constituyente que en las situaciones que no necesariamente correspondan a guerra exterior o conmoción interior, pero que se puedan catalogar como conflicto armado se apliquen sin excepción las normas internacionales que regulan los enfrentamientos bélicos. Esta interpretación tiene suficientes antecedentes en la historia colombiana, pues como ya lo han demostrado los expertos en sus investigaciones, al menos desde 1881 el Código Militar recurrió a la noción del derecho de gentes como conjunto de reglas que debían observar los jefes de operaciones militares y que resultaban aplicables también en los casos de insurrección, rebelión y guerra civil[48].

A pesar de las derogatorias posteriores de las leyes militares antes citadas, Colombia ha mantenido una tradición de respeto por las leyes internacionales que regulan los conflictos, pues también la vieja Constitución de 1886 recogió el legado del derecho de gentes, aunque la interpretación de la antigua sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia no permitió un desarrollo afinado de esta materia.

En la Constitución de 1991 resulta claro que el DIH tiene un lugar especial, toda vez que la interpretación constitucional autorizada ha entendido que existe una recepción automática del derecho de los conflictos armados en el Derecho interno, por considerar que estas disposiciones junto al Derecho consuetudinario representan un catálogo de valores defendidos por la comunidad internacional. De esta forma, el constitucionalismo colombiano entiende que el DIH tiene un rango que equivale a norma escrita de la Carta Política. En efecto, la Corte Constitucional en las decisiones correspondientes al control de constitucionalidad previo de los Protocolos Adicionales I y II optó por integrar las normas internacionales de Derecho humanitario en la categoría del bloque de constitucionalidad. Esto significa que dichas normas

Cont. nota 47

y tensiones internas. Comité Internacional de la Cruz Roja / Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Informe de expertos "el uso de la fuerza y la protección de personas en situaciones de disturbios y tensiones internas en América Latina y el Caribe". Lima, pp. 109-122.

48 VALENCIA VILLA, Alejandro. *La humanización de la guerra. Derecho Internacional Humanitario y conflicto armado en Colombia,* Tercer Mundo, Uniandes, 1992, pp. 167-189.

y principios tienen un estatus especial en nuestro ordenamiento interno y que se convierten en un parámetro interpretativo de normas constitucionales y legales. En tal sentido la Corte Constitucional establece:

> *"Las normas de otros convenios de Derecho Internacional Humanitario que sean compatibles con la naturaleza de los conflictos no internacionales se deben, en general, considerar aplicables a los mismos, incluso si ellas no aparecen en el Protocolo II "*[49].

Por otra parte, en materia de infracciones la Corte recuerda que la normativa de DIH está ligada al Derecho consuetudinario internacional aplicable a conflictos armados y cuya concreción se observa en los principios básicos de distinción, limitación, proporcionalidad, inmunidad de la población civil, protección de personas y bienes y prohibición del uso de determinadas armas o restricción de su empleo. De conformidad con el juez constitucional estos principios son la expresión convencional de ius cogens que se entienden automáticamente incorporados al Derecho interno colombiano50. 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 que "...en el artículo 214, numeral 2º 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... "No se exige, en tales condiciones, ratificación o adhesión al convenio o al tratado. En otros términos, con la incorporación de este principio los constituyentes quisieron ante todo proteger los valores humanitarios reconocidos universalmente por la comunidad internacional, abstracción hecha del derecho que los consagra..."*[51].

Bajo los anteriores criterios, en la estructura jurídica colombiana se acoge la fórmula de la incorporación automática del Derecho Internacional

---

[49] Sentencia C-225 de 1995.

[50] Sentencia C-225 de 1995.

[51] 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.

Humanitario, aspecto que según el tribunal constitucional es congruente con el carácter imperativo que hacen que este cuerpo normativo se integre a las reglas de *ius cogens*.

Este proceder del juez constitucional colombiano tiene suficientes antecedentes en la aplicación del Derecho Internacional. Así, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia, en el famoso caso de actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en su contra (Nicaragua *vs.* U.S.) 1986, adaptó un enfoque que interpreta el DIH como un conjunto de principios generales que rigen de manera absoluta en cualquier circunstancia, independientemente de que los Estados pertenezcan al grupo de países que han ratificado los instrumentos. En la misma medida se reafirma el carácter consuetudinario del derecho de Ginebra y su obligatorio cumplimiento[52].

2. Reglas de aplicación para el Derecho Internacional Humanitario

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; asimismo, 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 militares[53].

Estos sujetos intervienen en los conflictos armados, definidos por el Comité Internacional de la Cruz Roja, como aquellos actos de guerra que por su naturaleza o propósito están destinados a causar daños concretos al personal o material del bando adversario[54].

Los actos que se pueden presentar en desarrollo de dichos conflictos, pueden corresponder al patrullaje, la presencia de los actores armados en una zona de

---

[52] Cfr. a este respecto ABI-SAAB, Rosemary. "Los principios generales del derecho humanitario según la Corte Internacional de Justicia", en: *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 82, Ginebra, julio-agosto de 1987, pp. 387-395.

[53] *Ibidem*, p. 201.

[54] *Ibidem*, p. 203.

conflicto o en un espacio territorial determinado, así como los eventos ocasionados en virtud de las hostilidades. Bajo el espectro del Derecho Internacional Humanitario un conflicto armado, de acuerdo con la tesis de Diana Hernández (2002, p. 205), incluye tanto a los actos previos al combate o preparatorios, como aquellos que son ejercidos en pleno desarrollo del mismo. También pueden ser posteriores, como el regreso del combate, y aún aquellos en que se realizan hostilidades sin necesidad de utilizar alguna clase de armamento[55].

De otra parte, la expresión combate ha sido entendida a nivel jurídico, para efectos meramente penales, por el ejercicio e integración de muchos y variados actos. No se limita en el tiempo, ni en el lugar, 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.

La conciencia universal y solidaridad de la comunidad internacional se refleja 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 contrario[56]. Diana Hernández 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.[57]. 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

[55] *Ibidem,* p. 204.
[56] Corte Constitucional, Sentencia C-574 de 1992.
[57] HERNÁNDEZ HOYOS, Diana, *op. cit.*, 2002, p. 207.

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 éstos no han aprobado los tratados respectivos, aspecto que refuerza su carácter consuetudinario[58].

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

2.1 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

2.2 Combatientes

Se define como la persona que de forma directa e inmediata participa 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

[58] Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995.

50 del Protocolo I adicional. También se considera combatiente a la persona perteneciente a fuerzas irregulares que se enfrentan a unas 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, puede ser considerada como combatiente, o 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 sobre objetivos para sistemas de armas, destinados a ser usados en contra del enemigo, como posicionadores de artillería o miembros de 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 tanto participa en las hostilidades como objetivo militar legítimo[59].

Las personas civiles que tienen una participación indirecta en el conflicto no pueden ser consideradas como combatientes, sobre esta base exclusiva. Este caso que eventualmente podría ser considerado en quienes pertenecen a organismos de defensa, fábrica de municiones o almacenaje de pertrechos militares, sin que en su actuar se involucren actos de violencia que sean amenaza de daño al adversario.

Finalmente, los derechos del combatiente corresponden a poder participar en forma directa y legítima en las hostilidades, amparado por las normas del derecho de la guerra, bajo el imperativo de distinguir siempre y en todo caso, entre población civil, tal y como lo advierte el artículo 44 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949.

2.3 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 a las personas indefensas que habitan en el lugar donde se desarrolla el conflicto. El profesor Christophe Swinarski, manifiesta que esta distinción

[59] HERNÁNDEZ HOYOS, Diana, *op. cit.*, 2002, p. 208.

obedece al sentido de protección de las normas del Derecho Internacional Humanitario, con respecto a la integridad persona y entorno social de este sector humano que debe soportar las dificultades y riesgos del conflicto, sin que medie su participación[60].

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, las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario corresponden a los siguientes conceptos: 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 armas por captura, rendición o cualquier otra causa análoga; quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados apátridas o refugiados.

2.4 Bienes de carácter civil y objetivos militares

Las operaciones desarrolladas en virtud de un conflicto armado deben ser desarrolladas únicamente en 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 parágrafo 2º 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, Diana Hernández señala que, en consecuencia, tiene 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

[60] Citado por HERNÁNDEZ HOYOS, Diana, *op. cit.*, 2002, p. 210.

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, los bienes culturales, en general todos aquellos que revisten las características definidas en el artículo 55 del Protocolo I.

2.5 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, destruir o debilitar el potencial militar enemigo. La exigencia consiste en que el combatiente tome prisionero al enemigo antes de herirlo y, si puede, neutralizarlo mediante una herida leve, antes que herirlo de gravedad o terminar con su vida. Igualmente, un arma que pone fuera de combate al adversario, no debe causarle efectos secundarios adicionales. Se trata de la búsqueda de un justo equilibrio entre los intereses militares y las razones de humanidad, factor último que debe ser atendido por el combatiente con imperativo cumplimiento.

El doctor 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 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 hostil…"*[61].

2.6 Las conductas de DIH en la Ley 599 del 2000

En el Derecho interno colombiano, la Ley 599 del 200 introdujo, en el capítulo II, de la parte especial del Código Penal, los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.

---

[61] CAMARGO, Pedro Pablo. *Derecho Internacional Humanitario,* T. I, p. 90.

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, se trata de un conjunto de actos propios del escenario del conflicto, 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 medioambiente (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:

> ***Art. 135 del C.P. 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 fueren 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:

> ***Art. 154 del C.P. 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 medioambiente natural.*
> *5. Las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.*

De la anterior categoría de delitos se establecen los siguientes elementos de interpretación:

- *Ámbito de aplicación:* conflicto armado interno o internacional.
- *Bien jurídico:* la persona o comunidad o bienes afectados por el conflicto. Ley humanitaria.
- *Sujeto activo:* persona física indeterminada. Combatiente autor material– determinador-instigador.

- *Sujeto pasivo:* la persona física. Sus bienes. El conglomerado social. Miembros del culto religioso.
- *Acción:* se regulan tanto acciones como omisiones (propia y comisión por omisión).
- *Objeto material:* personal o real (bienes y personas protegidas).

Por último, 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 del C. 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. 13. 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 acto* (art. 135. Homicidio en persona protegida).
- Tipos de pluralidad de acciones y conductas alternativas (art. 148. Toma de rehenes, y art. 160. Atentados a la subsistencia y devastación).
- *Tipos de lesión y de peligro* (art. 136. Lesión en persona protegida; 157. Ataques contra instalaciones que contienen fuerzas peligrosas).

3. Fundamentación del bloque de constitucionalidad para crímenes de lesa humanidad

El art. 12 de la C.N. contempla tres delitos que forman parte del Derecho Penal Internacional catalogados como crímenes de lesa humanidad (tortura, desaparición forzada, tratos crueles inhumanos y degradantes). Pero también

se ha de tener en cuenta que son conductas prohibidas que cuentan con estatutos de protección en el marco del Derecho Internacional de los derechos humanos. Si se sigue este derrotero debemos recurrir a los instrumentos internacionales ratificados por Colombia para estos efectos y observar qué dimensión tienen frente a la legislación interna. Así, el primer enfoque relacionado con la tortura nos permite la siguiente aproximación:

3.1 Delito internacional de tortura

El artículo 6 de la Ley 409 de 1997, la cual aprueba la "Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura", suscrita en Cartagena de Indias el 9 de diciembre de 1985 establece una obligación de tipificación interna, al establecer que "los Estados Partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción"[62]. A renglón seguido anota que "los Estados Partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su Derecho Penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad".

El control constitucional previo de la Corte Constitucional encontró plenamente fundada esta obligación de tipificación interna con el argumento de garantizar la efectividad de los principios y derechos contemplados en la Constitución. En tal sentido la tipificación penal interna se asume como una obligación clara cuyo fundamento es el artículo 93 de la Carta, esto es, como parte integrante del bloque de constitucionalidad con desarrollo legal interno en el artículo 279 del Código Penal. Al justificar esta adopción en el bloque de constitucionalidad la Corte afirma:

De otra parte, es procedente destacar que la adopción por parte del constituyente del modelo propio del Estado Social de Derecho, que se funda en el respeto a la dignidad humana, la solidaridad de las personas que lo integran y en la supremacía del interés general, implica que uno de los fines esenciales del Estado sea el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, objetivo cuya realización se fortalece a

[62] Cfr. NASH ROJAS, Claudio. "Alcance y concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes", en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, No. 15, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2009, pp. 585-603.

través de la celebración de tratados y convenios internacionales, cuyo fin sea el reconocimiento y la protección de los derechos humanos, aún en estados de excepción, cuya trascendencia e importancia reconoció expresamente en el artículo 93 de la C. P., que consagra la prevalencia de sus contenidos en el orden interno, una vez sean ratificados por el Congreso.

En esa perspectiva, el objetivo de prevenir y sancionar la tortura se erige para los Estados y las sociedades democráticas en un imperativo ético y jurídico, ético porque dichas prácticas contradicen la condición esencial de dignidad del ser humano, su naturaleza y los derechos fundamentales que se predican inherentes a la misma, y jurídico por cuanto siendo ese individuo el epicentro mismo de la sociedad que se organiza como un Estado Social de Derecho, ellas están expresamente proscritas en el ordenamiento superior que las rige; así, en el caso colombiano el artículo 12 de la Carta Política expresamente las prohíbe, mientras la legislación penal, específicamente el artículo 279 del respectivo código, la tipifica como delito.

En cualquier caso es necesario anotar que la Corte no asume los contenidos de la legislación internacional que en este caso cobija dos instrumentos, esto es, la Convención interamericana de 1985 y la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada en Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, y aprobada por el Congreso colombiano a través de la Ley 70 de 1986. En otras palabras, el juez constitucional se apoya en el bloque de constitucionalidad, pero estima más apropiado un desarrollo interno distinto al del Derecho Internacional. Así, por ejemplo, frente al tema del sujeto activo de la conducta la Corte rechaza las previsiones del Derecho Internacional que consideran responsables de tortura a los empleados o funcionarios públicos que actuando con ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo no lo hagan y a las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos que lo cometan directamente o sean cómplices.

De conformidad con el pensamiento del juez constitucional, la norma internacional es restrictiva desde el punto de vista penal debido a que se deben sancionar tanto los autores particulares como los estatales con el siguiente fundamento:

El contenido con el que el constituyente dotó el artículo 12 de la Carta, corresponde a la consagración de un derecho absoluto, universal, al cual no se le pueden imponer restricciones que lo conviertan en relativo. La prohibición que consagra la norma superior citada de nuestra Constitución, está dirigida a cualquier persona, sea agente estatal o particular, y así debe ser por cuanto

en ella subyace el reconocimiento y protección al principio fundamental de dignidad humana como fuente de todos los derechos. En tal sentido se pronunció esta corporación al señalar que "el artículo 12 de la Constitución Nacional es incluso más amplio que los instrumentos internacionales suscritos por Colombia sobre el tema... la Carta colombiana prohíbe la tortura incluso en los casos en que el torturador sea un particular"[63].

Pero, además la Corte Constitucional asevera que en esta materia nuestro ordenamiento superior y la legislación que lo desarrolla, "son incluso más amplios que los instrumentos internacionales suscritos por nuestro país", y que el Derecho Internacional es norma mínima que se integra a la legislación interna, la Corte no encuentra en las disposiciones estudiadas, desconocimiento o violación de ningún precepto constitucional.

Pero, por otra parte, al revisar la constitucionalidad de los tipos penales de la Ley 599 del 2000 relativa al delito de tortura en persona protegida, la Corte toma el argumento contrario, esto es, que el Derecho Internacional, de conformidad con el artículo 93 de la Carta, es prevalente y se debe imponer al Derecho interno, de tal forma que declara inexequible la calificación de los dolores o sufrimientos causados por la conducta como graves. En efecto, la Corte entiende que la Constitución ordena, en el inciso segundo del artículo 93, que en la interpretación de los derechos consagrados en la Carta deben seguirse los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Como se trata de una norma que debe armonizarse con el Derecho Internacional de los derechos humanos, se impone una interpretación prevalente que tenga en cuenta el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que de conformidad con esta interpretación permite escoger la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en los tratados conocida también como principio *pro homine*. En palabras del juez de constitucionalidad:

Al respecto la Corte constata que en el presente caso, y contrariamente a lo que se señaló para el delito de genocidio, es clara la contradicción entre el texto de los artículos 173 y 178 de la Ley 599 de 2000 –que tipifican respectivamente los delitos de tortura en persona protegida y tortura– y la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, instrumento internacio-

[63] Sentencia C-351 de 1998.

nal que en armonía con el artículo 93 superior y el principio *pro homine* es el que corresponde tomar en cuenta en este caso, como se explicó en los apartes preliminares de esta sentencia[64].

En efecto, en dicho instrumento internacional aprobado mediante la Ley 409 de 1997, no solamente se excluye la expresión 'graves' para efectos de la definición de lo que se entiende por tortura, sino que se señala claramente que se entenderá como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. Es decir, que de acuerdo con la Convención Interamericana configura el delito de tortura cualquier acto que en los términos y para los fines allí señalados atenten contra la autonomía personal, incluso si el mismo no causa sufrimiento o dolor.

En ese orden de ideas, en la medida en que tanto en el artículo 137 como en el artículo 138 de la Ley 599 del 2000 el Legislador, al regular respectivamente los delitos de tortura en persona protegida y de tortura, incluyó en la definición de estas conductas la expresión graves para calificar los dolores o sufrimientos físicos o psíquicos que se establecen como elementos de la tipificación de los referidos delitos, no cabe duda de que desconoció abiertamente la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura y consecuentemente vulneró el artículo 93 superior.

3.2 Desaparición forzada

En el caso de la desaparición forzada existe igualmente una obligación internacional de tipificación interna de la conducta con dos aditamentos procesales que hacen relación al establecimiento de jurisdicción plena para efectos de punición interna o extradición si fuere el caso y la norma relativa a la imprescriptibilidad de la conducta[65]. Al efecto, nuestro país adoptó el instrumento mediante Ley 707 del 28 de noviembre del 2001 y su control de constitucionalidad se realizó mediante Sentencia C-580 del 2002.

En este punto nuevamente la Corte Constitucional escinde el Derecho Internacional del Derecho interno y considera que la definición de desaparición

[64] Sentencia C-148 de 2005.

[65] Un análisis con las distintas discusiones en ProFis - AMBOS, Kai (Coord.) *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional,* Ed. Temis - GTZ, Bogotá, 2009.

forzada del instrumento interamericano se circunscribe únicamente al marco del compromiso estatal adquirido y en manera alguna la misma definición significa una camisa de fuerza para los Estados signatarios. De tal modo que la definición del instrumento internacional impone apenas un mínimo de elementos del tipo, pero no afecta la facultad del Estado de asumir mayores responsabilidades en la protección –interna o internacional– de los derechos que se pretenden garantizar a través de la desaparición forzada. Y agrega la Corte en la decisión citada:

De lo anterior se derivan varias consecuencias. Entre ellas, las siguientes: 1) al tiempo con la Convención, pueden coexistir otras fuentes de Derecho Internacional que amplíen el alcance de la responsabilidad internacional del Estado, por dentro o por fuera del sistema interamericano, mediante una definición más amplia de la desaparición forzada; 2) la definición del artículo 2º establece un mínimo que debe ser protegido por los Estados Partes, sin perjuicio de que éstos adopten definiciones más amplias dentro de sus ordenamientos internos; y por tanto, 3) los elementos de la definición contenida en el artículo 2º no tienen el efecto sobre la determinación de responsabilidades penales individuales por el delito de desaparición forzada[66].

Por lo demás, es la propia Corte Constitucional la que cataloga la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad con fundamento en la gravedad del delito y su connotación internacional. Pero, además, la integra en el bloque de constitucionalidad como una especie de refuerzo de garantías de los derechos fundamentales.

4. La utilización del bloque de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia frente a la Ley 975

Como se había observado anteriormente, el segundo inciso del artículo 2º. de la Ley 975 contiene un mandato de hermenéutica para fiscales, jueces y procuradores que aplican la Ley de Justicia y Paz. De conformidad con esta disposición, la interpretación y aplicación de las normas de la Ley 975 del 2005 debe realizarse de conformidad con las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados por Colombia. Además, la propia ley asume la cláusula de integración para la aplicación del bloque de constitucio-

[66] Sentencia C-580 del 2002.

nalidad cuando establece que la incorporación de algunas disposiciones internacionales en el texto legal, no debe entenderse como la negación de otras normas internacionales que regulan esta misma materia.

La primera parte de la disposición determina que existe una referencia a las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados por Colombia y, por tanto, es una norma de reenvío del Derecho interno al Derecho Internacional, mientras que la aplicación de normas innominadas obliga al intérprete a observar la regulación legal interna e internacional de la materia de que se trate, lo cual significa una apreciación del bloque de constitucionalidad, en el cual juega una valoración normativa entre el Derecho Internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario al tenor de lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución[67].

La Corte Suprema de Justicia no ha reparado en esta disposición con sus dos variantes; sin embargo, ha entendido que la forma de trabajo en la especialidad de justicia y paz asume dos niveles, esto es, la normativa especial de la Ley 975 y el bloque de constitucionalidad, de tal forma que el recurso al bloque de constitucionalidad para la Corte Suprema contiene una forma especial de tipificación de las conductas, esto es, deben hacerse conforme a la normativa internacional. Así, la Decisión 31593 del 31 de julio del 2009 afirma:

En el desarrollo de ese ejercicio argumentativo, el instructor deberá observar la valoración jurídica de cada una de las conductas punibles conforme al presupuesto de tipicidad estricta, imputación fáctica, categorías de atribución cometidas por el desmovilizado en su condición de militante del grupo armado ilegal. Asimismo, por tratarse de conductas cometidas por colectividades criminales, al momento de adecuar típicamente esos comportamientos atenderá a la normatividad interna, al bloque de constitucionalidad y a los postulados del Derecho Internacional y del Derecho Internacional Humanitario, conforme se analizará más adelante.

La asunción a esta fase de la actuación presupone el cumplimiento, por parte de la Fiscalía, de una investigación ceñida a las previsiones del artículo 15 de la Ley de Justicia y Paz, con miras a concretar que la comisión de las conductas responden a un ataque sistemático y generalizado a la población civil

[67] Sobre el punto una visión muy crítica de la norma, en QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y paz*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, pp. 306-329.

por parte de la organización delictiva en la que militó el desmovilizado. Por esto, según el precepto, las indagaciones deben establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron los hechos 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 y colectivamente haya causado de manera directa a las víctimas, como lesiones físicas o psicológicas, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de derechos fundamentales.

El Constituyente de 1991 (artículo 93 de la Carta Política) fue claro en señalar que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Con el fin de armonizar ese artículo con el 4º *ibídem*, la Corte Constitucional acudió a la noción de bloque de constitucionalidad, que definió así:

> *"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, 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*"[68].

De acuerdo con la jurisprudencia, los tratados de derechos humanos y de Derecho Internacional Humanitario (artículos 93 y 214, numeral 2º, de la Carta Política) forman, con el resto del texto constitucional, un bloque de constitucionalidad.

La obligatoriedad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad imponen al Estado –todo– adaptar las normas internas a los contenidos del Derecho Internacional Humanitario.

En este orden de ideas, las autoridades colombianas deben observar no sólo la normatividad interna sino aquella integrada en el bloque de constitucionalidad y las decisiones proferidas por organismos internacionales, como el Comité de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

---

[68] Sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995.

Bajo esos parámetros, la labor de la Fiscalía, no sólo en la etapa de investigación y verificación sino de adecuación típica de la conducta, así como la de los jueces que de alguna manera intervienen en los procesos de justicia y paz, debe estar orientada por esos principios y mandatos superiores.

Esa labor no puede ser ajena, entonces, a los postulados del Derecho Internacional de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Por ejemplo, el homicidio en persona protegida hace parte del género de delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional, y con el fin de cumplir y hacer efectivas las normas del Derecho Internacional Humanitario el legislador del año 2000 lo tipificó como delito.

Con estas consideraciones resulta claro que la Corte Suprema se vincula a modelos de tipificación internacional, y en la misma medida acepta sistemas de imputación que han sido propios del Derecho Penal Internacional. En consecuencia, las implicaciones que tiene este enfoque para la Fiscalía General de la Nación y, correlativamente, para los jueces se concretan en definir las conductas como crímenes de lesa humanidad y crímenes contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.

4.1 Bloque de constitucionalidad y crímenes de guerra en la Ley 975

Frente a las conductas constitutivas de infracciones graves, como se ha observado anteriormente, el bloque de constitucionalidad se aplica en una operación directa, esto es, las categorías del DIH permiten tipificar estas conductas de acuerdo con el Derecho Penal Internacional y, en consecuencia, los conceptos tratados con anterioridad sirven a este efecto. En este orden de ideas el tratamiento de crímenes de guerra en el contexto doméstico le permite a los intérpretes transformar nociones como las de "conflicto armado", "ventaja militar" o "persona protegida" como ingredientes normativos del tipo penal correspondiente. La Corte Suprema supera así los escollos de aplicación reiterados en nuestro medio, justamente con la decisión de segunda instancia 32022 del 21 de septiembre del 2009, en la que se afirma:

No desconoce la Sala que el reconocimiento de la existencia de un conflicto armado es un acto político de complicadas consecuencias, que no corresponde declarar a la judicatura, pero esa situación no impide que exclusivamente, para efectos de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz, conforme su naturaleza y fines, el operador judicial, al momento de investigar y juzgar las conductas que pueden encajar en las descripciones típicas de los "delitos contra personas

y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario", verifique la existencia de esa situación en aras de salvaguardar los valores protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, que están por encima de cualquier consideración política.

En este sentido, la verificación judicial de que ciertos comportamientos se encuentran vinculados con el conflicto armado, se halla legitimada en el contexto de la Ley 975 del 2005, precisamente porque el acto político ya ha sido consignado expresamente dentro de los fundamentos de la norma, en particular cuando allí se establecen como fines de la misma la consecución de la paz y la reconciliación nacional, significando de entrada que la desmovilización que allí se consagra opera respecto de miembros de grupos armados al margen de la ley, cuyo accionar no podría desvincularse del DIH.

Ahora bien, con el fin de determinar cuáles son los requisitos mínimos que deben concurrir en una situación de crisis interna para que pueda ser calificada como conflicto armado y por tanto devenga aplicable el Derecho Internacional Humanitario, ha de partirse de los conceptos que se deducen del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo II de 1997.

El artículo 3º menciona y regula los conflictos armados no internacionales, pero no los define. Por su parte, el Protocolo II, al señalar el ámbito de aplicación del mismo, detalla los elementos de una situación de conflicto interno al señalar que:

> *"1º. El presente Protocolo, que desarrolla y complementa el artículo 3º. común de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1º del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.*
> *"2º. El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados" (se ha destacado).*

Esto significa que, conforme al Protocolo II, para que pueda hablarse de conflicto armado deben existir: (i) enfrentamientos entre el Estado y actores armados disidentes, siempre y cuando éstos tengan (ii) mando responsable y

(iii) control territorial suficiente para realizar operaciones militares y (iv) aplicar las normas humanitarias .

4.2 Bloque de constitucionalidad y crímenes de lesa humanidad en la Ley 975

A diferencia de los crímenes de guerra no ocurre lo mismo con las conductas constitutivas de crímenes de lesa humanidad, abstracción hecha de la desaparición forzada y la tortura que cuentan con una interpretación interna adaptada por parte de la Corte Constitucional. En este sentido, la aplicación del bloque de constitucionalidad nos puede permitir las siguientes reflexiones:

En primer lugar, surge la pregunta relacionada con la imputación de crímenes de lesa humanidad, reconociendo de antemano que no existe dicha categoría en el Código Penal, sino en el Derecho Penal Internacional, ¿puede implicar una violación del principio de legalidad atribuir responsabilidad penal por conductas punibles internacionales?

La respuesta a esta pregunta obliga un análisis sobre la temática asumida por la Corte Suprema. En efecto, el argumento al que recurre la Sala Penal está relacionado con los fundamentos del segundo inciso del artículo 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. De conformidad con el pensamiento de la Corte Suprema en la decisión de segunda instancia 31539 de julio 31 del 2009, se afirma:

> *"La reserva legal, como expresión de la soberanía popular y del principio democrático, asegura que sea el Congreso de la República el que defina las conductas punibles y sus sanciones. La irretroactividad garantiza que no se apliquen sanciones ex post facto, es decir, establecidas con posterioridad a la realización de los hechos.*
>
> *"A nivel global ese postulado está contenido en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[69], pero con el reconocimiento expreso de los actos u omisiones señalados como delictivos tanto en el Derecho nacional como en el foráneo, y le otorga preponderancia a los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad multilateral:*
>
> *"**Artículo 15. 1.** Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se*

[69] Entró en vigor el 23 de marzo de 1976 por virtud de la Ley 74 de 1968.

impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.
"2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad internacional.
"La aplicación de esta disposición por parte de la Corte Suprema es acertada entendiendo que el argumento al cual recurre la Corte no es nuevo, pues la doctrina europea también ha dispuesto que el artículo 7 (2) de la Convención Europea de Derechos Humanos y artículo 15 (2) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos son observadas en las prácticas como fundamento del principio de legalidad bajo las consideraciones del Derecho Internacional consuetudinario"[70].

Para explicar estas apreciaciones se parte del sistema de fuentes del Derecho Internacional que permea en el Derecho interno de tal manera, que las fuentes tradicionales del Derecho Internacional, tales como los tratados, la costumbre y los principios generales del Derecho Internacional establecen una unidad con el Derecho doméstico. No obstante, tal y como se ha observado por los tribunales internacionales de derechos humanos, determinar el principio de legalidad a través de dichos instrumentos internacionales requiere de al menos tres presupuestos, esto es: a) una fuente de derecho; b) accesibilidad y c) previsibilidad; estas tres categorías conforman el principio de legalidad internacional recogiendo el Derecho consuetudinario o, en su defecto, el contenido de los tratados de derechos humanos.

Desde este punto de vista, si el Derecho doméstico recoge en la Constitución nociones como las de "Derecho Internacional Humanitario", "leyes, usos" y "costumbres de la guerra" o "principios generales del Derecho", se entiende que estos conceptos constitucionalizados sirven como fuente de Derecho Penal material. Varios autores argumentan que la referencia a principios generales contenida en el artículo 7 (2) de la Carta Europea de Derechos Humanos, así como el artículo 15 (2) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos reconocen de manera amplia los principios de Nüremberg, y las fuentes que se desprenden de allí para sancionar con-

[70] Cfr. O'DONELL, Daniel. *Derecho Internacional de los derechos humanos.* Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Bogotá, 2004, pp. 448-451.

ductas penales internacionales. Incluso los trabajos preparatorios del Pacto Internacional indican el deseo de los redactores de salvaguardar el reconocimiento de la obra de los juicios penales internacionales posteriores a la Segunda Guerra Mundial. En conclusión, el Derecho consuetudinario y los principios generales del Derecho sirven a los requerimientos de la máxima *Nullum crimen sine lege*. Su aplicación puede plantear otros problemas con respecto al principio de legalidad, en particular los requerimientos de accesibilidad a la ley y previsibilidad de persecución por su calidad como fuente del Derecho Penal material.

Ejemplos de la aplicación europea de este concepto son la sentencia Wingrove contra el Reino Unido, del 25 de noviembre de 1996, en la cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reafirma que la noción "derecho" se refiere tanto el Derecho legislado como al construido por la jurisprudencia, aceptando que en el Reino Unido el delito de blasfemia existe y es de origen jurisprudencial. También se pueden citar las decisiones Baskaya y Okcuoglu contra Turquía, del 8 de julio de 1999, en que la noción de "derecho" utilizada en la Carta Europea comprende el Derecho de origen tanto legislativo como jurisprudencial y, más recientemente la Sentencia Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania, del 22 de marzo del 2001, en lo que hace a la previsibilidad jurídica de la sanción[71].

Los tribunales internacionales *ad hoc* también recurrieron a este argumento que cita la Corte Suprema. Así, en el caso Furundzija, decisión del 10 de diciembre de 1998, la sala consideró que la definición del delito de violación basado en un principio de legalidad estricto (*nullum crimen sine lege stricta*) requiere el recurso a las fuentes de los principios generales de Derecho Penal comunes a la mayor parte de los sistemas del mundo y, en consecuencia, a las fuentes de Derecho Internacional que las soportan[72].

La doctrina establece a este respecto que, en efecto, la noción de principios generales reconocidos por la comunidad internacional que trae el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos ha sido tomada del sistema de

[71] Referencias sobre el tema en MARTÍNEZ ROSARIO, Vicente. *El principio de legalidad penal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 188-201.

[72] Para más referencias, cfr. GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. *Evolución de la jurisprudencia internacional en caso de agresiones sexuales*. Papeles ICLA - Consejo Noruego para Refugiados, Bogotá, 2010.

fuentes del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que aparece como recurso de tercer nivel que opera cuando no existe ley escrita y cuando existan dudas sobre la conformación consuetudinaria de un precepto legal[73].

En suma, los fiscales y jueces que aplican la Ley 975 del 2005 pueden recurrir a la normativa internacional para calificar los crímenes como conductas constitutivas de lesa humanidad. En tal sentido, la propia Corte Suprema ha acudido al bloque de constitucionalidad al afirmar, en la ya aludida Decisión 32022 del 21 de septiembre del 2009 que la ausencia de incorporación en la legislación interna de una norma que en estricto sentido defina los delitos de lesa humanidad, no impide su reconocimiento a nivel nacional, porque con base en el principio de integración –artículo 93 de la Carta Política– debe acudirse a los instrumentos internacionales que, por virtud del bloque de constitucionalidad, obligan en la interpretación y aplicación de las normas.

Y agrega la Corte:

> *"Por tanto, para efectos de calificar los crímenes atroces cometidos contra la población civil por los grupos armados al margen de la ley, dentro del contexto de los llamados crímenes de lesa humanidad, debido a que se trata de una variedad de delitos de graves violaciones a los derechos humanos, que fueron tipificados en la legislación nacional bajo títulos que consagran bienes jurídicos tradicionales, los operadores jurídicos deberán remitirse al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional para fijar su contexto, en concreto, a su artículo 7º, concordándolo con las normas del Código Penal nacional que castigan tales comportamientos".*

Debe quedar claro que no todo el Estatuto de Roma hace parte del bloque de constitucionalidad[74]. Se trata en este caso de una fuente secundaria

---

[73] Cfr. ZEGVELD, L. "The Bouterse case", in: *Netherlands Yearbook of International Law*, 2001, pp. 98 a 117, en la cual la Corte Suprema Holandesa intenta el juzgamiento de Bouterse por el delito de tortura con aplicación retroactiva. Para mejor información sobre este principio del Pacto recomendamos FERDINANDUSSE, Ward. *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2006, pp. 221-267.

[74] La incorporación del Estatuto de Roma al ordenamiento interno, resulto particularmente compleja, por cuanto se tuvo que modificar previamente la Constitución en su artículo 93. Igualmente y a diferencia de otros tratados internaciones, su trámite requirió doce debates. Cfr. RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. *Jurisprudencia internacional aplicable en Colombia,*

que no se puede aplicar directamente por disposición expresa de la propia Constitución. Por lo demás, la forma en que se agrupen los delitos ordinarios cometidos por los paramilitares bajo la conexidad del elemento internacional que exige la prueba de la sistematicidad y la generalidad en la comisión de las conductas es lo que determina con posterioridad la calificación.

Cont. nota 74

GIZ, Univeridad de los Andes, Embajada de la República Federal de Alemania, Ediciones Uniandes, Bogotá, pp. 35 y ss. Cfr. También Corte Constitucional, Sentencias: C-578 de 2002; C-488 de 2009 y C-290 de 2012.

Análisis constitucional de la Ley 975 de 2005 a través de la Sentencia C-370 del 2006: un nuevo enfoque del proceso transicional en Colombia*

Alejandro Guerrero Torres†

Sumario: **I.** *La Sentencia C-370 del 2006: la ponderación entre los derechos a la verdad, la justicia y la reparación*. **II.** *Argumentos con los cuales se demandó la Ley de Justicia y Paz en la Sentencia C-370 del 2006*. **III.** *Argumentos y aportes de la Corte Constitucional frente a la estructura y visión de la Ley 975 de 2005*. 1. La paz como uno de los fines del proceso de Justicia y Paz y su consagración como derecho subjetivo. 2. Parámetros internacionales aplicables al proceso especial de Justicia y Paz. **IV.** *Contenido de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en la Ley de Justicia y Paz*. **V.** *Aporte jurídico de la Sentencia: el marco institucional del proceso de Justicia y Paz*.

---

* Este capítulo corresponde a una actualización del capítulo elaborado por el Equipo ProFis-GIZ, titulado "Examen de la Ley de Justicia y Paz: análisis de exequibilidad desde el bloque de constitucionalidad", en: LÓPEZ DÍAZ, Claudia y VARGAS, Álvaro (Coords.). *Manual de procedimientos para Ley de Justicia y Paz*. Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) y Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá, 2009, pp. 102-113.

† Abogado y especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Se desempeñó como asesor jurídico del Proyecto ProFis ejecutado por la GIZ, por encargo del Ministerio de Relaciones Internacionales de la República Federal de Alemania. Actualmente trabaja en la Dirección de Política Criminal del Ministerio de Justicia y del Derecho.

I. La Sentencia C-370 del 2006: la ponderación entre los derechos a la verdad, la justicia y la reparación

La Sentencia C-370 del 2006[1] 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 y en la cual se le dio un verdadero sentido a la Ley de Justicia y Paz.

Para realizar el examen, la Corte Constitucional analizó 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 esta 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 encontradas que presentan 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 otro[2]. 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 anglosajón[3], y actualmente cuenta con gran acogida en los sistemas de

---

1 Corte Constitucional, Sentencia C-370 del 2006. MM.PP.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

2 Cfr. CASTILLO, Luis Fernando. "¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?", en: *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 12, UNAM, enero a junio del 2005.

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

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, con el fin de determinar si en las circunstancias concretas un derecho 'pesa' más y justifica, por 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 esta visión, Dworkin[4] trata del típico problema difícil en el que el juez tiene que decidir entre el interés público y los derechos particulares. Hablar de los derechos en serio significa reconocer que los derechos individuales son triunfos que no se pueden dejar de lado.

Se entiende, pues, que el sistema de ponderación actúa a través del principio de proporcionalidad, puesto que no es posible definir bien una relación de ponderación sin tener clara la relación de proporcionalidad entre las medidas impugnadas y los derechos en juego. Así, Barnes afirma que "*aun presuponiendo que ninguno de los derechos 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 parte*"[5].

Para Bernal Pulido, el principio de proporcionalidad se configura por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en estricto sentido. Así, los expone de la siguiente manera:

- *Idoneidad:* según este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.
- *Necesidad:* según este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objetivo perseguido.

---

[4] Cfr. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio (Taking Rights Seruiously)*, 1ª edición, traducción: Marta Guastavino, Ariel Derecho, Barcelona, 1984.

[5] BARNES, Javier. "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar", en: *Cuadernos de Derecho Público,* No. 5, Madrid, 1998, pp. 35-36.

- *Proporcionalidad en sentido estricto:* según este subprincipio, la importancia del objetivo que persigue la intervención en el derecho fundamental debe estar en una relación adecuada con el significado del derecho intervenido. En otras palabras, las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general[6].

La Corte Constitucional colombiana ha adoptado en su jurisprudencia el *test de proporcionalidad* para la solución de los conflictos que surgen entre dos derechos o valores constitucionales, en ejercicio del método de ponderación siguiendo los anteriores presupuestos[7].

En consecuencia, la Corte[8] pasa a hacer el examen sobre 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.. (…) 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,

---

6 BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los Derechos,* 5ª reimpresión, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, febrero de 2008, pp. 66-67.

7 "(…) *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 satisfacer*". Sentencia C-309 de 1997, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

8 Así, en este sentido: QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, pp. 257 y ss.

adecuadas para lograr el objetivo de la paz, y si se justifican las restricciones 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 del Derecho Internacional Humanitario. De dicho examen surgen unas *subreglas constitucionales*[9] 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.

II. Argumentos con los cuales se demandó la Ley de Justicia y Paz

Se instauró demanda de inconstitucionalidad por parte de Gustavo Gallón y otros demandantes, los cuales consideraron inconstitucionales los artículos 2 parcial, 5 parcial, 9 parcial, 10 parcial, 11.5 parcial, 13 parcial, 16 parcial, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 34, 37.5, 37.7, 46 parcial, 47, 48 parcial, 54 parcial, 55 parcial, 58, 62, 69, 70 y 71.

Los argumentos de los demandantes se concentraron en los siguientes aspectos:

a) Existe un vicio de fondo debido a que la Ley 975 de 2005 constituye un sistema de impunidad, ya que permite la concesión de una pena alternativa (art. 29) sobre un procedimiento en el que dudosamente se puede llegar a cumplir con los estándares de verdad, justicia, reparación y, en consecuencia, constituiría un "indulto vedado".
b) Asimismo, el esquema procesal de la Ley de Justicia y Paz imposibilita adelantar investigaciones adecuadas frente a hechos constitutivos de graves violaciones a los Derechos Humanos.
c) El procedimiento no prevé garantías para la participación adecuada de las víctimas y, en consecuencia, su derecho constitucional a acceder a la justicia se ve vulnerado.

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

d) La ley desconoce flagrantemente la obligación del Estado de sancionar a quienes sean responsables de graves violaciones a los Derechos Humanos e infracciones del Derecho Internacional Humanitario.
e) También, a juicio de los demandantes, esta ley constituye una amnistía, ya que permite como aplicación del procedimiento establecido que se "*borre la responsabilidad de los autores de crímenes graves –violaciones a derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario– que al momento de su desmovilización no tengan ningún proceso o condena judicial por ese tipo de delitos*"[10].
f) Un punto relevante de la demanda es que se consideró que las normas acusadas no superan el juicio de proporcionalidad, ya que son más los valores que sacrifican las víctimas frente a los beneficios jurídicos que reciben los desmovilizados, sin que se exija una contribución a la verdad, a la justicia y a la reparación.
g) Como vicios de fondo los demandantes arguyeron: en primer lugar, que esta Ley 975 de 2005, debió haberse tramitado como ley estatutaria, ya que regula derechos fundamentales, como el derecho a la verdad, la justicia y a la reparación. En segundo lugar, que esta ley no se tramitó como una ley de indulto, pues en ella existen indultos encubiertos. En tercer lugar, que hubo un trámite equivocado frente a dos artículos (70, sobre rebaja de penas, y 71, sobre sedición) en donde se utilizó el procedimiento contemplado en la Ley 5ª de 1992 que no eran aplicables al caso concreto.

III. Argumentos y aportes de la Corte Constitucional frente a la estructura y visión de la Ley 975 del 2005

1. La paz como uno de los fines del proceso de Justicia y Paz y su consagración como derecho subjetivo

En primer lugar, la Corte Constitucional empieza a analizar las demandas por los vicios de forma que pudiera tener la Ley 975 del 2005. Hace referencia

[10] Corte Constitucional. Sentencia C-370 del 2006. MM.PP.: Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas. Numeral 1.2.1.10.

específica al trámite equivocado de los artículos 70 y 71 de la referida ley, dándoles razón a los demandantes, porque se violaron varias disposiciones constitucionales y legales en el trámite de estos artículos, y, en consecuencia, decide declarar la inexequibilidad de estos artículos.

Posteriormente, la Corte empieza a hacer el análisis de los vicios de fondo que pudiera tener la Ley de Justicia y Paz.

Inicia destacando el objetivo de la Ley 975 de 2005, el cual está consagrado en su artículo 1o.: "*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*"; por ello el primer análisis que le corresponde hacer a la Corte es evaluar la consagración del derecho a la paz.

Este derecho está constitucionalmente consagrado en el preámbulo, ocupando un lugar importante en el orden de valores protegidos por la Constitución. En efecto, en el artículo 2º de nuestra Carta este propósito se concreta en un fin esencial del Estado, que consiste en "*asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo*". De otro lado, el artículo 22 afirma que "*la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento*". Dentro de los múltiples instrumentos para facilitar la paz, el constituyente creó procedimientos de resolución institucional de conflictos y de protección efectiva de los derechos fundamentales, como por ejemplo la acción de tutela, la acción de cumplimiento y las acciones populares.

La paz ha sido entendida como un fin colectivo nacional e internacional, que se ha definido como la ausencia de conflictos o enfrentamientos violentos; como la efectiva armonía social proveniente del pleno cumplimiento de los mandatos de optimización contenidos en las normas de Derechos Humanos o como la atenuación de los rigores de la guerra y la 'humanización' de las situaciones de conflicto.

Así, se podría abstraer 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 por su logro y mantenimiento*"[11].

[11] Corte Constitucional. Sentencia C-370 del 2006. MM.PP.: Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas. Numeral 4.1.8.

Como clara manifestación de este derecho y deber de los ciudadanos colombianos, y en medio de la situación que atraviesa el país, surgió la Ley 975 del 2005 "*Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios*". Como antecedentes de la ley encontramos los Proyectos de Ley No. 293 del 2005 Cámara y 211 del 2005 Senado, que tenían como finalidad cerrar la brecha de impunidad y poder sancionar, en cierta forma, a los actores pertenecientes a grupos armados y poder reparar a las víctimas del conflicto armado colombiano.

El legislador aprobó la Ley 975 del 2005 como un instrumento para materializar la paz en el país; esto es, como un medio para superar el conflicto armado interno que afecta a Colombia desde hace varias décadas.

El valor de la paz tiene distintas manifestaciones en la Constitución de 1991, como se anotó anteriormente. Entre ellas, cabe destacar que la paz es un derecho, a la vez que un deber (artículo 22, C.P.). Para lograr realizar el valor constitucional de la paz, el Congreso plasmó en la ley diversas fórmulas que, en términos generales, implican un procedimiento penal especial con incidencias en el ámbito de la justicia –entendida como valor objetivo y también como uno de los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos.

El logro de una paz estable y duradera que sustraiga al país del conflicto por medio de la desmovilización de los grupos armados organizados al margen de la ley –GAOML– 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: la paz.

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 sus demás derechos, 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.

La finalidad que ha establecido la Corte Constitucional de lograr que la paz sea un derecho subjetivo, en cabeza de cada uno de los habitantes en Colombia, ayudó en el ejercicio de ponderación, de ahí que se optara porque prevalecieran los derechos a la verdad y a la reparación, sobre el derecho a la justicia. Así lo definió la Sentencia C-370 del 2006 en los siguientes términos: *"(…) 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*"[12].

De esta forma, se establecen ciertos beneficios de tipo penal y un procedimiento especial ante autoridades judiciales creadas por la misma Ley 975 del 2005 para quienes deseen, individual o colectivamente, desmovilizarse de los grupos armados al margen de la ley a los que pertenecen y quieran reingresar a la vida civil. Esto refleja una decisión de carácter político adoptada por el Legislador y plasmada en la ley, en aras de lograr la paz.

2. Parámetros internacionales aplicables al proceso especial de Justicia y Paz

Otro punto importante que desarrolló la Corte Constitucional fue lograr traer los parámetros internacionales que son aplicables y que deben regir el proceso de Justicia Transicional en Colombia, ya que no se puede propugnar por romper las premisas que el derecho internacional ha construido, particularmente respecto de los derechos de las víctimas, pilar básico del proceso especial de Justicia y Paz que se adelanta en Colombia, por medio de la Ley 975 del 2005.

Por eso, es importante aclarar que los tratados sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario no reconocen específicamente los derechos a la paz, la verdad, la justicia y la reparación, pero en cambio hacen

[12] Corte Constitucional. Sentencia C-370 del 2006. MM.PP.: Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas. Numeral 6.2.2.1.7.2.

relación: (i) a que debe existir un recurso efectivo; (ii) al deber de los Estados de garantizar el acceso a la justicia; (iii) al deber de investigar las violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario; y (iv) a la obligación de los Estados de cooperar para la prevención y sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones de derechos humanos.

Algunos tratados importantes que se pueden resaltar son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, particularmente el artículo 2°, numeral 3°, referido a la investigación, juzgamiento y sanción de las violaciones de Derechos Humanos; la Convención Americana de Derechos Humanos, especialmente en sus artículos 1°, 2°, 8º. y 25, sobre las obligaciones estatales en materia de investigación y juzgamiento de atentados contra los Derechos Humanos y respeto por las garantías procesales. Así mismo son relevantes la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Inhumanas o Degradantes; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (aprobada por la Ley 406 de 1997); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (aprobada mediante la Ley 707 del 2001); la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (aprobada mediante la Ley 28 de 1959) y el Estatuto de la Corte Penal Internacional (aprobado por medio de la Ley 742 del 2002).

Como desarrollo de los anteriores convenios y tratados, la jurisprudencia interamericana ha hecho un aporte importante en la forma de aplicación de los tratados. En efecto, en el análisis y juzgamiento de los casos concretos se estudian los estándares sobre justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas de los graves atentados contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Entre los asuntos que han sido precisados a través de estas decisiones, sin perjuicio de las decisiones que sean adoptadas por un Estado para alcanzar la paz dentro del respeto de los parámetros constitucionales e internacionales, se encuentran "*(i) 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; (ii) la incompatibilidad 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; (iii) 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 deben adoptarse las decisiones judiciales; (iv) la no suspensión de las obligaciones de los Estados parte de la Convención Americana en materia de investigación, juz-*

gamiento y sanción de los atentados contra los derechos humanos, mientras se adelantan procesos de paz; (v) los aspectos comprendidos en el deber de reparación de los graves atentados contra los derechos humanos; (vi) los aspectos involucrados en el derecho de los familiares y de la sociedad en general a conocer la verdad, etc."[13]. Dentro de los parámetros internacionales se han desarrollado ciertos informes de bastante importancia con el objeto de promocionar la debida aplicación de los derechos humanos; dentro de estos cabe resaltar el "*Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha Contra la Impunidad*", proclamados por la ONU en 1998.

De este documento, conocido más comúnmente como los "*Principios Joinet*", se puede resaltar lo siguiente: (i) durante los procesos de transición hacia la paz, como el que adelanta Colombia, a las víctimas les asisten tres categorías de derechos: a) el derecho a saber, b) el derecho a la justicia y c) el derecho a la reparación; (ii) el derecho a saber es imprescriptible e implica la posibilidad de conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, conocer la suerte que corrió la víctima; (iii) el derecho a saber también hace referencia al derecho colectivo de conocer qué paso, derecho que tiene su razón de ser en la necesidad de prevenir que las conductas punibles se repitan, lo que implica la obligación de 'memoria' pública sobre los resultados de las investigaciones; (iv) el derecho a la justicia implica que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su agresor sea juzgado, obteniendo una reparación material, simbólica o mixta; (v) el derecho a la justicia corresponde el deber estatal de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si su culpabilidad está

[13] Corte Constitucional. Sentencia C-370 del 2006. MM.PP.: Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas. Numeral 4.4.1. Se pueden resaltar algunas decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han sido fuente importante de consulta y de seguimiento en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario: caso Godínez Cruz *vs.* Honduras, del 20 de enero de 1989; caso Barrios Altos *vs.* Perú, del 14 de marzo del 2001; caso Myrna Chang *vs.* Guatemala, del 25 de noviembre de 2003; caso Hermanos Gómez Paquiyauri *vs.* Perú, del 8 de julio del 2004; caso Masacre de Mapiripán *vs.* Colombia, del 15 de septiembre del 2005; caso comunidad Moiwana *vs.* Suriname, del 15 de junio del 2005; caso Bámaca Velásquez *vs.* Guatemala, del 22 de noviembre del 2000.

probada, asegurar su sanción; (vi) dentro del proceso penal las víctimas tienen el derecho a hacerse parte para reclamar su derecho a la reparación; (vii) en todo caso, las reglas de procedimiento deben responder a criterios del debido proceso; (viii) la prescripción de la acción penal o de las penas no puede ser aplicada a los crímenes graves que según el derecho internacional sean considerados crímenes contra la humanidad, ni correr durante el período en el que no existió un recurso eficaz para la administración de justicia; (ix) en cuanto a la disminución de las penas, las "leyes de arrepentidos" son admisibles dentro de procesos de transición a la paz, "pero no deben exonerar totalmente a los autores"; (x) la reparación tiene una dimensión doble (individual y colectiva) y en el plano individual abarca medidas de restitución, indemnización y readaptación; (xi) en el plano colectivo, la reparación se logra a través de medidas de carácter simbólico o de otro tipo que se proyectan a la comunidad; (xii) dentro de las garantías de no repetición, se incluye la disolución de los grupos armados acompañada de medidas de reinserción.

Lo anterior demuestra que el proceso especial de Justicia y Paz, no solamente puede ser regulado por el ordenamiento jurídico colombiano, sino que son muy importantes los tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia para evitar las violaciones a los Derechos Humanos y en particular algunas directrices del denominado *soft law*, con el fin de sentar unas directrices específicas y con una visión *transicional* de la forma de investigar y sancionar los hechos que sean de conocimiento de la Fiscalía, bajo la Ley 975 del 2005 y su legislación complementaria.

IV. Contenido de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación 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 país[14], y que corresponde al testimonio académico de una evolución en el sistema jurídico colombiano, en donde

[14] Cfr., entre otros LÓPEZ, Diego. *El Derecho de los Jueces,* Editorial Legis, Bogotá, 2000; UPRIMNY, Rodrigo (et al). *Libertad de Expresión y Derechos Fundamentales,* Bogotá, 2006, entre otros.

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 una fuente formal principal del 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 al que debe ajustarse todo proceso de Justicia Transicional que afecte los derechos a la verdad, justicia y reparación, y que tenga por objetivo la búsqueda de la paz.

Las víctimas tienen derecho a la verdad, la justicia y la reparación15, garantías que se hacen efectivas cuando se les brinda la posibilidad de participar durante el proceso para que formulen preguntas, aporten pruebas, denuncien bienes de los grupos armados organizados al margen de la ley (GAOML) o de sus miembros, brinden y reciban información, formulen su pretensión de reparación, entre otras modalidades de intervención.

A continuación se hará una presentación de la definición de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación que fueron recogidos por la Sentencia C-370 del 2006.

a) Derecho a la verdad[16]*:* es el derecho inalienable que tiene la sociedad, y en especial las víctimas, de conocer la realidad sobre los hechos cometidos por los GAOML, sus autores y las causas, y a saber qué sucedió con sus familiares desaparecidos o secuestrados y el paradero de los mismos[17].
En este sentido la Sentencia C-370 mostró cuál debe ser el contenido de este derecho, mencionando que los delitos más graves deben ser sancionados e investigados, lo que implica responsabilidad del Estado,

[15] Corte Constitucional, Sentencia C-516 del 2007, M.P.: Jaime Córdoba Triviño; Sentencia C-454 del 2006, M.P.: Jaime Córdoba Triviño; Sentencia C-209 del 2007, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicados Nos. 27052, M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón, 29472, M.P. Yesid Ramírez Bastidas y 29559, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

[16] Corte Constitucional, Sentencia C-516 del 2007, M.P.: Jaime Córdoba Triviño, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicados Nos. 27052, M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón, 29472, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas y 28643, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca en las que se trata sobre el derecho a la verdad frente a la extradición de postulados dentro del proceso de Justicia y Paz.

[17] Ley 975 del 2005, artículo 7°.

bien sea por acción o por omisión. Adicionalmente, se deben conocer las circunstancias de modo, tiempo y lugar del hecho punible que está siendo conocido por las víctimas, y en el caso en que se esté investigado el delito de desaparición de personas, se debe propender por la búsqueda de los restos de la persona desaparecida[18].

También, la Corte hizo referencia a la dimensión colectiva de la verdad en los siguientes términos: "*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*"[19]. Además, refuerza este concepto resaltando la importancia de la memoria histórica: "*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*'[20], *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 Corte*"[21].

Igualmente, resalta la importancia que tiene la investigación de los delitos, no sólo considerados individualmente, sino haciendo una visión en conjunto de estos, ya que permitiría conocer cuál fue la real situación de violaciones masivas de Derechos Humanos, permitiría identificar a las víctimas y, en consecuencia, se les podría brindar unas medidas de reparación individual y colectiva adecuadas[22].

---

[18] Corte Constitucional. Sentencia C-370 del 2006. MM.PP.: Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas. Numerales: 6.2.2.1.7.6.; 6.2.2.1.7.7. y 6.2.2.1.7.8.

[19] *Ibídem*. Numeral. 6.2.2.1.7.10.

[20] Principio 2 Naciones Unidas, *Promoción y protección de los derechos humanos. Impunidad*. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102/Add.1.

[21] Cfr., entre otras, las Sentencias C-293 de 1995 y C-228 del 2002. Corte Constitucional. Sentencia C-370 del 2006. MM.PP.: Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas. Numeral 6.2.3.2.1.5.

[22] Corte Constitucional. Sentencia C-370 del 2006. MM.PP.: Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas. Numeral: 6.2.2.1.7.22.

b) Derecho a la justicia[23]: las víctimas tienen derecho a que el Estado investigue, juzgue y sancione a los responsables de los delitos cometidos. En ese sentido, 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 los grupos armados organizados al margen de la ley – GAOML; 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[24].

La Corte ha resaltado que el derecho a la justicia tiene un presupuesto esencial y es que se pueda acceder a la justicia, esto implica que se pueda participar del proceso penal[25], la Corte sobre esta participación señala:

---

[23] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 29472, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas. La Corte Suprema de Justicia realiza una ponderación entre el derecho a la justicia y los derechos de las víctimas, frente a la extradición de postulados en el proceso especial de Justicia y Paz, por eso se dijo que 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.

[24] Cfr. Ley 975 del 2005, artículo 6°.

[25] Cfr., Sentencia C-275 de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Sobre la participación de las víctimas en el proceso especial de Justicia y Paz se puede consultar: APONTE, Alejandro. El proceso penal especial de Justicia y Paz, alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional. Monográfico No. 2. Centro Internacional de Toledo para la Paz -CITpax-, Bogotá D.C., 2011; CARDONA CHAVES, Juan Pablo. Aportes dogmáticos de la experiencia colombiana a procesos de Justicia Transicional (Tesis de Maestría). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2011; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010. Capítulo IV – Desarrollo de los Derechos Humanos en la Región – Colombia; DEFENSORÍA DEL PUEBLO, PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO A LA JUSTICIA. Protocolo de articulación. Entre el programa de atención integral a víctimas del conflicto armado y el programa de representación judicial a las víctimas, Bogotá D.C, 2011; FORER, Andreas. "Participación de las víctimas en el marco de un proceso de justicia transicional. El caso colombiano en la Ley de Justicia y Paz", en: Participación de las Víctimas en la Ley de Justicia y Paz y Corte Penal Internacional, ProFis-GTZ, Embajada de la República Federal de Alemania,

"*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*"[26].

De igual forma, se establecen los alcances de la participación de las víctimas en los procesos penales, ya que la víctima no está interesada solamente en obtener una reparación de tipo económico, sino que indica que esta concepción ha venido cambiando hacia la participación real y efectiva, con el fin de hacer exigibles los derechos a la verdad y la justicia[27].

Cont. nota 25

Bogotá, 2011; FORER, Andreas y GUERRERO, Alejandro. "La Ley de Justicia y Paz, un ejemplo de justicia transicional en Colombia", en: Iberoamericana No. 38, América Latina - España - Portugal, Madrid, 2010; GARZÓN, Baltasar (Coord). Diagnóstico de Justicia y Paz en el marco de la justicia transicional en Colombia, OEA/Mapp-OEA, Bogotá, 2011; GUZMÁN, Diana; SÁNCHEZ, Camilo; UPRIMNY, Rodrigo. "Colombia", en: Las Victimas y la Justicia Transicional-. ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales? Washington, 2010. ProFis-GTZ, Embajada de la República Federal de Alemania. Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz. Bogotá, 2010. RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. Jurisprudencia Penal Internacional Aplicable en Colombia. Proyecto ProFis - Universidad de los Andes, Bogotá, D.C., 2011. RETTBERG, Angélica. Reparación en Colombia ¿Qué quieren las víctimas? Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ); Fiscalía General de la Nación; Universidad de los Andes, Bogotá, 2008.

[26] Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, aprobado por el Consejo Económico y Social de 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. Citados por la Corte Constitucional. Sentencia C-370 del 2006, MM.PP.: Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas. Numeral 6.2.3.2.1.7.

[27] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-370 del 2006, MM.PP.: Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas. Numeral 6.2.3.2.1.8. En este sentido puede consultar: FORER, Andreas. "Participación de las víctimas en el marco de un proceso de justicia transicional. El caso colombiano en la Ley de Justicia y Paz", en: *Participación de las Víctimas en la Ley de Justicia y Paz y Corte Penal Internacional,* ProFis-GTZ; Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá, 2011.

c) Derecho a la reparación integral[28]: comprende las acciones que propenden por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición de las conductas. Puede ser: simbólica o real e individual o colectiva.

El derecho a la reparación implica unos componentes específicos para que ésta sea integral:

I) *Restitución*[29], es la realización de acciones que propendan por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito o vulneración de sus derechos. Incluye el restablecimiento de la libertad, el retorno a su lugar de residencia y la devolución de sus propiedades.

II) La *indemnización* consiste en compensar económicamente los perjuicios causados por el delito.

III) La *rehabilitación*[30] consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito, la cual comprende, además, la posterior asistencia médica y psicológica a víctimas directas e indirectas[31].

---

[28] Cfr. Ley 975 del 2005, artículo 8°. Corte Constitucional, Sentencia C-370 del 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; Sentencia C-575 del 2006, M.P.: Álvaro Tafur Galvis; Sentencia C-719 del 2006, M.P.: Jaime Araújo Rentería, y Sentencia C-080 del 2007, M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 27052, M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón, 29240, M.P.: Javier Zapata Ortiz, y radicado No. 28040, M.P.: María del Rosario González de Lemos.

[29] Cfr. Ley 975 del 2005, artículo 46.

[30] Cfr. Ley 975 del 2005, artículo 47.

[31] Cfr. La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-1199 del 2008, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla, declaró inexequible el inciso segundo del artículo 47 de la Ley 975 del 2005 que rezaba: "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". Lo anterior, en virtud a que "no puede confundirse la prestación de los servicios sociales que *el Estado debe brindar de manera permanente a todos los ciudadanos* sin atender a su condición y la *atención humanitaria que se presta en forma temporal a las víctimas en situaciones calamitosas*, con la reparación debida a las víctimas de tales delitos, que comprende tanto el deber de procurar que sean los victimarios quienes en primera instancia reparen a las víctimas, como de manera subsidiaria sea el Estado quien deba asumir esa reparación en caso de renuencia de los victimarios o insuficiencia de la reparación brindada por éstos" (resaltado fuera del texto).

IV) 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. Deberá incluir:
(i) 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.
(ii) La decisión judicial que restablezca la dignidad, reputación y derechos de la víctima y las de sus parientes en primer grado de consanguinidad.
(iii) La disculpa, que incluya el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de responsabilidades.
(iv) La aplicación de sanciones a los responsables de las violaciones.

d) Como formas de garantizar la no repetición[32] de las conductas delictivas[33] el proceso especial de Justicia y Paz establece la desmovilización y desmantelamiento de los GAOML, así como la asistencia de los responsables de esas violaciones a cursos de capacitación en materia de derechos humanos[34], medida que podrá ser impuesta a los condenados por la sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial correspondiente[35].

En el derecho a la reparación la Corte hace una explicación sobre la responsabilidad que le asiste al Estado, como garante de la sociedad, en que efectivamente se repare a las víctimas, así el perpetrador de estas conductas no tenga los recursos suficientes para sufragar estas reparaciones, por ello dice: "*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.*

---

[32] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-370 del 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; Sentencia C-516 del 2007, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

[33] Cfr. Ley 975 del 2005, artículo 48.

[34] Cfr. Ley 975 del 2005, artículo 48, numeral 8.

[35] Acerca de las Salas de Justicia y Paz, consultar: Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdos No. PSAA06-3276, enero 19 del 2006; No. PSAA08-4640, marzo 12 del 2008; No. PSAA08-4641, marzo 12 del 2008.

"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"[36] (resaltado fuera de texto).

La Corte señala, de igual forma, que las reparaciones no deben quedar atadas a criterios presupuestales ni de voluntad política, ya que el fin de este proceso de Justicia y Paz es lograr la reconciliación entre todos los involucrados, lo que implica que debe haber una efectiva reparación. Además, la reparación a las víctimas por los daños causados es un presupuesto para la concesión de la pena alternativa junto con la paz y la reconciliación[37].

Finalmente, como resultado de que los desmovilizados que se han acogido al proceso de Justicia y Paz, por haber contribuido a la verdad y a la reparación de las víctimas, tienen el beneficio penal de la pena alternativa. Ésta consiste en suspender la ejecución de la pena ordinaria aplicable en virtud de las reglas generales del Código Penal, para que, en su lugar, el condenado cumpla una pena alternativa menor, con un mínimo de cinco años y un máximo de ocho años.

En el concepto de alternatividad penal adoptado en la Ley 975 del 2005 la pena ordinaria no desaparece, está establecida en la respectiva sentencia. Lo que sucede es que el condenado que reúna los requisitos de elegibilidad 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 condenado.

A partir de lo mencionado se pueden extraer los siguientes elementos esenciales que ha resaltado la Corte Constitucional respecto a la pena alternativa: (i) es un beneficio punitivo que conlleva suspensión condicional de la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, la cual responde a características y propósitos específicos; (ii) es judicial y sustitutiva de la pena ordinaria; (iii) tiene carácter alternativo: en efecto, la pena que de ordinario le

---

[36] Corte Constitucional. Sentencia C-370 del 2006. MM.PP.: Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas. Numeral 6.2.4.1.12**.**

[37] *Ibídem*. Numerales 6.2.4.1.15 y 6.2.4.3.1.5.

correspondería cumplir al condenado es reemplazada por una inferior, de tal forma que el condenado debe pagar la pena alternativa, no la pena ordinaria inicialmente impuesta; (iv) es condicionada: su imposición está condicionada a que concurran los presupuestos específicos previstos en la presente ley y se cumplan obligaciones establecidas en la sentencia; (v) constituye pena privativa de la libertad de 5 a 8 años; (vi) su mantenimiento depende de la libertad a prueba; (vii) tiene el efecto de extinguir la pena ordinaria inicialmente determinada cuando se cumplen las obligaciones impuestas en la sentencia o establecidas en la ley, y se cumple con las establecidas en el período de prueba; (viii) puede revocarse cuando, durante la ejecución de la pena alternativa o del período de libertad a prueba, se establece que el beneficiario ha incumplido alguna de las obligaciones impuestas en la sentencia o previstas en la ley. Por lo tanto, se hacen efectivas las penas principales y accesorias inicialmente impuestas en la sentencia[38].

Además, la justificación de una pena alternativa no se hace simplemente por materializar el derecho a la justicia, sino que debe funcionar como una reacción justa frente a un delito que se ha cometido, ya que de no imponerse se presentaría un fenómeno de impunidad y se perdería la potestad sancionadora del Estado, que infringiría las leyes, la Constitución Política y los tratados internacionales. De ahí que se justifique la imposición de una pena ordinaria y, de cumplir con las obligaciones señaladas en la sentencia, se pueda abrir la posibilidad de imponer una pena alternativa[39].

V. 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 el proceso de Justicia Transicional en Colombia. Ese es, evidentemente, el verdadero aporte de la sentencia y la justificación de un ejercicio intelectual que le dio una nueva visión a lo que estaba inicialmente plasmado en la Ley 975 del 2005, sentando unas bases firmes para que se construyera la

[38] *Ibídem.* Numeral 6.2.1.4.7.
[39] *Ibídem.* Numeral 6.2.3.3.4.5.

jurisprudencia en Justicia y Paz y para orientar el trabajo de todos los operadores judiciales que intervienen en el proceso, además que fortalece y resalta los derechos que les asisten a las víctimas en el marco del proceso de Justicia Transicional que tiene Colombia.

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 tiene un amplio margen discrecional para decidir cuáles son los medios adecuados para 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 esto, 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, penas que reemplazan condicionadamente a la pena principal, como herramientas para buscar la paz, es un medio aceptable por la Constitución siempre y cuando la adjudicación de esa pena esté condicionada: 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 que: 1) 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) las víctimas tengan derecho a participar del proceso y acceder a todos los documentos; 3) los familiares de las víctimas, sin ninguna limitación, tengan derecho a conocer la verdad de los hechos; 4) los familiares de las víctimas tengan derecho a conocer el paradero de los restos de los desaparecidos; 5) la sociedad tenga acceso a los documentos y procesos, con la limitante de los derechos de las víctimas; 6) la sociedad

tenga 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 investigación y juicio; 4) de aplicarse una pena alternativa está 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; 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 sólo 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 encuentre 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; 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 período 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; 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; 4) existan reformas institucionales y se castiguen ejemplarmente a los servidores públicos a los que se les haya comprobado la utilización de su status para la comisión de delitos.

La evaluación del Proceso de Justicia y Paz por los Sistemas Internacionales de Protección a los Derechos Humanos*

Jorge Errandonea†

Sumario: Introducción. **I.** *Sobre la participación de víctimas y testigos en el proceso.* **II.** *Sobre las reparaciones en el proceso de paz en Colombia.* 1. Integralidad de las reparaciones. 2. Reparación judicial, reparación contenciosa y reparación administrativa. 3. Agentes del Estado y grupos armados al margen de la ley. 4. Reparación y aspectos diferenciales de acuerdo con los grupos de víctimas

* En este capítulo se retoman algunas ideas y desarrollos contenidos en la publicación: LÓPEZ DÍAZ, Claudia y VARGAS, Álvaro (Coords.). *Manual de procedimientos para Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) y Embajada de la República Federal de Alemania, 2009, pp. 114-118. Asimismo, agradezco los valiosos comentarios al texto realizados por Claudia López Díaz, coordinadora de la Línea Jurídica del Proyecto ProFis-GIZ.

† Abogado uruguayo y licenciado en Relaciones Internacionales de la Universidad de la República de Uruguay, máster en Estudios Latinoamericanos del Instituto de Altos Estudios de América Latina (IHEAL) de la la Université Sorbonne Nouvelle, París III, y candidato a Doctorado de la misma universidad. Se desempeñó en Colombia como consultor en materia de estándares internacionales de derechos humanos de la Agencia de Cooperación Alemana (GIZ). Actualmente trabaja como abogado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José de Costa Rica.
Las opiniones expresadas en el presente artículo son las del autor y no reflejan necesariamente las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

expuestos a mayores riesgos. 5. Sobre la fuente de la obligación de reparar. 6. Sobre la identificación de bienes y los titulares de la obligación de reparar. 7 Sobre la difusión y la llegada a las víctimas. 8. Sobre la prueba de los daños. 9. Sobre el fondo de reparaciones. 10. Sobre la Ley 1448. 11. Decretos-Ley 4633, 4634 y 4635. **III.** *Sobre la pena alternativa.* 1. La Ley de Justicia y Paz no es una ley de amnistía. 2. La proporcionalidad de la pena. 3. Revocación de los beneficios, verificación de la confesión. **IV.** *Sobre la versión libre en el marco del proceso especial de Justicia y Paz.* **V.** *Sobre las diligencias de investigación. 1. Primeras diligencias de investigación.* 2. Modalidades de verificación de los requisitos de elegibilidad según la desmovilización sea colectiva o individual. 3. Sobre el plazo razonable. **VI.** *Sobre las extradiciones.* **VII.** *Sobre las desmovilizaciones.* **VIII.** *Sobre las medidas de protección a los participantes en el proceso.* **IX.** *Sobre la permanencia del postulado en zonas de concentración.* **X.** *Sobre los que no ratificaron su voluntad de continuar con el proceso.* **XI.** *Sobre la capacidad institucional del Estado de Colombia frente al desafío de Justicia y Paz.* **XII.** *Sobre la entrega de niños reclutados.* **XIII.** *Sobre las estrategias de investigación.* **XIV.** *Sobre el principio de oportunidad a los desmovilizados por el delito de concierto para delinquir.* **XV.** *Conclusión sobre la eventual competencia de la Corte IDH en casos relacionados con la Ley de Justicia* y Paz.

Introducción

Este texto se propone describir algunos pronunciamientos internacionales relativos a la Ley de Justicia y Paz, así como al proceso de desmovilización en Colombia.

Esencialmente, como se detallará, son los órganos del sistema interamericano de derechos humanos y, en particular, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que han tenido el mayor protagonismo en la materia. A los efectos de la presentación en este documento, se han agrupado los distintos pronunciamientos de acuerdo con los diferentes temas que abordan.

Si bien, hasta el momento, la validez de la Ley de Justicia y Paz no ha sido puesta en tela de juicio, los órganos del Derecho Internacional de los derechos humanos han ido marcando pautas de interpretación para que las autoridades internas tomen en cuenta a la hora de aplicar la Ley de Justicia y Paz y de implementar los distintos mecanismos de desmovilización.

I. Sobre la participación de víctimas y testigos en el proceso

Los dos órganos del Sistema Interamericano, al citar la Sentencia C-370, recordaron que las Altas Cortes colombianas, así como la normatividad interna de ese país, reconocen el derecho de las víctimas a participar en todas las etapas de los procesos judiciales[1].

La CIDH, en sus observaciones sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz señala enfáticamente –recordando los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos– que las víctimas deben poder participar en todas las etapas procesales[2]. La Corte IDH ha recordado en varios pronunciamientos la importancia de este estándar. En particular, en el caso de La Rochela, señaló que "se debe garantizar que, en todas las etapas de los respectivos procesos, las víctimas puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que éstos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones"[3].

En lo que se refiere al proceso de Justicia y Paz, la CIDH ha expresado que las víctimas habían encontrado una serie de obstáculos para su participación[4].

---

1 Cfr., entre otros, Corte IDH; caso de la masacre de La Rochela *vs.* Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 11 de mayo del 2007. Serie C No. 163, párr. 184, CIDH, Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia, OEA/Ser/L/V/II.125, Doc. 15, 1 agosto 2006, párr. 34 y 35, CIDH Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 80, Informe Anual 2007, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.130, Doc. 22 rev. 1, 29 diciembre 2007, párr. 26.

2 Cfr. CIDH, pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia, OEA/Ser/L/V/II.125, Doc. 15, 1 agosto 2006, párr. 35: "La CIDH observa que la participación de las víctimas en las distintas etapas procesales constituye garantía del derecho a la verdad y la justicia, forma parte de la compleja estructura de pesos y contra pesos del proceso penal y favorece la fiscalización ciudadana de los actos del Estado".

3 Cfr. Corte IDH, caso de la masacre de La Rochela *vs.* Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 11 de mayo del 2007. Serie C No. 163, párr. 195.

4 Cfr. CIDH, Informe Anual 2009, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 51 corr. 1, 30 diciembre 2009, párr. 57, Informe Anual 2008, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1, 25 febrero 2009, párr. 53 y 54, Informe Anual 2007, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.130, Doc. 22 rev. 1, 29 diciembre 2007, párr. 27.

Específicamente se señala que las víctimas no tienen la "posibilidad de interrogar directamente o por medio de sus representantes a quienes intentan beneficiarse de la Ley 975 sobre los hechos de su interés, en las distintas fases de la versión libre". Agrega que "[e]l interrogatorio de las víctimas es reservado para la segunda fase de la versión libre, pero se desarrolla a través de un mecanismo indirecto, pues las preguntas propuestas se incorporan a un formulario que es entregado a miembros del CTI, quienes a su vez se las entregan al fiscal. Este mecanismo indirecto restringe seriamente la posibilidad de utilizar el interrogatorio de la víctima como una vía adecuada de alcanzar la verdad de los hechos. La Fiscalía pierde además una valiosa estrategia para confrontar las versiones libres, y avanzar en la verificación del cumplimiento de los requisitos legales para el acceso a los beneficios"[5].

Sobre ese punto cabe agregar que la posibilidad de interrogar directamente a las víctimas podría plantear dificultades en cuanto a la seguridad de las mismas (así como de los propios postulados), dificultades logísticas debido al número importante de víctimas que acuden a las versiones libres[6], y dificultades técnicas y de estrategia para la Fiscalía en sus tareas de búsqueda de la verdad en la medida en que las preguntas de las víctimas pueden carecer de la precisión técnica necesaria para alcanzar ese objetivo. Por último, el plazo razonable de los procedimientos se podría ver alargado en mayor medida, en particular en los casos en donde un postulado ha confesado una gran cantidad de hechos con miles de víctimas.

Del mismo modo, la CIDH ha mencionado que un segundo obstáculo para la participación de las víctimas radica en el hecho de que las mismas experimentan dificultades en el acceso al patrocinio jurídico y la representa-

[5] Cfr. CIDH, Informe Anual 2011, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 69, 30 diciembre 2011, párr. 97; CIDH, Informe Anual 2009, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 51 corr. 1, 30 diciembre 2009, párr. 53, Informe Anual 2008, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1, 25 febrero 2009, párr. 40, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 82.

[6] Cfr. CIDH, Informe Anual 2009, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 51 corr. 1, 30 diciembre 2009, párr. 53, observaciones del Estado sobre estos señalamientos de la Comisión.

ción en los procesos judiciales[7]. En ese mismo sentido, la CIDH ha expresado su preocupación sobre "la capacidad institucional de los defensores públicos para brindar asesoramiento adecuado a las miles de víctimas ya registradas"[8].

En cuanto a la participación de las víctimas en las versiones libres, la CIDH resaltó las dificultades a las cuales las mismas se enfrentan para poder acceder a los lugares donde se llevan a cabo las versiones libres[9].

La Comisión, en su informe del 2007 sobre el proceso de Justicia y Paz, agregó que *"la legitimidad del proceso sigue dependiendo de la forma en que estos problemas sean solucionados, y de cómo se garantice la transparencia de todas las etapas judiciales del proceso"*[10].

Por último, la CIDH destaca que la Fiscalía debería profundizar sus esfuerzos para llevar a cabo los emplazamientos con el fin de que las víctimas tengan la oportunidad de participar en el proceso. En ese sentido la CIDH señaló que el Estado debía continuar con "los esfuerzos por realizar emplazamientos a nivel nacional a través de medios accesibles a la comunidad regional, diferente a los diarios de circulación nacional"[11].

---

7 Cfr., CIDH, Informe Anual 2011, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 69, 30 diciembre 2011, párr. 100, Informe Anual 2009, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 51 corr. 1, 30 diciembre 2009, párr. 53, Informe Anual 2008, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1, 25 febrero 2009, párr. 40, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 83, Informe Anual 2007, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.130, Doc. 22 rev. 1, 29 diciembre 2007, párr. 27.

8 Cfr. CIDH, Informe Anual 2009, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 51 corr. 1, 30 diciembre 2009, párr. 54, Informe Anual 2008, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1, 25 febrero 2009, párr. 40.

9 Cfr. Informe Anual 2007, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.130, Doc. 22 rev. 1, 29 diciembre 2007, párr. 26: "Se ha constatado que las víctimas no escatiman esfuerzos para poder presenciar las versiones libres, a pesar de que carecen de recursos para solventar los gastos requeridos". Cfr. También, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 29.

10 Cfr. Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 29.

11 Cfr. Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 79.

Particularmente la CIDH puntualizó que "el único periódico de circulación nacional es el diario 'El Tiempo', el cual no es distribuido en caseríos, veredas y muchos corregimientos de distintas zonas departamentales. En algunas de estas regiones no opera la señal de televisión, ni el servicio de Internet. Es en estas regiones, precisamente, donde se encuentra el mayor número de víctimas que requiere de acceso a información sobre sus derechos y cómo lograr su reconocimiento. Por lo tanto, los emplazamientos debieran hacerse por intermedio de las emisoras locales, periódicos regionales, Personerías y en general a través de los instrumentos que sirvan de enlace entre esa población desinformada y el Estado"[12].

II. Sobre las reparaciones en el proceso de paz en Colombia

1. Integralidad de las reparaciones

La Comisión IDH señaló en varias oportunidades la necesidad de que las políticas de reparación deben asegurar el derecho a las víctimas a una reparación integral[13] que incluya medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, garantías de no repetición y satisfacción[14].

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas introdujo una recomendación con una redacción similar: *"La implementación del derecho* [a la reparación] *debe desarrollarse tomando en cuenta los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (…) y asimismo*

[12] Cfr. Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 58.

[13] Cfr. CIDH, Informe Anual 2009, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 51 corr. 1, 30 diciembre del 2009, párr. 57, Lineamientos principales para una política integral de reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 19 febrero 2008 párr. 1, 4 y 18.

[14] Cfr. CIDH, Informe Anual 2009, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 51 corr. 1, 30 diciembre 2009, párr. 57, Lineamientos principales para una política integral de reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 19 febrero 2008 párr. 1 y 13.

considerar los cinco elementos de este derecho: la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y garantías de no repetición"[15].

Del mismo modo, la CIDH se refiere a los programas integrales de reparación[16]. Esto último plantea problemáticas de orden teóricas y prácticas a la hora de interpretar el significado de lo que es un programa de reparación integral, particularmente, si se tiene en cuenta que únicamente la reparación judicial puede aspirar a ser integral, mientras que la reparación administrativa no puede nunca pretender ser integral por su propia naturaleza[17]. Asimismo, el hecho de que se utilicen las diferentes categorías de reparación –restitución, compensación, rehabilitación, garantías de no repetición y satisfacción–, no convierte la reparación en integral como parece querer establecer la CIDH. Para que la reparación sea integral, debe ser idónea para reparar todos los daños causados a cada una de las víctimas de forma particular. Es por ese motivo que la Corte IDH, órgano judicial que ordena –cuando corresponde– reparaciones a víctimas individuales, se refiere a la reparación integral.

2. Reparación judicial, reparación contenciosa y reparación administrativa

En los Lineamientos principales para una política integral de reparaciones, la CIDH aboga por la implementación de mecanismos administrativos ágiles y de bajo costo para las víctimas[18], que funcione como una política de Estado que le otorgue estabilidad y una vigencia sostenida en el tiem-

[15] Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Colombia, 6 de agosto del 2010, CCPR/C/COL/CO/6, párr. 10.

[16] Cfr. CIDH, Lineamientos principales para una política integral de reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 19 febrero 2008 párr. 4.

[17] Cfr. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto*, *op. cit.*, p. 30. Cfr. también: ROMBOUTS, Heidy; SARDARO, Pietro y VANDEGINSTE, Stef. "The Right to Reparation for Victims of Gross and Systematic Violations of Human Rights", en: *Out of the Ashes: Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*, DE FEYTER, K. y otros, Eds. Amberes, Intersentia, 2006, pp. 345 a 500.

[18] Cfr. CIDH, Lineamientos principales para una política integral de reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 19 febrero 2008, párr. 30.

po[19]. Además, agrega que la puesta en marcha de ese procedimiento debe ser precedida por un proceso de consulta previa amplio y profundo para que las víctimas y sus representantes puedan exponer sus puntos de vista, e informar al Estado sobre sus necesidades específicas[20].

En cuanto a la reparación judicial, la CIDH propone que las vías judiciales y administrativas no deben ser autoexcluyente, y que se debe poder ofrecer a las víctimas la opción para escoger la vía que más desee[21]. Agrega, además, que en el caso de la Ley 975, la vía judicial y el eventual programa administrativo deberían ser complementarios. Por tanto, la CIDH entiende entonces que la reparación por la vía administrativa no debiera estar sujeta al requisito de desistimiento del incidente judicial por parte de la víctima[22].

Para sustentar lo anterior, la CIDH argumenta que los objetos y sujetos pasivos de las dos vías son diferentes, y que por tanto se trata de créditos diferentes[23]. Por un lado, se le cobra a un victimario de forma principal y, por otro lado, al Estado.

Sobre el particular la CIDH menciona que en todos los casos el Estado conservaría la facultad de compensar en un incidente judicial lo abonado a una víctima en virtud del programa administrativo de reparaciones[24].

Cabe resaltar que esto último entraría en contradicción con el argumento según el cual el objeto y el sujeto pasivo son diferentes para justificar la posibilidad de optar entre las dos vías. En efecto, no se puede justificar que las dos vías no se autoexcluyan –y por tanto abogar porque la reparación por vía administrativa no esté sujeta al requisito del desistimiento del incidente de reparación judicial– con el argumento de que son créditos con distinto sujeto

[19] Cfr. CIDH, Lineamientos principales para una política integral de reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 19 febrero 2008, párr. 30, párr. 4.

[20] Cfr. CIDH, Lineamientos principales para una política integral de reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 19 febrero 2008, párr. 4, 13 y 15.

[21] Cfr. CIDH, Lineamientos principales para una política integral de reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1,19 febrero 2008, párr. 5.

[22] Cfr. CIDH, Lineamientos principales para una política integral de reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 19 febrero del 2008, párr. 6, Informe Anual 2008, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser/L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1, 25 febrero 2009, párr. 46.

[23] Cfr. CIDH, Lineamientos principales para una política integral de reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 19 febrero 2008, párr. 6.

[24] Cfr. CIDH, Lineamientos principales para una política integral de reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 19 febrero 2008, párr. 6.

pasivo y distinto objeto, y al mismo tiempo argumentar que los créditos se pueden compensar. De ninguna forma se puede compensar un crédito de distinta naturaleza y con distintos sujetos pasivos.

Además, la CIDH propone que se mantenga la vía contenciosa administrativa abierta –además de la vía del programa de reparación administrativa– y que en todos los casos exista una compensación de lo otorgado a través del programa de reparación administrativa[25].

3 Agentes del Estado y grupos armados al margen de la ley

La CIDH también señala que la política de reparación debería asegurar el derecho de las víctimas a una reparación integral por el daño generado tanto por grupos armados ilegales como por acción u omisión de agentes estatales[26].

3.1 Prueba

En materia de prueba, el estándar internacional establece que el deber de reparar *no puede descansar exclusivamente en su iniciativa procesal o en la aportación privada de elementos probatorios*[27].

3.2 Conexión entre la reparación y el proceso penal

Sobre este punto, la CIDH determinó que, en la medida en que le corresponde al Estado desempeñar un papel central y una responsabilidad principal en garantizar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas

[25] Cfr. CIDH, Lineamientos principales para una política integral de reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 19 febrero 2008, párr. 7.

[26] Cfr. CIDH, Informe Anual 2009, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser/L/V/II, Doc. 51 corr. 1, 30 diciembre 2009, párr. 57, 60 y 63: "En vista de la falta de avances en la discusión parlamentaria sobre el proyecto de ley que aborda la reparación de las víctimas, la Comisión reitera la importancia de asegurar el derecho de las víctimas a una reparación por el daño generado tanto por grupos armados ilegales como por acción u omisión de agentes estatales, basada en medidas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción y a la luz del principio de integralidad".

[27] Cfr. CIDH, Lineamientos principales para una política integral de reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 19 febrero 2008, párr. 1.

internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario (…), el acceso a la reparación de las víctimas no puede quedar sujeto exclusivamente a la determinación de responsabilidad criminal de los victimarios, ni a la previa ejecución de sus bienes personales, lícitos o ilícitos[28].

En otros términos, el informe de la CIDH podría estar cuestionando el procedimiento especial de Justicia y Paz por cuanto el incidente de reparación se encuentra inserto en el proceso penal individual en la medida en que la reparación a las víctimas podría estar dependiendo de la determinación de la responsabilidad penal individual.

4. Reparación y aspectos diferenciales de acuerdo con los grupos de víctimas expuestos a mayores riesgos

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, señaló que en materia de reparación se debe prestar particular atención a los aspectos de género y a las víctimas que son niños, niñas, afrocolombianos e indígenas[29].

La CIDH estableció que al implementarse las distintas políticas de reparación se deben contemplar las características particulares de los distintos grupos de víctimas[30]. Por ejemplo, el informe sobre Lineamientos enfatiza la necesidad de contemplar programas específicos destinados a reparar integralmente actos de violencia y discriminación hacia las mujeres[31]. En ese mismo sentido, en el informe sobre mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia, la CIDH ha expresado que "es imprescindible que el Estado respete los derechos de las mujeres, al igual que los de otros grupos vulnerables en el esclarecimiento y sanción de los actos de violencia y discriminación ocurridos, así como a la reparación adecuada

[28] Cfr. CIDH, Lineamientos principales para una política integral de reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 19 febrero 2008, párr. 2.

[29] Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Colombia, 6 de agosto 2010, CCPR/C/COL/CO/6, párr. 10

[30] Cfr. CIDH, Lineamientos principales para una política integral de reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 19 febrero 2008, párr. 13.

[31] Cfr. CIDH, Lineamientos Principales para una política integral de reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 19 febrero 2008, párr. 14.

del daño causado, a través de medidas individuales de restitución, indemnización y rehabilitación"[32].

Asimismo, en cuanto a poblaciones indígenas y afrodescendientes, la reparación deberá *tomar en cuenta criterios reparatorios diferenciados que incluyan el reconocimiento y respeto a la identidad y a la cultura, el reconocimiento y respeto de sus territorios, y la participación de sus autoridades en todas las decisiones que los afecten*[33].

En ese mismo sentido, la CIDH señaló en sus observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tras la visita del relator sobre los derechos de los afrodescendientes y contra la discriminación racial a la República de Colombia que le "corresponde al Estado establecer mecanismos que aseguren el derecho de las víctimas afrocolombianas a una reparación integral por el daño generado tanto por grupos armados ilegales como por acción u omisión de agentes estatales (…) conforme a criterios reparatorios diferenciados que incluyan el reconocimiento y respeto a la identidad, la cultura, el territorio y la consulta de todas las decisiones que los afecten"[34].

El mismo informe agrega "*que los mecanismos deben contemplar los efectos del conflicto sobre la propiedad y posesión de territorios individuales y colectivos, y apuntar a la creación de mecanismos ágiles y efectivos para asegurar la restitución de tierras a las víctimas de despojo*"[35].

El Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial estableció que no hay información suficiente para saber de qué forma la reparación prevista en la Ley 975 se aplica en relación con las poblaciones indígenas y afrodescendientes[36].

---

[32] Cfr. CIDH, Informe Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia, OEA/Ser/L/V/II, Doc. 67, 18 octubre 2006, párr. 236.

[33] Cfr. CIDH, Lineamientos principales para una política integral de reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 19 febrero 2008, párr. 15.

[34] Cfr. CIDH, observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tras la visita del relator sobre los derechos de los afrodescendientes y contra la discriminación racial a la República de Colombia, OEA/Ser/L/V/II.134, Doc. 66, 27 marzo 2009, párr. 119.

[35] Cfr. CIDH, observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tras la visita del relator sobre los derechos de los afrodescendientes y contra la discriminación racial a la República de Colombia, OEA/Ser/L/V/II.134, Doc. 66, 27 marzo 2009, párr. 119.

[36] Cfr. Naciones Unidas, Comité sobre la eliminación de la discriminación racial. Observaciones finales sobre Colombia, 28 de agosto del 2009, CERD/C/COL/CO/14, párr. 17.

Concretamente, le solicita al Estado que en la efectiva implementación de la ley se incluyan los programas de restitución de tierras en relación con esas poblaciones y que se les preste especial atención a las mujeres y niño/as[37].

En cuanto a la reparación hacia niños y niñas, la misma deberá tener particularmente en consideración *el interés superior del niño, el respeto de su dignidad, el principio de no discriminación por cualquier índole, el derecho de participación de los niños y niñas, así como el respeto de sus opiniones tanto en el proceso de diseño e implementación de las medidas de reparación*[38].

El informe de la CIDH agrega que las medidas de reparación deberán orientarse a asegurar las condiciones necesarias para que los niños y niñas víctimas puedan gozar de un estándar de vida adecuado que les permita alcanzar su desarrollo pleno como seres humanos[39].

Finalmente, en lo que se refiere a las víctimas de desplazamiento forzado, la CIDH menciona que es necesario que el Estado otorgue un trato preferente a su favor y a adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de su referida condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión[40].

5. Sobre la fuente de la obligación de reparar

En cuanto a la naturaleza de la obligación de reparar (en un programa administrativo), la CIDH señala que no puede ser entendida como expresión de un compromiso político y humanitario con las víctimas del conflicto (como lo señala el Decreto 1290). Se trata más bien de una obligación basada en la responsabilidad jurídica por los hechos reparados[41].

---

[37] Cfr. Naciones Unidas, Comité sobre la eliminación de la discriminación racial. Observaciones finales sobre Colombia, 28 de agosto del 2009, CERD/C/COL/CO/14, párr. 17.

[38] Cfr. CIDH, Lineamientos principales para una política integral de reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 19 febrero 2008, párr. 16.

[39] Cfr. CIDH, Lineamientos principales para una política integral de reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 19 febrero 2008, párr. 16.

[40] Cfr. CIDH, Lineamientos principales para una política integral de reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 9 febrero 2008, párr. 17. En el mismo sentido Cfr. Corte IDH; caso de las masacres de Ituango. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 1º. de julio del 2006. Serie C No. 148, párr. 210.

[41] Cfr. CIDH, Lineamientos principales para una política integral de reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 19 febrero 2008, párr. 7.

En ese mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos ha afirmado que *"le preocupa que este programa se base en el principio de solidaridad y, a pesar de referirse a la responsabilidad subsidiaria o residual del Estado, no reconoce claramente el deber de garantía del Estado"*[42].

En cuanto a la obligación de reparar a cargo del Estado por actos de terceros (en este caso los grupos armados al margen de la ley), la CIDH, en su informe del año 2007 sobre el proceso de Justicia y Paz, ha señalado lo siguiente:

> "*(…) en el marco de los balances que pretende realizar la Ley de Justicia y Paz como instrumento de Justicia Transicional, las víctimas se ven obligadas a resignar una parte considerable de sus expectativas de justicia por la reducción sustancial de las penas por crímenes atroces, a cambio de alcanzar la paz, lograr la verdad y el acceso efectivo a una reparación.* ***De allí que no resulte razonable que el Estado, que ha establecido el marco jurídico del proceso y garantiza su suerte, no asuma respecto de las reparaciones a las víctimas el mismo papel central que reconoce asumir para lograr los demás elementos de la ecuación: la aplicación de justicia penal, la verdad, las políticas de memoria y el desmonte efectivo de los grupos ilegales***"[43] (resaltado fuera del texto).

En otros términos, se puede entender que el Estado estaría obligado a cargar con las reparaciones de las víctimas del accionar de los grupos ilegales en la medida en que el mismo le requiere un sacrificio a las víctimas y/o sus familiares –a través de una reducción importante de las penas por los crímenes que tuvieron que padecer–. Dado lo anterior, en la medida en que el Estado interviene para aliviar la pena por esos crímenes, también debería intervenir para asumir el costo de los otros elementos de la ecuación, a saber, en este caso las reparaciones.

6. Sobre la identificación de bienes y los titulares de la obligación de reparar

El informe de la CIDH se refiere también a la obligación de reparar a cargo de los victimarios de acuerdo con el espíritu de la Ley de Justicia y Paz. En ese

---

[42] Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Colombia, 6 de agosto 2010, CCPR/C/COL/CO/6, párr. 10.

[43] Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser/L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 97.

sentido los Lineamientos señalan que la implementación de un programa integral de reparaciones debería estar necesariamente acompañada por una estrategia activa de parte del Gobierno y de la Fiscalía encaminadas a la recuperación de bienes y activos lícitos e ilícitos que pertenecen a los grupos paramilitares[44].

Queda la duda de si el informe se podría estar refiriendo a los bienes lícitos e ilícitos de los integrantes de los grupos guerrilleros que se desmovilicen. Asimismo, la CIDH parece confundir la reparación administrativa (en la cual la obligación principal de reparar se encuentra a cargo del Estado) con la reparación judicial individual (escenario de la reparación en Justicia y Paz). Por ende, la política de recuperación de bienes está aquí planteada en el marco de un programa de reparación administrativa (que como se ha visto de ninguna forma –por su naturaleza– puede ser integral) y no específicamente en el marco de una reparación judicial. A pesar de lo anterior, se puede considerar que ese tipo de política activa también debe ser entendida en el marco del procedimiento especial de Justicia y Paz.

La CIDH ha señalado que, además, correspondía "fortalecer los sistemas de notariado, 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"[45]. Esta recomendación responde a varias problemáticas destacadas por la CIDH: i) respecto a la entrega de bienes inmuebles, la CIDH observa con preocupación que en Colombia existe desarticulación entre los sistemas de notariado, registro y catastro, lo cual anticipa dificultades en la devolución de las tierras pertenecientes a las víctimas del desplazamiento forzado, ii) la falta de información sobre los bienes incluye aspectos como la localización de los inmuebles, los nombres de los supuestos titulares, la aptitud de las tierras y los métodos utilizados para su adquisición, y iii) se desconoce si estos bienes serán destinados al fondo de reparación de las víctimas, o bien a los proyectos productivos para reinsertados, desplazados y campesinos, así como las acciones que se emprenderán para averiguar sobre los legítimos titulares[46].

---

[44] Cfr. CIDH, Lineamientos principales para una política integral de reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 19 febrero 2008, párr. 8.

[45] Cfr. CIDH, Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia, OEA/Ser/L/V/II.125, Doc. 15, 1 agosto 2006, párr. 53.

[46] Cfr. CIDH, Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia, OEA/Ser/L/V/II.125, Doc. 15, 1 agosto 2006, párr. 46.

7. Sobre la difusión y la llegada a las víctimas

La CIDH insiste en el hecho que la implementación de un programa de reparación debe estar acompañado de una estrategia activa del estado de difusión y llegada a las víctimas que se traduce, entre otros, en campañas amplias de información, y un proceso de descentralización administrativa del trámite de las oficinas que registren los pedidos, manteniendo una centralización en cuanto a la decisión a fin de garantizar accesibilidad e igualdad ante la ley[47].

La Comisión menciona, asimismo, que los procedimientos de reparación deben ser accesibles, flexibles, transparentes y públicos salvo aquella información que pueda poner en riesgo a las víctimas[48].

8. Sobre la prueba de los daños

La CIDH señala que, en vista de la naturaleza de dichos procedimientos administrativos, a las características de los hechos reparados y a la condición de numerosas víctimas del conflicto colombiano, debería procurarse un sistema amplio en materia probatoria en el cual el Estado cumpla un papel activo en la producción y recolección de información relevante para fiscalizar la veracidad de los hechos denunciados[49].

Más adelante agrega que deberían contemplarse la posibilidad de acudir a pruebas de indicios, al testimonio de las propias víctimas y sus familiares, acompañarse los hechos individuales con información del contexto social y los patrones de violaciones y hechos acreditados en casos tramitados ante los juzgados colombianos, la CIDH y la Corte Interamericana[50]. Además, la CIDH señaló con preocupación que se ha establecido "la vía judicial penal como único camino para el acceso a las reparaciones económicas, lo que indudablemente provocará que muchas víctimas, por los problemas propios del

[47] Cfr. CIDH, Lineamientos principales para una política integral de reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 19 febrero 2008, párr. 12.

[48] Cfr. CIDH, Lineamientos principales para una política integral de reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 19 febrero 2008, párr. 11.

[49] Cfr. CIDH, Lineamientos principales para una política integral de reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 19 febrero 2008, párr. 11.

[50] Cfr. CIDH, Lineamientos principales para una política integral de reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 19 febrero del 2008, párr. 11.

acceso a la justicia en Colombia, las dificultades probatorias y los criterios estrictos de responsabilidad característicos de los procesos criminales, se vean impedidas de acceder finalmente a una reparación"[51].

Sobre este punto se plantean algunas observaciones. En primer lugar, la CIDH se estaría refiriendo a una necesidad de flexibilizar la prueba de los hechos en el marco de un programa administrativo, pero no se hace referencia a la reparación judicial. En otros términos, cabe preguntarse si este discernimiento de ampliación de los criterios probatorios también debe ser aplicado en los procedimientos de Justicia y Paz (incidentes de reparación integral) o si la CIDH entiende que el estándar probatorio en sede judicial debe ser el mismo que en los otros incidentes de reparación fuera de la Ley 975. Esta última conclusión es posible en la medida en que la CIDH parece excluir deliberadamente la reparación judicial.

Por otro lado, esos criterios probatorios son consistentes con la postura del Alto Comisionado de Naciones Unidas en el ya mencionado documento sobre la reparación administrativa en los escenarios de post conflicto[52].

En segundo lugar, el documento de la CIDH no aclara si se trata de la prueba de los hechos, de la prueba de la condición de víctima o de la prueba de los daños. El texto se refiere a los hechos, pero no parece excluir la posibilidad de que esos criterios sobre prueba se puedan aplicar a la condición de víctima y a la prueba de los daños.

---

[51] CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser/L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 95.

[52] Cfr. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto*, *op. cit.*, p. 18: "*El otro factor estructural que puede excluir a muchas personas que, de otro modo, serían posibles beneficiarios calificados es la forma de determinar los requisitos de prueba. Fijar el listón demasiado alto dejará fuera a muchas víctimas. Al tomar esas decisiones, deben tenerse en cuenta la disponibilidad general de los archivos, incluidos los de la policía[28], el papel de los medios de comunicación en el momento del conflicto[29], la existencia de ONG de derechos humanos que llevaran registros en el momento en que se produjeron las violaciones y otros factores contextuales. Además, esas decisiones deben tener en cuenta el tipo de violación de que se trate. Una cosa es probar una detención ilegal (lo que puede ser ya difícil) y otra muy distinta probar formas de tortura o abuso sexual que no dejan marcas observables, especialmente a la larga".*

9. Sobre el fondo de reparaciones

El informe anual 2009 de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas, menciona que el Fondo de Reparación de las Víctimas no ha recibido los recursos esperados. Por tanto, la entidad propone agilizar los procesos de extinción de dominio, y agrega que las tierras en manos de los testaferros de paramilitares deberían ser devueltas a sus legítimos dueños[53].

10. Sobre la Ley 1448

En lo que se refiere a la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, la Comisión Interamericana señaló que era un esfuerzo digno de reconocimiento "*a fin de avanzar en la pacificación mediante la desmovilización de actores armados y la protección de sus ciudadanos*"[54] y que era "*un avance en el desarrollo de un concepto integral de reparación*"[55]. Enfatizó que "*uno de sus puntos cruciales es que reconoce la existencia de un conflicto armado, que había sido negado sistemáticamente por el Estado*" y que con ello, "*se estaría permitiendo la reparación de las víctimas y la devolución de tierras que habrían sido despojadas por grupos paramilitares y, en ocasiones, con la connivencia de las fuerzas de seguridad*"[56].

A pesar de lo anterior, la Comisión señaló que la ley presenta "*muchos desafíos y críticas*". Entre ellos destacó que la ley establecería la posibilidad de una reparación económica sólo a las víctimas de abusos después de 1985 y únicamente podría reclamarse la restitución de tierras despojadas después de 1991 y "*excluiría a las víctimas recientes de grupos paramilitares porque el Estado afirmaría que tales grupos se desmovilizaron en el 2003*". Además, la Comisión observó que la ley presentaría "*un reto económico para el Estado por la cantidad de personas a reparar*". Por último, señaló que la ley no incluiría medidas que

---

[53] Cfr. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 4 de marzo del 2010, A/HRC/13/72, párr. 84.

[54] Cfr., entre otros, CIDH Informe Anual 2011, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser/L/V/II, Doc. 69, 30 diciembre del 2011, párr. 19.

[55] Cfr., entre otros, CIDH Informe Anual 2011, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser/L/V/II, Doc. 69, 30 diciembre del 2011, párr. 77.

[56] Cfr., entre otros, CIDH Informe Anual 2011, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser/L/V/II, Doc. 69, 30 diciembre del 2011, párr. 74.

garanticen la seguridad de las personas que regresan a sus tierras frente a aquéllas que las habrían desplazado[57].

En lo que se refiere a los límites temporales, cabe resaltar que la Ley 1448 fue declarada exequible por la Corte Constitucional, entre otros motivos, *"en consideración del hecho que el criterio de distinción de naturaleza temporal empleado en la norma demandada es idóneo para garantizar la sostenibilidad fiscal, pues delimita el conjunto de víctimas beneficiarias de las medidas de reparación de índole económica. Igualmente, no resulta desproporcionada respecto de los derechos de las víctimas pues, por una parte, la fecha del 1º de enero de 1985 precisamente cobija el periodo fiscal en el cual se produce el mayor número de víctimas y se agravan las violaciones al Derecho Internacional Humanitario y en las normas internacionales de derechos humanos; por otra parte, las víctimas anteriores a ese período resultan cobijadas por otro tipo de medidas de reparación, como las del derecho a la verdad, medidas de reparación simbólica y a las garantías de no repetición previstas en la presente ley, como parte del conglomerado social y sin necesidad*"[58].

Si la mayor parte de las víctimas corresponden al período cubierto por la ley para las reparaciones pecuniarias, cabe preguntarse entonces por qué motivo la cobertura temporal no abarcó un mayor período de tiempo dado que el impacto económico no habría sido tan relevante (en el entendido de que como lo indica la misma sentencia, el período que ya está tomado en cuenta es el que verdaderamente impacta la economía del Estado). En ese sentido, el argumento según el cual la sostenibilidad económica es relevante a la hora de determinar ese período histórico pierde congruencia toda vez que se señala que el mayor número de víctimas es posterior al año de 1985.

11. Decretos-Ley 4633, 4634 y 4635

La Comisión se refirió a dichos decretos y observó que los mismos estaban enfocados o dirigidos a las víctimas individuales y colectivas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, al pueblo Rrom o Gitano y a las comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras, respectivamente[59].

---

[57] Cfr., entre otros, CIDH Informe Anual 2011, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser/L/V/II, Doc. 69, 30 diciembre del 2011, párr. 74.

[58] Comunicado de prensa número 14, 28 y 29 de marzo del 2012, Corte Constitucional Colombiana por Sentencia C-250/2012.

[59] Cfr., entre otros, CIDH, Informe Anual 2011, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser/L/V/II, Doc. 69, 30 diciembre del 2011, párr. 76.

III. Sobre la pena alternativa

1. La Ley de Justicia y Paz no es una ley de amnistía

En el caso de La Rochela, la Corte Interamericana analiza algunos aspectos esenciales de la Ley de Justicia y Paz[60]. Para esto, tomó en cuenta la Sentencia C-370 de la Corte Constitucional en la cual se determinó su exequibilidad condicionada.

En particular, la Corte Interamericana observó que la Corte Constitucional había considerado que la Ley de Justicia y Paz no constituía una ley de amnistía por cuanto "*ni impide proseguir los procesos penales ya iniciados ni elimina las penas, sino que concede un beneficio penal en aras de la paz*". Asimismo, recordó que la Corte Constitucional había establecido que "*el beneficio de la alternatividad penal se ajusta a la Constitución puesto que no representa una afectación desproporcionada de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, los cuales también son protegidos por la misma ley*"[61].

A pesar de esta referencia a la Sentencia C-370, la Corte Interamericana no emitió ningún tipo de juicio de valor al respecto, únicamente se limitó a describir el razonamiento de la Corte colombiana.

2. La proporcionalidad de la pena

Como se ha visto, uno de los aspectos más importante de la Ley de Justicia y Paz reside en la posibilidad, para los postulados que colaboren con la averiguación de la verdad y la reparación integral de las víctimas, de obtener una pena alternativa de detención que no supera los ocho años de cárcel.

En esa medida, es necesario analizar qué han dicho los órganos internacionales de derechos humanos en materia de proporcionalidad de la pena para los autores de graves violaciones a los derechos humanos. Se ha visto

[60] Cfr. Corte IDH; caso de la masacre de La Rochela *vs.* Colombia, Sentencia de mayo 11 del 2007, Serie C No. 163.

[61] Cfr. Corte IDH; caso de la masacre de La Rochela *vs.* Colombia, Sentencia de mayo 11 del 2007, Serie C No. 163, párr. 183.

que el estándar internacional en esta materia exige que ciertas conductas reconocidas por el Derecho Internacional sean castigadas con penas proporcionales para no hacer nugatoria la persecución penal de crímenes internacionales o la lucha contra la impunidad.

En lo que se refiere al proceso de Justicia y Paz, la Corte IDH ha dicho que: "[e]n cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos. La pena debe ser el resultado de una sentencia emitida por autoridad judicial. Al momento de individualizar las sanciones se deben fundamentar los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente"[62].

En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos señaló que el Estado debe *"investigar y castigar las graves violaciones de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario con penas adecuadas que tengan en cuenta su gravedad*"[63].

En cuanto al Comité contra la Tortura, este ha sido mucho más enfático al señalar que los beneficios jurídicos otorgados por la Ley 975 de 2005 "*no coinciden con el principio de la proporcionalidad de la pena, y la ausencia de condenas indica una amnistía de facto en contravía con las obligaciones internacionales de derechos humanos*"[64].

3. Revocación de los beneficios, verificación de la confesión

La CIDH, siguiendo el contenido de los artículos 10 y 11 de la Ley 975, y de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en su Sentencia C-370, entendió que los beneficios no serán otorgados a los des-

---

62 Cfr. Corte IDH; caso de la masacre de La Rochela *vs.* Colombia, Sentencia de mayo 11 del 2007, Serie C No. 163, párr.. 196.

63 Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Colombia, 6 de agosto del 2010, CCPR/C/COL/CO/6, párr. 9.

64 Cfr. Naciones Unidas, Comité contra la tortura, observaciones finales, Colombia, CAT/C/COL/CO/4, 4 de mayo del 2010, párr. 14.

movilizados que no cumplan con los requisitos de elegibilidad establecidos por la Ley de Justicia y Paz[65].

La CIDH, en su pronunciamiento del año 2006, ha afirmado que todas las instituciones involucradas en la aplicación de la ley deben cooperar aportando la información disponible con el fin de apoyar a las autoridades judiciales en la verificación de estos requisitos[66]. En relación con lo anterior, la CIDH convoca a la Fiscalía y al Tribunal de Justicia y Paz a que hagan cumplir de manera rigurosa los requisitos de elegibilidad establecidos en la Ley de Justicia y Paz que condicionan el acceso de los postulados a los beneficios de pena atenuada y su preservación, y eliminar cualquier sospecha sobre su vinculación con el narcotráfico antes de decidir si califican para acceder a los beneficios penales que establece la ley[67].

Por tanto, como lo señala la Comisión, el juramento del desmovilizado no releva en modo alguno a las autoridades de su papel de verificación activa de los requisitos para el acceso a los beneficios de morigeración de penas[68].

En lo que se refiere a las tareas de verificación que debe llevar a cabo la Fiscalía, éstas deben realizarse teniendo en cuenta los estándares de investigación diligente y exhaustiva[69].

---

65 Cfr. CIDH, Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia, OEA/Ser/L/V/II.125, Doc. 15, 1 agosto 2006, párr. 17. CIDH Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser/L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 72.

66 Cfr. CIDH, Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia, OEA/Ser/L/V/II.125, Doc. 15, 1 agosto 2006, párr. 17.

67 Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser/L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 76. En el mismo sentido, Cfr. CIDH, Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia, OEA/Ser/L/V/II.125, Doc. 15, 1 agosto 2006, párr. 17.

68 Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser/L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 75.

69 Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser/L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 76.

En otros términos, la CIDH exige al Estado colombiano una estrategia rigurosa de verificación de lo confesado por el postulado en oportunidad de la versión libre. La mera confesión sin verificación no es suficiente para que se puedan otorgar los beneficios de la pena alternativa al postulado. En ese sentido, la Comisión destacó que la Ley 975 define "un doble orden de obligaciones. Por un lado, establece un conjunto de obligaciones que debe ser satisfecho por aquellas personas que pretenden recibir sus beneficios como requisitos para acceder a ellos y para preservarlos en el futuro sin exponerse a su revocación. Por otro, exige de los órganos del Estado colombiano un celoso control del cumplimiento de esas condiciones de elegibilidad, a la luz de la decisión de la Corte Constitucional"[70].

Por último, considerando que el narcotráfico es una causal de exclusión del proceso de Justicia y Paz (artículo 10.5 y 11.6 de la Ley 975 del 2005), la Comisión IDH ha sido enfática en mencionar que "tanto la Fiscalía como el Tribunal de Justicia y Paz, deben agotar todos los medios posibles de investigación a fin de determinar con precisión el proceso histórico de conformación, y la dinámica de desarrollo, de cada uno de los grupos desmovilizados, a fin de aventar cualquier sospecha de su vinculación con el narcotráfico y los negocios ilegales, antes de decidir si califican para acceder a los beneficios penales que establece la ley"[71].

En otros términos, el organismo internacional requiere que se preste la más estricta atención para averiguar si los postulados se encuentran incluidos en esta causal que nos los faculta para continuar con el proceso de Justicia y Paz.

Por último, es relevante resaltar que la Alta Comisionada de Naciones Unidas consideró que la reforma de la Ley 975 debería tomar en cuenta que las condenas en el marco del proceso de Justicia y Paz deberán empezar a cumplirse desde el momento de la sentencia[72].

---

[70] Cfr. CIDH, Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia, OEA/Ser/L/V/II.125, Doc. 15, 1 agosto 2006, párr. 17.

[71] Cfr. CIDH, Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia, OEA/Ser/L/V/II.125, Doc. 15, 1 agosto 2006, párr. 30.

[72] Cfr. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 31 de enero del 2011, A/HRC/19/21, párr. 45.

IV. Sobre la versión libre en el marco del proceso especial de Justicia y Paz

La CIDH ha señalado que "la versión libre rendida por quienes se acojan a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz debe ser completa y veraz, y debe incorporar el derecho a conocer las causas y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que los crímenes fueron cometidos, a fin de asegurar el derecho a la verdad"[73].

La Comisión, en su informe del año 2007 sobre la Ley de Justicia y Paz consideró importante señalar que *"no existe acuerdo en los operadores judiciales y en especial en la Fiscalía sobre el sentido y la naturaleza de la versión libre de la Ley de Justicia y Paz"*[74].

En particular menciona que "*se ha confundido esta diligencia procesal del procedimiento especial de Justicia y Paz, con la versión del imputado propia del procedimiento penal ordinario*"[75].

La CIDH menciona que la versión libre en el proceso ordinario, i) se puede realizar, sin ser indispensable, con antelación a la iniciación formal de la investigación, ii) se acude a ella por iniciativa propia o por llamamiento de la Fiscalía, iii) el imputado, que no es aún sindicado, cuenta con la oportunidad de narrar su versión de los hechos, inculpatorios o exculpatorios en el desarrollo de la diligencia, iv) si los hechos narrados fueran inculpatorios, los mismos serán tomados como una confesión, v) la actividad del fiscal no es protagónica, aunque debe formular preguntas, especialmente en los casos en los que se está en presencia de una posible confesión (aunque en general, la iniciativa recae en el imputado), vi) en muchas ocasiones, esta diligencia da origen a un proceso formal, o a una providencia inhibitoria, la cual cierra la investigación temporalmente[76].

---

[73] Cfr. CIDH, Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia, OEA/Ser/L/V/II.125, Doc. 15, 1 agosto 2006, párr. 58.1.

[74] Cfr. CIDH, Informe sobre la Implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 60.

[75] Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y Primeras Diligencias Judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 60 y 65.

[76] Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 61.

Por su lado, sobre la versión libre en Justicia y Paz, la Comisión señala que *"en la diligencia de versión libre y confesión establecida para el procedimiento especial de Justicia y Paz, el desmovilizado voluntariamente postula a los beneficios de la Ley y presenta su versión libre de los hechos*"[77]. En ese caso, *"se presume que, habiendo postulado a acceder a los beneficios de la Ley, el desmovilizado ha cometido conductas punibles cuya narración debe ser el objeto de esta diligencia*"[78]. Concluye que en esa diligencia, el Fiscal Delegado debe *"iniciar su gestión procesal interrogando al postulado sobre todos los hechos de los que pudiera tener conocimiento, a fin de establecer la verdad sobre lo sucedido [… y que por lo tanto] la diligencia toma las denominaciones de 'versión y confesión'"*[79].

Agrega que los dos tipos de diligencias de versión libre "difieren en el método, en el momento procesal, en el tipo de procedimiento y sobre todo en la actividad que debe desarrollar el Fiscal"[80]. La CIDH concluye observando que existe en la práctica[81] una "confusión respecto del concepto de versión libre,

---

77 Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 62.

78 Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 62.

79 Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 62.

80 Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 63.

81 La CIDH señala que tiene conocimiento de las directrices de la Fiscalía de diciembre del 2006 para el procedimiento de recepción de versión libre en los asuntos de competencia de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz con el fin de proceder con las primeras diligencias de versiones libres (Resolución 0-3998 del 6 de diciembre del 2006, *Diario Oficial* 46.481, por la cual se establecen directrices para el procedimiento de recepción de versión libre en los asuntos de competencia de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, en desarrollo de la Ley 975 del 2005 y sus Decretos Reglamentarios 4760 del 2005, 2898 y 3391 del 2006) que versan sobre: (1) el procedimiento previo a la recepción de la versión libre y confesión; (2) la asignación de salas de versión libre; (3) la citación para la diligencia de versión libre; (4) el desarrollo de la diligencia de versión libre; (5) el acceso de las víctimas a las salas de versión libre, y (6) la pluralidad de representantes de las víctimas, limitando en caso de conflicto a dos representantes. Cfr. CIDH Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 63.

en cuanto a la distinción entre las dos modalidades descritas, a saber: lo establecido en la legislación ordinaria y lo dispuesto en la Ley de Justicia y Paz"[82].

En concreto, indica que resulta preocupante que los fiscales encargados desempeñan una actividad pasiva, conforme a una rol acorde a lo que sería el de ellos en el marco del procedimiento ordinario. Esto último no estaría en conformidad con el papel activo que deberían cumplir en al marco de una versión libre en Justicia y Paz[83]. La CIDH concluye resaltando la "necesidad de adoptar medidas efectivas destinadas a asegurar que las diligencias de versión y confesión sean conducidas por la fiscalía conforme al objeto y fin de este procedimiento especial, que aspira al establecimiento de la verdad sobre lo sucedido en el conflicto, considerando además que un rol activo de la Fiscalía en los interrogatorios es fundamental para cumplir con el mandato de verificación de los requisitos de la ley especial"[84].La Alta Comisaria para los Derechos humanos de Naciones Unidas, "ha manifestado que las posibilidades de las víctimas de conocer la verdad de lo que les, a ellas y a sus familiares, han estado restringidas en su mayor parte a lo revelado en las versiones libres"[85]. En otros términos, la representante de Naciones Unidas subraya los aspectos problemáticos de que le verdad que surge de los procedimientos de Justicia y paz sea la verdad de los victimarios. En ese mismo sentido, la Alta Comisionada, en su informe del año 2008 destacó que los actos de violencia sexual ocurridos en el contexto del conflicto armado continúan presentando un alto nivel de impunidad[86] y que en el marco de las versiones libres de

[82] Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 65.

[83] Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 65.

[84] Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 65.

[85] Cfr. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 4 de marzo del 2010, A/HRC/13/72, párr. 81.

[86] Cfr. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 19 de febrero del 2009, A/HRC/10/032, párr. 60.

Justicia y Paz, se habían mencionado 15 casos de violencia sexual, de los cuales sólo cuatro han sido confesados[87], marcando una invisibilización muy importante de ese tipo de delitos.

La misma entidad de Naciones Unidas, en su informe del año 2009, subrayó la necesidad de que ese derecho a la verdad se haga efectivo también a través de mecanismos no judiciales que sean complementarios a los desarrollados en Justicia y Paz[88].

Por último, al constatar que el procedimiento especial de Justicia y Paz se encuentra enmarañado, el Alto Comisionado propone incorporar cambios a la estructura del proceso. En particular, esa entidad sugiere i) distinguir entre delitos "no indultables" y conductas punibles menos graves; ii) la posibilidad de imputaciones colectivas; o iii) que la Fiscalía no tenga que comprobar la veracidad de todos los hechos mencionados en las "versiones libres", como prescribe actualmente la ley, sino únicamente de los delitos no sujetos a indulto[89].

En su informe del año 2011, la Alta Comisionada de Naciones Unidas consideró que a la hora de reformar la Ley de Justicia y Paz, se debería tomar en cuenta la posibilidad de llevar a cabo versiones libres colectivas, con una duración determinada[90].

Al respecto, cabe comentar que es difícil conciliar esta propuesta con otras propuestas que proponen una mayor participación de las víctimas en la versión, en particular con la posibilidad de interrogar directamente al postulado.

---

87 Cfr. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 19 de febrero del 2009, A/HRC/10/032, párr. 60.

88 Cfr. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 4 de marzo del 2010, A/HRC/13/72, párr. 83.

89 Cfr. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 4 de marzo del 2010, A/HRC/13/72, párr. 82.

90 Cfr. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 31 de enero del 2012, A/HRC/19/21/Add.3, párr. 45.

V. Sobre las diligencias de investigación

1. Primeras diligencias de investigación

En su pronunciamiento sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia del año 2006, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[91], la CIDH, ha subrayado la importancia de que "las autoridades del Estado vigilen celosamente la actividad previa al inicio del procedimiento específico previsto por la Ley de Justicia y Paz"[92]. En particular destaca, entre otras instancias, i) las negociaciones con los grupos armados al margen de la ley o con sus miembros, ii) el registro y verificación de la operatividad de las armas entregadas, iii) la verificación de la identidad personal de las personas desmovilizadas y de sus antecedentes criminales, iv) la confección de los listados finales a remitir a la Fiscalía, v) la aprobación de los proyectos de reinserción social, la verificación del desmonte efectivo de sus estructuras armadas, y vi) toda otra actividad estatal anterior al inicio del procedimiento especial de la ley[93].

La Comisión IDH ha señalado que las versiones libres de las personas que se presentaban a los circuitos judiciales de desmovilización ofrecían las siguientes problemáticas: i) los fiscales asignados eran frecuentemente comisionados horas antes de su partida desde distintas zonas del país hacia la zona de ubicación, ii) no pertenecían a una unidad especial ni recibían entrenamiento específico para la tarea sino que normalmente cumplían funciones en unidades de la Fiscalía dedicadas a la investigación de delitos tales como secuestro o terrorismo[94], iii) las preguntas formuladas por los fiscales durante la versión

[91] Cfr. CIDH, Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia, OEA/Ser/L/V/II.125, Doc. 15, 1 agosto 2006, párr. 19.

[92] Cfr. CIDH, Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia, OEA/Ser/L/V/II.125, Doc. 15, 1 agosto 2006, párr. 19.

[93] Cfr. CIDH, Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia, OEA/Ser/L/V/II.125, Doc. 15, 1 agosto 2006, párr. 19.

[94] Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: Etapas Iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 21.

libre recibida en el circuito jurídico consistieron en un cuestionario estándar que se empleó en todas las desmovilizaciones, en vista de las características y los formatos utilizados en el cuestionario[95], la toma de versiones constituyó un trámite meramente formal[96], y iv) los fiscales enviados a las zonas de ubicación no recibieron instrucciones de indagar la posible vinculación de quienes pasaron por el circuito con la comisión de crímenes perpetrados en la zona, ni de recopilar en forma previa información relacionada con las causas pendientes que involucraran a miembros de los Bloques de la AUC que participaron de la desmovilización.

La CIDH concluye que "la toma de versiones libres en el marco de los circuitos jurídicos de las desmovilizaciones constituyó una oportunidad perdida para la recopilación de información sobre los bloques, sus miembros, y la dinámica socioeconómica que mantenía el funcionamiento y existencia de dichos grupos"[97]. Esta afirmación se fundamenta en el hecho de que el refe-

[95] La CIDH señala que "las preguntas consistieron en el nombre del grupo armado al margen de la ley al que pertenecía y su fecha de vinculación a éste; utilización de armas de algún tipo y sus características; utilización de algún alias, 'mote' o apodo; entrenamiento para pertenecer a la organización; tiempo de permanencia en el grupo, lugares donde estuvo y fechas; lugares donde operaba el grupo; número de personas que conformaban el grupo; estructura del grupo; motivos por los cuales se desmovilizaba; actividades realizadas al interior del grupo; posibilidad de mencionar su participación o de otras personas del grupo en otros hechos delictivos; nombres de sus jefes en la organización; conocimiento sobre personas secuestradas por el grupo; conocimiento sobre bienes obtenidos por el grupo u organización durante sus actividades como tal". Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 22.

[96] Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 23.

[97] Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 37. Cfr. en el mismo sentido el párr. 109.2: "Los circuitos jurídicos previstos para el proceso de desmovilización de los miembros de las AUC reflejaron una falta de sistematización de los mecanismos destinados a identificar y determinar la responsabilidad penal por la comisión de crímenes. Los vacíos e inexactitudes generados en esa primera etapa tienen repercusión negativa en los procesos investigativos adelantados en aplicación de la Ley de Justicia y Paz y pueden llevar a la impunidad de los numerosos crímenes no confesos por los cuales no se adelantan investigaciones judiciales".

rido organismo internacional considera que el circuito judicial presentó una oportunidad propicia para que, las autoridades judiciales recabaran elementos para establecer si los desmovilizados se encontraban implicados en crímenes que podrían requerir la aplicación de la Ley de Justicia y Paz[98]. En lugar de esto, en el desarrollo de esas diligencias de versiones libres los fiscales no recibieron instrucciones de indagar sobre los crímenes perpetrados y la posible aplicación de la Ley de Justicia y Paz[99]. Esta observación fue reiterada en informes posteriores[100].

2. Modalidades de verificación de los requisitos de elegibilidad según la desmovilización sea colectiva o individual

La CIDH ha observado las diferencias existentes entres las distintas modalidades de desmovilización previstas en los artículos 10 y 11 de la Ley 975 del 2005. En cuanto a los requisitos de elegibilidad, la misma Comisión considera que, con el fin de "cumplir con los objetivos para los cuales el marco jurídico fue creado", deben ser verificados "dependiendo de la modalidad de desmovilización que se escoja, ya sea desmovilización individual o colectiva"[101]. La CIDH agrega que "el sistema de incentivos y de cargas impuestas en relación a las distintas formas de desmovilización, responden a lógicas y objetivos diversos"[102]. Mientras que la desmovilización individual procura estimular la

[98] Cfr. CIDH, Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia, OEA/Ser/L/V/II.125, Doc. 15, 1 agosto 2006, párr. 36.

[99] Cfr. CIDH, Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia, OEA/Ser/L/V/II.125, Doc. 15, 1 agosto 2006, párr. 36.

[100] Cfr. Comisión IDH, Informe Anual 2009, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 51 corr. 1, 30 diciembre 2009, párr. 33.

[101] Cfr. CIDH, Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia, OEA/Ser/L/V/II.125, Doc. 15, 1 agosto 2006, párr. 23.

[102] Cfr. CIDH, Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia, OEA/Ser/L/V/II.125, Doc. 15, 1 agosto 2006, párr. 23.

entrega de información sobre los grupos en conflicto, la desmovilización colectiva procura alcanzar su desmonte efectivo, y apuntalar un proceso de paz o distensión con las organizaciones armadas[103].

3. Sobre el plazo razonable

La Comisión determinó que los fiscales delegados de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y Paz contarán con un plazo razonable para investigar los delitos y que una vez que haya completado el programa metodológico pedirán al magistrado respectivo que convoque la audiencia de imputación[104].

En su informe anual del 2008, la Comisión IDH manifestó que hasta la fecha del informe únicamente había habido una única sentencia en el marco del proceso de Justicia y Paz[105] (caso Wilson Salazar Carrasquilla), y en el informe del 2009, la misma mencionó que a "cinco años de la promulgación de la Ley de Justicia y Paz aún no se han proferido condenas"[106] y que "nota que sólo se ha avanzado a la etapa de sentencia de un postulado"[107]. En ese mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos ha señalado en sus observaciones finales sobre Colombia, de agosto del 2010, que "observa con preocupación que se ha logrado solamente una sentencia condenatoria contra dos personas y se han abierto pocas investigaciones, a pesar de la sistemática violencia relevada en las versiones libres de los paramilitares postulados"[108].

---

[103] Cfr. CIDH, Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia, OEA/Ser/L/V/II.125, Doc. 15, 1 agosto 2006, párr. 23.

[104] Cfr. CIDH, Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia, OEA/Ser/L/V/II.125, Doc. 15, 1 agosto 2006, párr. 58.6.

[105] Cfr. Informe Anual 2008, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1, 25 febrero 2009, párr. 29.

[106] Cfr. Comisión IDH, Informe Anual 2009, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 51 corr. 1, 30 diciembre 2009, párr. 27 y 28 (Tras la nulidad decretada por la Corte Suprema, persiste la ausencia de condenas conforme a la Ley de Justicia y Paz).

[107] Cfr. Comisión IDH, Informe Anual 2009, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 51 corr. 1, 30 diciembre 2009, párr. 27.

[108] Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Colombia, 6 de agosto 2010, CCPR/C/COL/CO/6, párr. 9.

El Comité contra la Tortura ha señalado que estaba seriamente preocupado de que a pesar de la sistemática violencia relevada en las versiones libres y la afirmación en la Ley 975 del 2005 que la aplicación de las disposiciones previstas en dicha ley deberá realizarse, hasta la fecha no han emitido ninguna condena por graves violaciones de derechos humanos[109].

La Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados de Naciones Unidas observó que al mes de abril del 2010, no existía ninguna sentencia firme emitida en procesos de Justicia y Paz[110].

La Alta Comisionada para los Derechos Humanos de Naciones Unidas se ha expresado en ese mismo sentido en sus informes correspondientes a los años 2009[111] y 2008[112]. A finales del 2010, se puede decir que esa conclusión no ha variado sino es que se ha avanzado a la etapa de la sentencia en tres casos sin que exista hasta el momento una sentencia firme de condena.

Sobre el plazo razonable en el contexto de Justicia y Paz, la CIDH señaló que "los plazos (…) comprometerían seriamente la investigación y el juzgamiento de los beneficiarios de la Ley"[113] convocando a que las entidades encargadas de aplicar la normatividad de Justicia y Paz interpreten y apliquen los plazos previstos a la luz de la decisión de la Corte Constitucional en la Sentencia C-370[114].

---

[109] Cfr. Naciones Unidas, Comité contra la Tortura. Observaciones finales, Colombia, CAT/C/COL/CO/4, 4 de mayo 2010, párr. 14.

[110] Cfr. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos: Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, señora Gabriela Carina Knaul de Albuquerque e Silva, 15 de abril 2010, A/HRC/14/26/Add.2, párr. 36.

[111] Cfr. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 4 de marzo 2010, A/HRC/13/72, párr. 81,

[112] Cfr. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 19 de febrero 2009, A/HRC/10/032, párr. 50 y 68. Cfr. también el párr. 99. c): *"La Alta Comisionada anima a la Fiscalía General de la Nación a que acelere los procedimientos en el marco de la Ley de Justicia y Paz (…)".*

[113] Cfr. CIDH, Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia, OEA/Ser/L/V/II.125, Doc. 15, 1 agosto 2006, párr. 31.

[114] Cfr. CIDH, Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la ley de Justicia y Paz en la República de Colombia, OEA/Ser/L/V/II.125, Doc. 15, 1 agosto 2006 párr. 33.

A su vez, como ha sido señalado, el plazo razonable de las investigaciones debe ser ponderado en el caso concreto de acuerdo con la complejidad del caso, así como en la conducta de las autoridades y de las víctimas.

VI. Sobre las extradiciones

En materia de extradiciones de los postulados a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, hubo varios pronunciamientos internacionales.

La Corte Interamericana, en la resolución de cumplimiento de sentencia para el caso de Mapiripán, señaló que *"un Estado no puede otorgar protección directa o indirecta a los procesados por crímenes contra derechos humanos mediante la aplicación indebida de figuras legales que atenten contra las obligaciones internacionales pertinentes. De tal manera, la figura de la extradición tampoco puede constituirse en un medio para favorecer, procurar o asegurar la impunidad*"[115]. Y agregó más adelante que, *"[l]a Corte considera que en las decisiones sobre la aplicación de determinadas figuras procesales a una persona, debe prevalecer la consideración de la imputación de graves violaciones de derechos humanos (…). De tal manera, en razón de la falta de acuerdo de cooperación judicial entre los Estados que han concretado dicha extradición, corresponde a Colombia aclarar los mecanismos, instrumentos y figuras jurídicas que serán aplicadas para asegurar que la persona extraditada colabore con las investigaciones de los hechos del presente caso, así como, en su caso, para asegurar su debido enjuiciamiento. El Estado debe asegurar que los procedimientos que se desarrollan fuera de Colombia no interfieran o entorpezcan las investigaciones de las graves violaciones ocurridas en el presente caso ni disminuyan los derechos reconocidos en esta Sentencia a las víctimas*"[116].

Por su lado, la CIDH se pronunció sobre las extradiciones en varios de sus informes. En el informe anual del 2009 señaló que las extradiciones de varios líderes paramilitares a los EE.UU. constituían "obstáculos sustanciales en el

[115] Cfr. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la masacre de Mapiripán *vs.* Colombia, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 8 de julio 2009, párr. 40.

[116] Cfr. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la masacre de Mapiripán *vs.* Colombia, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 8 de julio 2009, párr. 41.

avance del juzgamiento de los postulados a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz"[117] y "una paralización del proceso de esclarecimiento de graves crímenes perpetrados por las AUC"[118].

En un comunicado de prensa del año 2008, la CIDH había expresado su preocupación por la extradición de paramilitares colombianos[119]. En particular la Comisión declaró que "la extradición afecta la obligación del Estado colombiano de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación de los crímenes cometidos por los grupos paramilitares; impide la investigación y el juzgamiento de graves crímenes por las vías establecidas por la Ley de Justicia y Paz en Colombia y por los procedimientos criminales ordinarios de la Justicia colombiana; y cierra las posibilidades de participación directa de las víctimas en la búsqueda de la verdad sobre los crímenes cometidos durante el conflicto y limita el acceso a la reparación del daño causado. Finalmente, la Comisión resaltó que este acto interfiere con los esfuerzos por determinar los vínculos entre agentes del Estado y estos líderes paramilitares en la comisión de violaciones a los derechos humanos"[120]. En el mismo sentido se pronunció en informes recientes[121].

Además, señaló que "*tomó conocimiento sobre diversos obstáculos a la colaboración de los líderes paramilitares extraditados con los procesos adelantados bajo la Ley de Justicia y Paz. Entre ellos se destacan la imposición de restricciones por parte de las autoridades penitenciarias estadounidenses a los extraditados para recibir a sus representantes legales en los procesos de Justicia y Paz; para acceder a la información necesaria con miras a asegurar que sus versiones libres se basen en información concreta, completa y fidedigna; la suspensión de diligencias de versión libre y/o formulación de cargos por impedimentos logísticos o de otro tipo; los impedimentos a la concurrencia de fiscales a los EE.UU. y su sustitución; la escasa*

[117] Cfr. Comisión IDH, Informe Anual 2009, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 51 corr. 1, 30 diciembre 2009, párr. 36. En el mismo sentido, Cfr. Informe Anual 2008, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1, 25 febrero 2009, párr. 30.

[118] Cfr. Comisión IDH, Informe Anual 2009, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 51 corr. 1, 30 diciembre 2009, párr. 36.

[119] Cfr. Comisión IDH, Comunicado de Prensa No. 21/08, de 14 de mayo de 2008.

[120] Cfr. Comisión IDH, Informe Anual 2009, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 51 corr. 1, 30 diciembre 2009, párr. 37.

[121] Cfr. entre otros, CIDH, Informe Anual 2011, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 69, 30 diciembre 2011, párr. 92-94.

presencia de víctimas en los salones de transmisión de versiones libres por causa de dificultades en el acceso o de convocatoria a las diligencias"[122].

En el mismo informe, la CIDH observa la ausencia de acuerdos de cooperación entre Colombia y EE.UU. a los efectos de garantizar "la realización y la efectiva participación de los extraditados en las diligencias que deben ser adelantadas en el marco de los procesos de Justicia y Paz"[123].

Por último, la CIDH también subraya que las extradiciones interfieren "con la obligación del Estado de juzgar a civiles y agentes del Estado involucrados en casos en los que tanto la Comisión como la Corte Interamericana han establecido su responsabilidad frente a graves violaciones a los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos"[124].

En lo que se refiere al Comité de Derechos Humanos, éste se ha pronunciado en el mismo sentido y ha señalado que *"le preocupa que la extradición por orden del poder ejecutivo de jefes paramilitares a los EE.UU. para responder a cargos de narcotráfico ha resultado en una situación que obstaculiza la realización de investigaciones acerca de su responsabilidad por graves violaciones de derechos humanos"*[125]. Agrega el informe que las extradiciones bajo estas condiciones impiden el derecho a la justicia, verdad y reparación de las víctimas y contravienen la responsabilidad del Estado Parte de investigar, enjuiciar y castigar las violaciones de los derechos humanos[126].

La Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, en su informe sobre la Misión a Colombia del año 2010 ha mencionado que la extradición a EE.UU. ha impedido la comparecencia física de los postu-

[122] Cfr. Comisión IDH, Informe Anual 2009, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 51 corr. 1, 30 diciembre 2009, párr. 40, Informe Anual 2008, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1, 25 febrero 2009, párr. 34.

[123] Cfr. Comisión IDH, Informe Anual 2009, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 51 corr. 1, 30 diciembre 2009, párr. 42.

[124] Cfr. Comisión IDH, Informe Anual 2009, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 51 corr. 1, 30 diciembre 2009, párr. 49. En el mismo sentido, Cfr. Informe Anual 2008, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1, 25 febrero 2009, párr. 34.

[125] Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Colombia, 6 de agosto 2010, CCPR/C/COL/CO/6, párr. 11.

[126] Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Colombia, 6 de agosto del 2010, CCPR/C/COL/CO/6, párr. 11

lados ante los jueces colombianos, para "*informar sobre los crímenes de lesa humanidad y las violaciones a los derechos humanos que cometieron, así como sobre sus relaciones con políticos colombianos, principalmente congresistas y funcionarios. Esto genera frustración entre las víctimas y es percibido por la población como una fuente de impunidad*"[127].

VII. Sobre las desmovilizaciones

La CIDH, refiriéndose a los informes del Alto Comisionado para la Paz, en sus comentarios del año 2007 sobre la Ley 975, manifestó que en el marco del proceso de desmovilización se habían presentado personas que no necesariamente pertenecían a las estructuras armadas[128], o que no presentaban características de combatientes[129].

Esta situación habría sido propiciada por los beneficios sociales y económicos ofrecidos como incentivo para las personas que deseaban desmovilizarse[130], y particularmente por el incumplimiento de la presentación[131] del listado de

[127] Cfr. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, señora Gabriela Carina Knaul de Albuquerque e Silva, 15 de abril del 2010, A/HRC/14/26/Add.2, párr. 39.

[128] Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 12.

[129] Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 13, Cfr. también Información del Alto Comisionado para la Paz. Reporte Desmovilización primer grupo de integrantes del Bloque Norte de las Autodefensas. Bogotá, jueves 9 de marzo del 2006. Disponible en el portal de internet de la Oficina del Alto Comisionado para la Paz.

[130] Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 12.

[131] Sobre ese punto, la CIDH señala que "conforme a las entrevistas llevadas a cabo con los funcionarios de la oficina del Alto Comisionado para la Paz, en principio, los líderes de los bloques debían identificar a los miembros de cuadros de la estructura armada bajo su comando que se plegarían a la desmovilización. En la práctica esta lista se confeccionó y amplió en la zona de ubicación, al momento de la desmovilización, a medida que el Alto Comisionado y la Misión MAPP facilitaban la llegada de estas personas a la zona de ubicación.

personas desmovilizadas colectivamente que debían ser identificados por los líderes de los bloques[132]. La CIDH señala, además, que "no existían mecanismos para determinar cuáles eran las personas que verdaderamente pertenecían al bloque a desmovilizarse y que por lo tanto tenían derecho a recibir beneficios socioeconómicos, ni para establecer consecuencias, en caso de fraude"[133].

VIII. Sobre las medidas de protección a los participantes en el proceso

En su informe del año 2007, la CIDH ha destacado que numerosas víctimas del conflicto continúan siendo amenazadas y siendo objeto de actos de violencia e intimidación y control del territorio[134]. La Comisión IDH se ha referido en varias oportunidades a los peligros que corren las víctimas que participan en el proceso de Justicia y Paz[135] afectando su capacidad de participar en el mismo[136]. Menciona, asimismo, que en muchas zonas del país donde la

Cont. nota 131

La Oficina del Alto Comisionado para la Paz contaba con un estimado de personas a desmovilizarse, proporcionado por inteligencia militar". Cfr. CIDH Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 11.

132 Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 11-12.

133 Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 14.

134 Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 91, Informe Anual 2008, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1, 25 febrero 2009, párr. 41.

135 Por ejemplo, menciona los casos de algunos asesinatos de víctimas que habían comparecido en las versiones libres. Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 88 a 90.

136 Cfr. Informe Anual 2008, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1, 25 febrero 2009, párr. 42, MAPP OEA Décimo Segundo Informe Trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (MAPP/OEA), 9 de febrero del 2009, Informe Anual 2009, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 51 corr. 1, 30 diciembre 2009, párr. 56.

violencia derivada de bandas delincuenciales, miembros de las AUC que no se desmovilizaron, nuevos actores armados y el fortalecimiento de algunos ya existentes, las mismas causan temor a las víctimas y las limita de comparecer y reivindicar sus derechos[137]. En ese sentido, "reitera que la participación de las víctimas con garantías de seguridad constituye un aspecto crucial del proceso judicial y de la protección del derecho a la verdad, la justicia y la reparación"[138]. En su informe anual del año 2011, la Comisión señaló que "en el caso de las víctimas activamente involucradas en el proceso, sus representantes y los funcionarios judiciales, su seguridad se ha visto seriamente comprometida o directamente afectada por el accionar de grupos armados ilegales"[139].

Sobre este punto, en relación con el programa de protección para víctimas y testigos de la Fiscalía y teniendo en cuenta que el Estado considera que los potenciales usuarios del programa son aquellas personas vinculadas formalmente a un proceso judicial, la CIDH recomendó que el mismo programa incluyera "no sólo a las víctimas formalmente vinculadas al proceso, sino también a aquellas personas que quieran acercarse al proceso con el objetivo de aportar información para el esclarecimiento de la verdad"[140].

Además, la Comisión se refirió en sus informes a los homicidios y amenazas de los cuales son víctimas varios desmovilizados. Agregó que dichas amenazas

[137] Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 87.

[138] Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 87. Cfr., asimismo, Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia. OEA/Ser/L/V/II. 125 Doc. 15, 1º de agosto del 2006, párr. 54. En ese mismo sentido, Cfr. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 28 de febrero del 2008, A/HRC/7/39, párr. 20: "Sigue siendo un desafío la implementación de mecanismos que garanticen la seguridad de las víctimas para participar en los procesos y recibir reparaciones".

[139] Cfr. CIDH, Informe Anual 2011, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 69, 30 diciembre del 2011, párr. 101.

[140] Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 92.

y homicidios de la población desmovilizada responderían a intentos de reclutamiento fallidos por parte de grupos armados ilegales[141]. La Comisión agregó, citando los informes MAPP-OEA, que los desmovilizados no denuncian las amenazas o actos directos en su contra y que esto se debe a tres posibles causas: (i) desmovilizados que se encuentran realizando actividades ilícitas y no quieren llamar la atención de las autoridades; (ii) desconfianza frente a las instituciones y la Fuerza Pública, y (iii) las medidas de seguridad que se podrían otorgar visibilizarían su condición de desmovilizados[142].

En su informe anual del año 2011, la Comisión mencionó que algunos postulados y sus familias habían sido víctimas de amenazas y atentados y que "*los ataques y homicidios a familiares de los líderes paramilitares extraditados han puesto en peligro la cooperación con los procesos de Justicia y Paz*". En ese sentido expresó que el Estado debe brindar garantías de protección a los desmovilizados con el fin de que la cooperación de aquellos sea efectiva y sin condiciones[143].

El Alto Comisionado de Naciones Unidas se ha referido en varias oportunidades a los problemas de seguridad que involucran a las personas que, de una forma o de otra, participan en el proceso. En particular, el Alto Comisionado manifiesta su preocupación por: *"la situación de quienes defienden derechos etnoterritoriales de comunidades afrocolombianas y pueblos indígenas. Las personas que representan y apoyan a víctimas en el marco de la Ley Nº 975 (2005), especialmente si procuran la restitución de tierras usurpadas, han sido amenazadas e incluso asesinadas"*[144].

El Alto Comisionado también ha hecho referencia a la necesidad de adoptar una perspectiva de género a la hora de considerar medidas de protección[145].

---

[141] Cfr. CIDH, Informe Anual 2010, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 5 corr. 1, 7 de marzo del 2011, párr. 53-54.

[142] Cfr. CIDH, Informe Anual 2010, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 5 corr. 1, 7 de marzo del 2011, párr. 55.

[143] Cfr. CIDH, Informe Anual 2011, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 69, 30 diciembre del 2011, párr. 95.d

[144] Cfr. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 4 de marzo del 2010, A/HRC/13/72, párr. 25.

[145] Cfr. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 19 de febrero del 2009, A/HRC/10/032, párr. 66.

La CIDH también ha mencionado la falta de seguridad que enfrentan los fiscales delegados en el cumplimiento de sus funciones[146] señalando que los mismos deben "dirigirse a zonas lejanas a fin de poder corroborar información, levantar información, a procesos judiciales, archivos, entre otros, sin que cuenten con los medios de transporte para realizar eficientemente estas tareas"[147].

En su informe del año 2009, la CIDH menciona que las condiciones de seguridad para los desmovilizados son preocupantes, y que entre 2001 y 2009 se reportaron más de 2.000 homicidios de desmovilizados[148].

En cuanto al Comité de Derechos Humanos, el mismo se ha expresado en ese sentido, señalando que el Estado "*debe fortalecer la seguridad para los operadores de justicia y para todos los testigos y víctimas*"[149].

IX. Sobre la permanencia de los postulados en zona de concentración

La CIDH saludó la decisión de la Corte Constitucional que decidió la inexequibilidad del artículo 31 de la Ley de Justicia y Paz[150] y confirmó que

[146] Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 73, Cfr. también MAPP/OEA Décimo Tercer Informe Trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (MAPP/OEA), 19 de octubre del 2009.

[147] Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y Primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 73.

[148] Cfr. Informe Anual 2009, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 51 corr. 1, 30 diciembre 2009, párr. 18. Cifras de la Policía Nacional, Oficina Enlace con la Alta Consejería Presidencial para la Reintegración, Informe Control y Monitoreo, julio del 2009, Décimo Tercer Informe Trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (MAPP/OEA), 19 de octubre del 2009.

[149] Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Colombia, 6 de agosto del 2010, CCPR/C/COL/CO/6, párr. 12.

[150] Sentencia citada en el Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 52. Cfr. Corte Constitucional Sentencia

la permanencia en la zona de concentración no puede asimilarse a un período de pena cumplida[151]. Esto último se debe a que por la vía de una disposición reglamentaria, se estaría introduciendo nuevas reformas al marco normativo, "en un aspecto sustancial para el examen de la legalidad internacional y constitucional del sistema de Justicia y Paz, como es la posibilidad de nuevas rebajas en el cómputo de las penas alternativas"[152].

X. Sobre los que no ratificaron su voluntad de continuar con el proceso

En lo que se refiere a los postulados que decidieron no continuar con el proceso en vista de que en la Fiscalía no se registraban denuncias en su contra,

Cont. nota 150

C-370/06 (Expediente D-6032), párr. de los acápites 6.2.3.3.4.1 al 6.2.3.3.4.6. "La Ley de Justicia y Paz en su artículo 31 establece que: 'Tiempo de permanencia en las zonas de concentración. El tiempo que los miembros de grupos armados al margen de la ley vinculados a procesos para la reincorporación colectiva a la vida civil, hayan permanecido en una zona de concentración decretada por el Gobierno Nacional, de conformidad con la Ley 782 de 2002, se computará como tiempo de ejecución de la pena alternativa, sin que pueda exceder de dieciocho (18) meses. El funcionario que el Gobierno Nacional designe, en colaboración con las autoridades locales cuando sea el caso, será el responsable de certificar el tiempo que hayan permanecido en zona de concentración los miembros de los grupos armados de que trata la presente ley'. La Corte Constitucional en su fallo señaló que '…en el Estado reposa el deber de imponer y ejecutar sanciones efectivas a quienes incurran en violación de la ley penal, imperativo que adquiere mayor relevancia cuando se trata de grave criminalidad. Las sanciones efectivas son aquellas que no encubren fenómenos de impunidad, en tanto constituyen reacciones estatales justas y adecuadas a los delitos perpetrados, tomando en consideración los específicos objetivos de política criminal que la ley entraña. Adicionalmente, es preciso recordar que la fase de ejecución de la pena corresponde a una de las más trascendentales expresiones del ejercicio del iuspuniendi estatal. En el estado constitucional de derecho el ejercicio de iuspuniendi reclama la intervención de todos los poderes públicos: el legislador en su fase de configuración; los jueces en su fase de imposición, y las autoridades penitenciarias en su fase de ejecución' ".

[151] Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 52.

[152] Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 52.

la Comisión IDH ha señalado que "se ha perdido la oportunidad de recoger información que puede llevar al esclarecimiento de miles de crímenes no denunciados por factores tales como el temor y la destrucción de pruebas"[153].

En el informe anual del año 2009, la misma entidad señala con respecto a esos postulados que *"no cuenta con información concreta sobre acciones judiciales iniciadas respecto de los desmovilizados quienes en su primera aplicación a la Ley de Justicia y Paz habrían reconocido la comisión de crímenes 'atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión', sin perjuicio de que luego no ratificaran su voluntad de continuar participando con el proceso de la Ley de Justicia y Paz*"[154].

Esto último, unido a los estándares en materia de investigación que debe cumplir el Estado, podría estar configurando una violación al deber de garantía de los derechos consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos.

XI. Sobre la capacidad institucional del Estado de Colombia frente al desafío de Justicia y Paz

La Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados de Naciones Unidas, en su informe sobre Colombia en el año 2010, observó que el país ha debido afrontar un proceso que requiere una importante inyección de recursos presupuestarios para poder ser ejecutado con éxito, que además requiere "*la construcción de infraestructuras adecuadas, de despachos para los jueces y fiscales y de salas para las diversas audiencias, pero sobre todo la capacitación de los actores judiciales*"[155].

En varios informes, la CIDH ha acentuado la insuficiencia institucional al cual debe enfrentarse el Estado de Colombia para cumplir con las disposi-

[153] Cfr. CIDH, Informe Anual 2008, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1, 25 febrero 2009, párr. 26.

[154] Cfr. Informe Anual 2011, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 69, 30 diciembre de 2011, párr. 87, Comisión IDH, Informe Anual 2009, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 51 corr. 1, 30 diciembre 2009, párr. 25.

[155] Cfr. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, señora Gabriela Carina Knaul de Albuquerque e Silva, 15 de abril del 2010, A/HRC/14/26/Add. 2, párr. 59.

ciones de la Ley de Justicia y Paz. En particular ha destacado la necesidad de fortalecer el apoyo brindado a la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía[156] y expresó su preocupación frente al pequeño número de fiscales designados en la Unidad de Justicia y Paz[157].

En un informe más reciente, la misma entidad observó que "si bien se han adoptado medidas tendientes a incrementar el personal disponible, no ha menguado el desafío institucional de la Fiscalía frente a las tareas de evacuar las versiones libres, verificar el cumplimiento de requisitos de elegibilidad y formular cargos que reflejen la responsabilidad del imputado, de cara a la etapa de juicio. La dimensión de la tarea se ve reflejada por el hecho que la información recabada en las versiones libres recogidas durante el 2007 y el 2008 ha llevado a la exhumación de aproximadamente mil setecientos cuerpos, un tercio de los cuales ha sido identificado preliminarmente"[158]. En ese mismo sentido, la CIDH le recomienda al Estado fortalecer el trabajo de las instituciones llamadas a desempeñar un papel en la implementación de la Ley de Justicia y Paz, especialmente las unidades de la Fiscalía General de la Nación que ejercen un papel esencial de investigación. Estos entes deben contar con el apoyo logístico y la capacidad humana necesaria para completar su tarea[159].

En otros términos, hasta recientemente, la CIDH consideraba que el aparato de investigación y del Estado seguía siendo insuficiente frente a las tareas que el mismo debía desarrollar.

XII. Sobre la entrega de niños reclutados

La CIDH, en su informe sobre las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia, hace mención al me-

[156] Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 74

[157] Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 73.

[158] Cfr. CIDH, Informe Anual 2008, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1, 25 febrero 2009, párr. 28.

[159] Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 110.1.

canismo de entrega de niños y niñas reclutado/as[160]. En particular el informe recuerda que la entrega de niños es un requisito de elegibilidad para acceder a los beneficios de la ley.

El informe menciona que la práctica ha mostrado que "*muchas de las niñas entre 14 y 17 años que son entregadas a las autoridades en estas circunstancias, se encuentran embarazadas y en algunos casos más tarde vuelven a reunirse con los miembros desmovilizados del grupo en el que convivían*"[161].

Por su parte, el Comité sobre Derechos del Niño, ha expresado, en sus observaciones finales sobre Colombia del año 2010, su inquietud por el número muy bajo de niños liberados durante la desmovilización de los grupos paramilitares[162].

Asimismo, el mencionado órgano manifiesta su profunda preocupación por que la "*Ley Nº 975 conlleva, en la práctica, impunidad por el crimen de guerra del reclutamiento de niños, ya que ha habido 1.137 confesiones de haber cometido ese crimen pero sólo se han presentado cargos en 92 casos y no ha habido ninguna condena hasta la fecha*"[163].

XIII. Sobre las estrategias de investigación

En su informe anual del año 2009, la Comisión Interamericana mencionó, retomando lo señalado por la MAPP-OEA, que en el ámbito judicial se había optado por un *"sistema unipersonal de investigación y conocimiento que produce*

[160] Cfr. CIDH, Informe Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 67, 18 octubre 2006, párr. 95.

[161] Cfr. CIDH, Informe Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 67, 18 octubre 2006, párr. 95.

[162] Cfr. Naciones Unidas, Comité sobre los Derechos del Niño. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 8 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Observaciones finales: Colombia, CRC/C/OPAC/COL/CO/1, 21 de junio del 2010, párr. 30.

[163] Cfr. Naciones Unidas, Comité sobre los Derechos del Niño. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 8 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Observaciones finales: Colombia, CRC/C/OPAC/COL/CO/1, 21 de junio del 2010, párr. 30.

un bloqueo de las acciones judiciales que, a su vez, se traduce en una llamativa ausencia de resultados y una falta de eficacia real frente al fenómeno criminal que ha redundado en una verdadera desprotección de los derechos de las víctimas". La Comisión agregó que "*se deberían poner en funcionamiento órganos Colegiados de Investigación y Conocimiento […] que con actividades y acciones coordinadas, simultáneas o sucesivas interactúen en las fases respectivas para lograr el objetivo perseguido en forma más rápida y eficaz*"[164].

Asimismo, la Comisión manifestó que se requería "cambiar radicalmente la estrategia de investigación de crímenes internacionales a partir de la adopción de criterios de selección y priorización"[165]. Además, observó que el Estado había indicado que "atendiendo esta observación de la CIDH, la Fiscalía General de la Nación habría consagrado los siguientes criterios de priorización en la investigación y el juzgamiento de violaciones: representatividad del crimen cometido, vulnerabilidad de la víctima, magnitud de los efectos de determinados crímenes de connotación masiva especial y cuando los actores, por su posición jerárquica o poder dentro de las estructuras armadas, hayan incidido en la comisión de los crímenes más graves"[166].

En otros términos, la Comisión recomienda, para enfrentar el problema del congestionamiento judicial en el marco del proceso especial de Justicia y Paz, que el Estado priorice y seleccione autores y delitos para llevar a cabo la persecución penal. En particular parece que toma nota de la propuesta de la Fiscalía General de la Nación de considerar algunos criterios a la hora de priorizar y seleccionar, sin emitir ningún pronunciamiento acerca de la conformidad o no **de dichos criterios con los estándares de investigación desarrollados por el sistema interamericano.**

Además de lo anterior, es legítimo preguntarse si las estrategias de priorización y selección que son recomendadas pueden o no abarcar autores presuntos u hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos.

---

[164] Cfr. CIDH, Informe Anual 2011, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 69, 30 diciembre del 2011, párr. 91.

[165] Cfr. CIDH, Informe Anual 2011, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 69, 30 diciembre del 2011, párr. 91.

[166] En ese mismo sentido, el Alto Comisionado de Naciones Unidas ha expresado que una modificación de la Ley de Justicia y Paz debería incluir "*la obligación de investigar y sancionar solo graves crímenes*". Cfr. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 3 de febrero del 2011, A/HRC/16/22, párr. 40.

XIV. Sobre el principio de oportunidad a los desmovilizados por el delito de concierto para delinquir

Con respecto a la Ley 782, la CIDH ha manifestado que "las resoluciones inhibitorias dictadas a favor de desmovilizados con o sin antecedentes judiciales al momento de acceder al beneficio jurídico, no debieran impedir la apertura posterior de investigaciones por la comisión de otros delitos, distintos al de concierto para delinquir"[167]. Más adelante agrega que la Ley 782 y el Decreto 128 no deberían constituir per se un obstáculo legal para la investigación de crímenes de lesa humanidad ni graves violaciones de derechos humanos, y que la resolución inhibitoria en el marco de las normas aludidas no tiene efecto de cosa juzgada respecto de las investigaciones penales que puedan iniciarse eventualmente[168].

Ya se ha hecho referencia a los estándares internacionales en materia de lucha contra la impunidad y a la obligación que tienen los Estados de investigar, en su caso juzgar y sancionar a los autores de graves violaciones a los derechos humanos[169]. Por tanto, los autores de ese tipo de delitos no podrían ser beneficiarios de la aplicación del principio de oportunidad.

---

[167] Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 41.

[168] Cfr. CIDH, Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 octubre 2007, párr. 42.

[169] Cfr., entre otros, Corte IDH; caso de la masacre de La Rochela *vs.* Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 11 de mayo del 2007. Serie C No. 163, párr. 294, caso Barrios Altos *vs.* Perú. Fondo. Sentencia del 14 de marzo del 2001. Serie C No. 75, párr. 41, Corte IDH; caso de los hermanos Gómez Paquiyauri *vs.* Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 8 de julio del 2004. Serie C No. 110, párr. 233, Corte IDH; caso 19 comerciantes *vs.* Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 5 de julio del 2004. Serie C No. 109, párr. 262, Corte IDH; caso Trujillo Oroza *vs.* Bolivia. Fondo. Sentencia del 26 de enero del 2000. Serie C No. 64, párr. 106: "…la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, que pretendan impedir la investigación y, en su caso, la sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los derechos humanos".

En lo que se refiere a la aplicación del principio de oportunidad por el delito de concierto para delinquir, hubo varios pronunciamientos de órganos internacionales de derechos humanos en ese sentido. En particular las decisiones mencionan que la aplicación del principio de oportunidad a ese tipo de delito (el concierto para delinquir), puede o podría constituir impunidad en caso de que no se investiguen las graves violaciones a los derechos humanos que se pudieron haber cometido.

De esa forma, en el caso Cepeda, la Corte IDH señaló que "la aplicación del principio de oportunidad o la concesión de cualquier otro beneficio administrativo o penal no debe generar ningún tipo de obstáculo para una debida diligencia en las investigaciones de criminalidad asociada a la comisión de violaciones graves de derechos humanos"[170]. En la misma sentencia agrega –haciendo referencia a la Ley 1312 de 2009 (declarada inexequible por la Corte Constitucional en noviembre del 2010– que ese "tipo de disposiciones normativas puede ser insuficiente si no se da en forma concomitante una verificación rigurosa por parte de las autoridades encargadas de las investigaciones, o del Ministerio Público"[171], de que el beneficiario no está implicado en ninguna grave violación a los derechos humanos.

En ese sentido, en el caso La Rochela, la Corte había señalado que *"[L]a concesión de beneficios legales para miembros de organizaciones armadas al margen de la ley (…) que son señaladas de involucrar una compleja estructura de ejecución de graves violaciones a los derechos humanos pero que alegan no haber participado en tales violaciones, exige la mayor debida diligencia de las autoridades competentes para determinar si realmente el beneficiario participó en dicha compleja estructura de ejecución de tales violaciones*"[172]. Con esa afirmación la Corte está admitiendo que la declaración jurada del desmovilizado es un requisito suficiente, siempre y cuando se lleven a cabo tareas de verificación de lo declarado para asegurarse que no fueron cometidos otros delitos.

---

[170] Cfr. Corte IDH; caso Manuel Cepeda Vargas *vs.* Colombia, del 26 de marzo del 2010, Serie C No. 213, párr. 216.

[171] Cfr. Corte IDH; caso Manuel Cepeda Vargas *vs.* Colombia, del 26 de marzo del 2010, Serie C No. 213, nota al pie 316.

[172] Cfr. Corte IDH, caso de la masacre de La Rochela *vs.* Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 11 de mayo del 2007. Serie C No. 163, párr. 293.

La CIDH[173], el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas[174] y el Comité contra la Tortura[175] se pronunciaron en esa misma línea.

Lo anterior nos permite emitir algunas conclusiones:

De acuerdo con el estándar internacional (casos La Rochela y Cepeda), la Corte IDH exige una investigación previa a la aplicación de una causal de exoneración de responsabilidad cuando se trata de delitos como la mera pertenencia a un grupo paramilitar (concierto para delinquir), que por lo general se encuentra asociado con graves violaciones a los derechos humanos (como parte del actuar del grupo).

Es importante resaltar que los estándares internacionales en materia de investigación se refieren a situaciones en las cuales se produce un delito, y a partir de entonces el Estado debe determinar las responsabilidades a través de una investigación pronta, exhaustiva, imparcial e independiente[176], así como juzgar y sancionar, particularmente cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos[177]. En otros términos, nos encontramos frente a escenarios

[173] Cfr. Comisión IDH, Informe Anual 2009, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 51 corr. 1, 30 diciembre 2009, párr. 34: "La Comisión observa con preocupación la promulgación de esta ley [la ley 1312] por cuanto la ambigüedad de sus disposiciones genera dudas respecto de la investigación y sanción de los crímenes cometidos por los desmovilizados y en consecuencia podría constituirse en una herramienta de impunidad".

[174] Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Colombia, 6 de agosto del 2010, CCPR/C/COL/CO/6, párr. 9: *"El Comité destaca que la adopción de la Ley 1312 en (sic) julio de 2009 sobre la aplicación del principio de oportunidad puede conducir a la impunidad, si la renuncia a la persecución penal se ejerce sin tener en cuenta la normativa de derechos humanos, constituyendo en consecuencia una violación del derecho de las víctimas a obtener un recurso efectivo".*

[175] Cfr. Naciones Unidas, Comité contra la Tortura. Observaciones finales, Colombia, CAT/C/COL/CO/4, 4 de mayo del 2010, párr. 14.

[176] Cfr., por ejemplo, Corte IDH; caso Bámaca Velásquez, Resolución de supervisión de cumplimiento y medidas provisionales, 27 de enero del 2009, párr. 30: "El Comité destaca que la adopción de la Ley 1312 en julio de 2009 sobre la aplicación del principio de oportunidad conduce a la impunidad si la renuncia a la persecución penal se ejerce sin cumplimiento con la normativa de derechos humanos y constituye una violación del derecho de la víctima a obtener una reparación integral (arts. 2, 4, 12 y 13 de la Convención)".

[177] Cfr. Corte IDH; caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, Sentencia del 28 de enero del 2009, Serie C No. 195, párr. 298, caso La Cantuta *vs.* Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 29 de noviembre del 2006. Serie C No. 162, párr. 157, caso Goiburú y otros *vs.* Paraguay, *op. cit.*, párr. 128.

que parten de una conducta punible conocida para luego determinar la participación de un sujeto o más en su comisión.

En el caso de la aplicación del principio de oportunidad para el concierto para delinquir, se parte de una lógica inversa, pues implica que el Estado no tiene conocimiento de conductas punibles ni tampoco de la existencia de víctimas, únicamente se tiene conocimiento y certeza de que un individuo es el autor de un delito, a saber, el concierto para delinquir. Por tanto, la integralidad de los estándares internacionales de investigación que parten de la verificación de hechos delictivos no se puede aplicar a este tipo de situaciones.

En segundo lugar, si bien los estándares internacionales de la Corte IDH y de la CIDH, así como del Comité de DD.HH. resaltan la importancia de la participación de las víctimas en las investigaciones, en la hipótesis regulada por la antigua Ley 1312, no hay hechos conocidos sobre los cuales desarrollar las labores de investigación, y por tanto no hay víctimas conocidas que puedan resultar afectadas en sus derechos.

Por otro lado, en la respectiva audiencia de control de garantías para la aplicación del principio de oportunidad, las víctimas eventuales tienen la oportunidad de participar en la audiencia y plantear su posición en relación con la aplicación de tal beneficio. En ese sentido, la convocatoria a las víctimas eventuales para que puedan participar de la audiencia en aras de satisfacer los estándares internacionales en la materia[178], deberá contar con una convocatoria adecuada que tenga en cuenta –entre otros– la zona geográfica en la cual actuaba el grupo al cual pertenencia el desmovilizado, y para tal efecto deberá recurrirse a los medios de difusión que aseguren su conocimiento por parte de las mismas (utilizando los medios pertinentes en cada caso).

En particular, se podría decir que para cumplir con el estándar internacional, al no haber hechos ni víctimas conocidas por la Fiscalía, los estándares de investigación exhaustiva para este tipo de situaciones se cumplen con las

[178] Cfr., por ejemplo, Corte IDH; caso de las masacres de Ituango *vs.* Colombia, Sentencia del 1 de julio del 2006, Serie C No. 148, párr. 296, caso de la masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de enero del 2006. Serie C No. 140, párr. 146; y caso de la masacre de Mapiripán *vs.* Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 15 de septiembre del 2005. Serie C No. 134, párr. 219. Comisión IDH, Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia, OEA/Ser/L/V/II.125, Doc 15, 1 agosto 2006, párr. 35.

diligencias de verificación; es decir, con los análisis de los antecedentes del beneficiario del principio de oportunidad a la luz de la comunidad de prueba de la cual se dispone sobre los patrones de actuaciones del grupo al cual pertenecía[179], con observancia de las líneas lógicas de investigación en cada caso[180].

La obligación internacional reforzada de investigar graves violaciones a los derechos humanos (*supra*) se refiere a los hechos de graves violaciones, no a hechos que no constituyen crímenes internacionales. No se trata de una amnistía o de una renuncia a investigar esas graves violaciones sobre las cuales se tuvo la *notitia crimine,* simplemente de la aplicación del principio de oportunidad a un delito ordinario.

En este caso, el Estado no está renunciado a su obligación de investigar las graves violaciones a los derechos humanos pues se supone que las investiga en relación con los hechos sobre los cuales tuvo *notitia crimine.*

Las decisiones citadas no mencionan que el concierto para delinquir sea en sí mismo un crimen de lesa humanidad ni tampoco que el principio de oportunidad no pueda aplicarse a este delito.

Esta primera conclusión adquiere una importancia mayor si se tiene en cuenta que esos mismos órganos se han pronunciado en múltiples oportunidades sobre el carácter de crimen de lesa humanidad de ciertas violaciones a los instrumentos internacionales de derechos humanos, y en ellos no está incluido el delito de concierto para delinquir[181].

Además, las decisiones mencionan que la aplicación del principio de oportunidad a ese tipo de delito (el concierto para delinquir), puede o podría constituir impunidad en caso de que no se investiguen las graves violaciones a los derechos humanos que se pudieron haber cometido. De esta forma, es claro que se trata de delitos diferentes: por un lado el concierto para delinquir, y por otro lado los delitos que constituyen crímenes de lesa humanidad.

---

[179] Cfr., entre otros, Corte IDH; caso de la masacre de La Rochela *vs.* Colombia, *op. cit.*, párr. 194.

[180] Cfr. Corte IDH; caso de la masacre de La Rochela *vs.* Colombia, Op. cit., párr. 156, 158 y 164, caso González y otras ("Campo Algodonero") *vs.* México, Sentencia del 16 de noviembre del 2009, Serie C No. 205, párr. 366.

[181] Cfr., por ejemplo, Corte IDH; caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de septiembre del 2006. Serie C No. 154, párr. 94 a 96 y 98 a 99, caso Goiburú y otros *vs.* Paraguay, Sentencia del 22 de septiembre del 2006, Serie C No. 153 o Corte IDH; caso Manuel Cepeda Vargas *vs.* Colombia, del 26 de marzo del 2010, Serie C No. 213, párr. 42.

La conclusión anterior adquiere mayor relieve si se toma en cuenta que esos órganos internacionales de derechos humanos consideran que "*son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos (…)*"[182]. Si tales tribunales consideraran el concierto para delinquir como una grave violación a los derechos humanos, entonces de ninguna manera condicionarían la aplicación del principio de oportunidad por tal delito a una investigación ulterior. Simplemente, el principio de oportunidad para ese delito no sería posible de condicionar a ninguna investigación pues constituye en sí mismo una violación a los estándares internacionales mencionados.

De lo anterior se puede deducir que el concierto para delinquir no constituye una grave violación a los derechos humanos, un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra de acuerdo con los órganos de Derecho Internacional de los derechos humanos.

La Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia de noviembre del 2010 sobre la aplicación del principio de oportunidad por concierto para delinquir al desmovilizado de un grupo armado al margen de la ley[183], retomó estas consideraciones de la Corte Interamericana para declarar que estas disposiciones de la Ley 1312 eran inexequibles[184]. En particular, citando la sentencia en el caso Cepeda, la Corte llega a la siguiente conclusión: *"[a]unado a lo anterior, la pretensión de aplicar el principio de oportunidad a los desmovilizados, sin que tal iniciativa esté precedida de una investigación que demuestre que los potenciales beneficiarios no han incurrido en alguno de los crímenes excluidos de su aplicación, deja al juez de garantías sin elementos de juicio para ejercer un auténtico control judicial en relación con la solicitud de individual o colectiva de la Fiscalía"*.

La Corte Constitucional agregó que *"[a]unque se prevé la convocatoria a una audiencia especial (art. 327) en la que la víctima y el Ministerio Público 'podrán controvertir la prueba', el sustento probatorio de la solicitud será, en la mayoría de los casos, la declaración jurada del postulado al beneficio, en el senti-*

[182] Cfr. Corte IDH; caso Barrios Altos *vs.* Perú. Fondo. Sentencia del 14 de marzo del 2001. Serie C No. 75, párr. 41, caso de la masacre de La Rochela *vs.* Colombia, Sentencia del 11 de mayo del 2007, Serie C No. 163, párr. 194, caso Manuel Cepeda Vargas *vs.* Colombia, Op. cit., párr. 216 d.

[183] Cfr. Sentencia C-936 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

[184] Cfr. Sentencia C-936 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, considerandos: 60 a 62.

do de no haber cometido ninguno de los crímenes excluidos. En tales condiciones, la única manera de controvertir y desvirtuar tal evidencia, sería probando que el desmovilizado sí cometió alguno de los crímenes en los que se prohíbe la aplicación del mecanismo, con lo cual se trasladaría a la víctima el deber –propio del Estado– de investigar los delitos constitutivos de graves violaciones al Derecho Internacional, hipótesis que evidentemente resulta inaceptable".

Entendemos aquí que la Corte Constitucional de Colombia interpreta de manera errónea lo expresado por la Corte Interamericana que, como se sostiene aquí, nunca se pronunció en contra de la Ley 1312, únicamente estableció que era importante que se dé "en forma concomitante, una verificación rigurosa por parte de las autoridades encargadas de las investigaciones, o del Ministerio Público"[185], de las aseveraciones vertidas en la declaración jurada del desmovilizado. Por lo que, no se entiende por qué motivo la Corte Constitucional no declaró la exequibilidad condicionada de la ley a una "investigación exhaustiva" en los términos de lo expresado por la Corte IDH en la sentencia de Cepeda.

En su informe del año 2010, la Comisión saludó la decisión de la Corte Constitucional colombiana que declaró inexequible la Ley 1312[186]. Además, señaló que la Ley 1424 del 29 de diciembre del 2010, según la cual se suspende de la ejecución de la pena de los desmovilizados por un período equivalente a la mitad de la condena siempre y cuando se encuentren vinculados al proceso de Reintegración Social y Económica dispuesto por el Gobierno Nacional, estén cumpliendo su ruta de reintegración o hayan culminado satisfactoriamente este proceso, repararen los daños ocasionados a las víctimas con los delitos por los cuales fueron condenados, no hayan sido condenados por delitos dolosos cometidos con posterioridad a la fecha en que haya sido certificada su desmovilización y tengan buena conducta, estaría en la misma situación que la Ley 1312, y que la misma "*genera dudas respecto de la obligación del Estado de investigar y sancionar los crímenes cometidos por los desmovilizados y puede constituirse en una herramienta de impunidad*"[187].

Cabe resaltar que es difícil conciliar, por un lado, esta afirmación de la Comisión según la cual las Leyes 1312 y 1424 pueden constituir herramientas de impunidad, y por otro lado las recomendaciones recientes de la misma

[185] Cfr. Corte IDH; caso Manuel Cepeda Vargas *vs.* Colombia, nota al pie de página 316.

[186] Cfr. CIDH, Informe Anual 2010, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 5 corr. 1, 7 de marzo del 2011, párr. 78.

[187] Cfr. CIDH, Informe Anual 2010, Capítulo IV, Colombia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 5 corr. 1, 7 de marzo del 2011, párr. 82.

que observan la necesidad de priorizar y seleccionar autores y delitos a la hora de emprender investigaciones con el objetivo de descongestionar el proceso de Justicia y Paz (*supra*). Claramente, al momento de priorizar y seleccionar autores y delitos, se está dejando de investigar otros delitos o presuntos responsables de delitos, que se consideran de menor importancia de acuerdo con una serie de criterios objetivos o racionales.

De acuerdo con la anterior, se puede aventurar la conclusión según la cual la Comisión Interamericana, en su último informe anual, habría cambiado su posición más principista (*hay que juzgar y condenar a todos los responsables de violaciones a los derechos humanos*) hacia una posición más pragmática (*hay que asegurar el descongestionamiento del proceso de Justicia y Paz de acuerdo a estrategias de investigación que toman en cuenta criterios de priorización y selección*).

En ese sentido, tratándose del proceso de Justicia y Paz, la misma Comisión habría ido afinando sus estándares de investigación de forma *ad hoc*, o *en la marcha*, para llegar a criterios que toman en cuenta aspectos que consideran la necesidad de avanzar en el proceso. Por tanto, se acepta que la entidad encargada de llevar a cabo la persecución penal desista de investigar algunos delitos, y por lo mismo se estaría tolerando que exista *un cierto grado de impunidad*, siempre y cuando el proceso de Justicia y Paz sea más eficiente.

Asimismo, es importante aclarar que los referidos pronunciamientos de la Comisión y del Alto Comisionado de Naciones Unidas, que recomiendan introducir estrategias de selección y priorización a la hora de investigar, no aluden directamente a la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad en relación con el concierto para delinquir como una de las estrategias de selección. A pesar de lo anterior, sostenemos aquí que en realidad la aplicación de una política criminal por parte del ente encargado de la persecución penal que se puede expresar concretamente a través de la aplicación del principio de oportunidad para el concierto para delinquir, sería una de las formas que podría revestir la estrategia de priorización y selección de delitos que es recomendada por los órganos internacionales de derechos humanos.

XV. Conclusión sobre la eventual competencia de la Corte IDH 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 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 considerar 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. Del mismo modo, las sentencias recientes de la Corte Constitucional han ido buscando adecuar el régimen jurídico de la Ley 975 y del proceso de desmovilización a los estándares internacionales, en particular a los del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El segundo punto es que la jurisdicción de la Corte Interamericana se ejerce sobre casos concretos y víctimas individualizadas, de forma tal que el estudio de las violaciones se hace caso por caso, lo que significa que las demandas sólo 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 papel 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 sigan presentando 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 casos 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.

La estructura del procedimiento establecido en la Ley de Justicia y Paz*

Claudia López Díaz†

Sumario: **I.** *Introducción*. **II.** *Fase administrativa*. 1. Desmovilización colectiva de un GAOML o una parte del mismo. 2. Desmovilización individual de miembro de GAOML. 3. Desmovilización colectiva de GAOML con algún miembro privado de la libertad. 4. Desmovilización colectiva de GAOML y posterior privación de la libertad de uno de sus miembros. 5. Desmovilización individual de guerrillero privado de la libertad. **III.** *Fase judicial*. 1. La Indagación Preliminar; 1.1 Elaboración del programa metodológico de investigación. 1.2. Realizar sesiones de trabajo conjuntas con los investigadores de Policia Judicial. 1.3. Solictar medidas de Protección para las víctimas. 1.4. Análisis de los Informes de Policia Judicial. 2. La Versión Libre y Confesión. 2.1. Archivo de diligencias. 2.2. Medidas cautelares, régimen de bienes y otras diligencias previas. 3. Audiencia de Formulación de Imputación. 3.1. Investigación previa a la solicitud de la audiencia de formulación de cargos. 4. Audiencia de Formulación de Cargos; 5. Audiencia de Control de Legalidad de la aceptación de cargos. 5.1. Acumulación jurídica de procesos. 6. El Incidente de Reparación Integral. 7. Audiencia de Sentencia e Individualización de Pena. 8. Recursos Procedentes en la LJP. 9. El cumplimiento de la pena.

---

* Este artículo tiene como antecedente el texto publicado en: LÓPEZ DÍAZ, Claudia y VARGAS, Álvaro. *Manual de Procedimiento para Ley de Justicia y Paz,* Bogotá, ProFis, 2009, pp. 223-255.

† Coordinadora Área Jurídica Proyecto ProFis y Profesora Investigadora de la Universidad Sergio Arboleda. Grupo de Investigación de Las Casas. Linea de Investigación. Justicia y Paz. Escuela de Derecho. Departamento de Derechos Humanos.

I. Introducción

Con el presente escrito se pretende hacer una aproximación a la estructura general del proceso y las distintas actuaciones procesales previstas en la Ley 975 de 2005, conocida como Ley de Justicia y Paz –LJP–. Por medio de esta normatividad, se diseñó una ruta jurídica especial para el contexto transicional, compuesta por dos fases: administrativa y judicial, para adelantar los trámites relativos a la investigación, procesamiento, sanción y concesión de beneficios judiciales a las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley –GAOML–[1], que como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, hubieren decidido contribuir decisivamente a la reconciliación nacional desmovilizandose individual o colectivamente[2] antes del 25 de julio de 2005[3] o

[1] Se entiende por Grupo Armado al Margen de la Ley, el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frenres u otras modalidades de esas mismas organizaciones, de las que trata la Ley 782 de 2002. Cfr. art. 1º de la Ley 975 de 2005. Cfr. También art. 3391 de 2006.

[2] Del 7 de agosto de 2002 hasta el 15 de abril de 2012, 56.665 personas se desmovilizaron, de las cuales un 43.8% corresponde a personas desmovilizadas individualmente, es decir 24.847 personas, 20.189 hombres y 4.678 mujeres, y 56.2%, 31.818 personas, colectivamente. Por su parte, en el mismo período se reporta una desvinculación de 4.151 niños, niñas y adolescentes. Fuente: Observatorio DDR, Universidad Nacional de Colombia. http://www.observatorioddr.unal.edu.co/cifrasDDR.html (consultado el 24 de abril de 2012).

[3] Respecto al ámbito de aplicación temporal de la Ley 975 de 2005, debe tenerse en cuenta el artículo 72 que establece: "La presenta ley deroga todas las disposiciones que le resulten contrarias. **Se aplicará únicamenrte a hechos ocurridos con anterioirdad a su vigencia y rige a partir de su promulgación"** (subrayas fuera de texto). Así las cosas, como la Ley fue promulfgada y publicada en el Diario Oficial No. 45.980 del 25 de julio de 2005, tal fecha constituye el limite temporal establecido por el legislador para la aplicación de la Ley 975 de 2005. Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Autos de Segunda Instancia Radicados Nos: 36103, 4 de mayo de 2011; 36163, 26 de mayo de 2011; 30999, 24 de febreo de 2009; 31048, 9 de marzo de 2009; 31539, julio de 2009.
Este límite temporal establecido en el artículo 72 de la LJP también afecta las imputaciones, formulaciones y legalizaciones de cargos y las sentencias, pues si alguno de los delitos investigados ha superado ésta fecha, los funcionarios de justicia y paz pierden competencia y deberán compulsar copias para que la justicia ordinaria decida, con lo cual, el beneficio de la pena alternativa de hasta cinco años, se convierte en un imposible, pues por cualquier

tratandose de delitos de ejecución permanente, su primer acto haya ocurrido antes de la misma fecha y en todo caso que estén relacionados con el delito de concierto para delinquir debido a la pertenencia al GAOML[4]. Además de la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de los miembros de los GAOML, la Ley 975 de 2005, tiene por objeto grantizar los procesos de paz garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la paz[5].

La Ley de Justicia y Paz introduce un procedimiento especial, el cual 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, así como del Consejo Superior de la Judicatura. El estudio de la referida ley debe tener en cuenta que el procedimiento establecido en la Ley de Justicia y Paz tiene dos fases: una *administrativa*, a cargo del Alto Consejero Presidencial para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos

Cont. nota 3

otro delito podría pagarse una pena de hasta sesenta años de prisión, de conformidad con lo establecido en el Código Penal. Sumado a lo anterior, se afecta el derecho a la verdad, pues en aras de no perder los beneficios, se entrega fragmentariamente o se miente. Si a lo anterior agregamos que la mayoría de Grupos se desmovilizaron con posterioridad al 25 de julio de 2005, partiríamos de una "Falsa Verdad" como es la de creer que dichas organizaciones criminales dejaron de delinquir desde el 25 de julio de 2005 hasta la fecha de la desmovilización. Por esta razón se está tramitando en el Congreso el Proyecto de Ley que Reforma la Ley 975 de 2005, que ya fue aprobado en primera vuelta en la Cámara y el Senado y que tiene los números 096 de 2011 y 193 de 2011, respectivamente. Cfr. LÓPEZ DÍAZ, Claudia. "Crónica de una Reforma Anunciada" documento manuscrito, proximo a publicarse.

4 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Autos de Segunda Instancia Rad: 36103 4 de mayo de 2011; 36163 26 de mayo de 2011; 33.610 , 13 de mayo de 2010; 30.999, 24 de febrero de 2009; 31048 9 marzo de 2009; 31539 julio 2009.

5 Cfr. Ley 975, arts: 4, 6,7,8,42-49. Respecto a los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación ver entre otras:Cfr. Corte Constitucional. Sentencias: C-740 de 2001; C-1149 de 2001; SU 1184 de 2001; T-1267 de 2001; C-228 de 2002; C-454 de 2006, entre otras. Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Autos de Segunda Instancia: Rad. 34634, 19 de enero de 2011; 36103, 4 mayo de 2011; 34634, 19 enero de 2011; 36071, 8 junio 2011; 30120 23 de julio de 2008; 32022 21 septiembre de 2009; 28643 2 de abril de 2008; 30120 23 junio de 2008; 29560 28 de mayo de 2008; 29472 10 de abril de 2008; 30360 8 de septiembre 2008; 30442 3 octubre de 2008; y, Rad. 34547 27 de abril de 2011.

Alzados en Armas, el Ministerio de Defensa y el Ministerio de Justicia y que tiene que ver con las desmovilizaciones colectivas[6] o individuales[7] de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley que están o no privados de la libertad[8] y que manifiestan su voluntad de desmovilizarse y suministrar información que sea de ayuda para desmantelar estos grupos armados con miras a poder acceder a los beneficios jurídicos, económicos y sociales cuando se reintegren a la sociedad civil[9]; 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 de Justicia, y que termina con la sustitución de la pena principal por la pena alternativa y con el correspondiente periodo de libertad a prueba adicional, que equivale a la mitad de la pena alternativa.

A continuación se desarrollará dicha estructura, tomando como referencia su división en fases según el poder público competente, iniciando, en primer lugar, con la fase administrativa, en la cual se hará énfasis de las distintas circunstancias[10] en que puede estar el desmovilizado. Luego de

---

6 La desmovilización colectiva tiene como base un acuerdo de paz celebrado entre el Gobierno Nacional a través de su Comisionado de Paz y los representantes y voceros del Grupo Armado Organizado al Margen de la Ley –GAOML–. La calidad de desmovilizado colectivo se acredita con la lista de integrantes del grupo, bloque o frente, suscrita por el vocero o representante del GAOML y aceptada por el Gobierno Nacional.

7 Es decir, el abandono voluntario de un miembro de un GAOML y su entrega a las autoridades.

8 La regulación acerca de desmovilizaciones de personas privadas de la libertad puede encontrarse en el Decreto 3391 de 2006, artículos 5º y 7º y el Decreto 4791 de 2008, así como en el Decreto 1059 de 2008, artículo 2º y 3º; por su parte, la desmovilización de personas que se encuentran en libertad está principalmente regulada por los Decretos 100 de 2003, en su artículo 2º, y 128 de 2003, en su artículo 3º.

9 Artículos 1º, 3 y 9, Ley de Justicia y Paz –LJP–.

10 1) Desmovilización colectiva, regulada por los Decretos 100 de 2003, artículo 2º y 4760 de 2005, artículo 3º; 2) Desmovilización individual de miembro de un GAOML, regulada por los Decretos 128 de 2003, artículos 3º y 12, y 4760 de 2005, artículo 3º; 3) Desmovilización colectiva de GAOML con algún miembro privado de la libertad, regulada por los Decretos 3391 de 2006, artículo 7º, 4719 de 2008 y 4760 de 2005, artículo 3º, 4) Desmovilización de GAOML posteriormente privado de la libertad, regulada por los Decretos 3391 de 2006, artículo 5º, 128 de 2003 y 4760 de 2005, artículo 3º, y 5) Desmovilización individual de guerrillero privado de la libertad, regulada por los Decretos 1059 de 2008, artículos 2º a 8º y 11, y 4760 de 2005, artículo 3º.

desarrollar los distintos supuestos de desmovilización, se procederá con el desarrollo de la fase judicial, la cual partirá por las actividades preliminares de la Fiscalía, el desarrollo de la indagación, la elaboración del programa metodológico, la recepción de las versiones libres y las distintas formas de terminación anticipada del proceso. Luego, se pasará a estudiar lo relacionado con las distintas audiencias que conocen los Magistrados de Control de Garantías, formulación de imputación, formulación de cargos y demás audiencias en donde sea pertinente verificar la garantía de los derechos fundamentales de los postulados y las víctimas. Seguidamente, se hará referencia a las audiencias públicas de competencia de los Magistrados de Conocimiento, es decir, de control de legalidad sobre la aceptación de cargos, el incidente de reparación integral y de sentencia e individualización de pena. Por último, se hará referencia al cumplimiento de la pena alternativa derivada del proceso de Justicia y Paz.

Cuadro 1.

<table>
<tr><th colspan="5">Entes competentes en las fases del proceso</th></tr>
<tr><td rowspan="2">FASE ADMINISTRATIVA</td><td rowspan="2">1. Comisionado de Paz
2. Ministerio de Defensa
3. Comité Operativo para la Dejación de Armas –CODA–
4. Programa de Atención Humanitaria al Desmovilizado –PAHD–
5. Ministerio de Justicia

Termina con la lista de postulados enviada por el Ministerio de Justicia a la Fiscalía</td><td rowspan="2">FASE JUDICIAL</td><td>Se inicia con la recepción de la lista de postulados por parte de la FGN.</td><td>Segunda Instancia</td></tr>
<tr><td>1. Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz –UNFJYP– con el apoyo de la Policía Judicial –CTI–
2. Magistrados de Control de Garantías del Tribunal Superior
3. Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, Medellín o Barranquilla</td><td>SALA DE CASACIÓN PENAL - CORTE SUPREMA DE JUSTICIA</td></tr>
</table>

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[11], es decir, el acto individual o colectivo de dejar las armas y

[11] La desmovilización se entiende como una de las etapas del proceso de Desarme, Desmovilización y Reintegración (DDR) mediante el cual una persona alzada en armas abandona el grupo al margen de la ley y busca reincorporarse a la sociedad.
Por desarme se ha entendido *la recolección, documentación, control y eliminación de armas de corto y largo alcance, explosivos y artillería pesada y liviana que utilizan miembros de grupos armados organizados al margen de la ley y, en algunos casos, la población civil. El desarme también incluye el desarrollo de progrmas de manejo responsable de armas.*
Por su parte, la desmovilización se entiende como *el licenciamiento formal y controlado de miembros activos de fuerzas o grupos armados organizados al margen de la ley. La primera etapa de desmovilización consiste en la ubicación de quienes van a ser desmovilizados en zonas de concentración designadas o campamentos especiales diseñados para este propósito. La segunda etapa, la cual se conoce como reinserción, abarca el paquete de apoyo temporal entregado a los desmovilizados para su reubicación.* Cfr. CONPES 3554 de 2008.
Para profundizar en elementos fácticos sobre este proceso, véase: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *La Justicia Transicional en Colombia: un proceso en construcción. Informe del Observatorio de Justicia Transicional,* Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2011, pp. 24-47.
De acuerdo con el Informe Matriz del Comité Interinstitucional de Justicia y Paz, a Marzo de 2012, el Ministerio de Justicia reporta4.289 desmovilizados de las AUC que han sido postulados para recibir los beneficios de la Ley 975 de 2005 y que corresponde al 85,78% de los postulados. **4.237** se desmovilizaron de manera colectiva y **52** se desmovilizaron de manera individual ante el Ministerio de Defensa y fueron acreditados por el CODA, por el Ministerio de Defensa. Del total de postulados de la guerrilla, **426** pertenecieron a las FARC; de estos, **207** se desmovilizaron de forma individual, **3** de manera colectiva, **2** han sido acreditados y **214** se desmovilizaron estando privados de la libertad. Otros postulados pertenecieron a los siguientes grupos armados: EPL **197,** ELN **61,** ERG **18,** ERP **9**. Dentro de la normatividad aplicable a los desmovilizados de los Grupos Armados al Margen de la Ley, la Ley 418 de 1997 otorgaba la potestad al Gobierno Nacional para que en cada caso particular, después de haber cumplido determinadas condiciones y a aquellos desmovilizados condenados por delitos políticos, con una sentencia ejecutoriada, les otorgar el beneficio de indulto. A Marzo DE 2012, el Ministerio de Justicia ha otorgado **370** indultos y ha negado **465.** A las AUC se le han otorgado **125** indultos y se le han negado **301.** A las FARC se le han negado **231** indultos y se le han otorgado **126.** Marzo de 2012 han sido solicitados en extradición **31** postulados a la Ley Justicia y Paz de los cuales **29** fueron efectivamente extraditados a los Estados Unidos. Allí pagan

abandonar el grupo armado organizado al margen de la ley –GAOML–, realizado ante autoridad competente (artículo 9º, LJP).

En ese acto de desmovilización[12], 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 regula por: a) La Ley 418 de 1997[13] para los casos de delitos políticos[14] y conexos, los cuales pueden ser indultados, amnistiados, puede solicitarse la cesación del procedimiento, la preclusión o la resolución inhibitoria[15]; b) Por la Ley 975 de 2005 para los que no queden cobijados por la anterior[16], frente a los cuales se puede conceder una pena alternativa simbólica; o, c) Por la Ley 1424 de 2010 para los casos en que el desmovilizado haya cometido únicamente conductas de concierto

Cont. nota 11

condenas por delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes. Las extradiciones han prolongado los términos de la investigación dentro del proceso de la Ley de Justicia y Paz, debido a la dificultad que se presenta en tomar las versiones, de los extraditados; a la fecha solo **6** continúan vinculados al proceso de Justicia y Paz.

12 Se ha entendido la desmovilización como una actuación física, única e irrepetible. Por esta razón, en caso de pertenencia de un desmovilizado a más de un GAOML, no se requiere un trámite adicional de desmovilización. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de segunda instancia del 2 de noviembre de 2011, R. 37657, M.P.: Luis Guillermo Salazar Otero.

13 Prorrogada y modificada por las leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006 y 1421 de 2010.

14 Rebelión, sedición, asonada, conspiración y usurpación, seducción y retención ilegal de mando, regulados en el Título XVIII del Código Penal, artículos 467-473.

15 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia del 11 de julio de 2007, R. 26945, MM.PP. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca.

16 La jurisprudencia que ha tocado las diferencias entre estas dos regulaciones ha sido numerosa y relevante. Se ha tratado de precisar que a pesar de que la Ley 782 de 2002 y la Ley 975 de 2005 regulan distintos ámbitos, son complementarias, en donde la LJP (Ley 975 de 2005) adquiere un carácter residual para el conocimiento de delitos que se encuentran excluidos por la Ley 782 de 2002. Al respecto véanse los Autos de segunda instancia del 24 de febrero de 2009, R. 30999, M.P.: Alfredo Gómez Quintero; R. 26945, del 11 de julio de 2007, MM.PP. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca; del 23 de mayo de 2007, R. 27213, M.P.: Javier Zapata Ortiz; del 20 de junio de 2007, R. 27463, M.P.: Javier Zapata Ortiz, y de definición de competencias del 3 de diciembre de 2010, R. 35482, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez; del 21 de septiembre de 2010, R. 34958, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez; del 20 de mayo de 2009, R. 31495, M.P.: José Leonidas Bustos Martínez; del 29 de julio de 2009, R. 32289, M.P.: Alfredo Gómez Quintero; entre otros autos de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

para delinquir simple o agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores y porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de defensa personal durante su pertenencia al GAOML[17], casos en los cuales se podrá aplicar la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la suspensión de la orden de captura. En este sentido, la desmovilización se convierte en la puerta de entrada del desmovilizado al proceso de obtención de beneficios, que en el caso de Justicia y Paz corresponderá a una pena alternativa simbólica[18].

De acuerdo con la Ley 975 de 2005, la desmovilización se puede producir de manera individual o colectiva, en distintas circunstancias, razón por la cual será necesario entrar a estudiar cada uno de los supuestos de manera independiente, teniendo en cuenta que su requisito inicial es la acreditación como desmovilizado y que logra llegar a la fase judicial cuando el Ministerio de Justicia elabora la lista de postulados que hace llegar a la Fiscalía General de la Nación.

1. Desmovilización colectiva de un GAOML o una parte del mismo

La desmovilización colectiva[19] de un GAOML o una parte del mismo inicia con el acuerdo de paz celebrado entre el grupo y el Gobierno Nacional, del cual se deriva el reconocimiento de la calidad de desmovilizado, acreditación que se efectua 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[20]. Este supuesto comprende el desmantelamiento de un GAOML o una parte significativa de éste en cualquiera de sus formas organizativas, la dejación de las armas y la entrega voluntaria de sus integrantes a las autoridades.

---

17 Cfr. Ley 1424, artículo 1º, declarado exequible por la sentencia C-771 de 2011, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

18 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación. Autos de segunda instancia Radicados: 30999, 24 de febrero de 2009, M.P.: Alfredo Gómez Quintero; 27213 23 de mayo de 2007 M.P.: Javier Zapata Ortiz; 27467 de 5 de julio de 2007 M:P: Julio E. Socha Salamanca; 27212 de 24 de octubre de 2007 M.P.: Jorge Luis Quintero Milanés

19 Leyes 418 de 1997, 548 de 1999, 782 de 2002, 975 de 2005, 1106 de 2006; y Decretos 1385 de 1994, 128 de 2003, 3360 de 2003, 4760 de 2005, 436 de 2006, 3391 de 2006, 1059 de 2008, 1364 de 2008, entre otros.

20 Cfr. Decreto 3360 de 2003, artículo 1º.

En tratándose de desmovilizaciones colectivas ante el Gobierno Nacional se deben cumplirse los siguientes requisitos[21]: a) Expresar el sometimiento libre y voluntario a la ley; b) Estar dispuestos a 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 (hechos cometidos hasta el 25 de julio de 2005)[22]; 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 desmantelamiento[23].

Además de dichas obligaciones, tal como dispone el artículo 10 de la Ley 975 de 2005, deben entregarse los bienes de procedencia lícita[24] e ilícita, lo cual deberá informarse inmediatamene a la Fiscalía General de la Nación para que adopte las medidas cautelares del caso y los deje a disposición del Fondo

---

21 Una relación detallada de los requisitos para obtener beneficio y su correspondiente regulación, puede encontrarse en el Auto de segunda instancia del 24 de febrero de 2009, R. 30999, M.P.: Alfredo Gómez Quintero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

22 La jurisprudencia respecto de tal límite ha sido muy abundante. Véanse, por ejemplo, los Autos de segunda instancia del 4 de mayo de 2011, R. 36103, M.P.: María del Rosario González De Lemos; del 24 de febrero de 2009, R. 30999, M.P.: Alfredo Gómez Quintero; del 26 de mayo de 2011, R. 36163, M.P.: Alfredo Gómez Quintero; del 13 de mayo de 2010, R. 33610, M.P.: Alfredo Gómez Quintero, del 9 de marzo de 2009, R. 31048, M.P.: María del Rosario González De Lemos, entre otros, y la sentencia del 31 de julio de 2009, R. 31539, M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán.

23 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia del 1º de noviembre de 2007, R. 28393, M.P.: Javier Zapata Ortiz.

24 Sobre la inclusión de los bienes lícitos para la entrega por parte de los desmovilizados, véanse las sentencias C-370 de 2006, y C-575 de 2006, M.P.: Álvaro Tafur Galvis. La entrega de bienes se hará en este caso en función del principio de responsabilidad solidaria que tendrá incidencia frente a las víctimas, y por significar una restricción importante a la satisfacción del derecho de reparación de las víctimas. En caso de afectación, debe existir una decisión judicial que ordene la entrega no voluntaria de estos bienes. Incluso se ha mencionado la posibilidad de entregar y ordenar medidas cautelares sobre bienes de terceros, al respecto véase el auto de segunda instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del 13 de diciembre de 2010, R. 34571, M.P.: Alfredo Gómez Quintero. Sobre este mis tópico, puede consultarse también el Auto de segunda instancia del 24 de marzo de 2010, R. 33257, M.P.: Javier Zapata Ortiz, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. También, VARIOS. *Daño y reparación judicial en el ámbiyo de la Ley de Justicia y Paz.* Bogotá, ProFis, 2010, pp. 315-324, 345-346.

para la Reparación de las Víctimas[25]. A su vez, deben ponerse a disposición del ICBF los niños, niñas y adolescentes que hayan sido reclutados[26], quien se encargará de promover su recuperación física y psicológica y su reinserción social, el cese de toda actividad ilícita o que tenga afectación sobre los derechos y libertades públicas, la liberación de las personas secuestradas y la información acerca del paradero de las personas desaparecidas[27]. Adicionalmente, la organización al margen de la ley no puede haberse realizado orientada hacia el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito[28]. Igualmente el GAOML debe cesar toda interferencia al libre ejercicio de los derechos políticos y libertades públicas y cualquier otra actividad ilícita. También se deben liberar las personas secuestradas y dar información sobre el paradero de los desaparecidos[29]

---

[25] Esto en consonancia con lo dispuesto en el Auto de segunda instancia del 23 de agosto de 2007, R.28040, M.P.: María del Rosario González De Lemos.

[26] Como resulta evidente, este requisito sólo puede ser exigible al comandante del grupo, puesto que puede que quien se desmovilice no tenga las facultades para esto. En este último supuesto, se deberá aportar la información sobre los niños, niñas o adolescentes que se encontraban vinculados al grupo al cual pertenecían.
El artículo 64 de la LJP señala expresamente que la entrega de "menores" no implica la pérdida de los beneficios establecidos tanto en Justicia y Paz, como en las otras normas complementarias. No obstante, las críticas acerca de organizaciones como COALICO, implicada directamente en la defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes, en especial utilizados en el conflicto armado, se dirige a señalar que dicha disposición no sólo es contradictoria con otras regulaciones de la materia, sino que además va en contravía de la normatividad internacional que considera la utilización de niños, niñas y adolescente en el conflicto armado como una de las peores formas de trabajo infantil y desconoce su carácter de crimen de guerra, incluido dentro de la competencia de la Corte Penal Internacional. Algunos elementos fácticos y estas críticas pueden consultarse en el *Informe Alterno al Informe del Estado Colombiano sobre el Cumplimiento del Protocolo Facultativo Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados*, presentado por COALICO y la Comisión Colombiana de Juristas en 2010, pp. 60-63.

[27] Cfr. C-370 de 2006, numeral 3.1.2.2.8.

[28] No obstante, este aspecto plantea una problemática muy significativa en relación con los vínculos existentes y conocidos entre el paramilitarismo y el narcotráfico, en su constitución y desarrollo, así como con el enriquecimiento ilícito. Al respecto, véase el *Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia*, del 1º de agosto de 2006.

[29] Cfr.Guia de Procedimientpos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Actualización. Sección C, Fase Administrativa, GIZ, Embajada de la República Federal de Alemania. Bogotá. Fiscalía General de la Nación, Bogotá, 2011, pp.C- 5 y 6.

Los desmovilizados 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 10º y 11 de la citada ley; esta manifestación se realiza ante el Alto Consejero Presidencial para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas, quien deberá enviar las listas de postulados al Ministro de Justicia, quien, a su turno, debe remitirlas a la Fiscalía General de la Nación[30], a efectos de 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[31].

2. Desmovilización individual de miembro de GAOML

La desmovilización individual consiste en el abandono voluntario que hace un miembro de un GAOML y su entrega también voluntaria ante cualquier autoridad militar, policial, judicial, civil o ante delegados de la Defensoría del Pueblo, las Personerías o la Procuraduría en la que manifiesta de manera voluntaria y expresa que desea acogerse a los beneficios de la Ley 782 de 2002, de la 975 de 2005 o de la 1424 de 2010. Esta autoridad estará en la obligación de dar aviso a la guarnición militar más cercana para que se le preste la atención humanitaria

[30] Esto es muy importante, por cuanto sólo quienes se encuentren en estas listas pueden acceder a los beneficios previstos en la LJP. En ningún caso, la postulación realizada por el Gobierno Nacional implica la concesión automática de los beneficios previstos en la LJP, ni el aval sobre el cumplimiento de los requisitos allí contemplados; asimismo, dicha postulación es revocable (art. 3º del Decreto 4760 de 2005, adicionado por el Decreto 1364 de 2008). Respecto la desmovilización como primer paso, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de segunda instancia del 24 de febrero de 2009, R. 30999, M.P.: Alfredo Gómez Quintero. Sobre exclusión de Justicia y Paz, pueden consultarse los autos de segunda instancia del 14 de abril de 2010, R. 33494, M.P.: Javier Zapata Ortiz, del 13 de mayo de 2010, R. 33610, M.P.: Alfredo Gómez Quintero y del 23 de agosto de 2011, R. 34423, M.P.: José Leonidas Bustos.

[31] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de segunda instancia del 13 de mayo de 2010, R. 33610, M.P.: Alfredo Gómez Quintero y Corte Constitucional, Sentencia C-1199 de 2008, numeral 6.7.

necesaria[32] y a la Fiscalía General de la Nación, institución que dispondrá lo necesario para que un Fiscal Delegado competente, inicie las diligencias de recepción de la versión libre, desarrolle el programa metodológico y adelante la investigación para estudiar qué régimen es aplicable y qué beneficios son procedentes.

El desmovilizado puede solicitar su postulación para acceder al procedimiento y a los beneficios consagrados en la Ley 975 de 2005 cuando renuncia a las prerrogativas de la Ley 782 de 2002, o cuando no teniendo posibilidad de acceder a ésta, manifiesta de manera libre, consciente y voluntaria su disposición de acogerse a la Ley de Justicia y Paz, caso en el cual, deberá realizar el procedimiento conducente a su postulación ante el Ministerio de Justicia.

El Ministerio de Defensa, a través del Comité Operativo para la Dejación de Armas –CODA–[33], acredita con una certificación la calidad de desmovilizado individual del solicitante, la cual debe ser emitida en el transcurso de los veinte días calendario a partir de la recepción de toda la documentación por parte del Programa de Atención Humanitaria al Desmovilizado –PAHD–. El PAHD del Ministerio de Defensa brinda la asistencia necesaria hasta que se certifique por el CODA que el desmovilizado pertenecía a un GAOML. Por su parte, también será competencia del PAHD constatar que las personas desmovilizadas en forma individual y que hubieren sido postuladas por el Gobierno

[32] Cfr. Decreto 128 de 2003, art. 3. Consultar también: http://mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/Asuntos_de_Interes/Desmovilización/manual_inducción.pdf. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. Manual de Introducción "Volviendo a la vida". Bogotá: Programa de Atención Humanitaria al Desmovilizado (PAHD), sf., p. 5. El Programa de Atención Humanitaria al Desmovilizado - PADH, adescrito al Ministerio de Defensa, es el encargado de ubicar al Desmovilizado en el hogar de paso más cercano, donde se les brindará asuistencoia humanitaria a él y a su familia, hasta tanto el Comité de Dejación de Armas –CODA– certifique su pertenencia al un GAOML, si a ello hubiere lugar. Cfr. Guia de Procedimientpos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz.Actualización. Sección C. Fase Administrativa. GIZ, Embajada de la República Federal de Alemania. Bogotá. Fiscalía General de la Nación, Bogotá, 2011, pp.C- 6 y 7.

[33] El CODA es la instancia encargada de certificar la pertenencia del desmovilizado a un GAOML y de evaluar su voluntad de incorporarse a la vida civil. Cfr. Decretos 128 de 2003, artículo 2º y 1059 de 2008. Esta certificación del CODA permite el ingreso del desmovilizado al proceso de reincorporación y el otorgamiento de beneficios a su favor. Guia de Procedimientpos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Actualización. Sección C. Fase Administrativa. GIZ, Embajada de la República Federal de Alemania. Bogotá. Fiscalía General de la Nación, Bogotá, 2011, p.C 7.

Nacional, como beneficiarios de la Ley 975 de 2005, entregaron información o colaboración para el desmantelamiento del grupo al que pertenecían, tal como lo establece el numeral 1º del artículo 11 de la misma ley[34].

Los documentos requeridos para que el CODA certifique la pertencia del desmovilizado al GAOML son[35]:

a) Acta de Entrega Voluntaria, suscrita por la autoridad ante la cual se presentó. Debe contener como mínimo el nombre, documento de identificación (si lo tiene), lugar de presentación y el GAOML a la cual dice pertenecer el desmovilizado
b) Acta de Buen Trato por parte de las Fuerzas Militares, firmada por el desmovilizado.
c) Copia del oficio mediante el cual, la autoridad ante la cual se presentóo el desmovilizado, informó al Ministerio de Defensa de esa situación.
d) Entrevista realizada por un oficial o suboficial de las Fuerzas Militares, adscrito al PADH, en la cual el desmovilizado manifiesta su vinculación y participación en un GAOML
e) Ficha decadactilar y carta bucodental realizada por la Sección Nacional de Identificación del Cuerto Tëcnico de Investigaciones –CTI–.

El desmovilizado individual, 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. Igual como sucedía con las desmovilizaciones colectivas, los desmovilizados individuales deberán manifestar por escrito su voluntad de ser postulados para acogerse al procedimiento y a los beneficios previstos en la LJP.

[34] Cfr. Decreto 423 de 2007, artículo 2º.

[35] Cfr.Guia de Procedimientpos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Actualización. Sección C. Fase Administrativa. GIZ, Embajada de la República Federal de Alemania. Bogotá. Fiscalía General de la Nación, Bogotá, 2011, p.C-7.

3. Desmovilización colectiva de GAOML con algún miembro privado de la libertad

Los miembros de los grupos organizados al margen de la ley privados de la libertad también pueden beneficiarse de lo dispuesto en la LJP, siempre y cuando su pertenencia al respectivo grupo quede establecida en la decisión judicicial correspondiente (parágrafo del artículo 10º, LJP). 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[36].

No obstante, de acuerdo con el Decreto 4719 de 2008, si el aspirante a postulación privado de la libertad no aparece en la lista que entrega el representante del GAOML, puede solicitar al Alto Consejero Presidencial para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas, antes Comisionado de Paz, que lo incluya en la lista de elegibles, pasados los tres meses desde la fecha de la desmovilización colectiva del grupo al que pertenece, mediante un escrito manifestando su intención de acogerse a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, indicando bajo la gravedad de juramento, el nombre del bloque o frente al que perteneció, adjuntando copia íntegra de la providencia judicial donde conste su pertenencia al respectivo grupo armado organizado al margen de la ley[37].

Una vez recibida la documentación conforme a lo señalado en el artículo 1° del Decreto 4719 de 2008, el Alto Consejero Presidencial para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas, la remitirá a la Fiscalía General de la Nacion con el objeto de verificar lo siguiente: primero, la pertenencia del solicitante al GAOML; luego, su calidad de privado de la libertad al momento de la desmovilización del bloque o frente al que dice pertenecer; y por último, su voluntad de colaborar con la administración

[36] Cfr. Decreto 3391 de 2006, artículo 7; Decreto 3360 de 2003, artículo 1º, inciso 1º.
[37] Artículo 1º, inciso 1º, Decreto 4719 de 2008.

de justicia. Efectuada la respectiva valoración del caso, la Fiscalía General de la Nación devolverá la solicitud, sus anexos y el concepto valorativo al Alto Consejero Presidencial para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas, quien a su vez podrá remitirlos al Ministerio de Justicia para que decida sobre la postulación del solicitante[38].

Si se aprueba su postulación para acceder a los beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005, su nombre será incluido en la lista que el Ministerio de Justicia envía a la Fiscalía General de la Nación. En caso contrario, este Ministerio informará al solicitante las razones para negar la solicitud[39].

4. Desmovilización colectiva de GAOML y posterior privación de la libertad de uno de sus miembros

Bajo este supuesto se establece que quienes se hayan desmovilizados por la Ley 782 de 2002 y se encuentren privados de la libertad pueden solicitar al Ministerio de Defensa su postulación al procedimiento de la Ley de Justicia y Paz, con la condición de que aporten información que contribuya al desmantelamiento del GAOML al cual pertenecía[40]. El PADH deberá verificar que el desmovilizado cuente con la certificación del CODA y verifica la información suministrada por el postulante, luego de lo cual se envía al Ministerio de Justicia el nombre del desmovilizado para su inclusión en las listas. También será procedente este trámite frente a integrantes de bloques o frentes extintos y cuyo miembro representante haya fallecido.

5. Desmovilización individual de guerrillero privado de la libertad

Los miembros de un grupo guerrillero que se encuentren privados de la libertad pueden desmovilizarse individualmente para obtener los beneficios jurídicos contemplados en la Ley 782 de 2002; en la Ley de Justicia y Paz. Para esto deben cumplir una serie de requisitos dentro de los cuales se contempla la pertencia a un grupo de guerrilla, expresar por escrito la voluntad

[38] Decreto 4719 de 2008.
[39] Decreto 3391 de 2006, artículo 7.
[40] Cfr. Decreto 3391 de 2006, artículo 5º, parágrafo 2º.

de abandonar el grupo al cual pertenecían, realizar actos de rechazo a dicha organización, colaborar con el desmantelamiento del grupo del cual hacía parte, y la cooperación con la administración de justicia con la investigación de las conductas realizadas con ocasión de su pertenencia al grupo para garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación[41]. Cumplidos estos requisitos, el CODA emitirá la certificación correspondiente para continuar con el proceso de desmovilización, aunque, como es evidente, habrá algunos cuya comprobación deba darse por autoridades judiciales luego de la postulación del Gobierno Nacional.

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 2002[42]. En caso de que el desmovilizado no quede cobijado por los beneficios establecidos en la citada ley, si lo solicita, el Ministerio de 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.

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 políticos y conexos no susceptibles de amnistía ni indulto (respecto de éstos se aplica la Ley 782 de 2002 y lo dispuesto por el artículo 6° y el parágrafo del artículo 7º, Decreto 3391 de 2006); segunda, que se hayan realizado antes del 25 de julio de 2005 (artículo 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 de Justicia procede a hacer la

---

41 Decreto 1059 de 2008, artículo 2.

42 Para esto, el Fiscal Delegado tendrá que establecer su identificación plena, verificar los antecedentes que puedan existir en contra del desmovilizado, avisar al CODA con el fin que resuelva sobre la certificación que acredite o no al desmovilizado como miembro del GAOML y disponer de las demás actuaciones que considere necesarias para constatar la posible existencia de elementos probatorios de los cuales sea posible inferir razonablemente la responsabilidad del desmovilizado en la comisión de conductas punibles.

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, y que presenta a los desmovilizados como elegibles al procedimiento y a los beneficios de la ley de Justicia y Paz. 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 10º y 11 de esta ley[43].

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 (artículo 16, LJP).

Como es obvio, las competencias anotadas deben ejercitarse dentro de lo que procesalmente constituye la fase o etapa judicial o de investigación (Figura 1).

[43] Cfr. artículo 3°, Decreto 4760 del 30 de diciembre de 2005.

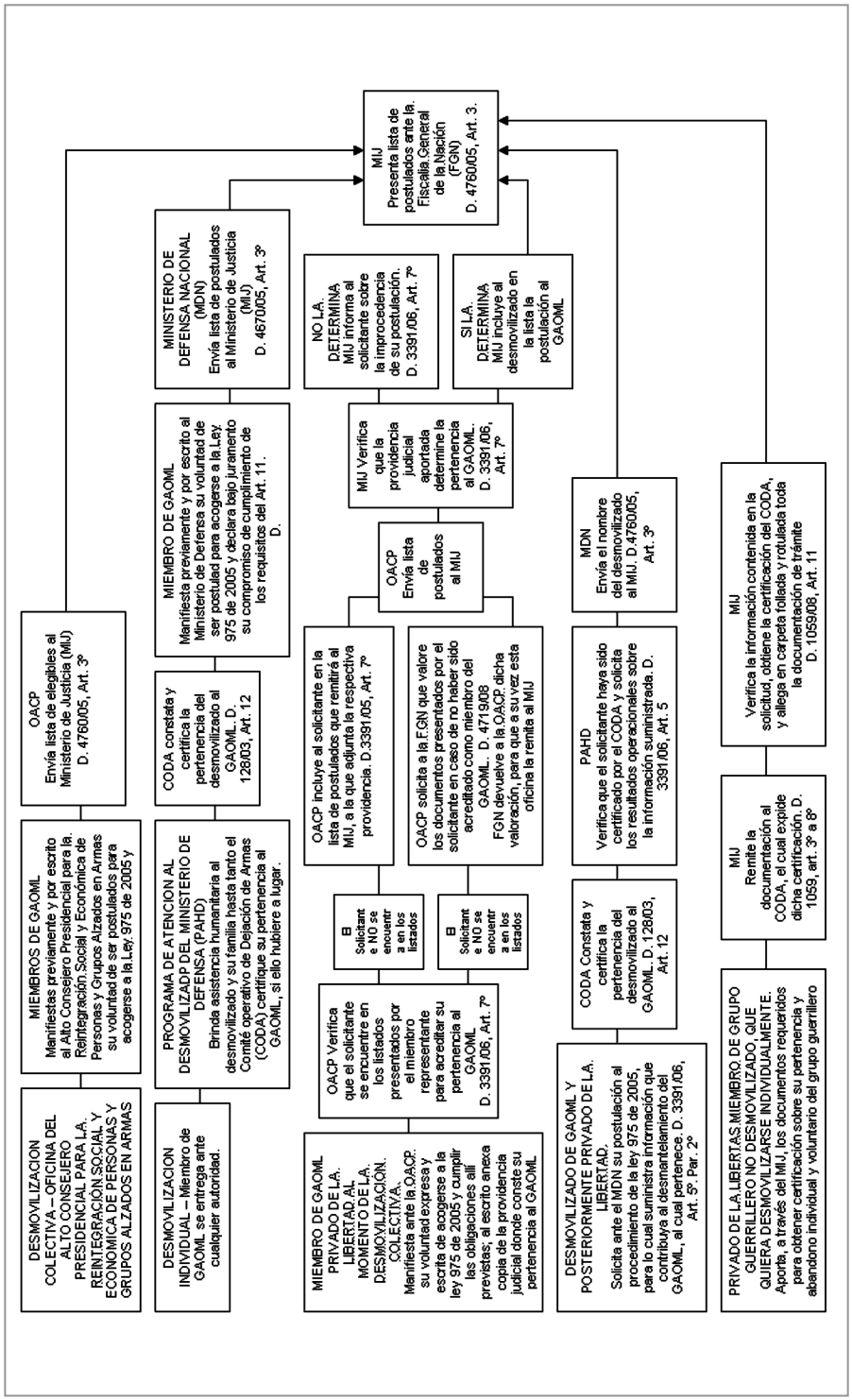


Figura 1. Fase Administrativa

III. Fase Judicial

Una vez se encuentre la lista de postulados enviada por el Ministerio de Justicia en la Fiscalía General de la Nación, se inica la fase judicial. Esta fase esta compuesta por: 1. La Indagación Preliminar; 2. La Versión Libre y Confesión; 3. La Audiencia de Formulación de Imputación; 4. La Audiencia de Formulación de Cargos; 5. La Audiencia de Control de Legalidad sobre la aceptación de Cargos; 6. El Incidente de Reparación Integral; y, 7. La Audiencia de Sentencia e Individualización de Pena. A continuación explicaremos cada una de estas etapas.

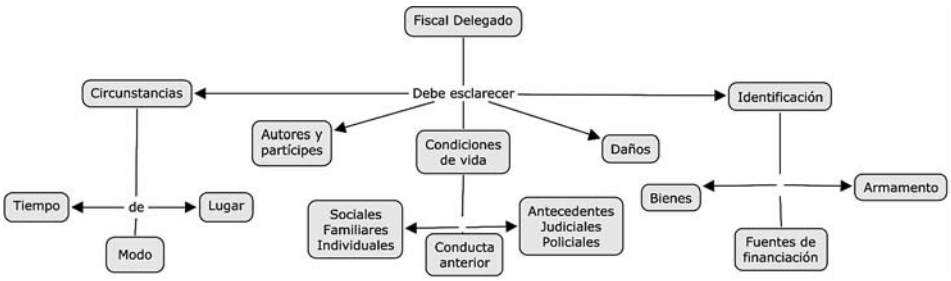
1. Indagación preliminar

Es la fase inicial del Proceso de Justicia y Paz en la cual el Fiscal Delegado y su grupo de policía judicial, adelantan labores de verificación y actos de investigación en el marco de un Programa Metodológico relacionados con las conductas punibles atribuibles a los miembros de los GAOML que se hayan desmovilizado induividual o colectivamente, siempre que ellos haya hayan tenido ocurrencia durante y con ocasión a su pertenencia al mismo y antes del 25 de julio de 2005.

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, concretamente, 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, la ubicación e identificación de bienes de propiedad lícita o ilícita de los postulados o del GAOML, que tengan vocación reparadora, las fuentes de financiación, el armamento del que disponia el GAOML, el paradero de las personas desaparecidas o secuestradas, debera también, verificar los requisitos de elegibilidad que deben satisfacer los postulados (arts 10 y 11 LJP), y ubicar las víctimas individuales o colectivas que hayan sufrido daños como consecuencia de las conductas activas u omisivas desarrolladas por los miembros del GAOML[44].

[44] Dado el gran volumen de hechos y casos, se introduce en el Proyecto de modificación a la Ley de Justicia y Paz, un lineamiento para dar atención preferente a determinados procesos.

Figura 2.



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 pretenda presentar en el juicio (arts. 15 LJP y 4 del Decreto 4760 de 2005).

Dentro de las actuaciones previas el fiscal de conocimiento debe proferir la orden de impulso procesal, en la cual debe 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[45]. En esta comunicacción se fijará la fecha en la que se le recibirá la versión libre. Así mismo, se enviará comunicación de la iniciación del proceso al Procurador Judicial, a la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR)[46], a la Agencia Presidencial para la Acción Social y al director del Programa de Representación Judicial a Víctimas de la Defensoría del Pueblo.

Cont. nota 44

Al respecto, el artículo 5º del Proyecto señala: "*Priorización de casos*. La Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz y los magistrados de justicia y paz de los tribunales superiores de distrito judicial establecerán prioridades para la investigación, juzgamiento y sanción de los casos bajo su conocimiento, con base, entre otros, en criterios relacionados con la gravedad de los delitos, las condiciones de los autores y la calidad de las víctimas".

45 En este caso, el postulado debe manifestar por escrito que carece de abogado de confianza, para que el Fiscal Delegado proceda con la solicitud ante la Defensoría del Pueblo señalando expresa e inequívocamente el nombre de quien requiere la representación judicial. Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, Memorando núm. 035. Bogotá, agosto 12 de 2010.

46 Con la ley 1448 de 2011 se transforma en Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, tal como se establece en el artículo 171. Con su desaparición, no es clara si desaparece del proceso o la nueva Unidad entra a cumplir esta función.

Además, se deberá citar y emplazar a las víctimas determinadas e indeterminadas de las conductas punibles atribuibles al postulado, lo cual se hará a través de un edicto, el cual será fijado en la Secretaría de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz (UNFJP) por el término de 20 días. Durante este lapso se publicará dos veces y en dia domingo en un diario de circulación nacional. Igualmente el edicto será divulgado a través de radiodifusoras en el área de influencia del postulado y enviado al Departamento de la Posperidad Social (DPS), antes Acción Social, que deberá publicar y difundir esa información por su cuenta. Debe además, solicitarse al Procurador General de la Nación para que nombre un *curador ad litem* que represente los intereses de las víctimas indeterminadas, que a pesar de haber sido emplazadas, no se hayan presentado[47]. También se solicitará a la Oficina del Alto Consejero Presidencial para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas 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. En caso de considerarse necesario, el fiscal también podrá solicitar medidas de protección para las víctimas[48], siempre y cuando haya demostrado sumariamente esta calidad[49].

Este plazo debe ser igualmente empleado, en la verificación -en todo caso preliminar- de los requisitos previstos en los artículos 10 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. Esta información hace parte fundamental del programa metodológico, el cual 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, lo cual, por su importancia será desarrollado a continuación.

---

47 Cfr. Decreto 3391 de 2006, artículo 8, inciso 2º. Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Csación Penal. Auto de segunda Instancia. Rad. No. 30442 de octubre 3 de 2008. M.P.: Alfredo Gomez Quintero.

48 Cfr. Ley 975 de 2005, artículo 13 numeral 2; artículo 15 inciso 4º y artículo 38. Además, el Decreto 3570 de 2007.

49 Cfr. Resolución no. 4773 del 3 de diciembre de 2007, el Fiscal General de la Nación.

1.1 Elaboración del programa metodológico de investigación[50]

Como herramienta de planeación, dirección y control de la investigación, el Fiscal Delegado, conjuntamente con la Policía Judicial, debe proceder a elaborar y a desarrollar el correspondiente *programa metodológico*, el cual, de acuerdo con artículo 207 de la Ley 906 de 2004, *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 lor recursos de mejoramiento de los resultados obtenidos*.

Los objetivos concretos del Programa metodológico para los casos de Justicia y Paz son[51]:

- Identificar los problemas fácticos, probatorios y jurídicos que se presenten bajo el caso de estudio
- Planificar, controlar y verificar el trabajo o la estrategia de investigación
- Unificar esquemas de investigación
- Investigación integral
- Disminuir términos de investigación
- Racionalizar recursos
- Satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y reparación.

Se entiende que existen tres programas metodológicos distintos: el primero, en relación con el GAOML, el cual iniciará con la asignación del Fiscal Delegado al GAOML, bloque frente u otra forma organizativa; el segundo, el del postulado, el cual tendrá como punto de partida la recepción de la lista de postulados del Ministerio de Justicia y Derecho; y el tercero, en relación con cada uno de las conductas punibles o hechos atribuibles, desde el momento que tiene conocimiento del mismo a través de cualquiera de las fuentes de

---

[50] A pesar de que la LJP establece que la elaboración del Programa Metodológico procede a la diligencia de Versión Libre y Confesión, se ha sugerido su elaboración con antelación, de conformidad con la ley 906 de 2004, al resultar más práctico y poder satisfacer mejor las necesidades del proceso de Justicia y Paz.

[51] Cfr. *Guía de Procedimientpos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*, Actualización, Sección E. Indagacion, GIZ, Embajada de la República Federal de Alemania. Bogotá, Fiscalía General de la Nación, Bogotá, 2011, p. E-13.

información[52]. Este programa metodológico deberá irse ajustando a las necesidades del caso concreto. Veamos:

a) *El Programa Metodológico para el GAOML o dossier:* contiene los datos más importantes para identificar, ubicar y desmantelar 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, la georreferenciación o área de influencia, las actividades principales, bienes, armas y niños, niñas y adolescentes entregados al momento de la desmovilización colectiva, hechos atribuidos y posibles víctimas;
b) *El Programa Metodológico por del Postulado:* 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 y anotaciones judiciales y de policía[53]; 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 lícitos e ilícitos con vocación reparadora, y
c) *El Programa Metodológico del Hecho:* Debe estar dirigida a establecer 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; analizando tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; determinando autores y

[52] Son fuentes de Información: los desmoviliados, víctimas, informantes, autoridades, quienes en entrevista suministran información relacionada con la comisión de un delito; la versión libre del postulado; las denuncias, querellas, peticiones especiales del procurador General de la Nación, Informes de Policía Judicial u otra autoridad oficial; llamadas telefónicas y anónimos que suminstren datos concretos que permitan encauzar la investigación; revisión de procesos en la justiocia ordinariaa cuya existencia se conoce a través de las bases de datos y de las visitas que llevan a cabo los investigadores judiciales; Bases de datos (Cámara de Comercio; oficina de catastro, Oficina de Registro de Instruimentos Pübblicos; Instituto Geográfico Agustín Codazzi; SiJYP; SIJUF; SPOA, SIAN, EDIDENTIX, SIRDEC; SAME, CIFIN, etc.; Cfr.Guia de Procedimientpos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz.Actualización. Sección E. Iindagación, GIZ, Embajada de la República Federal de Alemania. Bogotá. Fiscalía General de la Nación, Bogotá, 2011, p.p. E-11 y 12.

partícipes de las conductas, las víctimas directas o indirectas en los términos señalados en el artículo 5º de la LJP y en la jurisprudencia[54]; 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 vida[55].

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 puedo conseguir los medios probatorios?[56].

Figura 2.

Elemento a probar	Medios legales de prueba	Fuente de prueba	Práctica de la prueba	Funcionario encargado	Término para práctica	Control y cumplimiento
Qué	**Con qué**	**Qué tengo**	**Qué falta**	**Quién practica**	**Cuándo**	**Control**

[53] Cfr. Ley 975 de 2005, artículo 17.

[54] Cfr. 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; Sentencia C-516 de 2007, M.P.: Jaime Córdoba Triviño; Sentencia C-455 de 2006, M.P.: Jaime Araújo Rentería; Sentencia C-531 de 2006, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra; Sentencia C-575 de 2006, M.P.: Álvaro Tafur Galvis; C-650 de 2006, M.P.: Álvaro Tafur Galvis; Sentencia C-719 de 2006, M.P.: Jaime Araújo Rentería y Sentencia C-080 de 2007, M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia del 28 de mayo de 2008, R. 29560, M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán.

[55] Ley 975 de 2005, Artículo 17.

[56] Cfr. Presentación en power point realizada por el Ex Fiscal 19 de Justicia y Paz de Medellín, Dr. Silvio Castrillon Paz, durante un encuentro de Fiscales de la UNJYP, Bogotá Hotel Lancaster, 15-17 de mayo de 2008.

Figura 3. Interrogantes basicos del investigador[57]

1.2 Realizar sesiones de trabajo conjuntas con los investigadores de Policia Judicial.

El Fiscal Delegado deberá mantener actualizado el Programa metodológico y para ello debe programar diversas sesiones con sus colaboradores para dirigir la investigación, precisar objetivos, analizar diversas hipótesis de trabajo, delimitar y asugnar tares, ejercer procedimientos de control, evaluar resultados, establecer nuevas estrategias.

1.3 Solictar medidas de Protección para las víctimas[58]

Durante esta fase de indagación preliminar el Fiscal Delegado podrá a petición de la propia víctima víctima o de una entidad oficial (Procuraduría, Defensoría, Personeria, etc) tramitar ante la Policia Nacional o ante la oficina de victimas y testigos de la Fiscalía dicha petición si se encuentra en libertad. Si la persona en riesgo o amenaza se encuentra detenida tal solictud debe ser tramitada por el Instituto Nacional penitenciario (INPEC).

---

[57] Cfr. Presentación en power point realizada por el Ex Fiscal 19 de Justicia y Paz de Medellín, Dr. Silvio Castrillon Paz, durante un encuentro de Fiscales de la UNJYP, Bogotá Hotel Lancaster, 15-17 de mayo de 2008.

[58] Cfr. Ley de Justicia y Paz, art. 13, num. 2; art. 15, inc. 4 y art. 38.

1.4 Análisis de los Informes de Policia Judicial

Los informes de Policía Judicial pueden ayudar a impulsar u orientar la investigación o a reanudar una investigación que ha sido archivada.

Estos informes pueden tratar sobre el tema de la entrega bienes ofrecidos por los postulados (lícitos e ilícitos)[59]; bienes denunciados por las víctimas y terceros; bienes afectados por acciones de extinción del derecho de dominio o vinculados a procesos penales; bienes a nombre de terceros de buena fe o testaferros, bienes ubicados por la Fiscalía. Para la ubicación, investigación y afectación de los bienes con vocación reparatoria fue creada la Sub Unidad Élite de Persecución de Bienes[60], que tiene como función realizar actos de investigación tendientes a demostrar la existencia, la identificación plena, ubicación y estado de los bienes de titularidad real o aparente de los miembros de los GAOML o de terceros a nombre de aquellos. Sobre los bienes licitos o ilícitos se solicitará en el menor tiempo posible una audiencia preliminar ante el Magistrado de Control de Garantías, la adopción de medidas cautelares o la entrega provisional del bien a la víctima para garantizar el derecho a la restitución[61].

2. Versión libre y confesión

La versión libre es la diligencia en la cual el postulado por el Gobierno Nacional a los beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005, manifiesta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que cometió conductas punibles durante y con ocasión a su pertencia a un GAOML y por los cuales aspira a obtener una pena alternativa.

Esta diligencia dirigida por el Fiscal Delegado que conoce del GAOML del cual se desmovilizó el postulado, tiene como objetivos: ampliar y verificar aspectos relacionados con la estructura y actividades de o de los GAOML a los cuales perteneció el postulado; confrontar información sobre la pertenencia y

---

[59] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Autos de Segunda Instancia.Rad. 35370 de 25 de mayo de 2011. M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero.

[60] Cfr. Fiscalía General de la Nación. Resolución del Fiscal Genral No. 1194 de mayo 3 de 2011 y UNJYP Memorando 0. 21 de 10 de mayo de 2011.

[61] Decreto 4760 de 2005, art. 15. También: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Autos de Segunda Instancia.Rad.28040 de 23 de agosto de 2007 y 30442 de 3 de octubre de 2008.

participación del postulado en actividades ilícitas; contribuir a la verificación del cumplimineto de los requisitos de elegibilidad; obtener una confesión plena y veraz de las conductas punibles cometidas por el postulado o en las que participó; esclarecer las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se desarrollaron cada una de las conductas ilícitas confesadas; lograr información del postulado relativas a otros hechos ilícitos de los cuales tenga noticia y en general conocer judicialmente toda la verdad con consecuencias jurídicas que vivió y posee el demovilizado con ocasión de su vinculación al grupo armado ilegal[62]. La versión libre "es el momento estelar del trámite transicional, es en él donde se delinean los delitos propios del accionar armado, donde se vislumbra la imputación que será objeto de aceptación, y fundamento de la sentencia; donde se reconstruyen los tiempos del dolor que se quiere mitigar con la justicia y la repartación"[63].

A marzo de 2012, de acuerdo con el Informe del Comité Interinstitucional de Justicia y Paz, la Unidad de Justicia y Paz ha iniciado **2.784** versiones libres. **1.394** han concluido. **1.389** están en curso.

La versión libre y confesión, procede independientemente 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; y debe realizarse luego de recibida la lista presentada por el Gobierno Nacional. En esta diligencia, como ya lo dijimos, 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 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[64].

---

[62] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Autos de Segunda Inhstancia. Radicados: 30120 23 de julio de 2008. M.P.: Alfredo Gomez Quintero; Radicado. 31150 de 12 de mayo de 2009. M.P.: Augusto Ibáñez Guzman.

[63] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia del 23 de agosto de 2011, R. 34423, M.P.: José Leonidas Bustos. La versión libre tiene como objetivo el conocimiento judicial de toda la verdad con consecuencias jurídicas que vivió y posee el desmovilizado con ocasión de su vinculacón al grupo armado ilegal.

[64] La confesión debe ser completa y veraz. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia del 23 de agosto de 2011, R. 34423, M.P.: José Leonidas Bustos.

Previamente a la celebración de la diligencia de versión libre, el Fiscal Delegado debe entrevistarse con el postulado con el fin de facilitar su preparación[65]. En esta entrevista se buscará obtener información acerca del número de hechos que se pretenden confesar informando sobre cada uno de ellos, si es posible: la fecha de ocurrencia, lugar donde se cometió, nombre de las víctimas. Asi mismo, señalará las circunstancias de los mismos, los grupos ilegales a los cuales perteneció el postulado, las regiones o áreas de influencia, la determinación de de las personas que concurrieron a la realización de conductas punibles como autores o participes, la identificación de bienes, fuentes de financiamiento y armamento del GAOML y las víctimas de tales hechos[66]. A pesar de que no existe regulación consideramos que en esta entrevista el desmovilizado también debe estar asistido por su defensor. Una vez finalizada la entrevista, el Fiscal Delegado deberá verificar la información suministrada por el postulado y ubicar y citar a las víctimas determinadas de los hechos confesados.

El Fiscal luego de un plazo razonable en el que realizó actividades tendientes a confirmar lo dicho por el postulado en la entrevista, señala lugar, fecha y hora para escucharlo en versión libre.

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 contenido[67]. 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 interrogatorio[68].

---

65 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Pena. Auto de Segunda Instancia. Rd. 29992 de 28 de julio de 2008. M.P.: Maria del Rosario González De Lemos; Rad. 30775 de 18 de febrero de 2009. M.P.: Jorge Luis Quintero Milanes.

66 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de Segunda Instancia Rad. 30120 de 23 de julio de 2008. M.P.: Alfredo Gomez Quintero.

67 Cfr. T-049 de 2008, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. La diligencia de versión libre se transmitirá en directo o en diferido en la sala habilitada para que acudan las víctimas, que pueden estar en la misma ciudad donde se hará la versión o en ciudades diferentes.

68 Cfr. Resolución no. 0387 del 12 de febrero de 2007, del Fiscal General de la Nación.

La versión libre se realiza en dos sesiones principales[69] y se puede realizar en diversas sesiones, incluso puede ser ampliada en el evento en que esta fase del proceso ya se haya superado[70]. Asi pues, cada sesión puede realizarse en varias jornadas y cada una de ellas con tres días consecutivos de sesiones que van de 9 de la mañana a 5 de la tarde[71]. 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[72] 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. Asimismo, la versión libre puede ser ampliada a petición del desmovilizado[73].

---

[69] Aunque el artículo 5º del Decreto 4760 de 2005 se refiere a esta diligencia como una "audiencia", tal denominación parece antitécnica, porque no se realiza ante un juez –ni de control de garantías ni de conocimiento– sino ante el fiscal, quien no tiene como función presidir audiencias de ningún tipo. Cfr. Resolución 3998 de 2006 del Fiscal General de la Nación.

[70] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de Segunda Instancia Rad. 30120 de 23 de julio de 2008. M.P.: Alfredo Gomez Quintero. Cfr. También Fiscalía General de la Nación. Resolución 3998 de 6 de diciembre de 2006.

[71] Cfr. Resolución no. 2296 del 3 de julio de 2007, artículo 9º del Fiscal General de la Nación.

[72] Cfr. Fiscalía General de la Nación. Resolución núm. 2296, del 3 de julio de 2007, artículo 3º.

[73] Art. 5º Decreto 4760 de 2005. Vésase también: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia del 23 de julio de 2008, R. 30120. M.P.: Alfredo Gómez Quintero.

En este punto, es muy importante hacer énfasis 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)[74] y, por ello, el Fiscal encargado de 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[75]. En caso de confesarse delitos cometidos por el postulado cuando era menor de edad, éstos deberán ser conocidos por el procedimiento especial y diferenciado de la ley 1098 de 2006[76].

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[77].

Realizado lo anterior, se puede reaundar la versión libre suspendida, teniendo presente, en todo caso, que si la imputación inicialmente formulada se amplia, porque en el desarrollo de la diligencia surjieron nuevos cargos que así lo exijen (Parágrafo del artículo 5º, Decreto 4760 de 2005), deberá nuevamente suspenderse versión libre que esta en curso..

Ahora bien, si en el mismo supuesto anterior el desmovilizado se encuentra privado de la libertad, el plazo de 36 horas para la celebración de la audiencia de formulación de la imputación se cuenta a partir del momento en que el

---

[74] Esto no quiere decir, empero, que la diligencia se circunscriba a la confesión de hechos propios; por el contrario, está enderezada a obtener toda la información posible, en aras de la realización del derecho a la verdad.

[75] Cfr. Artículo 5º, Decreto 4760 de 2005.

[76] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de definición de competencias del 24 de febrero de 2010, R. 32889, M.P.: José Leonidas Bustos.

[77] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Pena. Auto de Segunda Instancia. Rd. 30120 de 23 de julio de 2008. M.P.: Alfredo Gomez Quintero; Rd. 30775 de 18 de febrero de 2009. M.P.: Jorge Luis Quintero Milanes.

Fiscal Delegado solicite la celebración de la referida audiencia, al Magistrado con función de control de garantías.

En punto de la versión libre si el desmovilizado se encuentra privado de la libertad en virtud de medida de aseguramiento dictada en otro proceso[78], recibida la lista de postulados, el Fiscal asignado de la Unidad Nacional de Justicia y Paz, una vez cumplida la actuación previa a la versión[79] y obtenidas las copias pertinentes de la otra actuación ´rocesal, le recibirá la versión libre. A partir de esta diligencia, el Fiscal asignado dejará al desmovilizado a disposición del Magistrado de Control de Garantías y se suspenderá, en relación con el sindicado o imputado, el proceso en el cual se había proferido medida de aseguramiento hasta que termine la audiencia de formulación de cargos dispuesta en el artículo 19 de la Ley 975 de 2005[80]. La formulación de cargos podrá incluir aquellas conductas punibles por las cuales tenía medida de aseguramiento en otro proceso que se había suspendido, siempre y cuando se relacionen con las conductas punibles cometidas durante y con ocasión a la pertenencia del desmovilizado al GAOML. Declarada la legalidad de la aceptación de cargos por la Sala de Conocimiento del Tribunal Superior de Distrito Judicial la actuación procesal suspendida se acumulará definitivamente al proceso que se rige por la Ley 975 de 2005. Sin embargo, en caso de que el postulado no acepte los cargos o se retracte de los admitidos, inmediatamente se avisará al funcionario judicial competente para reanudar el proceso suspendido[81].

Si el versionado se encuentra en libertad y no aparecen dentro de las bases de datos de la Fiscalía con 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 delinquir agravado[82] (Figura 4).

---

78 Cfr. Decreto 4760 de 2005, art. 7 y Decreto 3391, art. 11.

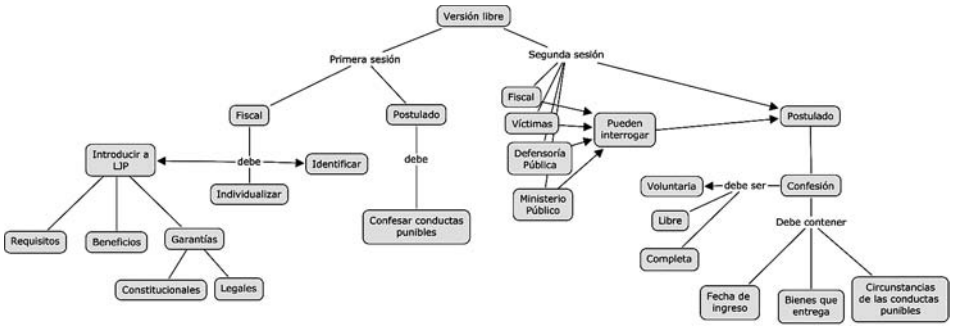
79 Cfr. Art 4 Decreto 4760 de 2005.

80 Mientras se encuentra suspendido el proceso judicial ordinario, no correrán términos de prescripción de la acción penal. Cfr. Último inciso art. 7 del Decreto 4760 de 2005 y art. 83 de la Ley 906 de 2004

81 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Pena. Auto de Segunda Instancia. Rd.33065 de 13 de diciembre de 2010. M.P.: Alfredo Gomez Quintero.

82 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia del 28 de mayo de 2008, R. 29560, M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán

Figura 4.



2.1 Archivo de diligencias

En armonía con lo dispuesto en el artículo 27 LJP, la actuación puede archivarse,una vez rendida la versión libre o en actuación posterior antes de la Audiencia de Formulación de imputación, cuando el Fiscal Delegado constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan caracterizar como delito[83] los hechos admitidos o no admitidos por el desmovilizado o que indiquen la posible existencia del mismo. 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 cualquier momento, a condición, claro está, de que no se haya extinguido la acción penal, si surjen nuevos elementos probatorios en sentido contrario[84].

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

[83] Cfr. Corte Constitucional, sentecia C-575 de 2006. M.P.: Álvaro Tafur Galvis. En el entendido que debe tratarse de la tipicidad objetiva.

[84] Con referencia al artículo que se comenta, cabe recordar que la constitucionalidad del mismo fue condicionada por la Corte Constitucional, a que se entienda que "*la caracterización a que en él se alude corresponde a la tipicidad objetiva y que la decisión del archivo de las diligencias debe ser motivada y comunicada al denunciante y al Ministerio Público para el ejercicio de sus derechos y funciones*". (Cfr. Sentencia C-575 de 2006, M.P.: Álvaro Tafur Galvis).

inhibitoria, preclusión de la instrucción o cesación de procedimiento, según el caso, por los delitos de concierto para delinquir previsto en el 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 de la misma legislación penal sustancial, 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 primero del mismo, pueden acceder, a su turno, a los beneficios jurídicos previstos al efecto en la Ley 782 de 2002.

Tornando al archivo de la actuación, debe agregarse, 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-575 de 2006[85], debe ser *comunicada al 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[86]. El Fiscal que hasta ese momento sea el competente deberá remitir el respetivo proceso a la justicia ordinaria en el estado en que se encuentre[87]. La jurisprudencia se ha encargado de diferenciar en el procedimiento especial de Justicia y Paz entre la figura del archivo de las diligencias y la preclusión de la investigación. Respecto a la preclusión, la Ley 975 de 2005 no contempla expresamente esta forma de terminación extraordinaria del proceso, por lo tanto, es procedente acudir a la reglamentación que de ella hace la Ley 906 de 2004 en sus artículos 331 a 335, obedeciendo al principio de complementariedad o de integración previsto en el artículo 62 de la LJP.

Procede la preclusión como instrumento de terminación anticipada del proceso ante el juez de conocimiento, en cualquier etapa procesal, a partir de la formulación de la imputación a instancia de la Fiscalía, cuando encuentre

---

[85] Reléase la nota inmediatamente anterior.

[86] Acerca del funcionario competente para resolver esta solicitud de renuncia y las consecuencias, véanse los autos de segunda instancia del 4 de marzo de 2009, R. 31235, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas y del 27 de agosto de 2007, R. 27873, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

[87] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia del 27 de agosto de 2007, R.27873, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

que no existe mérito para acusar, por la demostración de alguna de las siguientes circunstancias de acuerdo con las previsiones del artículo 332 de la Ley 906 de 2004: existencia de algún motivo que excluya la responsabilidad con arreglo a lo previsto por el Código Penal, inexistencia del hecho investigado, atipicidad de la conducta, ausencia de intervención del imputado en la conducta averiguada, imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, y vencimiento del término máximo previsto en el inciso 2º del artículo 294 de la legislación penal; o por imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal por concurrir alguna de las causales del artículo 77 ibídem, como son: muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querella y desistimiento, en la medida en que sean aplicables al procedimiento especial de justicia y paz.

La decisión de precluir puede adoptarse en la fase de juzgamiento de comprobarse cualquiera de las causales objetivas relacionadas con la continuación del ejercicio de la acción penal y la inexistencia del hecho investigado[88]. Con su ejecutoria, cesa con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra del acusado por los hechos que se le endilgan, sin que proceda investigación o juzgamiento posterior en relación con los mismos.

Teniendo como fundamento este marco jurídico conceptual establecido en la Ley 906 de 2004 y atendiendo a la naturaleza jurídica de la preclusión, la Corte Suprema de Justicia ha decidido que la renuncia del postulado y la exclusión[89] del mismo por incumplimiento de los requisitos legales para acceder a la pena alternativa no constituyen una de las causales de preclusión por no estar consagrada en el listado del artículo 332 de la Ley 906 de 2004[90].

---

[88] Sobre las diferencias entre archivo de las diligencias y preclusión, véase el Auto de segunda instancia del 12 de febrero de 2009, R. 30998, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez.

[89] El proyecto que modifica y adiciona disposiciones a la LJP No. 096/11 Cámara, que actualmente se encuentra en trámite en el Senado No. 193/11, adiciona unas causales taxativas de exclusión del proceso, frente a la renuencia, el incumplomiento de los requisitos de elegibilidad, la confesión total de hechos que no se hayan cometido con ocasión y en razón de la pertenencia del postulado al GAOML y por la muerte del postulado. Cfr. Artículo 1º, Proyecto de Ley 096 de 2011, Cámara de Representantes. La exclusión implica, asimismo, la posibilidad de ser nuevamente postulado y deben adelantarse los trámites correspondientes por justicia ordinaria.

[90] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de segunda instancia del 27 de agosto de 2007, R.27873, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

En efecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisión del 27 de agosto de 2007, aclaró las razones para que la renuncia y la exclusión del postulado a la LJP no sean consideradas causales de preclusión de la investigación, por cuanto impedirían a la Fiscalía General de la Nación acometer las investigaciones por el trámite ordinario y porque si el legislador no consagró expresamente la preclusión por dichas causales en la Ley 975 de 2005, fue para no impedir a la Fiscalía investigar las conductas punibles conocidas y no atentar contra el derecho que asiste a la sociedad de conservar un orden justo, y a las víctimas de obtener de la jurisdicción la verdad de lo sucedido, la aplicación de una justicia material y la reparación plena de los daños sufridos. Por esa razón, dispuso remitir las diligencias a la justicia ordinaria para su averiguación[91].

Así las cosas, si se presenta alguna causal de archivo de las diligencias conforme al artículo 27 de la LJP, la orden correspondiente corre por cuenta del Fiscal Delegado[92]; y si hay lugar a la preclusión de la investigación, toda solicitud que en dicho sentido se eleve, la debe resolver la Sala de Conocimiento del correspondiente Tribunal Superior del Distrito Judicial[93], independientemente del sujeto o interviniente procesal que la solicite[94].

Finalmente debe decirse que en providencia de 31 de julio de 2009, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Augusto Ibañez[95], y envirtud del principio de complementariedad, señaló que en principio existen tres mecanismos concretos y duferenciables a partir de los cuales se puede dar por *terminado de manera extraordinaria o anticipada, el proceso de Justicia y Paz*: *(i)* La exclusión del postulado; *(ii)* El archivo de las diligencias por parte del Fiscal encargado y; *(iii)* La preclusión de la investigación. Veamos:

---

91 Ídem.

92 Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Auto de definición de competencia del 5 de julio de 2007, R. 11-001-02-30015-2007-0019, conforme al cual se desarrolla y precisa el alcance de la sentencia C-1154 de 2005 de la Corte Constitucional.

93 Acerca de las Salas de Justicia y Paz, consultar: Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdos PSAA06-3276 del 19 de enero de 2006, PSAA08-4640 del 12 de marzo de 2008 y PSAA084641 del 12 de marzo de 2008.

94 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de octubre de 2007, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas

95 Radicado 31539.

(i) La exclusión *del postulado de los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, opera cuando éste no cumple con los requisitos generales objetivos establecidos en la Ley 975 de 2005 para su vinculación al trámite especial, o cuando en curso del proceso o dentro de la ejecución de la pena alternativa dispuesta por la justicia, incumple con las obligaciones propias de su condición*[96]*. Si el postulado incumple los requisitos, pese a que el Gobierno Nacional lo incluyó en la lista enviada a la Fiscalía, es obligación de éste funcionario acudir ante la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, a fin de obtener la desvinculación de la persona a través del mecanismo de la exclusión.*

En todo caso debe precisarse que la exclusión no representa pronunciamiento de fondo respecto de los delitos confesados por el postulado en su versión libre y objeto del proceso de Justicia y Paz, pues, simplemente su investigación y juzgamiento correrá eventualmente de cargo de la justicia ordinaria.

ii) *Por su parte se deben* ***archivar*** [97] *las diligencias cuando la Fiscalía concluya, luego de ponderar los resultados de la actuación previa y de la investigación, que no convergen los elementos objetivos del tipo penal, teniendo la posibilidad de reabrirla si sobrevienen elementos de prueba o información que así lo amerite*[98]*.*

Ese archivo, en caso que sea procedente, debe efectuarse antes de la audiencia de imputación, cuando el fiscal determine que los hechos admitidos o no por el desmovilizado, no pueden identificarse como delictuosos. Esta actuación del ente instructor, sin la intervención de los magistrados de Justicia y Paz, precisa de un requisito procesal consistente en que no se haya formulado imputación, y otro material, referido a que se trate de atipicidad objetiva[99]*. Si ya se ha formulado imputación o la discusión opera en otros tópicos del delito diferentes a su tipicidad objetiva, el Fiscal debe acudir ante la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, a través del mecanismo de la preclusión.*

iii) La preclusión *se tramita bajo los mandatos contenidos en los artículos 331, 332, 333, 334 y 335 de la Ley 906 de 2004, por remisión de la Ley 975 de 2005.*

---

96 Cfr. Obligaciones del postulado art. 10 y 11 de la Ley 975 de 2005. Igual sucede cuando el postulado incumple sus obligaciones –a manera de ejemplo, cuando sigue delinquiendo al interior del sitio de reclusión que lo alberga- en curso del trámite en cuestión y previo a la emisión del fallo que otorga la sanción alternativa.

97 *Cfr.* Autos de segunda instancia Nos 27873 del 27 de agosto de 2007, 28492 del 26 de octubre de 2007 y 30998 del 12 de febrero de 2009.

98 Cfr. Trámite dispuesto en la Ley 975 de 2005, en consonancia con los decretos 4760 del mismo año artículo 4º y 2898 de 2006 parágrafo del artículo 1º,

99 Dentro de los términos que para ella fija la Corte Constitucional en sentencia C-575 de 2006, y las precisiones de la Corte Suprema, en su Sala Plena dentro del radicado 11-001-02-30-015-2007-0019 del 5 de julio de 2007.

El artículo 332 de la Ley 906 de 2004, señala que el fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos: *(i)* Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; *(ii)* existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal; *(iii)* inexistencia del hecho investigado; *(iv)* atipicidad del hecho investigado; *(v)* ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado; *(vi)* imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia; *(vii)* vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este código.

Por su parte, el artículo 333 siguiente, además de regular el trámite, alude a la obligación por parte de la Fiscalía de demostrar en la correspondiente audiencia, la existencia de la causal invocada con indicación de los elementos probatorios y evidencia física que sustentaron la imputación y fundamentación de la causal alegada[100].

Además, el artículo 334 de la misma normativa determina que una vez en firme la decisión de preclusión, *"…cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra del imputado por esos hechos…". Y se revocarán todas las medidas cautelares que se hayan impuesto*

Se concluye así, que la exclusión, frente a la preclusión y el archivo, además de obedecer a causas diferentes, también produce efectos distintos, en cuanto, no constituye pronunciamiento de fondo en torno de los hechos o conductas punibles ejecutadas. Por esta razón la muerte de una persona que aparece como elegible para los efectos de la Ley de Justicia y Paz, dijo la Corte[101], constituye una causal de preclusión de la investigación, cuya aplicación debe ser solicitada ante los Magistrados de la jurisdicción especial, quienes están facultados para resolverla.

2.2 Medidas cautelares, régimen de bienes y otras diligencias previas

La entrega de bienes por parte de los postulados a Justicia y Paz constituye uno de los requisitos de elegibilidad al proceso, tal como consta en los artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005, los cuales deben ser entregados con el fin

[100] Pueden oponerse a la petición de preclusión: la Vïctima; el Ministerio Püblico y el defensor del imputado. Cfr. Corte Constitucional, en sentencia C-209 de 2007.

[101] Cfr. Auto de segunda instancia No 28492 del 26 de octubre de 2007.

de reparar a las víctimas[102]. Una vez es asignado el proceso al Fiscal Delegado, éste debe solicitar que el postulado, a través de su defensor, indique cuáles son los bienes lícitos e ilícitos que entregará con el fin de reparar a las víctimas[103]. El postulado, por esta vía, indica cuáles son los bienes que entregará, los de su propiedad o que figuran a nombre de terceros, si es propietario de una parte o de la totalidad, y la procedencia (lícita o ilícita) de los mismos[104].

Los postulados pueden ofrecer voluntariamente los bienes que entregará, como acto de plena responsabilidad frente a posibles gravámenes, o situaciones que impidan su ingreso final al Fondo de Reparación de Víctimas, puesto que será responsable del saneamiento y alistamiento de los mismos[105]. No obstante, también las víctimas y otros terceros pueden denunciar bienes del GAOML o del postulado, en particular aquellas personas despojadas de su dominio, posesión, tenencia, usufructo o de cualquier otra relación jurídica con estos bienes, en virtud de alguna conducta punible atribuible a uno o varios miembros de un grupo al margen de la ley[106].

---

[102] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia del 23 de agosto de 2007, R.28040, M.P.: María del Rosario González De Lemos.

[103] El Fondo de Reparación a Víctimas reporta la entrega de **7.453** bienes por parte de los postulados a la Ley de Justicia y Paz. De este total de bienes, **5.632** son semovientes Adicionalmente se entregaron: **203** Inmuebles Rurales; **45** Inmuebles Urbanos; **47** Vehículos; **2** Aeronaves; **5** Embarcaciones Sociedad comercial. El **43,84%** de los bienes ha sido entregado por el Bloque Sur del Bloque Central Bolívar (BCB). El **23,88%** por el Bloque Mineros .El **5,84%** por el Bloque Elmer Cárdenas ; El **26,09%** restante ha sido entregado por los siguientes Bloques: Frente Sur del Putumayo del BCB, Frente Cesar Julio Peinado, Héroes de los Llanos, Bloque Vencedores de Arauca, Bloque Catatumbo, Bloque Cundinamarca, Bloque Héroes de Granada, Bloque Héroes de Tolova, Bloque Meta y Vichada, Bloque Bananero Bloque Norte, Frente Resistencia Tayrona, Bloque Pacifico - Héroes del Choco, Autodefensas campesinas del Magdalena Medio. Adicionalmente, el Fondo de Reparación a Victimas reporta que los desmovilizados postulados a la Ley de Justicia y Paz han entregado bienes que han sido monetizados por el Fondo y que equivalen a un monto total de **$$96.598.927.073,88**.

[104] Fiscalía General de la Nación. Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Memorando no. 64, septiembre de 2007. CFr. Informe Matriz de la Comité Interinstitucional de Justicia y Paz.l Para el tema de Bienes consultar: Gtz, Fiscalía General de la Nacuión, Embajada de la República Federal de Alemania. Daño y reparación Judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz, Alvi Impresores, Bogotá, 2010, pp. 300 y ss.

[105] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Autos de segunda instancia del 8 de septiembre de 2008, R. 30360, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas y del 13 de diciembre de 2010, R. 34571, M.P.: Alfredo Gómez Quintero.

[106] Decreto 4760 de 2005, artículo 14, inciso 1º.

El Fiscal Delegado puede también solicitar la imposición de medidas cautelares de embargo y secuestro sobre los bienes ofrecidos por el postulado, tanto a nombre propio como de un tercero. Esta medida es solicitada ante Magistrado de Control de Garantías[107], quien decreta la adopción de las mencionadas medidas sobre los bienes susceptibles de valoración económica o sobre los cuales recaiga el derecho de dominio, y una vez tomada la decisión pasan a ser administrados por el Fondo para la Reparación de las Víctimas, quien cumple la función de secuestre legal[108], provisionalmente, hasta que se decrete la extinción de dominio sobre los mismos, cuando se haya determinado la procedencia lícita o ilícita de los mismos[109]. La oportunidad procesal para presentar la solicitud de las medidas cautelares sobre bienes del postulado puede presentarse, aún, antes de la formulación de la imputación[110].

En caso de solicitarse medidas cautelares sobre bienes de terceros, el Fiscal Delegado deberá demostrar la relación entre el tercero y el bien respecto del cual se está presentando la solicitud de medida cautelar. Si el tercero no pertenece al GAOML y colabora con la justicia, le podrá ser aplicado el principio de oportunidad[111]. En caso de registros fraudulentos, y tal como señaló la Corte Suprema de Justicia, la Sala de Justicia y Paz será competente para cancelar títulos obtenidos fraudulentamente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe[112], situación en la cual se deben demostar los elementos objetivos del tipo que produjeron estos títulos fraudulentos[113].

---

[107] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Autos de definición de competencias del 7 de julio de 2011, R.36853, M.P.: María del Rosario González De Lemos y del 13 de junio de 2011, R. 36653, M.P.: María del Rosario González De Lemos. También puede ser conocido por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior, si está conociendo de la actuación principal.

[108] Decreto 4760 de 2005, artículo 15, inciso 3º.

[109] Decreto 3391 de 2006, artículo 14.

[110] Ley 975 de 2005, artículo 18. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Autos de segunda instancia del 25 de mayo de 2011, R. 35370, M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero; del 3 de octubre de 2008, R. 30442, M.P.: Alfredo Gómez Quintero; del 23 de agosto de 2007, R.28040, M.P.: María del Rosario González De Lemos y del 8 de septiembre de 2008, R.30360, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

[111] Decreto 3391 de 2006, artículo 14. Además, Fiscalía General de la Nación, Resolución No. 06618 del 27 de octubre de 2008.

[112] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia del 30 de marzo de 2011, R. 34415, M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero.

[113] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia del 8 de junio de 2011, R. 35185, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez

3. Audiencia de formulación de 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[114], quien tiene la función de garantizar la legalidad formal del trámite[115], 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, cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al GAOML, antes del 25 de julio de 2005[116]. Esto, una vez el postulado haya rendido parcial totalmente versión libre. El auto del Magistrado de Control de Garantías mediante el cual se imparte trámite a la imputación es de sustanciación. La sala de conocimiento de Justicia y Paz del tribunal Superior ejerce control formal y material de la imputación realizada por la Fiscalía y en consecuencia puede modificarla[117].

La antedicha audiencia, que tiene la característica de ser preliminar[118], debe ser señalada y celebrada, previa solicitud del fiscal que conoce del caso, dentro de un plazo razonable a aquella en que el desmovilizado, se requiere que haya

[114] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de definición de competencias del 28 de abril de 2010, R. 33659, MP. Jorge Luis Quintero Milanés y auto de segunda instancia del 11 de mayo de 2009, R. 31290, MP. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

[115] Sobre la naturaleza y fines de la audiencia de formulación de imputación véanse Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Autos de segunda instancia del 1º de julio de 2009, R. 31788, MP. José Leonidas Bustos Ramírez y del 16 de abril de 2009, R. 31115, MP. José Leonidas Bustos Ramírez de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

[116] Auto de segunda instancia del 24 de febrero de 2009, R. 30999, M.P.: Alfredo Gómez Quintero.

[117] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia Rad. 33301, marzo 11 de 2010. M.P.: Alfredo Gomez Quintero

[118] Artículos 153 a 155 Ley 906 de 2004 y artículo 13 Ley de Justicia y Paz. Las audiencias preliminares son aquellas solicitadas por el fiscal competente de Justicia y Paz, el defensor, el Ministerio Público, la víctima o su representante judicial, que se realizan ante el magistrado de control de garantías en cualquier momento para ordenar o controlar actuaciones, resolver peticiones o adoptar decisiones sobre aspectos sustanciales del proceso y tiene por finalidad la preservación de los derechos fundamentales del versionado, de las víctimas y de los demás intervinientes. Estas audiencias preliminares se clasifican en: a)Audiencias de control previo; b) Audiencia de verificación o decisión; y c) Audiencia de control de legalidad posterior.

rendido versión libre y que puesto 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"[119].

Tal y como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, "***la formulación de imputación*** es un acto de comunicación[120] mediante el cual la Fiscalía le hace saber al desmovilizado la existencia de una investigación en su contra por unos hechops jurídicamente reprochables, que apuntan hacia la responsabilidad penal. Esta *noticia especial* comprende "el universo de los hechos revelados y conocidos, porque el legislador ha previsto que obedezca a la descripción de todos los hechos confesados de forma completa y veraz, y de los que conozca dentro del ámbito de su competencia"[121].

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 segundo inciso 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[122], según el precitado inciso, "sobre los bienes de procedencialícita o ilícita que hayan sido entregados para efectos de la reparación a las víctimas".

Son intervinientes en esta audiencia el postulado, su defensor, el Ministerio Público, las víctimas y sus representantes. Por lo tanto, en la audiencia de imputación, además de las medidas solicitadas por el fiscal referentes a personas o bienes, estos demás sujetos procesales podrán hacer solicitudes

[119] Sentencia C-370 de 2006, numeral 6.2.3.1.

[120] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia del 23 de julio de 2008, R.30120, M.P.: Alfredo Gómez Quintero, reitera el concepto.

[121] Artículos 17 Ley 975 de 2005, 5º del Decreto 4760 de 2005 y 9º del Decreto 3391 del 29 de septiembre de 2006.

[122] Como se mencionó anteriormente, excepcionalmente, el fiscal puede solicitar la imposición de medidas cautelares reales antes de la Audiencia de Formulación de Imputación. Véase cita 76.

denunciando bienes del versionado para efectos de la reparación e interponer los recursos que sean procedentes.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[123] se ha pronunciado en varias ocasiones señalando que es posible 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 definitiva[124].

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 atiende a principios constitucionales y legales de celeridad y justicia pronta y cumplida[125].

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[126] ha señalado que a efecto de establecer la legislación aplicable al desmovilizado al momento de la imputación total o parcial, se debe tener en cuenta una de cuatro posibilidades en relación con procesos adelantados en contra de ese desmovilizado:

---

[123] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Autos de segunda instancia del 23 de julio de 2008, R. 30120, M.P.: Alfredo Gómez Quintero; del 28 de mayo de 2008, R. 29560, M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán; del 9 de febrero de 2009, R. 30955, M.P.: José Leonidas Bustos Ramírez; del 9 de diciembre de 2010, R. 34606, MP. José Leonidas Bustos Ramírez; del 22 de mayo de 2009, R. 31582, M.P.: María del Rosario González De Lemos, y del 16 de abril de 2009, R. 31115, MP. José Leonidas Bustos Ramírez, entre otros.

[124] De otra opinión son los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, quienes consideran que estas imputaciones parciales facilitan la labor de investigación a la Fiscalía, que va a disponer de un espacio separado para verificar, investigar y confrontar las conductas no incluidas en la sesión inicial de la versión.

[125] En oposición a las imputaciones parciales. LÓPEZ DÍAZ, Claudia. "Nulidad y ley de justicia y paz", en: *Cuadernos de Derecho Penal*, No. 3, Escuela de Derecho/Departamento de Derecho Penal, Universidad Sergio Arboleda, Fondo de publicaciones Universidad Srgio Arboleda, Bogotá, mayo de 2010, pp. 213 y ss.

[126] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia del 9 de febrero de 2009, R. 30955, M.P.: José Leonidas Bustos Martínez

a) Que no existe ningún proceso penal en su contra diferente del que se inició con ocasión de su postulación como aspirante a los beneficios de la Ley 975 de 2005. En este caso, ha de aplicarse el primer inciso del parágrafo del artículo 5º del Decreto 4760 de 2005;
b) Que al momento de su desmovilización se le estén adelantando otros procesos judiciales por conductas punibles relacionadas con su pertenencia al GAOML al que perteneció y en los que exista medida de aseguramiento o sentencias condenatorias en su contra. En este evento, se aplicarán los artículos 10º y 11 del Decreto 3391 de 2006[127];
c) Que el postulado esté efectivamente privado de su libertad como consecuencia de su desmovilización previa, adelantada de conformidad con la Ley 782 de 2002. La normatividad a aplicar para este caso está regulada en los artículo 5º y 6º del Decreto 3391 de 2006; y,
d) Que el desmovilizado tenga procesos adelantados por conductas realizadas por fuera de su pertenecia al GAOML y en los que esté afectado con medidas de aseguramiento o con condenas que esté pagando. En este caso, no existe regulación expresa, pero la Corte Suprema de Justicia consideró en el fallo en comento[128] que la disposición legal a aplicar para efectos de la imputación parcial estaba prevista en el inciso 1º del parágrafo del artículo 5º del Decreto 4760 de 2005. En ningún caso puede recurrirse a causales de libertad[129], al beneficio de la libertad condicional[130] o la sustitución de la detención preventiva[131].

[127] Anteriormente se aplicaba el inciso 2º del parágrafo del artículo 5º del Decreto 4760 de 2005.

[128] Esta interpretación rompe con el bojeto de la ley pues se pueden imputar en justicia y paz conductas punibles que no fueron cometidas durante y con ocasión a la pertenencia al GAOML.

[129] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Autos de segunda instancia del 24 de junio de 2010, R. 34170, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas; del 16 de diciembre de 2010, R. 33039, M.P.: José Leonidas Bustos Martínez y del 23 de marzo de 2011, R. 36051, M.P.: José Luis Barceló Camacho, y el auto de definición de competencia del 26 de mayo de 2010, R. 34006, M.P.: José Leonidas Bustos Martínez.

[130] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Autos de segunda instancia del 23 de agosto de 2010, R. 34456, M.P.: Javier Zapata Ortiz; del 9 de diciembre de 2010, R. 34571, M.P.: Alfredo Gómez Quintero; del 23 de marzo de 2011, R. 36051, M.P.: José Luis Barceló Camacho, y del 27 de abril de 2011, R. 36015, M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero.

[131] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia del 22 de septiembre de 2010, R. 33857, MP. Jorge Luis Quintero Milanés.

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"[132]. Al igual que en el procedimiento penal ordinario, contra el trámite de imputación que consta en una auto de sustanciación, no procede recurso alguno, y el control formal y material a la imputación de la Fiscalía se ejercerá por parte de Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior, que podrá en consecuencia modificarla[133].

Finalmente, debe recordarse que el delito de concierto para delinquir, es un componente necesario de la primera imputación, en la medida que se trata de delitos cometidos por organizaciones criminales al margen de la ley[134] ; que la formulación de imputación por hechos sucedidos con posterioridad a la vigencia de la ley 975 de 2005 (25 de julio de 2005) sólo es posible en casos de delitos de ejeciución permanente siempre y cuando el primer acto se haya realizado con anterioridad a la vigencia de la ley de justicia y paz[135]; que la imputación de delitos cometidos por el postulado siendo menor de edad, deben investigarse de conformidad con el Decreto 2737 de 1989 o la Ley 1098 de 2006. Estas conductas no son de competencia de los funcionarios de Justicia y Paz [136] y que en caso de imputaciones parciales es necesario imponer medida de aseguramiento por cada uno de los delitos imputados[137].

3.1 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,

---

[132] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia del 28 de mayo de 2008, R. 29560, M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán.

[133] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia del 11 de marzo de 2010, R. 33301, M.P.: Alfredo Gómez Quintero

[134] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de Segunda Instancia Rad. 33301 de 11 de marzo de 2010. M.P.: Alfredo Gomez Quintero

[135] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de Segunda Instancia Rad. 33610 de 13 de mayo de 2010. M.P.: Alfredo Gomez Quintero

[136] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de Segunda Instancia Rad. 32889 de 24 de febrerpo de 2010. M.P.: José Leonidas Bustos Martínez.

[137] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de Segunda Instancia Rad. 34606, 9 de diciembre de 2010. M.P.: José Leonidas Bustos Martínez.

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, así como para actualizar el programa metodológico. Si como resultado de las labores investigativas se considera pertinente ampliar la versión del postulado, el Fiscal procederá a hacerlo en el menor tiempo posible.

El antedicho término de 60 días puede ser *prorrogado* en otro tanto[138], 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 concurran las condiciones allí establecidas.

4. Audiencia de formulación de cargos

Finalizado el término anteriormente señalado, o antes –si fuere posible–, el Fiscal Delegado debe proceder a solicitar, ante el Magistrado que ejerza la función de control de garantías, competente para conocer de esta audiencia[139], la programación de una audiencia preliminar con la finalidad de realizar, durante ella, la formulación de los cargos respectivos, la cual deberá ser programada por dicho magistrado dentro de los 10 días siguientes[140], la cual, de conformidad con lo dispuesto por el ordinal 6º del artículo 13 LJP, tiene carácter preliminar.

La Audiencia de formulación de cargos demanda dos requisitos, a saber: *uno* de caráter material que correspoinde al Fiscal Delegado de la Unidad

[138] Cfr. artículo 18 de la Ley 975 de 2005 y 6º del Decreto 4760 de 2005. Véase también: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia del 23 de julio de 2008, R. 30120. M.P.: Alfredo Gómez Quintero.

[139] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Autos de definición de competencia del 24 de mayo de 2010, R. 33665, M.P.: José Leonidas Bustos Martínez; del 21 de mayo de 2009, R. 31620, M.P.: Jorge Luis Quintero Milanés; del 31 de marzo de 2009, R. 31491, M.P.: Alfredo Gómez Quintero, y del 13 de abril de 2009, R. 31527, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

[140] Artículos 18 de la LJP y 6º del Decreto 4760 de 2005. También, Fiscalía General de la Nación, Memorando 024 del 13 de abril de 2009, en donde se reitera la importancia de solicitar la realización de la audiencia de formulación de cargos en función del principio de celeridad.

Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz y que consiste en presentar 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[141]. El *segundo requisito* de carácter formal exige la presentación del escrito de acusación que deberá contener, como mínimo[142]:

1) La identificación y descripción del GAOML o de la parte significactiva del Bloque, Frente u otra modalidad que revista la organización, de que trata la Ley 782 de 2002, del que decidsió desmovilizarse.
2) La individualización del desmovilizado, incluyendo su nombre, los datos que sirven para identificarlo, su domicilio, fecha de ingreo al GAOML, las zonas, regiones o localidades donde ejerció militancia, las funciones que desempeño, quiénes fueron sus superiores, quiénes fueron sus subalternos.
3) Una relación clara y sucinta de cada uno de los hechos jurídicamente relevantes que se imputen directamente al desmovilizado, con indicación de las razones de la comisión delictiva y con ocasión a su militancia en ese GAOML
4) Una relación clara y sucinta de los daños individuales y colectivos que el GAOML haya causado, circunscritos dentro del marco temporal y espacialen donde el desmovilizado desarrolló su militancia con nidentificación puntual de cada víctima.
5) La relación de los bienes y recursos afectados con fines de reparación y de los entregados por elm GAOML en el momento de su desmovilizacioón
6) La relación de los medios de convicción que permitan inferir razonablemente que cada uno de los hechos causados individual y

[141] Respecto al trámite, ver Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Autos de Segunda Instancia Rad. 36125 de 31 de agosto de 2011. M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez, Rad 33665 de 24 de marzo de 2010. M.P.: José Leonidas Bustos Martínez

[142] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Autos de Segunda Instancia Rad. 29560 de 28 de mayo de 2008. M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán repetido en el Auto Rad. No. 33665 de 24 de marzo de 2010. M.P.: José Leonidas Bustos Martínez.

colectivamente, ocurrieron durante y con ocasión a la pertenencia del desmovilizado en cuestión, con indicación de los testimonios, peritaciones, inspecciones y dempas medios de prueba que indiquen la materialidad de las infracciones imputadas

7) La identificación y el lugar de citación del abogado de confianza o del designado por el Sistema Nacional de Defensoria Pública.
8) En relación con los numerales 3 y 4 se deberá especificar con miras a la sentencia y la adecuación tipica, si se trato de jhechos sistemáticos, generalizados o si se trató de hechos ocurridos en combate, diferenciando las condicones de género, edad y cualificación del daño sufrido por cada una de las víctimas.

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, quien debe informar debidamente sobre las consecuencias de su manifestación, 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 (artículo 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 (artículo 21 LJP)[143].

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 (parágrafo 1º, artículo 19 LJP).

[143] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia del 13 de diciembre de 2010, R. 33065, M.P.: Jorge Luis Quintero Milanés.

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 impuesto medida de aseguramiento, o en la formulación de imputación, o en la resolución o escrito de acusación, según el caso[144].

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 parágrafo 2º del artículo 19 LJP, se rigen por lo dispuesto en el artículo 23 ibídem.

5. Audiencia de control de legalidad de la aceptación de cargos

La aparición e intervención concreta del órgano jurisdiccional colegiado con competencia para juzgar, esto es la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Medellín o Barranquilla[145], se establece en la audiencia pública de control de legalidad de la aceptación de cargos.

Cuando se haya producido la aceptación total o parcial de cargos or parte del postulado, el magistrado con función de control de garantías ante el cual se haya realizado dicha aceptación debe remitir la actuación a la Secretaria de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior correspondiente, para que dicha Sala en audiencia pública, examine la legalidad de la aceptación de cargos, es decir, verifique si la aceptación fue libre, voluntaria y expontánea y si, adicionalmente, el postulado estuvo asistido por su defensor de confianza o de oficio. La referida diligencia ha de tener lugar dentro de los diez dias siguientes al recibo de la actuación (art. 19 LJP)[146].

---

[144] A marzo de 2012, la Unidad Nacional para las Fiscalías de Justicia y Paz, ha imputado conductas a **811** postulados por **24.558** hechos, Se han formulado cargos por **12.095** delitos y Se han formulado cargos a **302** postulados. Cfr. Informe Matriz de la Comisión Interinstitucional de Justicia y Paz.

[145] Salas de Justicia y Paz creadas por la Ley 975 de 2005. Cfr. Acuerdos del Consejo Superio de la Judicatura: PSAA11-7726 de febrero 24 de 2011; PSAA11-8034 de 15 de marzo de 2011y PSWAA11-8035 de 15 de marzo de 2011.

[146] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de definición de competencia del 24 de mayo de 2010, R. 33665, M.P.: José Leonidas Bustos Martínez.

Debe controlar, también, esta Sala que los hechos sean competencia de Justicia y Paz, es decir, que se trate de hechos admitidos por el postulado que fueron cometidos durante y con ocasión a su pertencia a un GAOML, antes del 25 de julio de 2005. Adicionalmente, debe controlar la legalidad en relación con una calificación jurídica de los hechos adecuada a la que consta en el expediente, ejerciendo control formal y material sobre la imputación, de donde se deriva la posibilidad de modificarla[147]. Una vez declarada la legalidad de la aceptación de los cargos en el curso de esta audiencia, las actuaciones suspendidas deben ser acumuladas[148] con el proceso tramitado con apego a la LJP[149] (artículo 11, Decreto 3391 de 2006).

No obstante[150], se ha señalado que la tarea de la Sala de Conocimiento en esta etapa del proceso es *controlar la legalidad de la aceptación de cargos en lo relativo a la calificación jurídica de los hechos, en el sentido que aquella debe efectivamente corresponder a los hechos que obran en el expediente. Esta interpretación es la única que se ajusta a la garantía de efectividad de los derechos de las víctimas a la justicia y a la verdad. No podría argumentarse que el objetivo de ese control es la verificación del cumplimiento de las garantías de libertad, espontaneidad, voluntariedad y defensa que indiscutiblemente debe rodear el acto de aceptación de cargos por parte del procesado. No es así por cuanto para ese específico objetivo el mismo juez de conocimiento ya ha efectuado una audiencia previa, tal como lo*

[147] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia del 11 de marzo de 2010, R. 33301, M.P.: Alfredo Gómez Quintero

[148] Sobre acumulación jurídica de procesos, véase el auto de segunda instancia del 21 de septiembre de 2009, R. 32022, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

[149] 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 (art. 11, Decreto 3391 de 2006).

[150] Estas discusiones buscan superarse en el proyecto de modificación a la Ley 975 de 2005 estableciendo la competencia para conocer de la formulación y aceptación de cargos a la sala de conocimiento, como una audiencia integrada. Cfr. Artículo 11, Proyecto de Ley 096 de 2011, Cámara de Representantes.

señala la propia disposición (Inciso 3º art. 19). Adicionalmente, este es un aspecto que se encuentra rodeado de las debidas garantías en cuanto la audiencia de aceptación de cargos se surte ante un juez de control de garantías. De manera que el único contenido posible atribuible a la expresión "de hallarse conforme a derecho" es el control material sobre la calificación jurídica de los hechos"[151].

La Sala de Justicia y Paz tiene la potestad de ejercer control formal y material de la imputación y en consecuencia modificarla. Igualmente debe constatar la legalidad de los cargos imputados y aceptados por el postulado y verificar como ya lo señalamos la voluntariedad y expontaniedad de la decisión del postulado de allanerse a los cargos[152].

Las Salas de Justicia y paz de los Tribunales Superiores de Bogotá y Medellín han establecido un protocolode presentación de prueba en la Audiencia de Controlm de Legalidad o unas reglas para la realización de la audiencia de control de legalidad de cargos, con el fin de ordenar la tarea de investigación y acusación de los fiscales delegados.

En términos generales los protocolos permiten tener información sobre:

1) Cumplimiento de los requisitos de elegibilidad por parte del postulado al que se le formularon cargos.
2) Génesis del GAOML.
3) Estructura del GAOML. Ideología, principios y objetivos, , simbolos, divisiones, armamento, entrenamiento, Comandante, cadena de mando, formas de organización, existencia de control y mando del bloque,existencia del sistema de disciplina dentro del GAOML; capacidad logistica y operacional; áreas de operaciones y control territorial, financiación, apoyo de instituciones nacionales e internacionales, población civil víctima, modus operandi, posición del postulado dentro del bloque, funciones, acciones y omisiones cometidas.

---

[151] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006. Citada en el auto de definición de competencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 13 de abril de 2009, R. 31527, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca, y en los autos de segunda instancia del 21 de septiembre de 2009, R. 32022, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez y del 11 de marzo de 2010, R. 33301, M.P.: Alfredo Gómez Quintero, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

[152] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Autos de segunda instancia del Rads: 33301 de marzo 11 de 2010. M.P.: Alfredo Gómez Quintero; 33665, marzo 24 de 2010. M.P.: José Leonidas Bustos Ramírez.

4) Presentación del contexto en que se realizaron los delitos. Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Patrones de los delitos.
5) Daños individuales y colectivos causados. Cuantificación de los dañños y propuestas de reparación para las comunidades o grupos afectados

5.1 Acumulación jurídica de procesos

La acumulación consiste en reunir bajo una misma cuerda procesalk las investigaciones y juzgamientos adelantados contra el postulado, incluso los fallados con sentencia condenatoria, por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión a la pertencia a un GAOML antes del 25 de julio de 2005 y respecto de los cuales haya admitido su autoria o participación en la audiencia de formulación de cargos[153].

Por último, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia también se ha pronunciado respeto a las diferencias que existen entre acumular y suspender procesos.

En efecto ha dicho:

"2.2.10. En lo atinente a la acumulación de procesos se ha afirmado que tiene lugar una vez declarada la legalidqad de la aceptación de cargos por la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial, y que esa figua es distinta a la de suspensión de losm procesos que estén a cargop de otras autoridades, por conductas cometidas por el imputado durante o con ocasión de su pertenencia al grupo armado ilegal. En concrerto la suspensión es una medida de carácter provisional que compete al magistrado de control de garantías y tiene por objeto permitir a la Físcalía ahondar sobre ese vínculo a fin de poder imputarlas en la audiencia de formulación y aceptación de cargos- si no han sido admitidas por el desmovilizado en la versión libre-. La acumulación, en cambio, es definitiva y compete al funcionario de conocimiento"[154].

[153] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Autos de segunda instancia Rad. 28250, septiembre 25 de 2007. M.P.: María del Rosario González De Lemos; 32724 , diciembre 1 de 2009. M.P.: Alfredo Gomez Quintero.

[154] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Autos de segunda instancia Rad. 31539, 31 de julio de 2009. M.P: Augusto Ibáñez Guzmán; 28250, 25 de septiembre de 2007. M.P.: Maria del Rosario González De Lemos; 33065, 13 de diciembre de 2010. M.P.: Alfredo Gomez Quintero; 36563, agosto 3 de 2011. M.P.: José Luis Barceló Camacho.

6. El incidente de reparación integral

Esta Audiencia puede ser solicitada por la víctima o su representante judicial de confianza o de oficio, por el Fiscal o el Ministerio Pübico a instancia de aquella, tiene por fiinalidad obtener la reparación del daño que se le inflingió a las víctimas individuales o colectivas con el delito cometido por un miembro de un GAOML con ocasión y durante su pertencia al mismo.

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. Los intervinientes podrán solicitar la presencia del Director de Accioón Social, hoy Departamento para la Prosperidad Social, como ordenador del gasto. La víctima o su abogado expresarán en dicha audiencia sus pretensiones para lograr la reparación, acreditando su condición de víctima y demostrando la existencia del daño, e indicarán las pruebas que pretendan hacer valer. Para esto, deberá demostrarse el nexo causal entre el daño y la actividad del grupo armado ilegal, por lo que no será necesario que se identifique al perpetrador de la conducta punible en específico. En caso de víctimas indeterminadas, le corresponderá al Ministerio Público hacer la representación del caso[155]. En el caso de que no se haya podido individualiar el sujeto activo que cometió la conducta punible, pero se compruebe el daño y el nexo causal con las actividades del GAOML, el Tribunal directamente o por remisión de la UNFJYP, ordenará la reparación a cargo del Fondo de Reparación[156].

---

[155] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Autos de segunda instancia del 1º de julio de 2009, R. 31788, MP. José Leonidas Bustos Ramírez y del 16 de abril de 2009, R. 31998, M.P.: Alfredo Gómez Quintero. Cfr. GTZ, Fiscalía General de la Nación, Embajada de la República Federal de Alemania. Bogotá. Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz, ob cit, pp. 153 y ss.

[156] Cfr. Art. 42 LJY. El Fondon de Reparación de Víctimas (FRV) fue creado por el art. 54 de la Ley 975 de 2005, "como una cuenta especial sin personería jurídica adscrita a la Agencia Presidencial para la Acción Social (hoy Departamento para la Prosperidad Social) que funcionará con su estructura y serám Administrada por el Alto Consejero para la Acción Social y la Cooperación Ingternacional, quien será el ordenador del gasto. GTZ, Fiscalía General de la Nación, Embajada de la República Federal de Alemania. Bogotá. Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz, ob. cit, pp. 334 y ss.

Para promover el incidente de reparación, la víctima o quien la represente debe[157]:

1) Acreditar su condición de víctima ante los Magistrados de conocimiento, mediante alguno de los siguientes documentos: Fotocopia de la denuncia por medio de la cual se puso en conocimiento de alguna autoridad judicia, administrativa o de policía el hecho generador del daño, sin que sea motivo de rechazo la fecha de la presentación de la noticia criminal; certificación expedida por autoridad judial, administrativa o de policía o por el Ministerio Público, que de cuenta de los hechos que le causaron el daño; 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; 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; 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.
2) Demostrar la existencia real, específica y concreta del daño.
3) Demostrar la relación causal entre las conductas de los integrantes del GAOML y el daño sufrido.
4) Acreditar que el o los miembros del GAOML perpetrador del daño dueron postulados por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005.
5) Citar la declaración judicial de atribución de responsabilidad penal a un individuo o a un GAOML, es decir, el fallo condenatorio producido en la justicia ordinaria, o la audiencia en la que se declare la legalidad de la aceptación de cargos en el proceso de justicia y paz, sin que sea necesario que la víctima identifique a un individuo en especial.

[157] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia Rad. 29240 21 de abril de 2008. M.P.: Javier Zapata Ortiz

La Sala de Justicia y Paz del Tribunal competente rechazará la pretensión si quien la promueve no es víctima o si ya se ha acreditado el pago de los perjuicios y esa es la única pretensión. Si la Sala admite la pretensión, entonces la pone en conocimiento del acusado e invita a los intervinientes a conciliar. Si no hay acuerdo entre víctima y victimario, se declarará fallida la conciliación, caso en el cual dispondrá la práctica de pruebas y escuchará los argumentos fácticos y jurídicos de la pretensión y fallará el incidente incorporandolo a la sentencia. Si, por el contrario, hay acuerdo, decide el incidente y lo agrega a la sentencia condenatoria respectiva. Contra esta decisión pueden interponerse los recursos ordinarios de reposición ante la misma corporación o apelación ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Sobre este punto cabría agregar que la Ley 1395 de 2010, modifica la oportunidad procesal para el incidente de reparación integral, trasladandolo hasta después de que se encuentre ejecutoriada la sentencia condenatoria, lo cual resulta inaplicable en el proceso de Justicia y Paz, por su naturaleza y finalidad divergente a las planteadas en la regulación resarcitoria de las leyes 600 y 906[158].

7. Audiencia de sentencia e individualización de pena

Declarada la legalidad de la aceptación de los cargos, la Sala de Conocimiento 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 (artículo 19 LJP), salvo que se haya propuesto incidente de reparación integral por parte de la víctima, el Fiscal Delegado o el Ministerio Público, caso en el cual, como se vio anteriormente, el Magistrado ponente deberá citar dentro de los 5 días siguientes a audiencia pública de incidente de reparación.

[158] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación. Cfr. Penal. Auto de segunda instancia del 31 de agosto de 2011, R. 36125. M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez. Este aspecto también quedaría modificado con la propuesta de reforma a la LJP en la medida en que se señala como regulación pertinente para el incidente de reparación integral la ley 906 de 2004 y sus reformas. Adicionalmente, se modifican los términos para el desarrollo de la misma en ocho (8) días y se convocan al Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y la Comisión Nacional de Reparación.

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 la anotada ley 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 a la extinción del domino[159] de los bienes que se destinen a la reparación (artículo 24 LJP). Esta decisión debe ser motivada y debe observar, en los términos del artículo 447 de la ley 906 de 2004, las condiciones individuales, sociales, familiares, modo de vivir y antecedentes, según lo que señale la Fiscalía y la Defensa[160].

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 ya adoptada la decisión sobre la pretensión de reparación tramitada en el incidente (artículo 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 o posterioridad 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 (artículo 20 LJP).

---

[159] GALINDO GAMBA, Fabricio; DONADO SIERRA, Liliana; FERRERIRA GARCÍA, Patricia y SÁNCHEZ PÉREZ, Leda. *La extinción de dominio: Una herramienta eficaz para la persecución de bienes en la justicia permanaete y en la justicia transicional,* primera edición, Giz, Embajada de la República Federal de Alemania. Bogotá, Fiscalía General de la Nación, Alvi Impresores Ltda, Bogotá, 2011.

[160] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Autos de segunda instancia del 27 de abril de 2011, R. 34547, M.P.: María del Rosario González De Lemos y del 3 de agosto de 2011, R. 36563, M.P.: José Luis Barceló Camacho.

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 (artículo 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.

Habría que señalar sobre este punto que a la fecha la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá ha proferido 11 sentencias en primera instancia, de las cuales sólo dos se encuentran en firme, una confirmada por la Corte Suprema de Justicia, revocada y modificada en puntos concretos relativos al incidente de reparación y la otra no fue apelada. Respecto de esta última sentencia, se han celebrado a la fecha dos Audiencias de seguimiento al cumplimiento de la sentencia, convocadas por el Tribunal Superior de Justicia y Paz de Bogotá, responsable de verificar el cumplimiento de la sentencia, y con la intervención de múltiples instituciones como los el Consejo Superior de la Judicatura, el Gobernador y algunos alcaldes de Bolívar, representantes y delegados del gobierno (Acción Social, CNRR), Fiscal y Procurador delegados para Justicia y Paz, otros Fiscales, la MAPP-OEA y organizaciones no gubernamentales.

8. Recursos procedentes en la LJP

Los recursos procedentes en este proceso será los de reposición, apelación y podría presentarse una acción extraordinaria de revisión. Con relación al recurso de reposición, éste procederá contra todos las providencias proferidas por los Magistrados en función de garantías y de conocimiento, y no procederá contra la sentencia. Este recurso será interpuesto y sustentado de manera oral e inmediata en la correspondiente audiencia. Por su parte, el recurso de apelación procederá contra todos los autos interlocutorios y sentencias que profieran estos Magistrados, en donde se resuelvan asuntos de fondo. Dicho

recurso será interpuesto y sustentado en la misma audiencia[161] en que se profiera la resolución y será concedido por los Magistrados o la Sala en efecto suspensivo. En caso de autos, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia dispondrá de 5 días para la presentación del proyecto por parte de su ponente, luego de los cuales la Sala contará con tres días para su estudio, y por último cinco días para la celebración de la audiencia de lectura de la correspondiente providencia.

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*. En este caso, en audiencia de lectura de fallo procederá la interposición del recurso, quienes podrán sustentar oralmente, o por escrito durnte los 5 días siguientes a la audiencia, pasados los cuales se corre traslado a los no recurrentes por 5 días. En caso de no ser sustentado, el recurso deberá ser declarado desierto, y procederá recurso de reposición. El Magistrado ponente tendrá 10 días para registrar y estudiar el proyecto, luego de lo cual la Sala contará con el mismo término para su estudio y decisión. Por último, el fallo deberá ser leído en audiencia dentro de los 10 días siguientes.

Sin perjuicio de lo anterior, puede igualmente interponerse, contra la misma decisión, la acción extraordinaria de revisión, pero no el recurso extraordinario de casación (artículo 26 LJP).

9. El cumplimiento de la pena

Declarada la legalidad de la aceptación de los cargos, la sala de conocimiento del tribunal superior del distrito judicial competente dictará sentencia, suspendiendo la ejecución de la pena que le impusiere de acuerdo con el Código Penal, sustituyéndola por la alternativa de privación de la libertad por un período de 5 a 8 años, tasada atendiendo a la gravedad de los delitos y a la colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos. Sólo se concederá la pena alternativa, cuando previamente se ha verificado en audiencia pública

[161] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Autos de segunda instancia del 21 de septiembre de 2009, R. 32022, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez y del 3 de agosto de 2011, R. 36563, M.P.: José Luis Barceló Camacho.

el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad consagrados en los artículo 10º u 11 de la LJP; se ha acreditado la contribución del condenado a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización[162].

La pena alternativa no podrá ser objeto de subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias, de la misma manera que no procedían para la medida de aseguramiento de detención preventiva[163]. 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 (artículo 30 LJP). Adicionalmente, incluirá los compromisos de comportamiento y su duración, las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas y la extinción de dominio de los bienes que se destinarán a la reparación. Se podrá dar una acumulación de penas impustas en la justicia ordinaria con aquellas proferidas en virtud del proceso especial de Justicia y Paz[164].

Cumplida la pena alternativa, junto con las condiciones impuestas y relativas a la reparación, se concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta[165]. Durante este lapso, el condenado se comprometerá a no cometer nuevas conductas punibles, a presentarse periódicamente a la autoridad que corresponda y a informar cualquier cambio de residencia. Observadas cabalmente estas obligaciones, será declarada extinguida la pena ordinaria, haciendo tránsito a cosa juzgada.

"El tribunal competente revocará la pena alternativa o el período de libertad a prueba, de establecer que el condenado incumplió injustificadamente alguna de las aludidas

[162] Teniendo en cuenta que, por expresa autorización legal, dicha pena puede cumplirse en el exterior.

[163] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Autos de segunda instancia del 27 de abril de 2011, R. 34547, M.P.: María del Rosario González De Lemos y del 27 de abril de 2011, R. 36015, M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero.

[164] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Autos de segunda instancia del 11 de febrero de 2010, R. 33124, M.P.: María del Rosario González De Lemos y del 13 de diciembre de 2010, R. 33065, M.P.: Alfredo Gómez Quintero.

[165] Ley 975 de 2005, artículo 29, inciso 4º. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia del 27 de abril de 2011, R. 36015, M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero.

obligaciones, o cuando, antes de finalizar el período de libertad a prueba, se conozca de una sentencia por un delito por él ocultado en la versión libre, que le sea atribuible como miembro del bloque o frente de un grupo armado organizado al margen de la ley del que hacía parte y relacionado directamente con el accionar del bloque o frente y su pertenencia al mismo, cuya ejecución haya tenido lugar antes de la desmovilización. El delito debe tener relevancia dentro del proceso de paz por su entidad y trascendencia para el esclarecimiento de la verdad.

"En lugar de la pena alternativa, se harán efectivas las penas principales y accesorias ordinarias determinadas en la sentencia, procediendo ahora sí los subrogados y descuentos ordinarios previstos en la ley penal sustantiva, computándose el tiempo que haya permanecido en libertad"[166].

[166] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia del 27 de agosto de 2007, R. 27873, M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero.

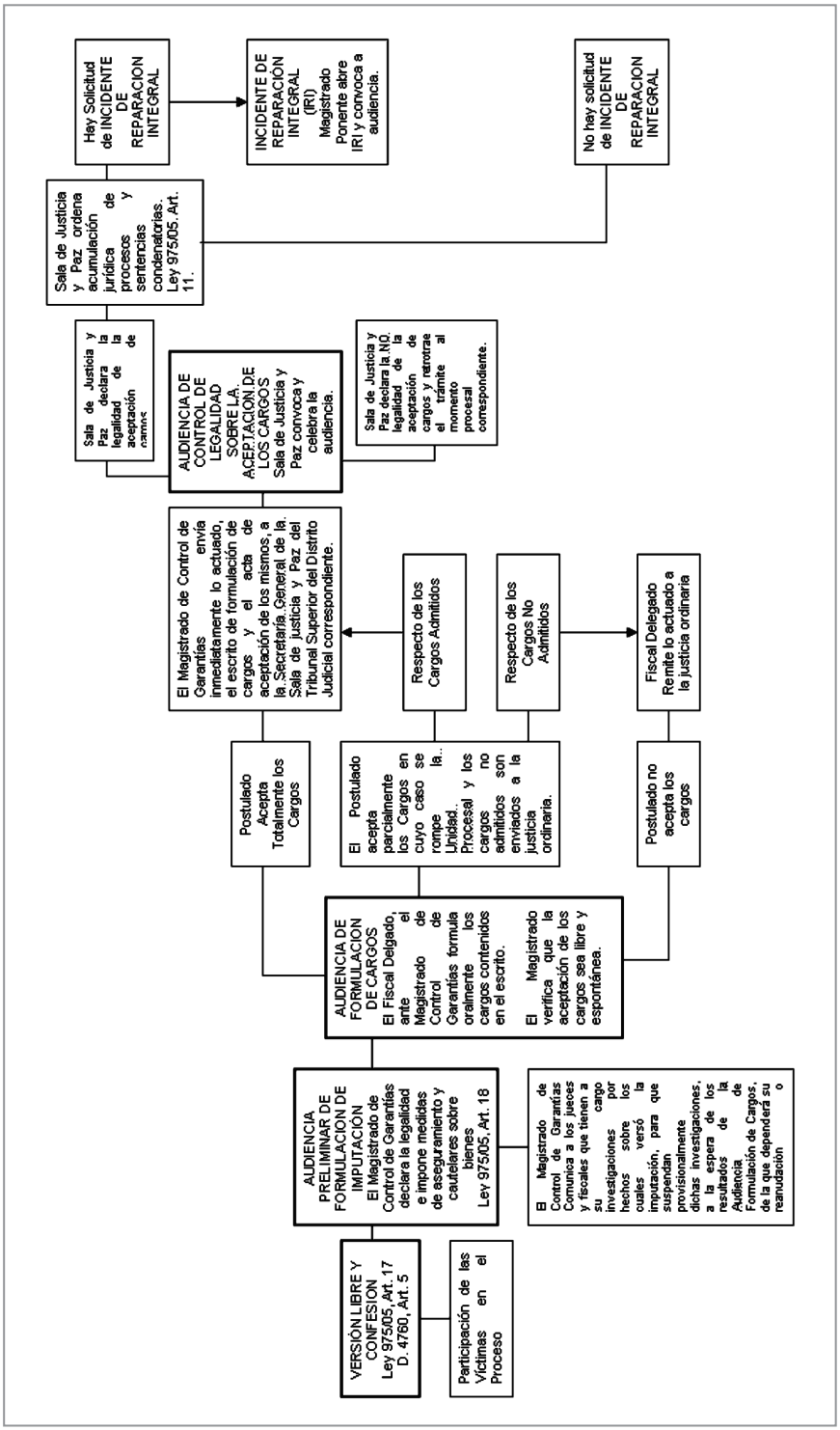


Figura 5. Fase Judicial

Resultados de la participación de las víctimas en la Justicia Transicional y en la Justicia Permanente

¿Cómo se puede hacer más eficiente en escenarios de macrocriminalidad?

Andreas Forer[†]

Sumario: Introducción. **I.** F*undamentos que justifican una participación de víctimas.* **II.** *Origen y Evolución de la participación de las Víctimas en el Proceso Penal.* **III.** *Desarrollo de la normatividad Colombiana y consideraciones sobre el desarrollo en la práctica en el Proceso Especial de Justicia y Paz.* 1. Participación en el proceso penal colombiano ordinario. 2. La participación en las diferentes fases de la Ley de Justicia y Paz. 3. Participación a través de terceros. 4. Participación y conocimiento del proceso. **IV.** *Problemas en la participación.* 1. Dificultades en cuanto a la divulgación de información por parte de las instituciones. 2. Dificultades en la acreditación de las víctimas. 3. Dificultades en el acceso a las versiones libres y en el desarrollo de las mismas. 4. Dificultades con la representación judicial. 5. Dificultades para establecer responsabilidades y garantizar la cooperación inter-institucional. **V.** *Críticas a la participación de las Victimas y conclusiones.* **VI.** *Recomendaciones.*

[†] Abogado alemán, consultor internacional. Actualmente, director del Proyecto de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (ProFis), ejecutado por la Agencia alemana para la Cooperación Internacional (GIZ), por encargo del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Federal de Alemania. El presente texto expresa exclusivamente la opinión del autor y no compromete a ninguna institución.

Introducción

El discurso político-jurídico generado con la expedición de la Ley 975 de 2005 y aun más con la nueva Ley 1448 de 2011 (Ley de victimas), destaca que las víctimas deben ser las protagonistas centrales del proceso de paz en Colombia. Por ello para hacer realidad este principio, se requiere que se involucren de manera activa en este proceso. Con el alineamiento de la Ley de Justicia y Paz hacia los derechos de las víctimas, se interpreta la teoría de la Justicia Transicional, cuyo enfoque principal son las víctimas de las violaciones masivas de derechos humanos[1]. Mientras los programas de desarme, desmovilización y reintegración están dirigidos primordialmente a los excombatientes, los procesos de justicia de transición se centran, en primer lugar, en las víctimas y la sociedad de una manera más general[2].

Sin embargo, a lo largo de más de seis años después de la entrada en vigencia la Ley de Justicia y Paz, y frente al balance ambiguo del proceso[3], uno se pregunta: ¿Cuáles son los resultados que hasta hoy ha tenido la participación de las víctimas en el proceso? ¿Cómo se puede hacer más eficaz y eficiente dicha participación?

---

1 UNITED NATIONS. *What is Transitional Justice? A Backgrounder*, 2008, p. 1; GONZÁLEZ DE LEMOS, María del Rosario y SAMPER STROUSS, Miguel. En: *Coloquio Internacional - Retos de Justicia y Paz*, Bogotá, 17 de febrero de 2011; FORER, Andreas. "Las víctimas como columna vertebral del proceso de paz", en: *El Espectador*, Columna de opinión, Bogotá, 25 de febrero de 2011; ROBINS, Simon. *Towards a victim-centred transitional justice: Understanding the needs of wives of the disappeared in post-conflict Nepal*, New Orleans, 2010; KOSOVAR INSTITUTE FOR POLICY RESEARCH AND DEVELOPMENT. *Transitional Justice in Kosovo - Discussion Paper*, Prishtina: 2009, p. 6; INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE (ICTJ). *What is Transitional Justice?* Disponible en: http://ictj.org/about/transitional-justice (18.07.2011). Advisory Council on International Affaire. *Transitional Justice - Justice and Peace in Situations of Transition. No 65, AIV/No 19, CAVV April 2009*. La Haya: 2009, p. 22; LÓPEZ DÍAZ, Claudia y VARGAS, Álvaro (coord.). *Manual de Procedimiento de Justicia y Paz.* Bogotá: Editorial Milla, ProFis - GTZ - Embajada de la República Federal de Alemania, 2009. "Justicia en Justicia de Transición es sobre todo y predominantemente justicia para las víctimas"; AMBOS, Kai. *El marco jurídico de la justicia de transición. En especial referencia al caso colombiano*. Temis, Bogotá, 2008, p. 39.

2 http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/18session/A-HRC-18-23_sp.pdf.

3 Balance en cifras. Véase la página de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Disponible en: http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Index.htm. Para un balance, vea: FORER, Andreas. *Justicia Transicional*, pp. 31-55.

Para realizar ésta evaluación comprensiva de los logros y carencias de la participación de las víctimas en el Proceso Especial de Justicia y Paz, hace falta aclarar cuál su fundamento; cuáles son las formas de participación; y, cuál es el potencial y el riesgo de dicha participación en los procesos de justicia transicional, especialmente en casos como el colombiano, que por lo menos hasta la promulgación de la Ley de victimas (y con la excepción del Decreto 1290 de 2008)[4], se desarrolla en un proceso penal, cuyo enfoque principal es tradicionalmente retributivo. Un proceso que además, se caracteriza y dificulta por la permanencia del conflicto armado interno[5] y por tener una gran cantidad de víctimas registradas para "participar" en el Proceso Penal de Justicia y Paz (alrededor de 386.000) y de 3.500.000 de víctimas en espera, si se cuenta solamente con las correspondientes al delito de desplazamiento forzado[6].

Se intenta dar respuestas a los anteriores interrogantes, con la finalidad de hacer algunas recomendaciones para lograr una "mejor" o por lo menos una diferente participación de las víctimas, que no significa necesariamente, una mayor cantidad de víctimas en los procesos de Justicia y Paz. Partimos de la tesis de que si hay una real participación de las víctimas – directa o indirectamente – o por lo menos una decisión voluntaria de participar, después de un proceso de información que concluye con su decisión de participar o no, garantizaremos una mejor comprensión y aceptación del proceso de paz en Colombia.

Este artículo empieza por analizar en la primera parte, los fundamentos y objetivos a tener en cuenta para involucrar a la víctima en el proceso penal, en consonancia con el derecho penal internacional y con el derecho fundamental de acceso a la justicia.

---

4 Disponible en: http://www.accionsocial.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=297&conID=1736&pagID=5326 (23.5.2012)

5 APONTE, Alejandro. "Informe Colombia*", en: Justicia de Transición.* Ambos, Kai; Malarino, Ezequiel y Elsner, Gisela (eds.), Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional de la Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2009, pp. 235 a 245.

6 Hasta mayo de 2011 el Gobierno de Colombia ha registrado a más de 3,7 millones de desplazados internos en el país. ONG como la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES) consideran que la cifra real de desplazados por el conflicto armado interno desde mediados de los años 80 supera los 5 millones de personas. Véase en: http://www.acnur.org/t3/operaciones/situacion-colombia/desplazamiento-interno-en-colombia/. Consultado el 12.12.2011.

Seguidamente, se analizan cuáles son o pueden ser las formas de participación judicial, en donde se realiza un análisis comparativo internacional y luego, se estudiará la participación que ha tenido la víctima, en los diferentes estatutos procesales penales en Colombia. A continuación, y con el fin de hacer una evaluación de la participación de víctimas, se exponen algunas opiniones y expectativas generales que ellas tienen frente al conflicto armado en Colombia y en especial frente al tratamiento de sus casos y las acciones puntuales desarrolladas por el Estado bajo la Ley 975 de 2005. Finalmente, se resaltan las dificultades que hasta ahora ha tenido la participación de las víctimas, como lecciones aprendidas.

I. Fundamentos que justifican una participación de víctimas

A continuación se presentarán algunas consideraciones que justifican su intervención.

1. Para lograr un reconocimiento, obtener la verdad y la reparación

En efecto, el reconocimiento de la víctima en el proceso penal, le abre la posibilidad de que pueda tener un rol activo dentro del proceso. De esta manera, no solamente quienes han sufrido daños directos, sino también quienes se acrediten como víctimas indirectas, pueden participar en todas las etapas del proceso. El reconocimiento le permite actuar como parte o como interviniente especial dentro del proceso penal, lo que significa que tiene ciertos derechos como por ejemplo, se le brinda la posibilidad de aportar pruebas; de controvertir las que estén en el juicio; y, de poder interponer recursos[7]. Así las cosas, se logra restaurar su dignidad, principalmente porque es ella misma quien

[7] Véanse los artículos 4, 6, 7, 8, 23, 37, 45 y 49 de la Ley 975 de 2005. La Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional definieron las condiciones bajo las cuales las víctimas pueden interrogar o contra-interrogar al postulado: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad. 27484, auto del 2 octubre 2007, M.P.: Augusto J. Ibáñez Guzmán; Corte Constitucional, Sentencia T-049 de 2008. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. Resoluciones Fiscalía General de la Nación 0-2296 de 2007 y 0-3998 de 2006.

aporta al proceso elementos probatorios y evidencias, para esclarecer la verdad y para que se le dé un lugar dentro del proceso penal[8]. Esta posibilidad también tiene el objetivo de apoyar a la Fiscalía para establecer la responsabilidad del acusado[9]. El Estado, por su parte, mediante una sentencia condenatoria, puede llegar a reconocer su responsabilidad y su compromiso para que esas conductas punibles, no se vuelvan a repetir en el futuro, comprometiéndose seriamente a una "superación del pasado"[10].

2. Para garantizar la transparencia del proceso

La presencia de la víctima en las diferentes etapas del proceso penal presenta la ventaja de que ella misma hace el control material de las decisiones judiciales, para evitar violaciones al debido proceso o abusos propios del sistema[11]. Ningún mecanismo de rendición de cuentas puede ser válido sin cierta aceptación y aprobación por parte de las víctimas. Por lo que se hace necesario pensar en su intervención[12]. Por otro lado, le da la posibilidad al Estado de

---

[8] SÁCOUTO, Susana & CLEARY, Katherine. *Victims' Participation in the Investigations of the International Criminal Court, op, cit.,* pp. 76, 79; DE HEMPTIME, Jérôme. "Challenges Raised by Victims' Participation in the Proceedings of the Special Tribunal for Lebanon, *op. cit.*, p. 167, en la que clasifica el sentido de la participación de las víctimas en tres categorías: Judicial, Reparación y Simbólico.

[9] Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 2006, parágrafo 53, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

[10] "*Vergangenheitsbewältigung*" trabajar el pasado para que no se vuelve a repetir. Véase el art.8 de la Ley de Víctimas.

[11] Estos abusos se caracterizaron por realizar audiencias proclives a la impunidad, a otorgarse amnistías, con otorgar sentencias injustas y negar la reparación a las víctimas. Véase sobre la importancia de las víctimas en la Ley de Justicia y Paz: APONTE, Alejandro. *El proceso penal especial de Justicia y Paz, alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional. Monográfico No. 2*. Centro Internacional de Toledo para la Paz - CITpax - Bogotá D.C., 2011, pp. 74 y ss.; AMBOS, Kai; ProFis-GTZ; Embajada de la República Federal de Alemania; Georg-August-Universität Göttingen. *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de "Justicia y Paz" en Colombia*. Bogotá, 2010, pp. 114 y ss.

[12] GARKAWE, Sam Boris. "The South African Truth and Reconciliation Commissión: a suitable model to enhance the role and rights of the victims of gross violations of human rights?", en: *Melbourne University Law Review*, vol 27, No. 2. pp. 5 y 335. Disponible en: http://epubs.scu.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1020&context=law_pubs. Consultado el 06/12/2011.

presentar resultados en las cuales se demuestra que se garantizan los derechos de las víctimas, ya que todas las actuaciones se realizan ante ellas y son susceptibles de recursos ordinarios y extraordinarios. Estos elementos permiten crear confianza por parte de la víctima y de la sociedad en general.

3. Para brindar legitimidad al proceso

Con su participación, las víctimas demuestran su conformidad con el marco legal que ha de haber sido consultado ampliamente con toda la sociedad y en especial con las víctimas[13]. Esto cobra especial importancia en procesos de justicia transicional, ya que son las víctimas en particular y la sociedad en general, quienes han sufrido las repercusiones y afectaciones de todo orden, por las diferentes situaciones de violencia y de graves violaciones a los derechos humanos en el contexto del conflicto armado. Una vez iniciados estos procesos, debe existir un aval por parte de la sociedad[14].

II. Origen y Evolución de la participación de las Víctimas en el Proceso Penal

Desde hace algunos años, la justicia penal internacional enfrenta múltiples desafíos que le han asignado la política y la sociedad, que lo conmina a aumentar el interés en satisfacer los derechos de las víctimas[15]. Esta participación, mayor y más frecuente de las víctimas en los procesos penales, no

[13] Por ejemplo se critica de no haber consultado la Ley de Justicia y Paz con la población afrocolombianas. Véase en: MARÍN ORTIZ, Iris. "La Ley de Justicia y Paz en el Auto 005: los Derechos de la Población Afrocolombiana Víctima del Conflicto Armado", en: *Memorias: Diplomado Comunidades Afrocolombianas y memoria histórica en el marco de justicia y paz,* ProFis-GIZ; Embajada de la República Federal de Alemania, INDEPAZ, Bogotá, 2010, pp. 54-55.

[14] Por ello es importante la promulgación de la Ley de Víctimas (Ley1448 de 2011) ya que en esta oportunidad se dio una respuesta legislativa a los intereses de las víctimas y no frente a los victimarlos, como ha sido el caso de la Ley 975 de 2005. CRISTO, Juan Fernando, en: *Coloquio Internacional - Retos de Justicia y Paz*, Bogotá, 17 de febrero de 2011.

[15] RAUSCHENBACH, Mina & SCALIA, Damien. "Victims and international criminal justice: a vexed question?", en: *International Review of the Red Cross,* Vol. 90, Number 870, Geneva, 2008, p. 442; PIZARRO, Eduardo y VALENCIA, León. *Ley de Justicia y Paz.* Colección Cara & Sello, Editorial Norma y publicaciones Semana, Bogotá, 2009, pp. 45-51.

solamente se ve reflejada en el reconocimiento de sus derechos a la verdad, al establecimiento de la justicia y una reparación integral, sino que va mas allá, pues de ser un simple testigo dentro del proceso penal, en el que actuaba por llamamiento del Fiscal, quien estaba concentrado en demostrar probatoriamente la culpabilidad del procesado y quien no tenía a la víctima como centro de interés, ha pasado a tener una participación autónoma, libre y voluntaria dentro del proceso penal, haciendo uso de sus derechos para que le sean plenamente reconocidos en el escenario judicial, convirtiéndose así en una parte fundamental dentro del proceso penal, sin la cual no se puede adelantar una causa que tenga por objeto investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario[16].

Sin embargo, si no existen reglas claras para la participación de las víctimas dentro de los procesos, pueden presentarse los problemas que afectan los términos previstos en el proceso penal, el desgaste de la administración de justicia, la pérdida real de recursos humanos y técnicos (particularmente el que hace referencia al tiempo y dinero que invierten las víctimas para poder participar dentro del proceso). Esto afecta los derechos fundamentales de las víctimas lo que necesariamente lleva a una re-victimización, actuando en contravía con los fines que se quieren lograr por medio del proceso judicial[17].

1. Movimientos civiles

El papel de la víctima como protagonista central en muchos procesos penales a nivel mundial, tiene su origen en los sistemas jurídicos de Estados Unidos, del Canadá y de algunos países europeos, donde fue exigido por movimientos civiles en los años 70[18]. La mayor atención a las víctimas y a las

[16] McKAY, Fiona. *Victim Participation before the international Criminal Court,* p. 2. Disponible en: http://www.wcl.american.edu/hrbrief/15/3mckay.pdf?rd=1. Consultado el 03/08/2011.

[17] DE HEMPTIME, Jérôme. "Challenges Raised by Victims Participation in the Proceedings of the Special Tribunal for Lebanon", en: *Journal of International Criminal Justice*. Oxford University Press, 2010, pp. 165, 168.

[18] AMERICAN BAR ASSOCIATION - VICTIMS COMMITTEE CRIMINAL JUSTICE SECTION. *The Victim in the Criminal Justice System.* 2006, p. 2; TRUMBULL, Charles P. *The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings*. p. 780. Disponible en: http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/mjil29&div=24&id=&page= Consultado el 30/11/2011.

organizaciones que las representaban fue uno de los resultados de los movimientos populares por los derechos civiles de diversos grupos de la sociedad. En ese mismo entorno, surgieron encuestas nacionales e internacionales acerca las percepciones que tenían las víctimas, que indicaron, que en muchas ocasiones, ellas se sentían re-victimizadas por no haber recibido una atención adecuada durante los procesos penales contra sus victimarios[19].

Este mayor interés en las particularidades del estado psicosocial de la víctima, dio además origen a una nueva disciplina científica –*victimology*[20]– que trata del estudio de la víctima y las reacciones psicológicas y físicas como consecuencia del trauma que había tenido y a su experiencia durante su exposición en sistema penal de justicia. Estos nuevos desarrollos causaron reacciones en los diferentes Estados y se concretaron en la elaboración y puesta en marcha de programas de apoyo a las víctimas así como en la posibilidad de una mayor y mejor participación durante los procesos penales relevantes. A través de los últimos años el involucramiento de la víctima en procesos penales se popularizó y se volvió más visible la influencia de fenómenos victimológicos en el derecho penal internacional[21].

El movimiento popular para la consideración de los derechos de las víctimas influyó para darles un estatus legal, tanto en los sistemas penales nacionales como internacionales[22]. Tanto así, que la comprensión de la víctima y su correspondiente tratamiento, se convirtió en una auténtica exigencia no sólo para establecer claramente el daño sufrido sino también para restablecer su dignidad e integridad física, como objetivos centrales en los procesos penales[23].

---

[19] STATE GOVERNMENT OF VICTORIA. *A Victim's Voice - Victim Impact Statements in Victoria: Findings of an evaluation into the effectiveness of victim impact statements in Victoria.* Victoria, 2009, p. 19; POLOWEK, Kim. *Victim participatory rights in parole: Their role and the dynamics of victim influence as seen by board members.* Burnaby, 2005. p. 10.

[20] GARKAWE, Sam Boris. "The South African Truth and Reconciliation Commissión: a suitable model to enhance the role and rights of the victims of gross violations of human rights?", en: *Melbourne University Law Review*, vol 27, No. 2. pp. 5 y 335. Disponible en: http://epubs.scu.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1020&context=law_pubs. Consultado el 06/12/2011.

[21] RAUSCHENBACH, Mina & SCALIA, Damien. "Victims and international criminal justice: a vexed question?" *op. cit.*, p. 443.

[22] TRUMBULL, Charles P. *The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings, op. cit., p.* 781.

[23] Véase por ejemplo: MIERS, David. "An International Review of Restorative Justice", en: *Home Office Research, Development and Statistics Directorate*, *Crime Reduction Research Series*

Algunos estudios indican que los enfoques dados en el sentido de una justicia restaurativa[24] sirven para garantizar los derechos de las víctimas mucho más que las reglamentaciones tradicionales que están dirigidos con más elementos hacia el logro de una justicia retributiva[25].

Especialmente en países con una tradición anglosajona donde tradicionalmente el rol de la víctima estaba mucho mas restringida que en países con tradición romano-germánica, en donde distintos movimientos habían querido dar una voz mas importante a las victimas en el desarrollo del proceso penal[26].

2. Declaraciones internacionales

Entre los varios hitos que se establecieron en el camino hacia una codificación internacional del concepto de victimología (*victimhood)* podemos resal-

Cont. nota 23

Paper 10, London, 2001. Desde 1990 representantes de diferentes disciplinas científicas favorecen formas alternativas de resolución de conflictos para establecer justicia entre víctimas y victimarios especialmente aquellos, que entran en la definición del concepto colectivo de la justicia restaurativa, quiere decir que frente a la comisión de un delito, se toman en consideración: a la víctima, al victimario; y, a la sociedad para la búsqueda de soluciones que den fin a esta problemática.

[24] La justicia restaurativa se enmarca dentro de un movimiento más amplio –y también relativamente reciente– de crítica al carácter represivo y retributivo del derecho penal, que se nutre de gran variedad de fuentes religiosas, culturales y éticas y que ha surgido fundamentalmente a través de la práctica. En: UPRIMNY, Rodrigo (coord.) *¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación en Colombia,* Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DJS), Bogotá, 2006. Ver también el desarrollo de este modelo en la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) artículos 518 a 527, en donde la justicia restaurativa también se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento del crimen que, en lugar de fundarse en la idea tradicional de retribución o castigo, parte de la importancia que tiene para la sociedad la reconciliación entre víctima y victimario.

[25] SHERMAN, Lawrence W; Stran, Heather. *Restorative justice: the evidence.* The Smith Institute. London: 2007; LIEBMANN, Mariane. *Restorative Justice: How it works*. Jessica Kingsley Publishers, London, 2007; SÁCOUTO, Susana y CLEARY, Katherine. *Victims' Participation in the Investigations of the International Criminal Court,* pp. 76 y 77. Disponible en: http://www.uiowa.edu/~interls/PDFs/SaCouto.finalfinal.dse.030908.pdf. Consultado el 03/08/2011.

[26] TRUMBULL, Charles P. *The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings, op. cit.,* p. 781.

tar, la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder* (1985)[27], en la cual se revalidó por primera vez a nivel internacional el derecho de las víctimas al acceso al proceso penal[28]. Se pide a los Estados garantizar a las víctimas los siguientes derechos: el trato respetuoso; su derecho a obtener informaciones sobre el desarrollo del proceso; y, la posibilidad real de poder estar presente en las diferentes audiencias, para tener la oportunidad de ser oídas por el tribunal que analiza los hechos, por los cuales se constituyó como víctima, logrando de esta forma su dignificación[29].

Igualmente, algunas iniciativas europeas como la *Convención Europea sobre indemnización a las víctimas de los delitos violentos* (1983)[30] y el establecimiento de la *Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal* (1992)[31] complementan los mecanismos de participación de las víctimas dentro de los procesos penales. Más recientemente, los *Principios y directrices básicos sobre el derecho a interponer recursos y obtener reparaciones para las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y violaciones graves del derecho humanitario* (2005)[32] del Consejo de Derechos Humanos de

---

[27] UNITED NATIONS. Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power. Adopted by General Assembly resolution 40/34 of 29 November 1985. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/law/victims.htm (18.07.2011). En especial el literal A, Numeral 6°.

[28] SÁCOUTO, Susana y CLEARY, Katherine. *Victims' Participation in the Investigations of the International Criminal Court, op. cit.*, p. 76.

[29] *Ibidem*.

[30] "*European Convention on Compensation of Victims and Violent Crime*". Disponible en: http://conventions.coe.int/treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=116&CM=0&CL=ENG (18.07.2011).

[31] "*Commission on Crime Prevention and Criminal Justice*". Para ver un compendio de los informes anuales véase: http://www.unodc.org/unodc/en/commissions/CCPCJ/ccpcj-reports.html. Consultado el 18/07/2011.

[32] Véase: UNITED NATIONS. *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, General Assembly resolution 60/147 of 16 December 2005.* Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/law/remedy.htm. Consultado el 18/07/2011.

NACIONES UNIDAS - VAN BOVEN, Theo. *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales*. ONU, Ecosoc. E/CN.4/Sub.2/1993/8.

las Naciones Unidas, aportaron significativamente a la universalización de los derechos de las víctimas[33]. Este último documento enfatiza la obligación de los Estados de prevenir y penalizar crímenes, investigar violaciones y perseguir perpetradores. Las víctimas de violaciones tienen derecho a: (1) un acceso igual a la justicia, (2) una satisfacción adecuada y efectiva, (3) acceso a información relevante sobre violaciones y (4) oportunidades para la reparación.

Finalmente, y con miras en el avance de los derechos de víctimas de crímenes particulares, la *Convención Internacional de Naciones Unidas para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas* (2006)[34] hace especial referencia al derecho a una reparación adecuada, efectiva y rápida de daños sufridos y al derecho a la verdad de las víctimas[35].

3. Tribunales *ad-hoc*

A pesar de los movimientos sociales y de las anteriores declaraciones internacionales, los acontecimientos violentos de los años 90´s dejaron un número considerable de víctimas que llevaron al establecimiento de los Tribunales Penales *Ad Hoc* para la ex Yugoslavia (TPIY), Ruanda (TPIR) y Sierra Leona –los dos primeros establecidos mediante capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas[36] y el último por un acuerdo especial entre el Gobierno de Sierra Leo-

---

[33] RAUSCHENBACH, Mina y SCALIA, Damien. *Victims and international criminal justice: a vexed question? op. cit.*, p. 444.

[34] *UN International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance.* Disponible en: http://www.unhcr.org/refworld/docid/45fe6ad42.html (05.08.2011); en especial los artículos 12 y 24.

[35] UNITED NATIONS. *International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance.* Particularmente los artículos 12 y 24. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/law/disappearance-convention.htm. Consultado el 18/07/2011.

[36] Así en el Preámbulo del Estatuto del Tribunal de Ruanda:
"*El Consejo de Seguridad,*
Expresando una vez más su profunda preocupación por los informes que indican que se han cometido en Ruanda genocidio y otras violaciones sistemáticas, generalizadas y manifiestas del derecho internacional humanitario,
Habiendo determinado que esta situación sigue constituyendo una amenaza a la paz y la seguridad internacionales,
Decidido a poner fin a esos crímenes y a tomar medidas eficaces para hacer comparecer ante la justicia los responsables,

na y las Naciones Unidas en 2000[37], que no previeron un papel para víctimas en el sentido de una participación amplia, si no que le dejaron solamente la posibilidad de que actuarán como testigos.[38] Los Estatutos de los Tribunales Internacionales *ad hoc*, no regularon posibilidades para que las víctimas pudieran participar o solicitar reparaciones u otras medidas que contempla la justicia restaurativa. Si no que dejaron únicamente a los a los Fiscales el rol de fomentar los intereses de las víctimas[39].

Cont. nota 36

Convencido de que, en las circunstancias particulares de Ruanda, el enjuiciamiento de los responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario permitirá alcanzar este objetivo y contribuiría al proceso de reconciliación nacional y al restablecimiento y el mantenimiento de la paz,

Estimando que la creación de un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y demás violaciones antes mencionadas del derecho internacional humanitario contribuirá a que se ponga fin a esas violaciones y que sean reparadas efectivamente,

Actuando en virtud del capítulo del VII de la Carta de las Naciones Unidas,

1. Decide por la presente, habiendo recibido la petición formulada por el Gobierno Ruanda (S/1994/1115), establecer un Tribunal Internacional con el propósito exclusivo de enjuiciar a los responsables genocidio y otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994 y, con este fin, aprobar el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda que figura en el anexo de la presente resolución (…)". Disponible en: http://www.uclm.es/profesorado/asanchez/webdih/02Textos%20normativos/02TN05PENAL/02TEXNOR_05_03ICTR.htm. Consultado el 03/08/2011.

Véase respecto a la creación de los Tribunales *Ad Hoc*: WERLE, Gerhard. *Principles of International Criminal Law*, T.M.C. Asser Press, Netherlands, 2005. pp. 13 a 18.

37 *Statute of the Special Court for Sierra Leone*. "Having been established by an Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone pursuant to Security Council resolution 1315 (2000) of 14 August 2000, the Special Court for Sierra Leone". Disponible en: http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=uClnd1MJeEw%3D&. Consultado el 03/08/2011.

38 PARMENTIER, Stephan. *Transitional Justice - Justice and Peace in Situations of Transition*. No. 65, AIV/No 19, CAVV, Netherlands, april 2009, p. 23. http://www.aiv-advies.nl/ContentSuite/upload/aiv/doc/AIV_65-19_webversie.pdf.

39 BRUBACHER, Matthew. "The development of prosecutorial discretion in international criminal courts", en: HUGHES, Edel. (*et ál*) (ed.). *Atrocities and international accountability: Beyond transitional justice,* United Nations University Press, 2007, p. 148; UNITED NATIONS. "Guidelines on the Role of Prosecutors", en: *Eighth United Nations Congress*

Por esta razón han sido criticados, pues fracasaron en su función de conectarse con la sociedad afectada, para cual fueron establecidos[40]. En este sentido, dichos Tribunales se diferencian poco de las Cortes Penales Especiales, que tenían por finalidad la persecución de los criminales de la Segunda Guerra Mundial en Nüremberg y Tokio[41].

Ante las críticas recibidas, se plantearon diversas razones que fundamentaron la decisión de no darle a la víctima una participación especial en los Estatutos de dichos Tribunales[42].

En primer lugar, se argumentó que al momento de la creación de los tribunales TPIY (1993) y TPIR (1994), los Estados miembros del Consejo de Seguridad estaban más interesados en una condena rápida y efectiva para aquellas personas, que se identificaron como los mayores responsables, de los crímenes cometidos en los correspondientes conflictos[43]. Por ello, si se asignaba un papel importante

Cont. nota 39

on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana - Cuba, 27 August to 7 September 1990. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/law/prosecutors.htm. Consultado el 03/08/2011; PARMENTIER, Stephan. *Transitional Justice - Justice and Peace in Situations of Transition*, o*p. cit*., p. 23.

40 DONAT-CATTIN, David. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' notes, article by article "Art. 68".* Baden-Baden: Nomos, 2004, pp. 869, 871. SÁCOUTO, Susana & CLEARY, Katherine. *Victims' Participation in the Investigations of the International Criminal Court, op. cit*., pp. 76 y 79; KAMATALI, Jean-Marie. *From the ICTR to ICC: Learning From the ICTR Experience in Bringing Justice to Rwandans*, p. 99. Disponible en: http://www.nesl.edu/userfiles/file/nejicl/vol12/kamatali.pdf. Consultado el 30/11/2011.

41 BITTI, Gilbert y SALINAS CERDA, Ania. *La participación de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional*, Bogotá, 2011, p. 1 (publicado en esta cartilla). Véase además: METTRAUX, Guénaël (ed.). *Perspectives on the Nuremberg Trial,* Oxford, 2008. Es una colección de treinta y dos artículos, ensayos y siete apéndices. Como el progenitor del moderno derecho penal internacional, el juicio de Nüremberg es una piedra angular para todos los que practican en este campo hoy en día. Se explica entre otros el inicio del primer juicio colectivo de veintiún co-conspiradores nazis realizadas por el Tribunal Penal Internacional en Nüremberg del 21 de noviembre 1945 al 01 de octubre 1946 y dirigida por Robert H. Jackson, como fiscal jefe.

42 Véase por ejemplo: WOJCIK, Mark. E. "False Hope: The Rights of Victims Before International Criminal Tribunals", en: *L'Observateur des Nations Unies,* 2010-1, vol. 28, 2010, p. 4; BITTI, Gilbert y SALINAS CERDA, Ania. *La participación de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional*, Bogotá, 2011, p. 2.

43 SÁCOUTO, Susana & CLEARY, Katherine. *Victims' Participation in the Investigations of the International Criminal Court, op. cit*., pp. 76, 81.

a las víctimas, se habría ido en contravía respecto a esa prioridad, dilatando el proceso[44]. Además, por lo menos en Yugoslavia se seguían cometiendo graves violaciones contra los derechos humanos cuando se tomó la decisión de establecer dichos tribunales especiales, tanto así, que su creación fue entendida como parte de un conjunto de medidas, para poner fin a los actos violentos[45]. En el caso de Ruanda, se argumentaba en contra de una participación de víctimas individuales en el proceso ante el Tribunal *ad hoc*, el hecho de que el conflicto involucrara a un gran número de personas comunes que participaron en la comisión de los múltiples delitos cometidos[46]. Este involucramiento de la sociedad en sentido amplio en el genocidio, planteó problemas importantes relacionados con la selección de víctimas y la citación de ellas en la Corte en Arusha, Tanzania[47].

Otra razón más para la renuncia de mecanismos para la participación de las víctimas en los Estatutos del TPIY y TPIR, fue el procedimiento que ellos utilizaron. En efecto, los dos Tribunales fueron concebidos siguiendo el procedimiento anglosajón ("*adversarial system*"), el cual prevé el involucramiento de víctimas en los procesos penales solamente en calidad de testigo[48]. Si bien

---

[44] Véase por ejemplo el texto de la Resolución 827 del Consejo de Seguridad de la ONU para el establecimiento del Tribunal Penal Internacional para el ex Yugoslavia: "*the sole purpose of prosecuting persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia between 1 January 1991 and a date to be determined by the Security Council upon the restoration of peace*", SC Resolution 827, Tribunal (ex Yugoslavia), 25 Mayo de 1993, S/RES/827.

[45] WOJCIK, Mark. E. *False Hope: The Rights of Victims before International Criminal Tribunals, op. cit.,* p. 4.

[46] "*Unprecedented extent to which very large numbers of ordinary people participated in the comission of atrocity*", en: GAHIMA, Gerald. "Alternatives to prosecution: The case of Rwanda", en: HUGHES, Edel *(et al)* (ed.). *Atrocities and international accountability beyond transitional justice, op. cit.,* p. 161.

[47] KAMATALI, Jean-Marie. *From the ICTR to ICC: Learning From the ICTR Experience in Bringing Justice to Rwandans, op. cit.,* p. 91.

[48] WOJCIK, Mark. E. *False Hope: The Rights of Victims before International Criminal Tribunals, op. cit.,* p. 5. De otro lado el fundamento de este tratamiento a la víctima en el sistema anglosajón parte de que se rige por unos criterios dispositivos, particularmente probatorios. La discusión jurídica se da entre acusado y acusador y un tercero imparcial que bajo criterios de igualdad dirime el conflicto entre ellos dos. De Ahí que la víctima no desempeñe un rol muy activo en este tipo de juicios. Para ver las características del modelo anglosajón: BARBOSA, Gerardo. "Estructura del proceso Penal, Aproximación al Proceso Penal Colombiano", en: *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal,* Colección Derecho Penal, No. 2, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2006, p. 78.

es cierto que la víctima dentro de este sistema puede individualmente hacer una denuncia, una vez que ésta es acogida por el Fiscal, se abre la investigación respectiva y en consecuencia, la víctima pierde el derecho a participar directamente. Además, con este procedimiento adversarial, ciertas formas de reparación solamente pueden ser exigidas después de una condena en firme y sólo mediante un proceso civil separado[49].

Contrario a ello, el *procedimiento inquisitivo*, de ascendencia continental-europea, permite que la víctima adopte algunas medidas judiciales que le hacen posible su participación en los procesos iniciados por la Fiscalía, más allá, que en calidad de testigo. La víctima, en todo caso, debe constituirse en parte civil dentro del proceso penal, para exigir las respectivas reparaciones. Además, y aparte del tema reparatorio su actividad dentro del desarrollo del juicio sobrepasa sus actividades como parte civil, pues está facultada además, para: "*presentar pruebas, interrogar testigos, y exponer sus puntos de vista legales en cuanto a la culpabilidad del acusado*"[50].

Igualmente parece, que durante las discusiones para crear los Tribunales *ad hoc* se consideró la posibilidad de otorgar al Fiscal General, como "*guardián principal de los intereses de la comunidad internacional*"[51] el derecho exclusivo de representar a las víctimas de los conflictos[52]. Desde la perspectiva de los Estados participantes, esto serviría para los fines de obtener justicia, en la medida en que no se trataba de crímenes comunes, sino de violaciones masivas a los derechos humanos. Sin embargo, en este contexto sería difícil

---

[49] "(..) *[to introduce] evidence, question witnesses, and set out their legal views as to the guilt of the accused*" En: CASSESE, Antonio. *International Criminal Law.* Oxford University Press. Oxford: 2003, p. 372.

[50] WOJCIK, Mark. E. *False Hope: The Rights of Victims Before International Criminal Tribunals, op. cit.,* p. 5.

[51] "*Principal custodian of the interests of the international community*". BRUBACHER, Matthew. "The development of prosecutorial discretion in international criminal courts". *op. cit.*, p. 148; UNITED NATIONS. "Guidelines on the Role of Prosecutors". en : *Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, Havana - Cuba, 27 August to 7 September 1990. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/law/prosecutors.htm. Consultado el 03/08/2011; PARMENTIER, Stephan. *Transitional Justice - Justice and Peace in Situations of Transition*, o*p. cit.*, p. 23.

[52] DE HEMPTIME, Jérôme. "Victims' Participation in International Proceedings", en: Cassese, Antonio. *The Oxford Companion to International Criminal Justice.* Oxford University Press. Oxford, 2009, p. 562.

situar en igualdad el derecho de participación de las víctimas con el derecho del imputado a un justo y debido proceso. Con la renuncia de los derechos de las víctimas a participar, se supuso de manera implícita, que los intereses de la Fiscalía coincidían con los de las víctimas. En verdad, ésta suposición raramente se puede constatar, especialmente bajo la consideración de que por los escasos recursos financieros y administrativos solamente una fracción de los delitos cometidos, pueden formar parte de una imputación, los muchos otros quedan en la impunidad[53].

La renuncia de las víctimas al derecho a participar en el proceso penal, se debe generalmente a la gran cantidad de víctimas de los conflictos[54], a sus circunstancias sociales y económicas y a las distancias geográficas entre las regiones donde se cometieron los crímenes y las sedes de los Tribunales en los Países Bajos (TPIY) y Tanzania (TPIR)[55].

4. Estatuto de Roma

Por su parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI)[56], garantiza una participación más amplia y el derecho a una reparación a las

[53] WOJCIK, Mark. E. *False Hope: The Rights of Victims before International Criminal Tribunals, op. cit.,* p. 5.

[54] "*Nor can the International Tribunal hear the tens of thousands of victims. Only those considered useful towards the establishment of the truth are invited to testify and even they cannot claim compensation for the harm they suffered*." Juez Claude Jorda, hablando en Sarajevo el 12 de Mayo de 2001. ICTY Press Release, *The ICTY and the Truth and Reconciliation Commission in Bosnia and Herzegovina, JL/P.I.S./591-e, The Hague, 17 May 2001*. Véase también: Trial - Track Impunity Always. *The victims before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and for Rwanda.* Disponible en: http://www.trial-ch.org/en/resources/international-law/the-victims-statuts-in-international-criminal-trials/the-victims-before-icty-and-ictr.html. Consultado el 05/08/2011.

[55] MROZINSKI, Stefan. *International Criminal Tribunals and the Unfulfilled Hopes and Aspirations of the Victims,* University of Cambridge, London School of Economics & Political Science (LSE), 2009, p. 22.

[56] El 17 de julio de 1998 se adoptó en pleno con 120 votos a favor, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Fue hasta el 1 de julio de 2002 que el instrumento entró en vigor, cumplido el requisito de las 60 ratificaciones estipulado en el art. 126 del mismo Estatuto. En Colombia con relación al primer aspecto, los problemas de compatibilidad entre el ordenamiento interno y el internacional, fueron superados con la reforma constitucional consagrada en el Acto Legislativo No.2 de 2001. Por intermedio

víctimas cuando han sido afectadas por los crímenes de la competencia de la CPI[57]. De esta manera, retoma los debates de las pasadas décadas sobre el estado de las víctimas en procesos penales, originados en los movimientos civiles, la codificación internacional de Naciones Unidas y la consideración por parte de los Estados de enfrentar las deficiencias que tuvieron los Tribunales *ad hoc*[58].

2.1 Las normas que regulan la participación

Respecto a las normas que regulan la participación de las víctimas ante el procedimiento de la Corte Penal Internacional se tienen tres referentes nor-

Cont. nota 56

de ésta, se autorizó al Estado a reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos del Estatuto de Roma, en el entendido de la función complementaria que cumple este tribunal frente a los crímenes contemplados en el art. 5°. complementó los presupuestos establecidos en el art. 93 de la Constitución Política, que permite la introducción al ordenamiento jurídico interno de los tratados y convenios internacionales, en materia de protección de derechos humanos, ratificados por Colombia.

Respecto al procedimiento interno de aprobación, el Congreso mediante la Ley 742 de 2002 aprobó el Estatuto de Roma, seguido de la revisión de la Corte Constitucional, la cual declaró exequible la mencionada normatividad mediante sentencia C-578 de 2002 de 30 de julio 2002, permitiendo al gobierno nacional realizar la correspondiente ratificación el 5 de agosto de 2002. El Estatuto de Roma entró en vigor según el artículo 126 núm. 2 el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado su instrumento de ratificación. Es decir el 1 de Noviembre 2002. Véase en: GUERRERO, Alejandro y GALINDO, Juliana. "Implicaciones de la competencia de la Corte Penal Internacional en el caso colombiano: notas a propósito del encuentro "retos y perspectivas de la competencia de la Corte Penal Internacional" (Universidad de los Andes, octubre de 2009)", en: *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2009, pp. 3 y ss.

57 OLÁSOLO, Héctor y KISS, Alejandro. "El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas", en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010, Nos. 12-13, pp. 13:2. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-13.pdf. Consultado el 22/05/2012.

58 SÁCOUTO, Susana & CLEARY, Katherine. *Victims' Participation in the Investigations of the International Criminal Court, op. cit*., pp. 76 y 82.

TRUMBULL, Charles P. *The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings*, o*p. cit.,* p. 787.

Para esta y más información sobre el funcionamiento y los retos de la participación de las víctimas ante la Corte Penal Internacional véase en: BITTI, Gilbert y SALINAS CERDA, Ania. *La participación de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional*, Bogotá, 2011, p. 2.

mativos que regulan y desarrollan su intervención. El primero de ellos es el Estatuto de Roma, el cual es actualmente el documento central del Derecho Penal Internacional, especialmente porque contiene los cuatro delitos del derecho penal internacional: crímenes de agresión, crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra (art. 5- 8). De igual forma, el Estatuto reúne múltiples disposiciones sobre los principios generales del derecho penal internacional. Así, la importancia del Estatuto de Roma es la consolidación y resumen de las normas jurídicas que se habían generado de manera dispersa en décadas anteriores y en el trabajo de los tribunales *ad hoc*[59].

En segundo lugar, se encuentran las Reglas de Procedimiento y Prueba, las cuales tienen su origen y funciones en el artículo 51 del Estatuto de Roma y que entraron en vigor por la aprobación de los dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes[60]. Estas reglas tienen la finalidad de constituir un instrumento para una adecuada aplicación del Estatuto de Roma, especialmente, como lo dice su nombre, en aspectos de procedimiento y del desarrollo de la dinámica probatoria.

Finalmente, se encuentra el Reglamento de la Corte, originado por mandato del artículo 52 del Estatuto de Roma, elaborado por los Magistrados de la CPI[61]. El cual tiene como principal finalidad regular las situaciones al interior

---

[59] GUERRERO, Alejandro y GALINDO, Juliana. "Implicaciones de la competencia de la Corte Penal Internacional en el caso colombiano: notas a propósito del encuentro "retos y perspectivas de la competencia de la Corte Penal Internacional (Universidad de los Andes, octubre de 2009)", *op. cit.,* p. 5.

[60] *Artículo 51: Reglas de Procedimiento y Prueba.*
1. Las Reglas de Procedimiento y Prueba entrarán en vigor tras su aprobación por mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes.
2. Podrán proponer enmiendas a las Reglas de Procedimiento y Prueba:
a) Cualquier Estado Parte;
b) Los magistrados, por mayoría absoluta; o
c) El Fiscal.
Las enmiendas entrarán en vigor tras su aprobación en la Asamblea de los Estados Partes por mayoría de dos tercios. (…)

[61] *Artículo 52. Reglamento de la Corte*.
1. Los magistrados, de conformidad con el presente Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba, aprobarán por mayoría absoluta el Reglamento de la Corte que sea necesario para su funcionamiento ordinario.
2. Se consultará al Fiscal y al Secretario en la preparación del Reglamento y de cualquier enmienda a él. (…)

de la Corte Penal Internacional y de ampliar los conceptos establecidos en el Estatuto de Roma y las Reglas de Procedimiento y Prueba, superiores en jerarquía normativa frente a este documento.

Una vez aclarado el sistema normativo que rige para el funcionamiento de la Corte Penal Internacional, se puede hacer una descripción de las normas que hablan sobre la participación de las víctimas ante la CPI.

Las normas más relevantes que hacen referencia a las víctimas en el Estatuto de Roma, se encuentran en el artículo 43, numeral 6°[62] en donde se establece a cargo del Secretario de la CPI establecer una Dependencia de Víctimas y Testigos para su protección y seguridad. De igual forma, el artículo 68, párrafo tercero[63], regula la participación de las víctimas en las diferentes fases del juicio que se consideren convenientes, si se vieren afectados sus "intereses personales y siempre y cuando no afecten los derechos del acusado y un juicio justo". Este artículo haciendo una interpretación literal da un amplio margen de discrecionalidad a las Salas para que intervengan las víctimas[64]. La forma de cómo debe darse esta discrecionalidad es realizando la evaluación, entre los intereses de las víctimas a participar y la eficacia del procedimiento y los derechos del acusado de un jucio justo e impacial.

---

[62] *Artículo 43. La Secretaría:*
(...) 6. El Secretario establecerá una Dependencia de Víctimas y Testigos dentro de la Secretaría. Esta Dependencia, en consulta con la Fiscalía, adoptará medidas de protección y dispositivos de seguridad y prestará asesoramiento y otro tipo de asistencia a testigos y víctimas que comparezcan ante la Corte, y a otras personas que estén en peligro en razón del testimonio prestado. La Dependencia contará con personal especializado para atender a las víctimas de traumas, incluidos los relacionados con delitos de violencia sexual.

[63] *Artículo 68. Protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones*: (…) 3. La Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieren afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos. Los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

[64] OLÁSOLO, Héctor y KISS, Alejandro. "El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas", *op. cit.*, pp. 17. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-13.pdf. Consultado el 22/05/2012.*p.* 17.

Las Reglas 89 a 93[65], establecen el trámite para poder participar y las facultades de intervención de los representantes de las víctimas.

[65] *Regla 89. Solicitud de que las víctimas participen en el proceso:*
1. Las víctimas, para formular sus opiniones y observaciones, deberán presentar una solicitud escrita al Secretario, que la transmitirá a la Sala que corresponda. Con sujeción a lo dispuesto en el Estatuto, en particular en el párrafo 1 del artículo 68, el Secretario proporcionará una copia de la solicitud al Fiscal y a la defensa, que tendrán derecho a responder en un plazo que fijará la propia Sala. Con sujeción a lo dispuesto en la subregla 2, la Sala especificará entonces las actuaciones y la forma en que se considerará procedente la participación, que podrá comprender la formulación de alegatos iniciales y finales.
2. La Sala, de oficio o previa solicitud del Fiscal o la defensa, podrá rechazar la solicitud si considera que no ha sido presentada por una víctima o que no se han cumplido los criterios enunciados en el párrafo 3 del artículo 68. La víctima cuya solicitud haya sido rechazada podrá presentar una nueva solicitud en una etapa ulterior de las actuaciones.
3. También podrá presentar una solicitud a los efectos de la presente regla una persona que actúe con el consentimiento de la víctima o en representación de ella en el caso de que sea menor de edad o tenga una discapacidad que lo haga necesario.
4. Cuando haya más de una solicitud, la Sala las examinará de manera que asegure la eficacia del procedimiento y podrá dictar una sola decisión.
Regla 90. Representantes legales de las víctimas:
1. La víctima podrá elegir libremente un representante legal.
2. Cuando haya más de una víctima, la Sala, a fin de asegurar la eficacia del procedimiento, podrá pedir a todas o a ciertos grupos de ellas, de ser necesario con la asistencia de la Secretaría, que nombren uno o más representantes comunes. La Secretaría, para facilitar la coordinación de la representación legal de las víctimas, podrá prestar asistencia y, entre otras cosas, remitir a las víctimas a una lista de abogados, que ella misma llevará, o sugerir uno o más representantes comunes (…).
Regla 91. Participación de los representantes legales en las actuaciones:
1. La Sala podrá modificar una decisión anterior dictada de conformidad con la regla 89.
2. El representante legal de la víctima estará autorizado para asistir a las actuaciones y participar en ellas de conformidad con la decisión que dicte la Sala o las modificaciones que introduzca en virtud de las reglas 89 y 90. Ello incluirá la participación en las audiencias a menos que, en las circunstancias del caso, la Sala sea de opinión de que la intervención del representante legal deba limitarse a presentar por escrito observaciones o exposiciones. El Fiscal y la defensa estarán autorizados para responder a las observaciones que verbalmente o por escrito haga el representante legal de las víctimas.
3. a) El representante legal que asista al proceso y participe en él de conformidad con la presente regla y quiera interrogar a un testigo, incluso en virtud de las reglas 67 y 68, a un perito o al acusado, deberá solicitarlo a la Sala. La Sala podrá pedirle que presente por escrito las preguntas y, en ese caso, las transmitirá al Fiscal y, cuando proceda, a la defensa, que estarán autorizados para formular sus observaciones en un plazo que fijará la propia Sala. (…).

2.2 Las diferentes fases del proceso

La decisión se complica aún mas teniendo en cuenta las diferentes fases del proceso (pre-investigativa, situación, investigación, pre-juicio, juicio y apelación) y las diferentes posibles actuaciones de la víctima (aportar pruebas, interponer recursos, interrogar al acusado).

Además, se vio la necesidad de adoptar un criterio para determinar quién puede ser víctima y en consecuencia determinar su participación en determinados momentos procesales.

Victimas son, según la Sala de Apelaciones, quienes demuestren han sufrido daños como consecuencia del daño causado por los delitos imputados a un acusado ante la CPI[66].

Cont. nota 65

Regla 92. Notificación a las víctimas y a sus representantes legales:
1. La presente regla relativa a la notificación a las víctimas y a sus representantes legales será aplicable a todas las actuaciones ante la Corte, salvo aquellas a que se refiere la Parte II.
2. A fin de que las víctimas puedan pedir autorización para participar en las actuaciones de conformidad con la regla 89, la Corte les notificará la decisión del Fiscal de no abrir una investigación o no proceder al enjuiciamiento de conformidad con el artículo 53. Serán notificados las víctimas o sus representantes legales que hayan participado ya en las actuaciones o, en la medida de lo posible, quienes se hayan puesto en contacto con la Corte en relación con la situación o la causa de que se trate. La Sala podrá decretar que se tomen las medidas indicadas en la subregla 8 si lo considera adecuado en las circunstancias del caso.
3. A fin de que las víctimas puedan pedir autorización para participar en las actuaciones de conformidad con la regla 89, la Corte les notificará su decisión de celebrar una audiencia para confirmar los cargos de conformidad con el artículo 61. Serán notificados las víctimas o sus representantes legales que hayan participado ya en las actuaciones o, en la medida de lo posible, quienes se hayan puesto en contacto con la Corte en relación con la causa de que se trate.(…) *Regla 93. Observaciones de las víctimas o sus representantes legales:*
Una Sala podrá recabar observaciones de las víctimas o sus representantes legales que participen con arreglo a las reglas 89 a 91 sobre cualquier cuestión, incluidas aquellas a que se hace referencia en las reglas 107, 109, 125, 128, 136, 139 y 191. Podrá, además, recabar observaciones de otras víctimas cuando proceda.

66 OLÁSOLO, Héctor y KISS, Alejandro. "El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas", *op. cit.*, y en BITTI, Gilbert y SALINAS CERDA, Ania. *La participación de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional*, Bogotá, 2011; RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. *Jurisprudencia Penal Internacional Aplicable en Colombia*, *op. cit.*, p. 654. Judgment on the appeals of The

Por ello, es importante distinguir entre "víctimas de la situación" y "víctimas del caso".

La *"situación",* con base en el artículo 13 del Estatuto[67], es la suma de acontecimientos que llevan a la comisión de hechos punibles de conocimiento de la CPI, ocurridos en un periodo de tiempo determinado[68].

En la fase de investigación de una *situación*[69], la Sala de Apelaciones ha concluido –a diferencia de la primera instancia– que en esta etapa no se puede realizar una participación. Sin embargo, aclara que las Salas de Cuestiones Preliminares evaluarán si se puede intervenir eventualmente en determinadas circunstancias[70], dependiendo la afectación del interés de la víctima, por

Cont. nota 66

Prosecutor and The Defense against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008, dictado el 11 de Julio de 2008. ICC-01/04-01/06-1432, OA9OA10, Par 53-65. En la actualidad hay siete situaciones bajo investigación de la CPI (República Democrática del Congo; Uganda del Norte; República Central Africana; Dafur en Sudán; Kenia; Libia y Costa de Marfil) y trece casos abiertos contra dieciocho imputados. Información disponible en: http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/

67 *Artículo 13. Ejercicio de la competencia:*
La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si:
a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes;
b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o
c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.

68 OLÁSOLO, Héctor y KISS, Alejandro. "El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas", *op. cit.,* y en: BITTI, Gilbert y SALINAS CERDA, Ania. *La participación de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional*, *op. cit.;* RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. *Jurisprudencia Penal Internacional Aplicable en Colombia*, Proyecto ProFis - Universidad de Los Andes, Bogotá D.C., 2011, p. 650.

69 Véase más sobre esta discusión en: RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. *Jurisprudencia Penal Internacional Aplicable en Colombia*, *op. cit*., pp. 650-654.

70 OLÁSOLO, Héctor y KISS, Alejandro. "El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas", *op. cit,* p. *22*. Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre Trial Chamber I of 7 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre Trial Chamber I

ejemplo, cuando se decida no continuar con dicha investigación[71] (ya que la víctima es quien tiene el interés de que la situación estudiada se siga investigando y se llegue a una etapa de judicialización).

El *"caso"* identifica a los acusados que van a juicio (es decir imputación concreta de delitos de la competencia de la CPI)[72]. La participación de las víctimas depende de la diferente estapa del juicio.

En la etapa de la audiencia de confirmación de cargos, ha habido distintos desarrollos por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares I y III y las decisiones de las Salas de Primera Instancia, en las cuales se establece el régimen de participación general que contempla el artículo 68 párrafo tercero. Se ha establecido que, pueden participar mediante alegatos orales y tienen el derecho de acceso, antes y durante la audiencia de confirmación de cargos al sumario de actuaciones; a presentar observaciones acerca de la admisibilidad y valor probatorio de los elementos de prueba y a interrogar, durante esta audiencia, a los testigos propuestos por la Fiscalía[73].

En la etapa de juicio oral, según la Sala de Apelaciones en una decisión tomada el 11 de julio de 2008[74] como criterio general, no pueden participar cualquier cantidad de víctimas y de cualquier manera, sino que la víctima tiene que realizar

Cont. nota 70

of 24 December 2007, dictada por la Sala de Apelaciones el 19 de diciembre de 2008 en la situación en República Democrática del Congo, ICC 01/04 556 OA4, OA5, OA6, párr. 41 46. Ver también Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD Against the decision of Pre Trial Chamber I of 3 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre Trial Chamber I of 6 December 2007, dictada por la Sala de Apelaciones el 2 de febrero de 2009, ICC 01/05 177 OA OA2 OA3, párr. 7.

71 BITTI, Gilbert y SALINAS CERDA, Ania. *La participación de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional*, *op. cit.,* pp. 73-75.

72 Más información sobre estas discusiones al interior de la CPI en: OLÁSOLO, Héctor y KISS, Alejandro. "El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas", *op. cit.*; BITTI, Gilbert y SALINAS CERDA, Ania. *La participación de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional*, *op. cit.*; RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. *Jurisprudencia Penal Internacional Aplicable en Colombia*, o*p. cit*., pp. 654-655.

73 OLÁSOLO, Héctor y KISS, Alejandro. "El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas", *op. cit.,* p. 25.

74 *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylo* Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defense against Trial Chamber I´s Decision on Victims´ Participation of 18 January 2008, dictado el 11 de julio de 2008. ICC-01/04-01/06-1432, OA9OA10, Par 61 y 104.

una solicitud escrita en donde ella debe relacionarse con el daño sufrido, con ocasión de los delitos que le han sido imputados al acusado (nexo causal). Además, debe demostrar que su intervención para la que solicita autorización, no afecta sus intereses personales, ni los derechos del acusado, ni el juicio justo e imparcial[75].

Una vez admitida, la víctima puede, dependiendo del caso concreto, y siempre y cuando exista el interés personal:

- Introducir elementos probatorios, siempre y cuando no hayan sido aportados por la Fiscalía ni por la Defensa. Los elementos probatorios deben ser determinantes para dilucidar los hechos, como por ejemplo la presentación de medios de prueba que conduzcan a determinar la responsabilidad del acusado.
- Comparecer durante el juicio oral e interrogar testigos, siempre que dicha solicitud se haga por medio de un escrito a través de la Fiscalía, en donde se demuestre el interés personal en este caso y que el aporte del interrogatorio sea fundamental como medio de prueba para el proceso.
- Consultar los documentos del proceso en concordancia con la Regla 131(2) incluso los que estén catalogados como confidenciales[76].

La participación de víctimas y testigos anónimos (es decir, cuya identidad solo es conocida por la Sala) está explícitamente permitida. La restricción a este anonimato depende de la calidad de la víctima o el testigo en el proceso. Es decir, cuanta mayor relevancia represente la víctima o el testigo para los efectos probatorios del proceso, más necesaria se hace la revelación de su identidad[77].

---

[75] OLÁSOLO, Héctor y KISS, Alejandro. "El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas", *op. cit.*, p. 20; BITTI, Gilbert y SALINAS CERDA, Ania. *La participación de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional*, *op. cit.*, p. 79.

[76] *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylo*, Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defense against Trial Chamber I´s Decision on Victims´ Participation of 18 January 2008, dictado el 11 de julio de 2008. ICC-01/04-01/06-1432, OA9OA10, Par 53-65. OLÁSOLO, Héctor y KISS, Alejandro. "El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas", *op. cit.*, pp. 28-29. BITTI, Gilbert y SALINAS CERDA, Ania. *La participación de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional*, *op. cit.*, pp. 78-80.

[77] Prosecutor v *Thomas Lubanga Dylo*, Judgment pusuant to Article 74 del Estatuto de Roma, ICC-01/04-01/06-2842, Trial Chamber I, 14.3.2012, párr. 14.

En su primera sentencia, de conformidad con el artículo 74 del Estatuto, la Cámara de primera instancia de la CPI, confirma lo anteriormente expuesto en relación con la participación de las víctimas[78].

En este caso, participaron un total de 129 víctimas (34 mujeres, 95 hombres), sólo la identidad de 23 ha sido revelada, los demás, quedaron en el anonimato por su especial posición de vulnerabilidad pues además vivían todavía en la región del conflicto. La Cámara había decidido caso por caso el vínculo entre el daño sufrido y los hechos por los cuales se acusaba a Thomas Lubanga, en este caso, reclutamiento forzado de menores de 15 años[79]. Las víctimas son ex niños soldados, familiares y una escuela. Algunos de ellos, que tenían el estatus de víctima y testigo, fueron escuchados cambiando su voz y distorsionando la imagen de su cara[80]. El total de los participantes fue representado por dos apoderados que en el nombre de sus víctimas interrogaron a los testigos y entregaron comunicaciones escritas y orales. No se consideraron como víctimas aquellas personas que sufrieron algún tipo de afectación por parte de los menores de 15 años para quienes, a pesar de cometer crímenes contemplados en el Estatuto, primó su condición de víctimas[81].

Siguiendo lo anterior, en el tema de la presencia de las víctimas en las audiencias de juicio oral se concluye que estas se someten bajo ciertas condiciones, según el caso que se esté analizando y preferiblemente deben darse por medio de sus representantes legales, con el fin de no provocar una "eventual desestabilización de las actuaciones procesales"[82]. Esto reafirma la aplicación de las Reglas 89 a 93, en las cuales se regula una participación por medio

---

78 Prosecutor v *Thomas Lubanga Dylo*, Judgment pusuant to Article 74 del Estatuto de Roma, ICC-01/04-01/06-2842, Trial Chamber I, 14.3.2012, párrs. 13 y ss.

79 Prosecutor v *Thomas Lubanga Dylo*, Judgment pusuant to Article 74 del Estatuto de Roma, ICC-01/04-01/06-2842, Trial Chamber I, 14.3.2012, párr. 15.

80 Prosecutor v *Thomas Lubanga Dylo*, Judgment pusuant to Article 74 del Estatuto de Roma, ICC-01/04-01/06-2842, Trial Chamber I, 14.3.2012, párr. 21.

81 En sentido similar, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en las sentencias contra Freddy Rendón, alias "el alemán" y Orlando Villa Zapata, condenados por el delito de reclutamiento ilícito de menores de edad, decide únicamente la situación de los menores de edad en calidad de víctimas y deja de lado los posibles delitos que hayan podido cometer con ocasión y en desarrollo de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley. Ver: Rads. No. 200782701, de diciembre 16 de 2011; y No. 200883280, de abril 16 de 2012.

82 OLÁSOLO, Héctor y KISS, Alejandro. "El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas", *op. cit.*, p. 32.

de un defensor, y de ahí que en el Reglamento de la Corte, norma 81[83], se establezca la Oficina Pública de Defensa de las víctimas, con la finalidad de promover su acceso y su debida representación.

Igualmente el Estatuto, en su artículo 75[84] en concordancia con las Reglas de Procedimiento y Prueba 94-99 y la Norma 88[85] del Reglamento de la

[83] *Norma 81. Oficina Pública de Defensa de las víctimas:*
1. El Secretario deberá crear y desarrollar una Oficina Pública de Defensa de las víctimas a los efectos de prestarles la asistencia descrita en el numeral 4.
2. La Oficina Pública de Defensa de las víctimas actuará dentro de las competencias de la Secretaría solamente a los efectos administrativos y será en todos sus demás aspectos una oficina totalmente independiente. Los abogados de la Oficina y sus asistentes actuarán en forma independiente.
3. La Oficina Pública de Defensa de las víctimas podrá incluir a abogados que reúnan las condiciones establecidas en la regla 22 y la norma 67. La Oficina incluirá particularmente asistentes a los que hace referencia la norma 68.
4. La Oficina Pública de Defensa de las víctimas también deberá prestar apoyo y asistencia al representante legal de las víctimas y a las víctimas, incluyendo, cuando sea procedente: a) Investigaciones y asesoramiento letrado, y b) Comparecencia ante una Sala en relación con ciertos asuntos específicos.

[84] *Artículo 75, Reparación a las víctimas:*
1. La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda.
2. La Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario previsto en el artículo 79.
3. La Corte, antes de tomar una decisión con arreglo a este artículo, tendrá en cuenta las observaciones formuladas por el condenado, las víctimas, otras personas o Estados que tengan un interés, o las que se formulen en su nombre.
4. Al ejercer sus atribuciones de conformidad con el presente artículo, la Corte, una vez que una persona sea declarada culpable de un crimen de su competencia, podrá determinar si, a fin de dar efecto a una decisión que dicte de conformidad con este artículo, es necesario solicitar medidas de conformidad con el párrafo 1 del artículo 90.
5. Los Estados Partes darán efecto a la decisión dictada con arreglo a este artículo como si las disposiciones del artículo 109 se aplicaran al presente artículo.
6. Nada de lo dispuesto en el presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional.

[85] *Norma 88- Solicitudes de reparación conforme a la regla 94:*

Corte, reconoce el derecho de las víctimas a la reparación incluyendo la restitución, la indemnización y la rehabilitación[86], además se prevé la creación de un Fondo Fiduciario[87] en beneficio de las víctimas que se constituirá con los

Cont. nota 85

1. A los efectos de la aplicación de la regla 94, el Secretario elaborará un modelo tipo para que las víctimas presenten sus solicitudes de reparación, que se pondrá a disposición de las víctimas, los grupos de víctimas y las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales para que puedan colaborar en su difusión de la manera más amplia posible. Dicho modelo tipo será aprobado de conformidad con las disposiciones del numeral 2 de la norma 23 y se empleará por las víctimas en la medida de lo posible.
2. El Secretario deberá obtener de las víctimas toda la información adicional que sea necesaria para completar su solicitud de conformidad con la subregla 1 de la regla 94 y ayudará a las víctimas a completar dicha solicitud. A continuación, la solicitud se inscribirá y almacenará en medios electrónicos a los efectos de ser notificada por la dependencia descrita en el numeral 9 de la norma 86 de conformidad con lo previsto en la subregla 2 de la regla 94.

86 *Artículo 75- Reparación a las víctimas:*
1. La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda.
2. La Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario previsto en el artículo 79.
3. La Corte, antes de tomar una decisión con arreglo a este artículo, tendrá en cuenta las observaciones formuladas por el condenado, las víctimas, otras personas o Estados que tengan un interés, o las que se formulen en su nombre.
4. Al ejercer sus atribuciones de conformidad con el presente artículo, la Corte, una vez que una persona sea declarada culpable de un crimen de su competencia, podrá determinar si, a fin de dar efecto a una decisión que dicte de conformidad con este artículo, es necesario solicitar medidas de conformidad con el párrafo 1 del artículo 90.
5. Los Estados Partes darán efecto a la decisión dictada con arreglo a este artículo como si las disposiciones del artículo 109 se aplicaran al presente artículo.
6. Nada de lo dispuesto en el presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional.

87 Para ver más sobre la constitución del Fondo: DANNENBAUM, Tom. *The International Criminal Court, Article 79, and Transitional Justice: The Case for an Independient Trust Fund for Victims*, pp. 261 ss. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1544564. Consultado el 30/11/2011.

bienes confiscados al acusado y las donaciones de Estados, organizaciones o individuos previsto en el artículo 79 del Estatuto[88].

Lo anterior refleja que la CPI ha intentado mantener el balance entre una gran cantidad de víctimas que en teoría pueden participar y el funcionamiento de un proceso penal justo con el fin de asegurar el éxito de la justicia penal internacional[89]. Así, se puede decir tal como concluyen Olásolo y Kiss: "*En definitiva, el estatuto procesal de la víctima ante la CPI es comparativamente más extenso que el que se les adjudica en los sistemas afines al Common Law y más reducido que el que usualmente poseen en los sistemas de origen Romano-Germánico*"[90].

III. Desarrollo de la normatividad Colombiana y consideraciones sobre el desarrollo en la práctica en el Proceso Especial de Justicia y Paz

En esta parte del documento se explicará la evolución de la participación de las víctimas en el contexto de las tres últimas legislaciones procesales penales en Colombia (Decreto 2700 de 1991, Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004), con el fin de mostrar las facultades que tenían las víctimas en cada uno de estos códigos y la importancia que han ido adquiriendo las víctimas dentro del proceso penal. Finalmente, haremos referencia a la participación de las víctimas en el Proceso Especial de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005).

---

[88] *Artículo 79. Fondo fiduciario:*
1. Por decisión de la Asamblea de los Estados Partes se establecerá un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte y de sus familias.
2. La Corte podrá ordenar que las sumas y los bienes que reciba a título de multa o decomiso sean transferidos al Fondo Fiduciario.
3. El Fondo Fiduciario será administrado según los criterios que fije la Asamblea de los Estados Partes.

[89] BITTI, Gilbert y SALINAS CERDA, Ania. *La participación de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional*, *op. cit.*, p. 83.

[90] OLÁSOLO, Héctor y KISS, Alejandro. "El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas", *op. cit.*, p. 16.

1. Participación en el proceso penal colombiano ordinario

1.1 Decreto 2700 de 1991

A partir del primero de julio de 1992[91] entró a regir en el país un nuevo Código de Procedimiento Penal, Decreto 2700 de 1991, que reemplazaría al que hasta esa fecha estaba vigente (Decreto 050 de enero 13 de 1987). Su expedición coincidió con la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, caracterizada por su postura garantista y protectora de los derechos fundamentales en plena concordancia con los tratados y convenciones de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario, adoptados por el Estado colombiano.

Bajo este estatuto, la participación de las víctimas, se limitó a los artículos 11[92], 120 (numerales 3 6°)[93] y 130[94], que coloca en cabeza de la Fiscalía General de la Nación la protección y asistencia de las víctimas, testigos y demás intervinientes en el proceso para garantizarles el restablecimiento de sus derechos. La víctima o perjudicado por el delito, al igual que sus sucesores, podían obtener el restablecimiento del derecho y el resarcimiento del daño ocasionado, constituyéndose, a través de un abogado, como parte civil dentro del proceso penal adelantado contra los autores o participes de la conducta lesiva de sus derechos.

En el Capítulo II del Titulo Primero del Libro Primero[95], hace relación a la Acción Civil individual o popular, señalando como titulares a las personas

---

[91] Por medio del artículo 1° transitorio del Decreto 2700 de 1991, se estableció claramente que entraba a regir este código a partir del 1° de julio de 1992.

[92] *Artículo 11. Protección de Víctimas y Testigos.* La Fiscalía General de la Nación dentro de la actuación penal proveerá la protección y asistencia a las víctimas, testigos y demás intervinientes en el proceso que lo requieran, para garantizar el restablecimiento del derecho y la cooperación judicial plena y libre.

[93] *Artículo 120. Atribuciones de la Fiscalía General de la Nación.* Corresponde a la Fiscalía General de la Nación:
(…) 3. Tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito. (…).
6. Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso.

[94] *Artículo 130. Medidas de Protección a Víctimas y Testigos.* El fiscal general de la nación, directamente, o a través de sus delegados puede tomar las medidas necesarias para prevenir la intimidación de víctimas, testigos y demás intervinientes en el proceso, y proveerles protección y asistencia.

[95] Véase artículos 43 a 55 del Decreto 2700 de 1991.

naturales o jurídicas perjudicadas, a los herederos o sucesores de aquellos, al Ministerio Público o al actor popular[96] y se estableció en el artículo 45[97], que se podía constituir sólo a partir de la resolución de apertura y hasta antes de que se profiriera sentencia de segunda o única instancia. Así las cosas, en la investigación previa (artículos 319 y ss.) la víctima o perjudicado, individual o colectivamente, no podía actuar.

Además el artículo 28[98], permitió que la víctima accediera a la información que reposaba en el expediente o a que realizara solicitudes específicas, pudiendo aportar pruebas. Dicha solicitud, se hacía a manera de un derecho de petición (art. 13, Constitución Política), pues el funcionario debía responder dentro de los diez días siguientes.

Por otra parte, el artículo 46[99] exigía que la demanda de constitución de parte civil cumpliera con determinados requisitos, que fundamentalmente se

---

[96] Igualmente, los incapaces podían presentar la demanda de constitución de parte civil a través de sus representantes legales o por un el curador *ad litem* nombrado por el mismo funcionario investigador.

[97] *Artículo 45. Oportunidad para la constitución de parte civil.* La constitución de parte civil, como actor individual o popular, podrá intentarse en cualquier momento, a partir de la resolución de apertura de instrucción y hasta antes de que se profiera sentencia de segunda o única instancia.

[98] *Artículo 28. Acceso al expediente y aporte de pruebas por el perjudicado.* La víctima o el perjudicado, según el caso, podrá ejercer el derecho de petición ante el funcionario judicial con el fin de obtener información o hacer solicitudes específicas, pudiendo aportar pruebas. El funcionario debe responder dentro de los diez días siguientes.

[99] *Artículo 46. Requisitos.* Quien pretenda constituirse en parte civil dentro del proceso penal, si no fuere abogado titulado, otorgará poder para el efecto.
La demanda de constitución en parte civil deberá contener (…)
4. Los hechos en virtud de los cuales se hubieren producido los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama.
5. Los daños y perjuicios de orden material y moral que se le hubieren causado, la cuantía en que se estima la indemnización de los mismos y las medidas que deban tomarse para el restablecimiento del derecho cuando fuere posible.
6. Los fundamentos jurídicos en que se basen las pretensiones formuladas.
7. La declaración jurada de no haber promovido proceso ante la jurisdicción civil, encaminado a obtener la reparación de los daños y perjuicios ocasionados con el hecho punible.
8. Los anexos que acrediten la representación judicial, si fuere el caso. Igualmente, deberá acompañarse la prueba de la representación legal de los incapaces, de existencia o representación de las personas jurídicas, cuando ello sea necesario. Si quien pretende

reducían a la demostración del daño y de los perjuicios causados, así como la cuantía en que se estimaba la indemnización de los mismos.

La Sentencia C-293 de 1995, reiteró que las pretensiones que debería tener el actor civil se referían únicamente intereses económicos ya que bajo esta forma se había concebido dicha actuación[100]. Cuatro Magistrados salvaron el voto, manifestando que las víctimas no sólo tienen una pretensión económica, sino que haciendo una interpretación armónica de la Constitución y las leyes, basada en el principio de dignidad humana, la reparación también incluía aspectos como la verdad de los hechos y a la sanción de los responsables de los hechos punibles investigados[101].

Cont. nota 99

constituirse en parte civil fuere un heredero de la persona perjudicada, deberá acompañar a la demanda las pruebas que, de conformidad con la ley civil, demuestren su calidad de tal.
Si fueren varias las personas perjudicadas, podrán constituirse en parte civil separada o conjuntamente.
Cuando se hubiere conferido poder en forma legal, el abogado podrá conocer el proceso siempre que acredite sumariamente la legitimidad de la personería del poderdante, obligándose a cumplir con la reserva exigida.

100 Corte Constitucional Sentencia C- 293 de 1995. M.P.: Carlos Gaviria Díaz: "*Si a lo anterior se agrega que los intereses que la víctima o sus herederos persiguen son de naturaleza económica, mientras que el derecho que el sindicado tiene en jaque es la libertad, la alegada desigualdad entre las partes se desvanece por completo. Y no se insista en que la víctima o sus herederos pueden pretender es el esclarecimiento de la verdad, al margen de los valores patrimoniales, porque, tal como más atrás quedó dicho, la acción civil tiene en nuestra legislación una finalidad pecuniaria (desde luego legítima), y la ausencia de normas que apunten a intereses más altos no hace inexequibles las reglas que la consagran"* (negrillas fuera de texto).

101 Corte Constitucional Sentencia C- 293 de 1995. M.P.: Carlos Gaviria Díaz. Salvamento de voto Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz: "*La sentencia ignora los derechos constitucionales que, en un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana (CP art. 1), tienen las víctimas y los perjudicados por los delitos. En efecto, si tales derechos fueran únicamente la reparación patrimonial del daño ocasionado por el hecho punible –como lo sugiere la sentencia–, entonces la participación de las víctimas y perjudicados en los procesos penales tendría un alcance puramente indemnizatorio. Los derechos constitucionales de los perjudicados o las víctimas de los hechos punibles desbordan el campo indemnizatorio y tienen relación con otros valores constitucionales".*
"(…) La finalidad de la participación de las víctimas y los perjudicados en los procesos penales no es únicamente obtener en la sentencia condenatoria el reconocimiento del pago de perjuicios derivados de la comisión de un hecho punible, aun cuando esta pretensión sea en muchos casos

1.2 Ley 600 de julio 14 de 2000

A partir de la vigencia de la Ley 600 de 2000[102], en particular los artículos 45, 46 y 47 se consideraba víctima individual, o víctima popular, a quien habían sufrido una afectación como consecuencia de las conductas punibles desarrolladas por los autores o participes condenados en el juicio de responsabilidad penal. Así mismo, se les exigía la reserva tanto de las diligencias practicadas en la indagación previa (art. 323[103]), como en la instrucción (art. 330[104]).

En una sentencia de la Corte Constitucional[105], se afirmó que la participación de las víctimas no tenía porque circunscribirse únicamente a la petición

Cont. nota 101

la que más les importe. Y es a la luz de estos principios constitucionales que se debe interpretar el alcance constitucional de la figura legal de la parte civil, que no puede ser considerada únicamente como una acción patrimonial, que hubiera sido creada únicamente por razones de economía procesal, a fin de permitir al perjudicado la obtención de la indemnización en el menor tiempo posible. Si ello fuera así, habría que concluir que el Legislador podría en cualquier momento suprimir la presencia de la parte civil y de las víctimas en los procesos penales sin afectar ningún derecho constitucional. Esta conclusión nos parece inadmisible, puesto que las víctimas y los perjudicados tienen derecho, dentro de límites razonables, a exigir del Estado que realice todos los esfuerzos necesarios para esclarecer los hechos punibles y sancionar, dentro de los marcos de la política criminal diseñada por los poderes constituidos, a los responsables".

[102] Promulgada el 24 de julio de 2000 y entró en vigor el 24 de julio de 2001 (art. 536, Ley 600 de 2000).

[103] *Artículo 323. Reserva de las diligencias.* Durante la investigación previa las diligencias son reservadas, pero el defensor del imputado que rindió versión preliminar, tiene derecho a conocerlas y a que se le expidan copias.

[104] *Artículo 330. Reserva de la instrucción.* Durante la instrucción, ningún funcionario puede expedir copias de las diligencias practicadas, salvo que las solicite autoridad competente para investigar y conocer de procesos judiciales, administrativos o disciplinarios, o para dar trámite al recurso de queja.

Quienes intervienen en el proceso tienen derecho a que se les expida copia de la actuación, para su uso exclusivo y el ejercicio de sus derechos.

El hecho de ser sujeto procesal impone la obligación de guardar la reserva sumarial, sin necesidad de diligencia especial.

La reserva de la instrucción no impedirá a los funcionarios competentes proporcionar a los medios de comunicación información sobre la existencia de un proceso penal, el delito por el cual se investiga a las personas legalmente vinculadas al proceso, la entidad a la cual pertenecen las personas, si fuere el caso, y su nombre, siempre y cuando se haya dictado medida de aseguramiento.

[105] Corte Constitucional Sentencia C-228 de 03 de abril de 2002, MM.PP.: Luis Eduardo Montealegre Lynett y Manuel Cepeda Espinosa.

de una indemnización de tipo económico, sino también tenía como finalidad la tutela judicial efectiva de sus derechos a la verdad y a la justicia. Con esta decisión, se reforzó la triada de derechos de las víctimas y su principal fundamento se encontró en los salvamentos de voto de la sentencia C-293 de 1995 anteriormente mencionada. Igualmente, en ésta decisión se permitió que las víctimas pudieran hacerse parte dentro del proceso penal en la etapa de investigación previa, de tal forma que pueda: "(…) *intervenir activamente aportando pruebas y cooperando con las autoridades judiciales y conociendo y controvirtiendo las decisiones que se adopten durante esta etapa, en especial la providencia mediante la cual se decide no abrir formalmente la investigación*"[106]. Y además a tener acceso al expediente, a pesar de que el artículo 47 de la Ley 600 de 2000 sólo la permitía a partir de la resolución de apertura de la instrucción.

Por su parte, el artículo 50, que transcribe el artículo 48 del Decreto 2700 de 1991, se señala que las víctimas estarán facultadas para solicitar la práctica de las pruebas orientadas a demostrar la existencia de las conductas punibles investigadas, la identidad de los autores y participes, su responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados. También se menciona que podían denunciar bienes del procesado, solicitar su embargo y secuestro, e interponer recursos contra las providencias que tengan relación con cualquiera de los anteriores temas[107].

1.3 Ley 906 de 2004

En el actual Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004[108], que introdujo el sistema penal con tendencia acusatoria[109], la víctima tiene garan-

[106] *Ibídem*, numeral 6.4.

[107] En este mismo sentido: UMBARILLA, Jose Ignacio. "¿Quién Representa a la Víctima en el Nuevo Proceso Penal?", en: *Mecanismos Judiciales y Administrativos de Protección de Sujetos Vulnerados,* No. 3, Cátedra de Investigación Científica del Centro de Investigación en Política Criminal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 224.

[108] La Ley 906 de 2004 se promulgó el 31 de agosto de 2004 y entró en vigencia a partir del 1° de enero de 2005 (artículo 533) de forma progresiva en el territorio nacional según lo dispone el artículo 530 de esta ley.

[109] "*Lo acusatorio es una categoría desarrollada por la doctrina, específicamente como calidad derivada del cumplimiento del principio acusatorio, también de creación doctrinal y de contornos más bien ambiguos, pero que se concreta, ordinariamente, en la existencia de dos partes antagónicas (un acusador y un acusado) y un tercero imparcial (el juez) que decide entre*

tizados sus derechos a la verdad, justicia y reparación, específicamente en el artículo 137[110] señalando además, que tienen derecho a intervenir en todas las fases de la actuación penal[111]. Dentro de esta consagración de derechos también se establece que las víctimas pueden solicitar protección, respeto por su intimidad dentro de las diferentes actuaciones judiciales y además, se les brinda el derecho a ser asistidas y representadas judicialmente por medio de un abogado de la defensoría pública.

Cont. nota 109

los dos extremos, con fundamento en pruebas directamente practicadas ante él (principio de inmediación) durante un juicio oral y concentrado.

(…) Cuando erróneamente se alude a un sistema acusatorio puro, en realidad se está haciendo referencia a un modelo procesal de raigambre anglosajona, y más específicamente al de los Estados Unidos. Este mito- el de la existencia de un sistema puro- además de carecer de todo fundamento, induce erradamente a pensar que, por ser puro, es mejor y el más aconsejable, lo cual resulta por lo menos discutible" En: BARBOSA, Gerardo. *Estructura del proceso penal, Aproximación al Proceso Penal Colombiano. Op. Cit*. p. 77.

[110] *Artículo 137. Intervención de las víctimas en la actuación penal.* 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. 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.

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.

[111] Ley 906 de 2004, artículos: 11; 132 y ss. *Cfr*. Corte Constitucional. Sentencia C-209 de 2007 M.P Manuel José Cepeda Espinosa. Núm. VI.5.3.

Por su parte, el artículo 132[112], consagra a la víctima como una de las partes intervinientes en el proceso penal, y a diferencia de los dos anteriores Códigos de Procedimiento, define quién es víctima, acabando con la definición de actor civil que se tenía hasta ese momento, señalando, que dicha condición se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto, e independientemente de una relación familiar con éste.

Así resulta transversal el artículo 11[113], en donde se enuncian los derechos de las víctimas en su ejercicio del derecho a recibir atención por el aparato de justicia en todas las etapas del proceso, a lo que posteriormente en algunos apartes del presente código se desarrollen algunos de estos derechos o en su defecto se reiteren en algunos momentos procesales.

---

[112] A*rtículo 132. Víctimas.* 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 daño directo 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.

[113] *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:
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;
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, si el interés de la justicia lo exigiere, por un abogado que podrá ser designado de oficio;
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.

En la etapa de indagación, la víctima puede intervenir en las audiencias de aplicación del principio de oportunidad (art. 328) y de petición de preclusión (art. 333). Sin embargo, con lo que se enuncia a lo largo del artículo 11 y a partir del artículo 132 al 137, puede intervenir en estos momentos, en lo que respecta a su derecho a ser oída, a solicitar protección judicial y a colaborar con la Fiscalía, así como aportar pruebas a través de diversos medios de convicción tendientes al esclarecimiento de los hechos y a la identificación de los responsables.

Respecto a las facultades de la víctima en la investigación, la profesora Maria Cristina Patiño ha manifestado[114]:

> *"(…) en esta fase la víctima no tiene que estar necesariamente representada por un abogado y ello es entendible porque si bien tiene derecho a estar presente en todas las actuaciones y audiencias (art. 137), su calidad de mero interviniente y no de parte restringe su intervención activa casi exclusivamente a las audiencias de preclusión (art. 333), a la de control de aplicación del principio de oportunidad y a la solicitud de medidas precautelares reales sobre bienes del imputado (art. 92). (…)".*

Al respecto podría decirse que legalmente, la víctima tiene algunas facultades expresas, sin embargo, esta puede estar presente en las audiencias o diligencias y en algunas oportunidades puede participar, si así lo requiere por medio de un abogado, por lo que a pesar de que se amplía su participación en esta fase respecto de los códigos anteriores, no es una participación plena.

Así mismo, la Ley 906 cuenta con otras disposiciones que permiten a la víctima una participación activa dentro de las fases siguientes a la investigación. Tal es el caso del artículo 132[115], que señala que la Fiscalía General de la Nación debe adoptar las medidas necesarias para su protección y para las vulne-

---

[114] PATIÑO GONZÁLEZ, María Cristina (ed.). *La Intervención Procesal de la Víctima*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá D.C., 2009, pp. 46 a 48.

[115] *Artículo 133. Atención y protección inmediata a las víctimas.* 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.

raciones a su intimidad. Igualmente, las víctimas pueden solicitar protección especial por parte del Fiscal para salvaguardar su seguridad e intimidad según se explica en el artículo 134[116].

Por su parte, el artículo 135[117] garantiza que la víctima conozca sus derechos dentro de su intervención en el proceso, particularmente los que tiene que ver con los perjuicios ocasionados por el daño causado, para que los haga valer en el incidente de reparación integral. Igualmente y de acuerdo con el artículo 136, la víctima puede recibir información sobre las organizaciones que la pueden apoyar, la forma y el modo de presentar la denuncia o querella o solicitar los servicios de asesoría jurídica, sicológica, así como los mecanismos de defensa que puede utilizar y los requisitos para poder solicitar indemnizaciones, entre otros.

A parte de las disposiciones ya enunciadas, es importante señalar la importancia que se le da a la publicidad de los procedimientos (artículos 149[118], 150[119],

[116] *Artículo 134. Medidas de atención y protección a las víctimas.* 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.

[117] *Artículo 135. Garantía de comunicación a las víctimas.* 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 integral.

[118] *Artículo 149. Principio de publicidad.* Todas las audiencias que se desarrollen durante la etapa de juzgamiento serán públicas y no se podrá denegar el acceso a nadie, sin decisión judicial previa. Aun cuando se limite la publicidad al máximo, no podrá excluirse a la Fiscalía, el acusado, la defensa, el Ministerio Público, la víctima y su representación legal.
El juez podrá limitar la publicidad de todos los procedimientos o parte de ellos, previa audiencia privada con los intervinientes, de conformidad con los artículos siguientes y sin limitar el principio de contradicción.
Estas medidas deberán sujetarse al principio de necesidad y si desaparecieren las causas que dieron origen a esa restricción, el juez la levantará de oficio o a petición de parte.
No se podrá, en ningún caso, presentar al indiciado, imputado o acusado como culpable. Tampoco se podrá, antes de pronunciarse la sentencia, dar declaraciones sobre el caso a los medios de comunicación so pena de la imposición de las sanciones que corresponda.

[119] *Artículo 150. Restricciones a la publicidad por motivos de orden público, seguridad nacional o moral pública.* Cuando el orden público o la seguridad nacional se vean amenazados por

151[120], 152[121]) fundamentalmente porque al ser un proceso de naturaleza acusatoria y por cumplir con el principio de oralidad, se debe no sólo notificar en debida forma a las partes del proceso, sino también proteger ciertos espacios para que no vaya en detrimento de la intimidad particularmente de las víctimas, menores de edad y demás intereses que puedan resultar afectados en estas audiencias, dando un especial tratamiento a las audiencias relativas a los delitos contra la libertad y formación sexual.

Así mismo, esta participación se extiende a otros momentos particulares que se pueden dar en desarrollo del proceso penal, por ejemplo, en los eventos de interceptación de comunicaciones (art. 235[122]) y en las restricciones respecto al descubrimiento de la prueba (art. 345[123]).

Finalmente, un aspecto que vale la pena resaltar es que a partir de esta nueva codificación procesal penal se diferencian las nociones de daño y per-

Cont. nota 119

la publicidad de un proceso en particular, o se comprometa la preservación de la moral pública, el juez, mediante auto motivado, podrá imponer una o varias de las siguientes medidas:

1. Limitación total o parcial del acceso al público o a la prensa.
2. Imposición a los presentes del deber de guardar reserva sobre lo que ven, oyen o perciben.

[120] *Artículo 151. Restricciones a la publicidad por motivos de seguridad o respeto a las víctimas menores de edad.* En caso de que fuere llamada a declarar una víctima menor de edad, el juez podrá limitar total o parcialmente el acceso al público o a la prensa.

[121] *Artículo 152. Restricciones a la publicidad por motivos de interés de la justicia*. Cuando los intereses de la justicia se vean perjudicados o amenazados por la publicidad del juicio, en especial cuando la imparcialidad del juez pueda afectarse, el juez, mediante auto motivado, podrá imponer a los presentes el deber de guardar reserva sobre lo que ven, oyen o perciben, o limitar total o parcial el acceso del público o de la prensa.

[122] *Artículo 335. Rechazo de la solicitud de preclusión.* En firme el auto que rechaza la preclusión las diligencias volverán a la Fiscalía, restituyéndose el término que duró el trámite de la preclusión. El juez que conozca de la preclusión quedará impedido para conocer del juicio.

[123] *Artículo 345. Restricciones al descubrimiento de prueba.* Las partes no podrán ser obligadas a descubrir:

1. Información sobre la cual alguna norma disponga su secreto, como las conversaciones del imputado con su abogado, entre otras.
2. Información sobre hechos ajenos a la acusación, y, en particular, información relativa a hechos que por disposición legal o constitucional no pueden ser objeto de prueba.
3. Apuntes personales, archivos o documentos que obren en poder de la Fiscalía o de la defensa y que formen parte de su trabajo preparatorio del caso, y cuando no se refieran a la manera como se condujo una entrevista o se realizó una deposición.
4. Información cuyo descubrimiento genere un perjuicio notable para investigaciones en curso o posteriores.
5. Información cuyo descubrimiento afecte la seguridad del Estado.

juicio[124], que bajo las legislaciones procesales anteriores, se definían en la sentencia junto con la responsabilidad penal. Bajo la Ley 906 de 2004 esto no ocurre. En efecto, primero se emite el sentido del fallo y sólo si se declara la responsabilidad penal del acusado[125] y hay solicitud expresa de la víctima, o del Fiscal o del Ministerio Público a instancia de ésta, el juez fallador abre inmediatamente el incidente de reparación integral para determinar los daños causados por la conducta criminal y convoca a audiencia pública, para que la lleve a cabo dentro de los ocho días siguientes. Existe un avance respecto del tema de reparación a las víctimas porque en una audiencia especial que se inicia con una conciliación, los intervinientes deberán probar el daño para recibir la correspondiente reparación a sus pretensiones. Igualmente, si el solicitante de la audiencia de incidente de reparación no acude, se entenderá que desiste de la pretensión, entonces se archiva la solicitud y se le condenará en costas. Además, si el declarado penalmente responsable, no comparece se recibe la prueba ofrecida por los presentes y con base en ella se resolverá. Igualmente si alguien que ha sido debidamente citado a la audiencia no se presenta, quedará vinculado a los resultados de la decisión del incidente de reparación (art. 104[126]).

---

[124] En este mismo sentido: UMBARILLA, José Ignacio. "¿Quién Representa a la Víctima en el Nuevo Proceso Penal?", en: *Mecanismos Judiciales y Administrativos de Protección de Sujetos Vulnerados. Cátedra de Investigación, op. cit.,* p. 226.

[125] Cfr. *Artículo 102. 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.
Cuando la pretensión sea exclusivamente económica, solo podrá ser formulada por la víctima directa, sus herederos, sucesores o causahabientes.

[126] *Artículo 104. Audiencia de pruebas y alegaciones.* El día y hora señalados el juez realizará la audiencia, la cual iniciará con una invitación a los intervinientes a conciliar. De lograrse el acuerdo su contenido se incorporará a la decisión. En caso contrario, se procederá a la práctica de la prueba ofrecida por cada parte y se oirá el fundamento de sus pretensiones.
Parágrafo. La ausencia injustificada del solicitante a las audiencias de este trámite implicará el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud, y la condenatoria en costas.
Si injustificadamente no compareciere el declarado penalmente responsable se recibirá la prueba ofrecida por los presentes y, con base en ella, se resolverá. Quien no comparezca, habiendo sido citado en forma debida, quedará vinculado a los resultados de la decisión del incidente.

Las anteriores disposiciones reflejan el avance legal en la participación y protección de las víctimas dentro del proceso penal, en concordancia con lo señalado en la Constitución Política en su artículo 250 numeral 6[127] que establece: *"En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 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*". Así las cosas, se brinda una adecuada defensa y garantía para los derechos de las víctimas, constituyéndose así la Ley 906 de 2004, como el estatuto más garantista para la participación de las víctimas dentro de la historia procesal penal en Colombia.

1.4 Ley 975 de 2005- Ley de Justicia y Paz

Contrario a los códigos de procedimiento anteriormente analizados, la Ley de Justicia y Paz, garantiza a las víctimas todos sus derechos también en la etapa de investigación que es llevada a cabo por parte de la Fiscalía, inmediatamente después de la postulación que hace el Gobierno Nacional del desmovilizado (arts. 16 y 17, Ley 975 de 2005). Esto ha sido motivo de múltiples pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia que ratifican esta afirmación[128].

---

[127] Modificado mediante Acto Legislativo 03 de 2002, que se promulgó con ocasión de la preparación para la entrada del Sistema Penal Acusatorio en Colombia que aclara en el Artículo 5°: "*Vigencia. El presente Acto Legislativo rige a partir de su aprobación, pero se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca. La aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1° de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva. El nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del 2008*".

[128] Auto de 2 de abril de 2009, Rad. 31492 M.P.: Maria del Rosario González de Lemos; Auto del 20 de mayo de 2009, rad. 31495 M.P.: José Leonidas Bustos; Auto del 21 de mayo de 2009, Rad. 31620 M.P.: Jorge Quintero Milanés y Auto del 13 de abril de 2009, Rad 31527 M.P.: Julio Socha Salamanca, en especial en el tema de las remisiones que se realizan a otras legislaciones procesales (complementariedad) particularmente de la Ley 906 de 2004, en donde la Corte ha aclarado que la interpretación debe hacerte bajo la óptica de un proceso de justicia transicional, teniendo en cuanta algunos parámetros políticos, por ello debe examinarse caso por caso, cuando se deban hacer estas interpretaciones.

La Ley de Justicia y Paz, permite que la víctima participe e intervenga, desde el inicio de la investigación y durante todo el proceso[129]. En efecto, el rol de "interviniente especial" que desempeña la víctima está caracterizado por la participación voluntaria en todas las etapas del proceso, de manera tal que pueden expresar sus propias observaciones, interrogantes u opiniones y aportar información; también tienen el derecho a permanecer informadas sobre el desarrollo del proceso penal que les incumbe y los mecanismos establecidos en las actuaciones judiciales; además se les garantiza, en todas las etapas del proceso, el derecho a ser representadas por un abogado de confianza o por los que le designe la Defensoría del Pueblo[130].

Así las cosas, podemos afirmar que en el proceso de Justicia y Paz existe la posibilidad de que la víctima tenga participación a partir de la fase de investigación previa, gracias a la construcción de la ley, pues su columna vertebral es la confesión del postulado, la cual se realiza directamente en presencia del Fiscal designado, en una audiencia, que puede ser vista, en una sala aparte, por las víctimas interesadas en los hechos narrados por el postulado en cada sesión.

2. La participación en las diferentes fases de la Ley de Justicia y Paz

A grandes rasgos podemos decir que la participación de las víctimas se inicia con el diligenciamiento del Formato del "Registro de hechos atribuibles a grupos organizados al margen de la ley" y/o "El Formato de Víctimas de Desaparición Forzada" en el que queda claramente establecido, el nombre, la

[129] Véase Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, numeral 6.2.3.2.5.3: "*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.*"

[130] Corte Constitucional, Sentencia C- 370 de 2006. *op. cit.,* num. 6.2.3.2.5. *Cfr*. PROFIS - GTZ - EMBAJADA DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Guía de Procedimientos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*, *Ley 975 de 2005,* Bogotá D.C., 2010, p. D28.

identificación, los datos correspondientes al lugar de la residencia y trabajo de la víctima, así como la dirección dónde se le pueden enviar comunicaciones. El diligenciamiento por parte de la víctima se puede realizar después de los edictos emplazatorios a víctimas indeterminadas[131], en la Jornada de Atención a Víctimas[132], en la Jornada de Víctimas de desaparición forzada[133] o cuando la víctima se presente por primera vez a la Fiscalía o Defensoría del Pueblo.

Una vez diligenciados los anteriores formatos, la víctima debe acreditar sumariamente su calidad[134] y el Fiscal Delegado debe reconocer provisional-

[131] Para la convocatoria a las víctimas indeterminadas de los postulados plenamente identificados e individualizados, cada Despacho debe elaborar edictos emplazatorios debidamente firmados por el Fiscal del caso y remitirlos a la Secretaria de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz (UNFJYP), con el objetivo de que sean fijados y publicados en un diario de amplia circulación y su radiodifusión, por parte de Acción social. El Edicto emplazatorio deberá contener: a) Nombres y apellidos del postulado; b) Tipo de documento de identidad del postulado y su número, c) Alías utilizado por el postulado; d) Bloque o frente del cual se desmovilizó, con indicación de los demás bloques o frentes a los cuales perteneció; e) Número de radicado del proceso, asignado por la UNFJYP; f) fotografía del postulado; además se indicará la fecha en la cual ese postulado rendirá su versión libre. *Cfr*. Fiscalía General de la Nación, UNFJYP Memorandos: No. 10 de febrero 25 de 2005 y No. 007 y 11 de marzo 26 y abril 11 16 de 2007, respectivamente.

[132] La Jornada de Atención a Víctimas es un encuentro que realiza y convoca el Fiscal de Justicia y paz del caso, dirigida a las comunidades de las zonas del país donde tuvo injerencia un GAOML que se desmovilizó. Tiene como objetivo primordial informar a las víctimas sobre el procedimiento establecido en la Ley 975 de 2005, y en especial los momentos procesales en que puede participar. En estas jornadas participan también la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la CNRR, Acción Social y las personerías municipales.

[133] Cfr. Fiscalía General de la Nación, UNFJYP Memorando No. 070 de septiembre 16 de 2008. Esta Jornada especial tiene por objetivo: a) Establecer el número de desaparecidos en la región; b) Diligenciar y completar el Formato Nacional para la Búsqueda de personas desaparecidas; c) Realizar la exhibición de prendas y otros hallazgos obtenidos en diligencias de exhumación para el reconocimiento preliminar de los mismos por familiares; d) Obtener muestras de referencia de ADN de familiares de las personas desaparecidas para la prueba de perfilamiento genético que corresponda y para la conformación del banco genético; e) Recolectar información sobre los sitios donde puedan estar ubicados los desaparecidos; f) Ingresar toda la información de los desaparecidos a la base de datos del sistema de Información Red de Desaparecidos y Cadáveres –SIRDEC–.

[134] Está reglamentada la acreditación por el artículo 4 del Decreto 315 de 2007. Según la Corte Constitucional, la imposición de las condiciones de proveer una identificación personal y la demostración sumaria del daño no desconoce los derechos de la víctima a la verdad, a la justicia y a la reparación. Corte Constitucional, Sentencia T-049 de 2008. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

mente su condición dentro del Proceso Especial de Justicia y Paz, mediante orden escrita[135]. Por su naturaleza sumaria, esta acreditación no implica de manera directa la demostración del daño ni es suficiente para que las víctimas accedan al derecho a la reparación cuando se abra y defina el incidente de reparación integral[136].

El segundo momento en que, teóricamente, la víctima acreditada tiene una participación activa dentro del proceso de Justicia y Paz es en la diligencia de versión libre y confesión del postulado[137]. Las víctimas y sus representantes, como ya se señaló, tienen la posibilidad de seguir en directo las versiones de los postulados con imagen y sonido en las llamadas *salas de víctimas*, que se establecen en la ciudad donde está rindiendo versión libre el postulado o en otras poblaciones, haciendo uso de las retransmisiones[138]. A pesar de que la

[135] El Fiscal debe tener suficientes elementos de juicio para establecer el nexo causal entre las actividades del GAOML y el hecho denunciado por la víctima. La víctima en todo caso debe presentar como mínimo uno cualquiera de los siguientes documentos para que se le acredite sumariamente su participación: a) Copia de la denuncia a través de la cual se dio a conocer el hecho generador del daño a alguna autoridad judicial, administrativa, de policía o al Ministerio Público; b) Certificación expedida por autoridad, que dé constancia de los hechos que causaron el daño; c) Dependiendo del caso, copia de la providencia judicial mediante la cual se dio orden de apertura de investigación, se impuso medida de aseguramiento o se profirió resolución de acusación o sentencia condenatoria, o copia del registro de audiencia de imputación, formulación de cargos o individualización de la pena y sentencia, a razón del hecho que causó el daño; d) Certificación, expedida por autoridad municipal competente, sobre la vecindad o residencia respecto del lugar y tiempo en que se presume ocurrieron los hechos que causaron el daño; e) Certificación expedida por autoridad competente, que acredite o demuestre el parentesco con la víctima que sufrió el daño directo.

[136] Cfr. Ley 975 de 2005, art. 23.

[137] En cuanto al acceso a las versiones libres, los artículos 4° al 6° de la Resolución 387 de la Fiscalía del año 2007 y la sentencia T-049 de la Corte Constitucional del año 2008 destacan, que las diligencias de versión libre no son accesibles para el publico y que tampoco pueden ser divulgadas en tiempo real a nivel nacional por medios de comunicación.

[138] La Corte Constitucional aclaró que estas limitaciones no representan una violación de los derechos de las víctimas y la sociedad a la información, la verdad, la justicia y la reparación. Véase entre otros Corte Constitucional, Sentencia T-049 de 2008, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. El acceso a las versiones libres regulan los artículos 2, 3 y 4 del Decreto 317 (2007), los artículos 4, 5 y 6 de la Resolución 3398 de 2006 y los artículos 4 y 9 de la Resolución 387 de 2007 de la Fiscalía General de la Nación. Según la Corte, el *principio legal de reserva* de las versiones libres es legal "*porque es propio del esquema diseñado para*

víctima se encuentra en una sala diferente a la del postulado, puede formular, a través del funcionario que disponga el Fiscal Delegado, preguntas o pedir aclaraciones, ampliaciones o rectificaciones sobre los hechos confesados[139]. Igualmente, en esta etapa procesal puede solicitar directamente o por intermedio de su apoderado la expedición de copias de la diligencia pero únicamente las relativas a los hechos que le conciernen[140]. Las víctimas se comprometen en todo caso a guardar silencio sobre el contenido de las versiones libres a las que asisten o a guardar la reserva del sumario[141].

En la práctica la audiencia de versión libre, está construida de una forma tan rígida y formal, que muchas veces, las víctimas no pueden preguntar. En efecto, en muchas audiencias a las que se han asistido, las víctimas apuntan y entregan sus preguntas al funcionario de apoyo del Fiscal Delegado, quien las lleva a la Sala donde esta el versionado con el Fiscal, pero mientras se da respuesta, le pueden surgir a esa misma víctima o a otras, nuevas preguntas, sin embargo no las pueden hacer, pues deben esperar una nueva oportunidad, para preguntar sobre los mismos hechos ya narrados por el versionado.

Un ejemplo de esta situación se presentó en Valledupar, con retransmisión directa al municipio de Atánques, en donde se trataba un tema de importancia para el pueblo indígena Kankuamo, pues las personas que querían participar debían escribir sus preguntas en una hoja –no había pre-

Cont. nota 138

el proceso penal nuevo y busca garantizar la efectividad de la indagación de lo ocurrido y verificación de lo informado por el desmovilizado (…) esta etapa tan solo constituye el inicio de la averiguación". Por ello, esta confesión debe estar verificada, por lo demás se estarían emitiendo presunciones y se pone en peligro a personas nombradas durante la diligencia de *versión libre*.

Para informaciones sobre el desarrollo de las trasmisiones satelitales véase: PROFIS-GIZ; DEL RÍO MONCADA, ANASCAS. *ProFis: Dos años de transmisiones satelitales (2008-2010)*. GIZ; Embajada de la Republica Federal de Alemania, Bogotá, 2010. Véase también art. 44 de la Ley de Victimas, que da la posibilidad a ser oída y solicitar o aportar pruebas por medio de audiencias virtuales.

139 Cfr. Fiscalía General de la Nación. Resolución No. 2296 de julio 3 de 2007, art. 6.

140 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de Segunda Instancia. Rad. 27484 de octubre de 2007, M.P.: Augusto Ibáñez.

141 Véase Corte Constitucional, Sentencia T-049 de 2008, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. Aunque esto funciona de forma relativa, ya que los medios de comunicación muestran el contenido de algunas audiencias.

sencia de un Defensor que podía apoyar a las víctimas– que eran pasadas al Fiscal, para que éste se las leyera al versionado en el orden en que fueran llegando, pero cuando a la víctima desde Valledupar o Atánques le surgía otra duda relacionada con su hecho o con la respuesta que había dado el postulado, ya no tenía oportunidad de hacerlo, bien porque había perdido su turno o bien porque cuando lo podía hacer, las preguntas resultaban totalmente descontextualizadas, surgiendo entonces para ella su frustración frente a su esperanza de obtener una verdad plena por el hecho al cual había asistido a dicha versión.

En estos casos, se percibe ampliamente la dificultad de que no exista una interlocución oral directa por parte de las víctimas con el postulado. Las cifras ratifican esta hipótesis. Se ha establecido que por cada víctima que participa en la versión libre, hacen, en promedio, 1.24 preguntas en las versiones libres a las cuales asisten. Así estas cifras manifiestan que de las 60.929 víctimas que asisten a las versiones libres 25.601 realizan preguntas a los postulados en el desarrollo de estas audiencias, y así mismo éstas han elevado 31.865 preguntas en la mencionada audiencia[142].

Por lo anterior, resulta evidente que la metodología realizada para la participación de las víctimas es inapropiada y no permite satisfacer totalmente el derecho a la verdad de las víctimas que participan en las versiones.

Por otra parte también existen casos en los que cuando por fin la víctima tiene la oportunidad de participar, no lo hacen debidamente por desconocimiento de las formalidades procesales y que se reflejan la falta de asesoría de sus abogados que, en principio, tienen como función representarlas y asesorarlas en debida forma. Así las cosas, la fase más importante del Proceso Especial de Justicia y Paz, se ve atrofiada por formalismos procesales[143].

---

[142] Vea con cifras hasta el 31 de marzo de 2011: http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Index.htm (05.08.2011).

[143] La tendencia hacia el formalismo jurídico sigue estando presente en las discusiones sobre la normativdad de paz. De hecho, las críticas al llamado marco jurídico para la paz que discute actualmente (junio de 2012) en el Congreso de la República, que consiste en una reforma constitucional que busca establecer "instrumentos jurídicos de justicia transicional" para futuros procesos de paz, se basan, en buena medida están basadas en esta corriente, ver: FORER, Andreas. *La Paz y el formalismo jurídico del siglo XIX.* Disponible en: http://www.elespectador.com/opinion/columna-342296-paz-y-el-formalismo-juridico-del-siglo-xix. Consultado por última vez: 23/05/2012.

En las siguientes fases del proceso, vale decir, formulación de imputación; de cargos; y, de control de legalidad sobre la aceptación de los cargos, la víctima puede interponer los recursos de ley[144].

En el incidente de reparación[145], en teoría, la víctima se enfrenta con el victimario y expresa directamente o a través de su representante legal o abogado de oficio, las pretensiones y la prueba que fundamentan su reparación integral. La Sala de Conocimiento examina las pretensiones y las rechazará, si quien la promueve, no es víctima, o ya está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y ésta es la única pretensión formulada. Admitida la pretensión, la Sala la pone en conocimiento del imputado que ha aceptado los cargos y a continuación los invita a conciliar. Si hay acuerdo, el contenido se incorpora a la decisión que falla el incidente; en caso contrario, dispondrá la práctica de pruebas ofrecida por las partes, oirá el fundamento de sus respectivas pretensiones y fallará el incidente. Ésta decisión, se incorpora a la sentencia condenatoria[146]. La víctima puede interponer contra la sentencia el recurso de apelación únicamente o la acción de revisión.

El encuentro directo entre víctimas y victimario, sólo se produce en esta audiencia, cuya dirección esta en manos de los Magistrados de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz[147]. Este procedimiento establecido en la Ley

---

[144] Ley 975 de 2005, arts. 26 y 37.6.

[145] En el incidente de reparación integral regulado en el artículo 23 de la Ley 975 de 2005, la víctima o quien la represente debe cumplir con los siguientes requisitos: a) Acreditar su condición de Víctima ante el Magistrado de Conocimiento mediante cualquiera de los documentos que le sirvieron para que el Fiscal la reconociera como Víctima; b) Demostrar la existencia real, específica y concreta del daño; c) Demostrar la relación causal entre las conductas de los integrantes del GAOML y el daño sufrido; d) Acreditar que el o los miembros del GAOML perpetrador del daño fueron postulados por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005, cuando quien promueve el incidente sea el fiscal, a solicitud de la víctima; e) Citar la declaración judicial de atribución de responsabilidad penal a un individuo o grupo armado ilegal, es decir el fallo condenatorio producido en la justicia ordinaria, o la audiencia en que se declare la legalidad de la aceptación de cargos en los procesos de Justicia y Paz, "*sin que sea necesario que la víctima identifique a un individuo en especial*". Cfr. GTZ, PROYECTO PROFIS; EMBAJADA DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Guía de Procedimientos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*, *Ley 975 de 2005,* Bogotá D.C, 2010, pp. H16 y 17.

[146] Ley 975 de 2005, art. 23. Como ejemplo, vea Sentencia Vencedores de Arauca.

[147] Ley 975 de 2005, art. 23.

975 de 2005, ha generado en la práctica, que dichos Tribunales de Justicia y Paz repitan en las audiencias de legalización de cargos y en el incidente de reparación, actuaciones que ya se habían surtido ante los Fiscales Delegados. En efecto, se vuelve al escenario de la versión libre. Por esta razón, el proceso se vuelve largo y se asemeja en la práctica al proceso penal ordinario[148].

Finalmente y aunque no hay disposición legal expresa ni jurisprudencia que aluda a la participación de la víctima en la fase de ejecución de la pena alternativa, en caso de ser concedida, considero que la víctima puede poner en conocimiento de la autoridad encargada de la ejecución de la pena[149] cualquier hecho que implique incumplimiento de las obligaciones señalas en la sentencia.

3. Participación a través de terceros

Para el goce efectivo de su derecho a la participación en las diferentes etapas del proceso, la representación judicial de las víctimas por defensores públicos es de vital importancia. En efecto, existe una gran cantidad de víctimas que, no cuentan con la posibilidad de asistir a las diferentes etapas procesales, por esta razón pueden elegir a un abogado de confianza o pueden solicitar a la Defensoría del Pueblo la designación de un abogado para que represente sus intereses, en los términos del artículo 34 de la Ley 975 de 2005, lo cual significa que la Defensoría Pública debe asumir la representación judicial o extrajudicial de aquellas víctimas que no pueden sufragar los gastos de un abogado de confianza[150]. La Procuraduría General de la Nación por su parte tiene el encargo constitucional y legal de representar a las víctimas indeterminadas[151].

---

[148] Sobre los problemas del sistema Penal Acusatorio en Colombia, particularmente en el tema de atención a víctimas, puede consultarse: CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. *Balance de los Primeros Cinco Años de Funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*, Bogotá, 2011, pp. 95 y ss.

[149] Magistrados de la respectiva Sala de Conocimiento de Justicia y Paz de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial de Bogotá, Medellín o Barranquilla.

[150] Véase en: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO A LA JUSTICIA. *Protocolo de articulación. Entre el programa de atención integral a víctimas del conflicto armado y el programa de representación judicial a las víctimas*, Bogotá D.C, 2011. pp. 28 y 33. Así mismo véase el art. 23 de la Ley 24 de 1992.

[151] Se entiende por víctimas indeterminadas "Las personas que existen y que reúnen las condiciones de la ley, pero que por las dificultades que genera su identificación como

Sin embargo, esta tarea en la práctica, lamentablemente no se ha sido suficientemente desarrollada.

En la fase no judicial, la Defensoría a través de su *Programa de Atención a Víctimas,* que reglamenta las funciones de acompañamiento, atención psicosocial, información, orientación, asesoría, asistencia y representación judicial, acompaña a la víctima y sus familiares. Este acompañamiento pre-procesal permite que las víctimas se familiaricen con el proceso y, que los defensores conozcan las necesidades de las víctimas. En éste Programa, se realizan entrevistas a las víctimas, en sesiones informativas, con análisis de opciones para medidas de reparación. Además, se les brinda apoyo para la recopilación de los documentos que les sirvan para la acreditación de la calidad de víctima y del daño que se le ocasionó con la conducta delictiva[152]. La información recogida a través de estos pasos se envía a los Centros de la Defensoría en Bogotá, Medellín y Barranquilla, donde, en una fase posterior, se realizan la mayoría de las versiones libres. En teoría, este Programa prevé audiencias judiciales y la orientación familiar para la preparación psicosocial de las víctimas.

4. Participación y conocimiento del proceso

Por otra parte, la pregunta acerca de la participación de las víctimas dentro del Proceso Especial de Justicia y Paz, depende naturalmente también

Cont. nota 151

víctimas no han concurrido al proceso con el fin de hacer valer sus derechos Para un a mayor información sobre la problemática procesal de la víctima indeterminada y su representación judicial, puede consultarse el libro: PROFIS-GTZ; EMBAJADA DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz.* Bogotá, 2010. p. 46. Además puede consultarse respecto al procedimiento con víctimas indeterminadas: Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y Paz, Resolución N°0-7178. Bogotá, noviembre 28 de 2008 y Decreto 315 de 2007, artículo 3°.

152 Los defensores públicos se organizan en grupos de trabajo para asistir a las diversas etapas del proceso en representación de las víctimas que les han dado poder. De esta forma asisten y participan en las versiones libres, en la imputación y formulación de cargos, en el control de legalidad y en el incidente de reparación. Para poder transferir la información recopilada de defensor a defensor, el sistema de la Defensoría prevé que se realizan varias reuniones: primero con la barra respectiva de defensores, luego se reúnen los defensores que actuaron en la etapa procesal y así mismo, se reúnen una vez al mes todos los defensores a nivel regional. Por otro lado, hay una preparación logística en labores de alimentación, hospedaje etc., para que las víctimas puedan asistir a las respectivas diligencias judiciales sin que les signifique gastos económicos.

del conocimiento que ellas tengan del proceso y de su decisión de participar o no.

En cuanto al conocimiento que tienen las víctimas sobre la existencia y la función de la Ley de Justicia y Paz, un estudio de la Fundación Social del año 2008[153] establece que en promedio, seis de diez entrevistados[154] sabían de la existencia de una ley especializada para la persecución de miembros de GAOML desmovilizados, los cuales pueden, bajo ciertas condiciones, recibir penas reducidas por delitos que implican graves violaciones a los derechos humanos. Por otra parte, el 63% de las personas afectadas, están interesadas en participar en las versiones libres[155].

Lo anterior significa, que hay un conocimiento que supera la media, sobre la Ley de Justicia y Paz y que existe voluntad para participar en las versiones libres. Sin embargo, no existen datos empíricos que demuestren la percepción de las víctimas afectadas que hayan participado en las audiencias de versiones libres. Por otro lado, y frente a las cifras anteriores, también se conoce que el 48 % de la población rural afectada en Colombia no está interesada en que se conozcan públicamente sus casos[156]. Esto significa que la forma "semipública" de dejar participar solamente las víctimas afectadas en la versión libre y no a cualquier persona, tiene sentido, precisamente por el mismo aval que han dado las mismas víctimas a que se conozcan sus casos dentro de un circulo social restringido cuya categoría de selección es haber sido víctimas en determinados hechos y circunstancias.

Por otra parte, el 48 % de esta misma población no quiere saber la verdad sobre su hecho, lo cual constituye su derecho de olvidar lo que pasó y encontrar su proceso de reconciliación fuera de una instancia procesal[157].

Estas últimas cifras de las víctimas, son interesantes. Las razones por las que no desean conocer la verdad o que se inicie una investigación formal en sus

---

[153] FUNDACIÓN SOCIAL y UNIÓN EUROPEA. *Los Retos de la Justicia Transicional en Colombia. Percepciones, Opiniones y Experiencias 2008. Panorama cualitativo y cuantitativo nacional, con énfasis en cuatro regiones,* Bogotá, 2009.

[154] Encuestados: Muestra - 2000 personas representativas para 95.100 hogares afectados, 386.722 no afectados en áreas rurales de Colombia.

[155] FUNDACIÓN SOCIAL y UNIÓN EUROPEA. *Los Retos de la Justicia Transicional en Colombia. Percepciones, Opiniones y Experiencias 2008. Panorama cualitativo y cuantitativo nacional, con énfasis en cuatro regiones, op. cit., p.* 131.

[156] *Ibídem.*

[157] *Ibídem.*

casos son básicamente tres: 1) El deseo de no recordar el pasado (39%). Quieren olvidar, que entre otras cosas, es uno de sus derechos[158] y por lo tanto una opción válida; 2) El temor a represalias (39%); y, 3) La falta de esperanza, de que el descubrimiento de la verdad sirva para la reparación (27%)[159]. Estas dos últimas razones corroboran que, las instituciones estatales asignadas a Justicia y Paz, no han sido capaces de eliminar el temor de las víctimas a participar ni han podido ofrecer la suficiente seguridad y protección a las víctimas, para brindarles esperanzas razonables y oportunidades para que participen o se acerquen al proceso.

Pese lo anterior, la participación ha dado resultados positivos. En efecto, de aquellas víctimas cuyos agresores han rendido versión libre, un 72% dice que las confesiones les han ayudado a entender lo que ha pasado en Colombia durante toda esta época de violencia[160].

Por otro lado, el 20% de las víctimas registradas en el proceso de Justicia y Paz que han participado en versiones libres, según entrevistas con ONG's, señalan haber experimentado una decepción respecto al manejo de sus casos[161]. Y es que si bien es cierto la participación en un proceso penal tiene el potencial de dignificar a las víctimas y de aportar al contenido de verdad, parece que la forma cómo las víctimas se involucraron en Justicia y Paz no ha sido una experiencia grata para todas, pues no han logrado la obtención de sus derechos y han sido revictimizadas por el propio Estado, según sus manifestaciones.

Lo anterior significa que por un lado existe un nivel de satisfacción en el contexto de la experiencia del proceso y en la comprensión de la situación de conflicto armado en Colombia. Pero por otro, se ha generado un nivel de insatisfacción frente al caso individualmente considerado.

Como índice general del nivel de participación de las víctimas de los hechos atribuibles a los miembros de los GAOML dentro del contexto de la Ley de Justicia y Paz, sirven los datos de gestión del Comité Interinstitucional de Justicia y Paz. Según éstos, hasta diciembre 31 de 2010 se habían registrado

---

[158] MARÍN ORTIZ, Iris. "La Ley de Justicia y Paz en el Auto 005: los Derechos de la Población Afrocolombiana Víctima del Conflicto Armado". *Op.Cit. p.* 154.

[159] FUNDACIÓN SOCIAL y UNIÓN EUROPEA. *Los Retos de la Justicia Transicional en Colombia. Percepciones, Opiniones y Experiencias 2008. Panorama cualitativo y cuantitativo nacional, con énfasis en cuatro regiones, op. cit,* p.132.

[160] *Ibídem*, p. 136.

[161] Entrevista con Centro Internacional Toledo para la Paz. 6 de mayo de 2011.

323.765 víctimas en el proceso de Justicia y Paz, cifra que subió a 386.069 víctimas al 31 de marzo de 2012[162]. De éstas, habían participado hasta febrero de 2011, 60.600 en diligencias de versión libre, correspondientes aproximadamente a un 18.7%, cifra que subió a 75.927 a marzo 21 de 2012, que corresponde a cerca de un 19,7% de las víctimas registradas. Éste porcentaje nos indica que la mayoría de las víctimas o no ha encontrado la posibilidad de participar en las diligencias de las confesiones de sus victimarios, o no ve la necesidad o no quiere participar, o simplemente está esperando que el victimario sea escuchado en versión libre.

Por otra parte, existe un bajo nivel en el porcentaje de víctimas reconocidas en los nueve fallos condenatorios proferidos hasta mayo de 2012 en Justicia y Paz[163]. Según datos del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, aproximadamente 4800 víctimas fueron reconocidas en las sentencias, lo que representa aproximadamente el 1,1% de las víctimas registradas en el proceso[164].

La totalidad de las cifras que publican las instituciones y que se presentan sobre el desarrollo del proceso de Justicia y Paz, reflejan sobre todo aspectos cuantitativos[165], particularmente sobre su participación en el pro-

[162] COMITÉ INTERINSTITUCIONAL DE JUSTICIA Y PAZ. *Matriz Justicia y Paz,* Bogotá, Ministerio de la Justicia y del Derecho, marzo 23 de 2011.

[163] Dentro de los fallos proferidos por la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, se han reconocido como víctimas aproximadamente a 1400 en el fallo del 25 de junio de 2010 sobre el caso de la Masacre de Mampuján en contra de Edwar Cobos Téllez y Uber Banquez alias "Diego Vecino" y "Juancho Dique", Rad. 200680077; otras 226 relacionadas en el fallo del 2 de diciembre de 2010 en contra de Jorge Iván Laverde Zapata alias "El Iguano", Rad. 253200680281; 10 víctimas en la sentencia del 19 de marzo de 2009 en contra de Wilson Salazar Carrascal, alias "El Loro" Rad. 200680526 (Esta sentencia fue anulada por la Corte Suprema de Justicia); ninguna víctima registrada en el caso de Aramis Machado Ortiz, del 29 de junio de 2011, Rad. 200782790; 318 víctimas reconocidas en el fallo contra José Rubén Peña, Wilmer Morelo y José Hernández del Bloque Vencedores de Arauca Rads. 200883194 y 200783070 de diciembre 1º de 2011; 2500 víctimas en la sentencia contra Edgar Ignacio Fierro y Andrés Mauricio Torres, Rad. 200681366 de diciembre 7 de 2011; 309 víctimas en la sentencia contra Freddy Rendón, alías "el alemán", Rad. 200782701, de diciembre 16 de 2011; 7 víctimas en el fallo contra José Barney Veloza, Rad. 200680585, de enero 31 de 2012; y 18 víctimas reconocidas en la decisión contra Orlando Villa Zapata, Rad. 200883280, de abril 16 de 2012.

[164] Entrevista con Centro Internacional Toledo para la Paz, 6 de mayo de 2011.

[165] Con la excepción de la Defensoría del Pueblo en el ámbito del Decreto 1290. Véase para un análisis sobre los resultados de este decreto: PROYECTO FORTALESDER- GIZ;

ceso, pero no se evidencian aspectos cualitativos. Faltan cifras actuales que realicen una evaluación sobre la satisfacción de la víctima al salir de una versión libre (por ejemplo, si valió la pena participar, si entendió las formalidades procesales, si quedó satisfecha con las preguntas y respuestas formuladas por víctimas y victimarios, respectivamente, etc.) o al concluir un incidente de reparación, o de otros aspectos técnicos, como por ejemplo las transmisiones satelitales, que influyen indudablemente sobre las expectativas de las víctimas[166].

Es por ello que se hace necesario que las mismas instituciones establezcan, para ellas mismas, a manera de control con el fin de puedan mejorar la experiencia de las víctimas en el proceso, unos indicadores cualitativos para saber que sus actuaciones realmente tienen el resultado esperado y en donde deben hacerse las correcciones respectivas.

IV. Problemas en la participación

Entre los factores que influyen negativamente para establecer el grado de participación de las víctimas dentro del proceso de Justicia y Paz, se dejan

Cont. nota 165

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *El programa de reparación Individual por Vía Administrativa*, Bogotá. D.C., 2011, pp. 68 y 69. En este texto se muestra cierto escepticismo frente a las instituciones que manejan el tema de reparación administrativa: "*(…) Las víctimas no tienen claridad sobre el contenido de su derecho a la reparación, ni sobre los procedimientos administrativos establecidos para la realización del derecho* (…) *Las víctimas desconfían de la institucionalidad del Estado*". Sobre la incertidumbre de las cifras en Justicia y Paz, ver: FORER, Andreas. *Justicia Transicional*, Bogotá, Grupo Editorial Gustavo Ibáñez y Universidad del Sinú, 2012, p. 42, nota de pie 88; *Informe Matriz del Comité Interinstitucional 31 de marzo de 2012*, p. 11 que habla de 11 sentencias y de 1673 víctimas incluidas en esas sentencias, que es una cifra falsa. Además, sobre el problema de las cifras en general, ver: RESTREPO, Jorge y APONTE, David (eds.). *Guerra y violencias en Colombia.* Bogotá, Cerac y Pontifica Universidad Javeriana, p. 33.

166 A pesar de que no hay datos exactos, una aproximación frente a algunos problemas técnicos, particularmente durante el desarrollo de la diligencia de versión libre, se puede encontrar en: Centro Internacional de Toledo para la Paz, Observatorio Internacional DDR - Ley de Justicia y Paz. *Informe Primera Fase*. Madrid, diciembre de 2008, pp. 56-57; MAPP/OEA. *Décimo Cuarto Informe Trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia,* 26 de abril de 2010.

diferenciar principalmente cuatro categorías: 1) factores relacionados con la situación socio-económica de las víctimas del conflicto[167]; 2) factores relacionados con la continuidad del conflicto armado[168]; 3) la falta de confianza de las víctimas en las instituciones o las capacidades del Estado;[169] y, 4) las insuficiencias técnico-administrativas por parte de las autoridades.

Estos factores desfavorecen la posibilidad de que las víctimas participen en cada una de las etapas del proceso, lo que dificulta el goce efectivo de sus derechos formalmente garantizados[170].

A continuación, se analizará en detalle las dificultades o los problemas que se les han presentado hasta ahora a las víctimas y que impiden su real participación dentro del proceso Especial de Justicia y Paz.

---

[167] La gran mayoría de las personas que componen el universo de víctimas pertenecen a cuatro formas de vida, a saber: la vida campesina, la vida en comunidades afrodescendientes o indígenas, la vida de participación en movimientos sociales, y la vida urbana en la marginalidad. Estas cuatro formas de vida están caracterizados por bajos recursos económicos (Se estima que un total de 70 – 90 % de las víctimas son de bajas condiciones económicas o lo han sido históricamente), familias extensas y un bajo nivel educativo alcanzado, condiciones que prohíben el acceso extenso a las diferentes etapas del proceso. Para datos relacionados con las características socioeconómicas de las víctimas del conflicto armado en Colombia, véase: RETTBERG, Angélica. *Reparación en Colombia ¿Qué quieren las víctimas?* Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) - Fiscalía General de la Nación - Universidad de los Andes, Bogotá, 2008; CENTRO INTERNACIONAL DE TOLEDO PARA LA PAZ (CITpax). *Observatorio Internacional DDR - Ley de Justicia y Paz. Segundo Informe*. Bogotá: 2009; VICEPRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. *Dinámica espacial de las muertes violentas en Colombia: 1990-2005,* Bogotá, 2008.

[168] En algunas entrevistas, unas víctimas han hablado sobre amenazas sobre su vida después de haber participado en las diligencias de versión libre.

[169] Véase PROYECTO FORTALESDER - GIZ; DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *El programa de reparación Individual por Vía Administrativa, op. cit.,* p. 69: "(…) Las víctimas desconfían de la institucionalidad del Estado (…) por otro lado, **sienten** que el acceso al programa (de reparación administrativa) no contribuirá a restablecer sus derechos debido a la corrupción e inoperancia de las instituciones." Negrillas fuera de texto. En ese mismo sentido, RETTBERG, Angélica. *Reparación en Colombia ¿Qué quieren las víctimas?, op. cit.*

[170] Para mirar los problemas de participación de las víctimas en el Cauca, se puede analizar el estudio: CORPORACIÓN MANEJO DE CONFLICTOS DEL NORTE DEL CAUCA - COMAC. *Evolución de la Ley de Justicia y Paz en el Cauca*, Popayán, 2011.

1. Dificultades en cuanto a la divulgación de información por parte de las instituciones

Las instituciones involucradas en el proceso tienen la obligación de divulgar información integral a las víctimas acerca de la protección de sus intereses y su derecho a conocer la verdad del hecho que las afectó. La información incluye la explicación sobre las posibilidades de recibir asistencia psicosocial y representación judicial, para solicitar la reparación integral de sus derechos conculcados.

Uno de los mecanismos para brindar dicha información, son las llamadas *jornadas de atención a víctimas*, las cuales sirven también para que la víctima logre acreditarse sumariamente en el Proceso de Justicia y Paz. Según estadísticas de la Fiscalía General de la Nación, entre 2006 y 31 de julio de 2011, se han llevado a cabo 681 jornadas y han participado un total de 131.257 víctimas. Y hasta el 31 de julio de 2011, se realizaron 120 a las cuales asistieron 17.562 víctimas[171]. La cifra en si parece grande pero sin embargo según las entrevistas realizadas, la desconfianza sigue permaneciendo dentro del proceso. Esta desconfianza de las poblaciones afectadas por el conflicto interno ha sido un problema para que las víctimas decidan no participar y por ende no se acerquen a las instituciones estatales encargadas de velar por sus derechos[172].

Otro factor que dificulta la participación de las víctimas en éstas jornadas es que a pesar de que son programadas con antelación y que están fijadas para empezar a las ocho de la mañana, muchas veces concluyen en muy poco tiempo por problemas logísticos o, técnicos, por lo cual deben ser reprogramadas para otras fechas. Estos factores entorpecen la participación, defraudan las expectativas de las víctimas y afectan su precario patrimonio, en la medida que pierden tiempo y deben una vez más hacer gastos de transporte, hospedaje y alimentación[173].

En las *Audiencias de Versiones Libres,* a pesar de que durante los últimos años se ha mejorado considerablemente la estrategia de divulgación sobre su realización, pues se informa de ellas a través de edictos emplazatorios, que son pu-

[171] Fiscalía General de la Nación Disponible en: http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Index.htm. Consultado el 12/12/2011.

[172] Entrevista con Centro Internacional Toledo para la Paz (6 de mayo de 2011).

[173] Entrevista con Comisión Intereclesial de Justicia y Paz; Corporación Nuevo Arco Iris (6 de mayo de 2011) y Comisión Colombiana de Juristas (3 de mayo de 2011).

blicitados por radio, televisión y por el portal de internet de Justicia y Paz[174], aún se siguen presentando casos en donde las víctimas asisten a versiones libres, en las que no se desarrollan los hechos del caso denunciado por ellas, o no se le formulan al postulado las preguntas que han preparado previamente.

Igualmente se presentan casos en los que las versiones libres programadas se inician, pero se suspenden en varias oportunidades o lo que es más grave, no se realizan. Curiosamente, las responsabilidades frente a estos contratiempos siempre recaen en una persona externa a la organización logística de la diligencia. En algunos casos se señala al INPEC, porque no pueden traer a los postulados oportunamente[175].

También hay audiencias que empiezan con un retraso de muchas horas y por lo tanto se terminan pocas horas después, por lo que se pierde tiempo valioso, no sólo para las víctimas sino para todos los funcionarios de las instituciones que se encuentran interesados en participar en ellas.

En este mismo sentido no hay datos respecto al éxito de las audiencias cualitativamente, como se mencionaba anteriormente, por ejemplo, una Jornada de Atención a Víctimas no demuestra su éxito por el mero hecho de que hayan participado muchas víctimas. Puede suceder que donde haya muchas víctimas, ellas terminen realmente frustradas pues no están interesadas en los hechos por las cuales se las convoca. Así mismo, no se tiene conocimiento sobre las jornadas, versiones o audiencias respecto del tema de puntualidad, atención a las víctimas, contenido satisfactorio, aprovechamiento del tiempo, satisfacción de las víctimas respecto de lo que se discutieron en dichas diligencias.

Estos son puntos que hay que tomar en la cuenta en el futuro y por ello se hace importante, como se decía anteriormente un sistema de indicadores cualitativos en las instituciones que ayuden a corroborar estos datos.

2. Dificultades en la acreditación de las víctimas

Frente a las dinámicas del conflicto y a las diferentes fuentes y formas de violencia y victimización, se han venido desarrollando distintas normas y procedimientos para atender a las víctimas y lograr su reconocimiento dentro de

[174] Entrevista con Fundación Ideas para la Paz (6 de mayo de 2011).

[175] Entrevista con la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación - CNRR (3 de mayo de 2011).

los procesos. Es por eso que se han diseñado diferentes formularios y procedimientos para facilitar la labor de registro, dependiendo del delito y del agente del que son víctimas.

Hoy en día existen registros para personas afectadas por desplazamiento forzado (reglamentado por Ley 387 de 1997)[176]; para las víctimas de desaparición forzada (creado por la Ley 589 de 2000); y, para acceder a los beneficios de la indemnización administrativa (Decreto 1290 de 2008, vigente entre 2008 y 2010[177]). De otro lado, la ley de víctimas (Ley 1448 de 2011) consagra la creación de un Registro Único de Víctimas, que tiene la pretensión de unificar en un sólo registro todos los que tienen cada una de las diferentes instituciones del Estado[178]. Se confía que este Registro Único sea de fácil acceso y que reúna toda la información necesaria para evitar choques interinstitucionales.

Además, de la confusión que ésta pluralidad de registros generan para las víctimas, existen desafíos propios para una víctima que desea registrarse en el proceso de Justicia y Paz. Por un lado, se le dificulta la acreditación, ya que existen dos formularios diferentes para dicho efecto: uno que realiza el Fiscal y otro que requiere el defensor público[179]. A modo de solución, ahora la víctima que se dirige a la Defensoría es enviada a la Fiscalía para que sea allí donde realice su registro y con la copia de éste vuelve a la Defensoría para tratamitar la respectiva representación judicial. Solución bastante pragmática.

Por otro lado, se han establecido exigencias, en el sentido de que todos los formularios y documentos que se anexen como pruebas para obtener la acre-

[176] "Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y esta estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia".

[177] La creación de un programa de reparación administrativa en los términos del Articulo 1° del referido decreto, tiene por objeto "*conceder un conjunto de medidas de reparaciones individuales a favor de las personas que con anterioridad a la expedición del presente decreto hubieren sufrido violación en sus derechos fundamentales por acción de los Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley a los que se refiere el inciso 2° del artículo 1° de la Ley 975 de 2005.*" Su duración está definida en el artículo 32, el cual menciona que las solicitudes solamente pueden presentarse dentro de los dos años siguientes a la expedición de este decreto, es decir hasta el 22 de abril de 2010. Para ver más información sobre el Decreto 1290 de 2008 se puede consultar: Véase PROYECTO FORTALESDER- GIZ; DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *El programa de reparación Individual por Vía Administrativa*, o*p. cit.*

[178] Puede verse en la Ley 1448 de 2011 los artículos 154 a 158.

[179] Entrevista con el Centro Internacional Toledo para la Paz (6 de mayo de 11).

ditación, deben ser presentados en su versión original[180]. Tomando en cuenta que la mayoría de las víctimas vienen de situaciones socioeconómicas que no les permiten tramitar o tener versiones originales de éstos documentos, como los que contienen su identificación personal y civil, que le permitan acreditar el daño sufrido o las denuncias, sentencias, certificados de propiedad, ésta exigencia se convierte en un obstáculo enorme para su participación en el proceso. Por lo demás, dichos formularios son bastante complejos y poco pedagógicos y muchas veces no se pueden diligenciar porque ellas no tienen la formación adecuada para entenderlos o para llenarnos[181].

Otra de las dificultades que se presentan en la práctica, para la participación real de las víctimas, es que el postulado tiene que "reconocer a la víctima"[182]. Esto quiere decir, que tienen reunirse ciertas circunstancias fácticas tales como: que el postulado se haya ratificado para que sea procesado bajo la Ley 975 de 2005; que se haya hecho alguna investigación de los hechos que a la víctima le incumben; que la víctima este acreditada siquiera sumariamente para que pueda entrar formalmente al proceso de Justicia y Paz; y, que cuando se le pregunte por los hechos de la víctima, el postulado los acepte y reconozca. Sólo así puede la víctima permanecer en el proceso especial a la espera de su reparación integral. Esto significa, que

[180] Entrevista con la Comisión Colombiana de Juristas (3 de mayo de 2011). Véase: MARÍN ORTIZ, Iris. "La Ley de Justicia y Paz en el Auto 005: los Derechos de la Población Afrocolombiana Víctima del Conflicto Armado", *op. cit.,* p. 55: "(…) *en relación de una eventual participación (…) no cuenta con los documentos necesarios para hacerse parte en los procesos ni pueden regresar a sus lugares de origen a buscarlos*".

[181] Entrevista con Fundación Nuevo Arco (6 de mayo de 2011). Una opción que se está presentando con el fin de intentar remediar esta situación, se realiza en el municipio de Tulúa - Valle del Cauca, con una iniciativa de la Corporación Nuevo Arco Iris, en la cual realizan capacitaciones a estudiantes de derecho en temas de Justicia y Paz, con el fin de que en el desarrollo de sus actividades de consultorio jurídico con víctimas del conflicto armado, ellos puedan ayudar a resolver las dudas de estas víctimas para poder ingresar al Proceso Especial de Justicia y Paz y también ayuden a diligenciar los formularios para solicitar reparación administrativa dentro del Decreto 1290 de 2008. No obstante esta iniciativa, a pesar de tener buenas intenciones no resulta sostenible ya que los estudiantes no tiene una vocación de permanencia en esta labor y cambian en un breve período de tiempo, por lo que habría que capacitarlos cada vez que se realiza un cambio, lo cual puede resultar desgastante y poco productivo.

[182] Entrevista con Centro Internacional Toledo para la Paz (6 de mayo de 11)

la única "defensa" de las víctimas que hace el funcionario competente de la Defensoría, es esperar a que el postulado reconozca a su mandante como "su" víctimas y nada más[183].

Igualmente, un desafío que surge durante la acreditación como víctima tiene que ver con la documentación del daño por parte de ésta. La carga de prueba del daño recae en la víctima y es ella la que tiene la responsabilidad de entregar toda la prueba necesaria para ser reparada en el proceso de Justicia y Paz. En este punto, se debería acoger la disposición de la Ley de Víctimas que establece la inversión de la carga de la prueba (Art. 78) en lo que se refiere a la restitución de bienes, o acudir al principio de la buena fe, en los demás casos (art. 5º). Esta interpretación facilitaría, sin duda, el acceso de la víctima al proceso de Justicia y Paz.

Por último, algunas ONG's se quejan de las instituciones afirmando que usan su autoridad de manera discrecional y arbitraria[184] frente a la aceptación de ciertas pruebas aportadas por las víctimas, pues no existe un criterio objetivo para su reconocimiento, contrariando, sin duda alguna, lo señalado el artículo 4° del Decreto 315 de 2007, cuando dice que, se deben presentar hasta antes del incidente de reparación integral *pruebas sumarias*[185] para la acreditación del daño.

Algunas otras organizaciones no-gubernamentales han manifestado que la Fiscalía exige pruebas que *de facto* no son entregables y que derivan, en muchos de estos casos, en la negación de la calidad de víctimas dentro del proceso de Ley 975[186]. Además, señalan que la documentación no está siendo

---

[183] *Ibídem*.

[184] Entrevista con la Comisión Colombiana de Juristas (3 de mayo de 2011).

[185] En este mismo sentido la Ley 1448 de 2011, Art 5°: "*El Estado presumirá la buena fe de las víctimas de que trata la presente ley. La víctima podrá acreditar el menoscabo de cualquiera de sus derechos incluyendo los patrimoniales, por cualquier medio legalmente aceptado. En consecuencia, bastará a la víctima probar de manera sumaria la afectación ante la autoridad judicial o administrativa, para que esta proceda a relevarla de la carga de la prueba y trasladarla al presunto responsable de la comisión del hecho victimizante, si es del caso. En los procesos en los que se resuelvan medidas de reparación, las autoridades administrativas o judiciales deberán acudir a reglas de prueba que faciliten a las víctimas la demostración del menoscabo sufrido y aplicarán siempre el principio de buena fe a favor de estas…*".

[186] FUNDACIÓN SOCIAL y UNIÓN EUROPEA. *Los Retos de la Justicia Transicional en Colombia. Percepciones, Opiniones y Experiencias 2008. Panorama cualitativo y cuantitativo nacional, con énfasis en cuatro regiones, op. cit.,* pp. 108 y 109.

manejada de una manera flexible[187]. Así mismo, surge la dificultad de que hay personas que quieren ser reconocidas como víctimas, cuando en realidad no lo son. Este caso se presentó en el desarrollo de la audiencia del Incidente de Reparación en el caso de la masacre de Mampuján, San Cayetano y las Brisas[188]. Respecto a esta falsa calidad de víctima, la Ley de Víctimas prevé justificadamente una sanción para aquellas personas que se han registrado como tales sin tener dicha calidad[189].

3. Dificultades en el acceso a las versiones libres y en el desarrollo de las mismas

Según la legislación y la jurisprudencia colombiana, la versión libre representa el momento que brinda mayores posibilidades a la víctima del conflicto armado, para participar activamente en el Proceso Especial de Justicia y Paz[190]. Este hecho se ve confirmado con las estadísticas del mes de marzo de 2011 de la Fiscalía General de la Nación, según las cuales hasta entonces 25.601 víctimas realizaron 31.865 preguntas a los postulados en las versiones libres[191]. Sin embargo y considerando que existen más que 350.000 víctimas registradas en el proceso de Justicia y Paz, se puede resaltar que solamente una parte marginal del número total de víctimas, llega a ejercer su derecho a asistir a las versiones libres y a participar activamente en ellas.

Como se dijo anteriormente, tanto la situación socioeconómica de la mayoría de las víctimas como la falta de infraestructuras adecuadas en las zonas rurales de Colombia más afectadas por el conflicto armado, impiden que ellas puedan trasladarse fácilmente a los centros urbanos donde se llevan a cabo las

[187] Entrevista con la Comisión Colombiana de Juristas (3 de mayo de 2011).

[188] Véase: Corte Suprema de Justicia, abril 27 de 2011. Rad. 34547. M.P.: María del Rosario González de Lemos.

[189] Véase Ley 1448 de 2011 Art. 198 y 199.

[190] Véase: Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 27484, octubre 2 de 2007, M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán; Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 29560, mayo 28 de 2008, M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán; Fiscalía General de la Nación. Resolución No. 0387, febrero 12 de 2007, art. 4.; Decreto 315 de 2007. Art. 1.

[191] FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Disponible en: http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Index.htm. Consultado el 05/08/2011.

versiones libres, es por ello que el único medio que tienen para que por lo menos las puedan observar, es a través de medios tecnológicos (teleconferencias, versiones satelitales)[192].

Bajo estas condiciones, se puede ver el esfuerzo que debe realizar la víctima para poder participar en una versión libre, pues además de realizar un importante gasto económico para su movilidad, alimentación, hospedaje, implica un desgaste físico que se refleja fundamentalmente en la pérdida de tiempo, que hubiera podido invertir para la realización de otras actividades. En ocasiones, estos esfuerzos se ven frustrados pues en las versiones a la que asisten, o no se habla de su hecho, o no se le da la oportunidad de preguntarle al versionado. De ahí que sea importante concienciar a los funcionarios para que se logre una correcta divulgación de la información sobre la fecha y el lugar de la versión libre y/o su posible transmisión y los hechos de los que va a hablar o confesar el versionado postulado. De esta manera, se evita la pérdida en la confianza institucional y en las expectativas del proceso y se advierte la re-victimización.

Por otro lado, si bien es cierto que por parte de la Defensoría del Pueblo hay una colaboración logística a las víctimas para que puedan asistir a las respectivas diligencias judiciales sin que tengan los gastos mencionados, la Misión de Apoyo al Proceso de Paz de la Organización de Estados Americanos –MAPP/OEA– critica que tanto en las diligencias de versión libre como las audiencias judiciales persisten problemas técnicos que generalmente terminan en suspensiones de estas audiencias[193].

---

[192] Algunas cifras que demuestran la experiencia se puede encontrar en: PROYECTO PROFIS; DEL RÍO MONCADA, ANASCAS. *ProFis: Dos años de transmisiones satelitales (2008-2010)*, o*p. cit*., Bogotá, 2010. Un dato relevante según la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía es que se asistieron a 401 municipios por transmisiones satelitales (febrero de 2011). En este sentido la Ley de Víctimas (Ley 1448 de 2011) hace referencia en el art. 44 a medios tecnológicos: "*Las víctimas respecto de las cuales se compruebe de manera sumaria y expedita la falta de disponibilidad de recursos para cubrir los gastos en la actuación judicial, serán objeto de medidas tendientes a facilitar el acceso legítimo al proceso penal. De manera preferente y en atención a los recursos monetarios y no monetarios disponibles, podrán ser objeto de medidas tales como el acceso a audiencias a través de teleconferencias o cualquier otro medio tecnológico que permita adelantar las respectivas etapas procesales*". Véase también artículo 44 de la Ley 1448 de 2011.

[193] MAPP/OEA. *Décimo Cuarto Informe Trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia,* 26 de abril de 2010.

En otras oportunidades resulta que el número de víctimas no es significativo, respecto a la infraestructura desarrollada por al UNJYP para la investigación y atención de sus casos[194].

También se presentan casos en donde se citan a las víctimas a las versiones libres de forma equivocada, porque el Fiscal no va a tratar en dicha diligencia el caso respectivo. Un ejemplo de ello se dio recientemente en San Pedro de Urabá, en una versión libre que fue retransmitida a Turbo, Valle del Cauca, además se tuvo que trasladar a las víctimas de lugar. Así mismo, en esta misma versión libre, se citaron 100 víctimas de los hechos de la masacre de San Pedro de Urabá ocurrida entre 1990 y 1996, pero solamente pudieron participar tres, pues fueron los únicos hechos que se trataron[195].

Pero estos casos no solamente ocurren en las versiones libres. Un ejemplo de esto ocurrió en una audiencia preliminar de imposición de medidas cautelares a la que se asistió el 28 de mayo 2011, en donde se citaron a unas víctimas que venían desde Riohacha para participar en dicha audiencia, sin que fuera relevante que asistieran, por lo que ante la manifestación de su inconformidad, se les explicó, por parte de la Magistratura, que era responsabilidad de ellas comprender muy bien las citaciones, para evitar contratiempos como el que se presentó.

El procedimiento para la participación directa de las víctimas durante las versiones libres está enmarcado por las Resoluciones 0-2296 de 2007 y 0-3998 de 2006 de la Fiscalía General de la Nación, en las que se indica que se debe efectuar por medio del defensor público o por un miembro de la Procuraduría que esté en audiencia, así de esta manera se consultan los intereses de las víctimas y pueden participar durante la versión.

Este procedimiento es demasiado amplio por lo que le han valido críticas por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) pues no es posible que las víctimas puedan realizar preguntas directamente a los postulados durante el proceso penal. Por ejemplo, la CIDH dice textualmente: "*este mecanismo indirecto restringe seriamente la posibilidad de utilizar el interrogatorio de la víctima como una vía adecuada de alcanzar la verdad de los hechos. La Fiscalía pierde además una valiosa estrategia para confrontar las*

[194] Entrevista con Fundación Ideas para la Paz (6 de mayo de 2011).
[195] Entrevista con Defensoría del Pueblo (6 de mayo de 2011).

versiones libres, y avanzar en la verificación del cumplimiento de los requisitos legales para el acceso a los beneficios"[196].

No obstante esta crítica, lo cierto es que en algunas oportunidades y gracias a la comunicación por Avantel que manejan algunos Fiscales de Justicia y Paz, las víctimas pueden preguntar directamente al postulado sobre su hecho, con la colaboración de un miembro del Cuerpo Técnico de Investigaciones (CTI) o del Fiscal que dirige la audiencia[197]. Esta circunstancia amerita una unificación de criterios al interior de la UNJYP para estos procedimientos.

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, defiende este sistema indirecto de interrogatorio porque además de evitar el encuentro directo entre víctima y victimario, se "*puede romper el orden natural del procedimiento, si se tiene en cuenta que con esa información y las demás actuaciones, como verificación de antecedentes, se elabora y desarrolla un plan metodológico para poder iniciar la investigación tendiente a comprobar la realidad de la información suministrada*"[198].

A pesar de que el procedimiento de versión libre para los Fiscales de la UNJYP[199] está definido por una normatividad especial, en la práctica el Fiscal Delegado tiene autonomía en cuanto al manejo del desarrollo de la versión. Debido a esta autonomía, la forma y el grado de participación de las víctimas depende muchas veces de la voluntad del Fiscal encargado del caso[200]. Si el Fiscal no ejerce debidamente esa autonomía, puede tener como consecuencia que la versión libre se convierta en una presentación unilateral de los hechos por parte del postulado.

Habría que agregar que las víctimas que asisten a las versiones libres en casos observados no tienen mayor ayuda por parte del Defensor Público, pues en muchos casos sólo se conocen en la misma audiencia de versión, siempre

[196] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe Anual de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010. Capitulo IV –Desarrollo de los Derechos Humanos en la Región– Colombia, p. 385.

[197] Por ejemplo, según CITpax, alrededor de 50% de los defensores sí dirigen preguntas al Fiscal Delegado durante la versión libre. Entrevista con Centro Internacional Toledo para la Paz (6 de Mayo de 2011).

[198] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de Segunda Instancia. Radicado 27484.

[199] Resoluciones Fiscalía General de la Nación 0-2296 de 2007 y 0-3998 de 2006.

[200] Entrevista con la Comisión Colombiana de Juristas (3 de Mayo de 2011).

y cuando haya un Defensor presente. Sería mucho mejor para el avance del proceso, que el Defensor se reuniera unos días antes con la víctima con el fin de recaudar información suficiente, para poder realizar un buen debate jurídico en las diferentes audiencias y para confrontar al postulado con aspectos específicos, haciendo las correspondientes preguntas a nombre de la víctima.

Respecto a este tema, Kai Ambos surgiere que: "*el derecho al interrogatorio o contra-interrogatorio de las víctimas debería ser entendido en un sentido menos formalista. Solamente de esta manera se puede dar a las víctimas la posibilidad de reaccionar de manera adecuada y eficaz a las declaraciones de los postulados. Cabe mencionar que varios fiscales han interpretado los artículos del Decreto 315 de 2007 y de las resoluciones 3998 de 2006 y 387 de 2007 de la FGN de manera amplia permitiendo la intervención activa y directa de las víctimas mediante la posibilidad de contra-interrogar al postulado. Esta postura merece reconocimiento y debería ser seguida por otros fiscales*"[201].

Por lo anterior, se reitera que lo ideal es una preparación previa del Defensor con las víctimas para que pueda desarrollar una buena labor en las audiencias, lo que a la larga permite fomentar la confianza de las víctimas en el proceso mismo.

4. Dificultades con la representación judicial

En relación con la aplicación práctica del derecho de la víctima a la representación judicial, existen ciertos desafíos administrativos para que se logre un goce efectivo de dicho derecho.

Según cifras del Comité Interinstitucional de Justicia y Paz de junio de 2011, son 121 defensores públicos que representan a 66.726 víctimas. Eso equivale a alrededor de un 20 % del total de las víctimas registradas. Además, la Defensoría del Pueblo y la Fiscalía han atendido a 64.121 víctimas con el fin de ofrecer una orientación jurídica y psicosocial[202]. Así las cosas, es evidente que existe una gran cantidad de casos que tiene que manejar un abogado de la Defensoría del Pueblo. Sin embargo, el número actual de 121 defensores

[201] AMBOS, Kai. *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional.* ProFis-GTZ- Embajada de la República Federal de Alemania. Georg-August-Universität Göttingen, *op. cit* , p. 129.

[202] Comité Interinstitucional de Justicia y Paz, Matriz de Justicia y Paz, 31.7.2011; y 31.03.2012.

para el proceso de Justicia y Paz, concentrados en las capitales de los departamentos de Cundinamarca, Antioquia y Atlántico, implica un avance sustancial comparado con los 68 defensores que existían en junio de 2008[203], así no logre atender la demanda creciente de las víctimas.

Según diversas fuentes, se dice que cada defensor tiene a su cargo hasta 550 víctimas[204]. La representación judicial realizada por la defensoría pública, es uno de los grandes cuellos de botella en cuanto a atención a víctimas[205]. Aunque la Defensoría del Pueblo confirma este número, destaca que con la mera mención de esta proporción se desconoce el hecho de que los poderes que se otorgan al defensor público que lleva el caso de las víctimas no son solamente de carácter individual, sino que también corresponden a grupos familiares. Por otra parte, dentro de esos 550 casos, hay muchos que están inactivos[206].

Esta gran cantidad de casos por abogado, hace presumir, que los defensores públicos no conocen los detalles de la mayoría de los casos que están manejando y que tampoco pueden atender debidamente a las víctimas, brindándoles información concreta sobre sus derechos y obligaciones y mucho menos formular las preguntas adecuadas en las audiencias de versión libre.

Señalan organizaciones no-gubernamentales y la misma Defensoría del Pueblo que la asignación de abogados para las víctimas de Justicia y Paz, pueden demorarse mucho, por ello se habla de un periodo de hasta cuatro meses para que una víctima pueda contar con un abogado[207]. La ineficacia de la Defensoría en cuanto a la asignación de defensores públicos tiene como consecuencia que, muchas víctimas tienen que buscar representantes legales de confianza, que cobran mucho por sus servicios y que en la mayoría de las veces tampoco representan adecuadamente sus intereses[208].

---

[203] Véase INTERNATIONAL CRISIS GROUP. *Corregir el Curso: Las Víctimas y la Ley de Justicia y Paz en Colombia, Policy Report.* Bogotá/Bruselas, 2008, p. 14.

[204] Entrevista con la Comisión Colombiana de Juristas (3 de mayo de 2011) y Defensoría del Pueblo (6 de mayo de 2011). Véase además: FUNDACIÓN SOCIAL y UNIÓN EUROPEA. *Los Retos de la Justicia Transicional en Colombia, op. cit.,* p. 120.

[205] Informe *Matriz Comité Interinstitucional de Justicia y Paz*, junio de 2011, p. 7.

[206] Entrevista con Defensoría del Pueblo (6 de mayo de 2011).

[207] Entrevista con Fundación Social (3 de mayo de 2011) y Defensoría del Pueblo (6 de Mayo de 2011).

[208] Véase INTERNATIONAL CRISIS GROUP. "Corregir el Curso: Las Víctimas y la Ley de Justicia y Paz en Colombia, Policy Report", *op. cit.*, p. 14. La Ley de Víctimas señala un monto máximo para los honorarios de los abogados que representan víctimas. No puede superar 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes. (artículo 44, parágrafo 1°).

La Defensoría de Pueblo participa con defensores públicos en Bogotá en las audiencias de imputación, formulación y legalización de cargos y en el incidente de reparación. En otras ciudades de Colombia, la práctica de la representación de víctimas se ve regulada de una manera diferente. Por ejemplo, en Barranquilla, se está aplicando un sistema de rotación espontánea, que consiste en que el defensor de una víctima interviene cuando el proceso llega al momento en que tiene relevancia especial para el caso particular, por lo cual hay ocasiones en que hay necesidad de asignarles a las víctimas, que están presentes en las audiencias, defensores públicos para garantizar sus derechos, lo que implica retrasos considerables[209].

Un ejemplo de esta práctica contraría a los intereses de las víctimas y que demuestran la deficiente actuación de los defensores públicos se presentó en Barranquilla en la audiencia de legalización de cargos del postulado Yairsiño Enrique Meza Mercado, alias "El Gato", en donde en representación de las víctimas asistieron siete defensores públicos, y durante los días que duró la audiencia se evidenció total desconocimiento de los hechos, por lo que no hubo una participación activa en defensa de las víctimas. Por esto creemos que en casos como el expuesto es acertado preguntarse ¿Por qué han participado tantos Defensores? ¿Habría sido suficiente uno sólo? ¿Por qué no han desarrollado su rol de forma adecuada?

Por otra parte también se ha puesto de presente las dificultades que enfrenta la Defensoría del Pueblo para representar a las víctimas en el transcurso de los procesos judiciales, cuando las audiencias se realizan en varias ciudades.

Debido a todos estos inconvenientes la Defensoría puede perder o como se ha dicho ya, ha perdido considerablemente en algunos casos la confianza por parte de las víctimas, lo que se refleja en la falta de credibilidad en la asesoría brindada[210]. La representación limitada de las víctimas y la clarificación insuficiente sobre sus derechos por abogados públicos trae como consecuencia que se vean conculcados sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Así mismo, ha sido criticado el sistema de trabajo desempeñado por la Defensoría en el que se conforman "duplas" compuestas por un psicólogo y un abogado que atienden y orientan a las víctimas en la fase pre procesal, no solamente por su burocratización sino ante todo por la falta de experiencia en

[209] AMBOS, Kai. *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional.* ProFis-GTZ- Embajada de la República Federal de Alemania, Georg-August-Universität Göttingen, *op. cit.,* pp. 121-122.

[210] Entrevista con Fundación Nuevo Arco (6 de mayo de 2011).

atención a víctimas, frente a las ONG que las asesoran y las representan[211]. Esta crítica sin embargo, no es generalizada, pues se ha podido constatar que es una manera efectiva de orientación jurídica y psicológica para las víctimas[212].

5. Dificultades para establecer responsabilidades y garantizar la cooperación inter-institucional

Desde comienzos de la vigencia de la Ley de Justicia y Paz, se ha criticado que la normatividad no otorga responsabilidades claramente definidas a las instituciones encargadas de la asistencia a las víctimas[213]. Tal ambigüedad surge sobre todo en la comparación de los mandatos de la hoy extinta Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR)[214], de la Defensoría

[211] *Ibídem*.

[212] Según información de la Defensoría del 11 de diciembre de 2011, el número de defensores subirá a un tercio más de los existentes, lo que facilitará, sin duda, sus capacidades de actuación que se reflejaran muy seguramente también en el protocolo de articulación entre el programa de atención integral a víctimas del conflicto armado y el programa de representación judicial a las víctimas, lo que a futuro, podría disminuir las dificultades con la representación judicial, pero aún no se refleja en las cifras actuales. Cfr. *Informe Matriz del Comité Interinstitucional de Justicia y Paz*, p. 30.

[213] Véase por ejemplo: INTERNATIONAL CRISIS GROUP. "Corregir el Curso: Las Víctimas y la Ley de Justicia y Paz en Colombia, Policy Report", *op. cit.*, p. 13; FORER, Andreas y GUERRERO, Alejandro. "La Ley de Justicia y Paz, un ejemplo de justicia transicional en Colombia", en: *Iberoamericana No. 38. América Latina –España– Portugal*, Madrid, 2010, p. 167; Entrevista con la Organización Internacional para las Migraciones - OIM (3 de mayo de 2011) y con la Defensoría del Pueblo (6 de mayo de 2011).

[214] El art. 298 de la Ley 1448 de 2011 derogó los artículos 50 a 53 de la Ley 975 de 2005 que regulan todo lo relacionado con la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. El art. 171 de la misma ley, disposo: Transición de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. La Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, asumirá las funciones y responsabilidades de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación - CNRR, establecidas en la Ley 975 de 2005 y las demás normas y decretos que la reglamentan, modifican o adicionan, dentro del año siguiente a la expedición de la presente ley. Igualmente, integrará para su funcionamiento toda la documentación, experiencia y conocimientos acumulados por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación - CNRR, para lo cual, el Gobierno Nacional, en los términos del artículo anterior, garantizará la transición hacia la nueva institucionalidad de forma eficiente, coordinada y articulada. De igual forma, las funciones de las Comisiones Regionales de Restitución de Bienes a que se refieren los artículos 52 y 53 de la Ley 975 de 2005, serán asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas.

del Pueblo y sobre todo de la Procuraduría General de la Nación (PGN). La CNRR tuvo, entre otras, la función de "*garantizar a las víctimas su participación en procesos de esclarecimiento judicial y la realización de sus derechos*"[215]. La Comisión mereció "*reconocimiento por proveer ayuda directa a través de sus oficinas regionales*", aunque el alcance fue limitado[216]. Hasta 2008, la CNRR realizó un total de 320 consultas sociales, atendió a 93.516 víctimas en todo el país y brindó capacitación y atención a 27.845 víctimas, 5.016 a través de consultas sociales. También ofreció asesoría y apoyo legal a 12.343 víctimas para el diligenciamiento del formato de registro de hechos atribuibles al GAOML y acompañó a 9.982 víctimas en las versiones libres. Además, elaboró documentos dirigidos a las diferentes entidades con competencia en Justicia y Paz para que cumplieran cabalmente con sus funciones y capacitó a 2.768 funcionarios sobre la Ley de Justicia y Paz (LJP) y los derechos de las víctimas[217]. Así las cosas, asumió en algunas ocasiones el papel de la Defensoría, compartiendo sus funciones en lo que tiene que ver con el asesoramiento y acompañamiento de víctimas mediante su *Programa de Atención a Víctimas.*

Esta duplicidad de funciones en cabeza de varias instituciones, potencia el riesgo de que las víctimas se confundan por los diversos trámites[218]. Esto se ha constatado en la práctica cuando se realizan entrevistas con víctimas y organizaciones representantes de ellas, en las que se establece claramente que en muchas ocasiones no están en capacidad de diferenciar el rol que cumplen la Fiscalía, la Defensoría, y en su momento la CNRR, en lo que se refiere a la asesoría para las víctimas[219].

Por otra parte, ciertas iniciativas que tienen como finalidad mejorar la coordinación de labores y que fueron implementadas por la CNRR, tal como la Red Nacional de Atención a Víctimas o el establecimiento de ocho Centros de Atención Integral, que reunían en un sólo lugar a diferentes profesionales

---

[215] Ley 975 de 2005. Artículo 51,1.

[216] Véase INTERNATIONAL CRISIS GROUP. "Corregir el Curso: Las Víctimas y la Ley de Justicia y Paz en Colombia, Policy Report", *op. cit.*, p. 13.

[217] AMBOS, Kai. *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional. op. cit.*, ProFis-GTZ- Embajada de la República Federal de Alemania. Georg-August-Universität Göttingen, p. 44.

[218] Véase INTERNATIONAL CRISIS GROUP. "Corregir el Curso: Las Víctimas y la Ley de Justicia y Paz en Colombia, Policy Report", *op. cit.*, p. 13.

[219] Entrevista con víctimas, organizaciones representantes de víctimas y funcionarios de la Fiscalía en Florencia en abril de 2011.

para brindar atención integral a las víctimas, recibieron criticas pues según International Crisis Group, estos modelos carecían de personal, de recursos y debilitaban las redes de atención no estatales locales, lo que generó, finalmente, una mayor confusión entre las víctimas[220].

En la actualidad, se generan dudas en cuanto a las funciones autónomas y "necesarias" de la CNRR, las cuales, según el artículo 171 de la Ley 1448 de 2011, han sido asumidas por la Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

Por otro lado, el rol de la Procuraduría General de la Nación no ha sido claro en el desarrollo del proceso de Justicia y Paz. Fuera de la representación de víctimas indeterminadas, no se define su intervención en las demás etapas del proceso. En consecuencia, se disiente de darle esta función a la Procuraduría, ya que los recursos económicos y humanos para apoyar destinados para la misma pudieron haber sido cedidos a la Defensoría del Pueblo, para que pudiera ejercer mejor su función de representación judicial a las víctimas dentro del proceso[221].

Por su parte, la propia Fiscalía en octubre de 2011 mediante la expedición de la Resolución No. 0-2608, cambió la estructura de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, en materia de atención a víctimas.

En efecto, dicha Resolución crea la Sub-Unidad de Registro, Atención Integral y Orientación a Víctimas de Grupos Armados Organizados al Margen de la

---

[220] Véase: INTERNATIONAL CRISIS GROUP. "Corregir el Curso: Las Víctimas y la Ley de Justicia y Paz en Colombia, Policy Report", *op. cit*., p. 14.

[221] Aquí se comparte la opinión del Señor Fiscal General expresada en una entrevista en Silla Vacía del 1.4.2012:
"¿Está de acuerdo con la participación del Ministerio Público en todos los procesos penales?
No. Cuando entró el sistema acusatorio se justificaba porque era una etapa de transición y era importante la presencia del Ministerio Público como protección de los derechos fundamentales. Pero en el sistema acusatorio el gran garante de los derechos fundamentales es el juez de control de garantías. Se debería pensar que esas personas del Ministerio Público, que son un recurso humano valioso, se utilizaran en otras labores como la protección de derechos humanos o lucha contra la corrupción". Disponible en: http://www.lasillavacia.com/historia/montealegre-no-entiendo-por-que-me-ubican-como-una-persona-dependiente-del-presidente-uribe. Consultado el 23/05/2012. En el mismo sentido: UPRIMNY, Rodrigo. "¿Sobra la Procuraduría?", en: El Espectador. Disponible en: http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-329128-sobra-procuraduria. Consultado el 27/02/2012.

Ley de la Unidad de Justicia y Paz[222] (en adelante Subunidad de Víctimas), que reemplaza el Grupo de Víctimas creado mediante Resolución No. 233 de 2008. En cuanto a su justificación, la nueva estructura se cimienta, según lo argumenta la Resolución, en: disposiciones legales, jurisprudenciales y motivos estratégicos.

En punto de las disposiciones legales, se dice que la Ley 975 de 2005, impone a la Fiscalía de obligación de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad la justicia y la reparación; así mismo, la normativa del decreto 315 de 2007, art. 12 (que transcribe el art. 38 de la Ley 975/05), señala que: "el Fiscal debe adoptar las medidas adecuadas para proteger, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos"; igualmente las recientes leyes 1424 de 2010 y 1448 de 2011 hacen un llamado general hacia la protección de los derechos de las víctimas[223].

La jurisprudencia que motivó la creación de la nueva Sub Unidad, fue la sentencia T-025 de 2004 y sus autos de seguimiento que contienen disposiciones respecto de un trato a las víctimas con enfoque diferencial, esto es, enfatizando la atención sobre aquellas prácticas que afectan el interés superior de niños, niñas y adolescentes, mujeres, afrodescendientes e indígenas[224].

Entre las razones estratégicas, se cuentan: la necesidad de mejorar la insuficiencia del Grupo de Atención a Víctimas en el proceso de registro, acreditación, atención y orientación de las víctimas; la importancia de generar canales de interlocución efectivos con los despachos adscritos a la Unidad de Justicia y Paz con el fin de unificar criterios en el descrito proceso de abordaje de las víctimas; y la urgencia de agilizar el proceso de justicia y paz, y articular los esfuerzos interinstitucionales en beneficio de las víctimas[225].

La Subunidad de Víctimas se creó para que "defina, adecue e implemente, con cobertura nacional, un esquema de registro de hechos, acreditación sumaria, atención integral y orientación a víctimas"[226] en el contexto de la Ley de Justicia y Paz.

Entre sus catorce responsabilidades[227], se destacan las siguientes:

---

[222] FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Resolución 0-2608, octubre 03 de 2011.

[223] Ibidem, Considerando, p. 2. Una norma específica dentro del Proceso Especial de Justicia y Paz, alusiva a la función de la Fiscalía: "La Fiscalía General de la Nación velará por la protección de las víctimas, los testigos y los peritos que pretenda presentar en el juicio". Ley 975 de 2005, art. 15, inc. 4º.

[224] Ibidem, Considerando, p. 2.

[225] Ibidem, Considerando, p. 3.

[226] Ibidem, art. 1º.

[227] Ibidem, art. 3º.

1) Definir los lineamientos de un esquema nacional y regional de registro de hechos atribuibles a Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley, de acuerdo con los reportes efectuados por las víctimas, la zona, fecha de ocurrencia de los hechos y el área de georreferenciación del accionar delictivo de los mismos.
2) Registrar los reportes de hechos en el sistema de información de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz (SIJYP).
3) Implementar las rutas de atención que garanticen la materialización de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación e información de las víctimas.
4) Brindar apoyo psicosocial, orientación jurídica y seguimiento a casos relacionados con delitos de Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley, especialmente, aquellos que involucren niños, niñas, adolescentes, mujeres indígenas y afrodescendientes a partir de los medios de convocatoria y el ambiente adecuados.
5) Propiciar la divulgación efectiva de los derechos de las víctimas como destinatarias de dicha información, como para la sociedad civil a efectos de su sensibilización y participación, en virtud del principio constitucional de solidaridad.
6) Generar los espacios necesarios de interlocución con los despachos y autoridades que tengan injerencia en los procesos de justicia y paz en aras de garantizar la participación de las víctimas.
7) Propender por la utilización de medios adecuados para lograr la participación de las víctimas en las distintas diligencias que se realizan dentro del proceso de justicia y paz, acordando con los despachos respectivos y con la debida antelación, las víctimas a convocar y la forma de convocatoria.
8) Apoyar la realización de jornadas de víctimas con los despachos que organicen dichas actividades.
9) Canalizar de manera oportuna la información relativa a bienes, despojo de tierras, amenazas, exhumaciones, con los despachos respectivos.
10) Coadyuvar la acreditación sumaria de las víctimas que pretendan participar en los procesos de Justicia y Paz.
11) Generar las alertas tempranas sobre víctimas amenazadas de las que tenga conocimiento, adelantando los trámites procedentes en procura a lograr su asistencia inicial, y adelantar los trámites necesarios para efectos de garantizar su seguridad e informar a las dependencias correspondientes sobre la situación de las mismas.

Si revisamos las funciones que corresponden a la Fiscalía por disposición legal, y las que ha asumido por decisión propia, con base en sus directrices internas, sólo podemos concluir que coinciden con el trabajo que desarrolla la Defensoría del Pueblo.

La Ley 975 de 2005, dispone para el Ministerio Público las tareas genéricas de defensa de los derechos y garantías fundamentales (art. 28), y la protección de 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, que comparte con las instituciones que intervienen en la aplicación de la Ley (art. 38).

A la Defensoría del Pueblo le corresponde desempeñar dos papeles en Justicia y Paz: por un lado, la defensa de los postulados cuando no haya un defensor de confianza (arts. 14 y 34), así como la protección de los peritos y testigos que presente la defensa en el proceso (art. 15, inc. 4º); y, por otro lado, la asistencia de las víctimas en el ejercicio de sus derechos (art. 34), que se ha ejercido mediante su representación judicial en el proceso.

En desarrollo de su mandato legal, la Defensoría del Pueblo ha proferido directrices internas que organizan su gestión en lo que tiene que ver con las víctimas, en dos sentido: asesoría jurídica y orientación psicosocial[228], es decir, las mismas funciones que se le asignan a la Subunidad de Víctimas de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía (ver numeral 4º del listado citado atrás).

Si bien, tanto la Fiscalía como la Defensoría del Pueblo tienen el mandato genérico de proteger a las víctimas y procurar la realización de sus derechos, no deja de sorprender el hecho que las dos instituciones estén adelantando labores idénticas que, de ser armonizadas y mejor distribuidas, podrían contribuir en un mejor desarrollo de las mismas a favor de las víctimas, de su respectiva función en el proceso y en últimas, de la eficacia y diligencia del procedimiento.

De hecho, bajo una lógica organizativa eficaz basada en una adecuada distribución de competencias, los mismos objetivos y buenos propósitos que tuvo la Fiscalía para crear la Subunidad de Víctimas la llevarían a suprimirla. Lo ideal sería que esas funciones que se repiten en una y otra institución fueran concentradas por la Defensoría del Pueblo, pues si bien es cierto la Ley les otorga a ambas un mandato legal en materia de protección y realización

[228] DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Guía de Orientación Jurídica y Psicosocial para la Atención a las Víctimas de la Violencia generada por Grupos Armados organizados al margen de la Ley*, s.f.

de los derechos de las víctimas, conforme la naturaleza de la Fiscalía General de la Nación –ente acusador en los procesos judiciales penales–, la manera como debería desarrollar ese mandato sería en el marco de las actuaciones de investigación dejando las demás labores, como las que ejecuta la Subunidad, en manos de la Defensoría, con lo cual no se concentraría y no se dispersaría ni desorganizaría lo que en últimas, interesa a todos: la garantía de los derechos de las víctimas.

La coordinación interinstitucional, que es fundamental para el buen funcionamiento del proceso, no existe actualmente la posibilidad de definir, de una manera clara, los diferentes roles de cada institución en relación a la participación de las víctimas. Se debe lograr una distribución de funciones y responsabilidades, en cuanto a quien tiene que hacer qué, y cuándo: antes, durante o después de cada diligencia/audiencia. Estos criterios ayudan a crear formulas para un mejor acompañamiento a las víctimas con la asistencia de todas las instituciones.

V. Críticas a la participación de las Victimas y conclusiones

A pesar de que el aumento del involucramiento de las víctimas en procesos penales en el mundo ha sido aplaudido, han surgido críticas que señalan que la participación de las víctimas a grandes escalas en procesos penales plantean problemas importantes, sobre todo cuando se trata de conductas que atentan contra el derecho penal internacional[229]. Sin duda, estos crímenes alteran considerablemente las reglas del procedimiento penal, en el cual se pretende permitir que se oigan las voces de las víctimas. En verdad y tal como se había

[229] Véase: DE HEMPTIME, Jérôme. "Challenges Raised by Victims Participation in the Proceedings of the Special Tribunal for Lebanon", *op. cit.*, p. 168; WOJCIK, Mark. E. *False Hope: The Rights of Victims before International Criminal Tribunals, op. cit.,* p. 16; RAUSCHENBACH, Mina y SCALIA, Damien. "Victims and international criminal justice: a vexed question?", *op. cit.*, p. 452; TRIAL - TRACK IMPUNITY ALWAYS, "The victims before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and for Rwanda". Disponible en: http://www.trial-ch.org/en/resources/international-law/the-victims-statuts-in-international-criminal-trials/the-victims-before-icty-and-ictr.html. Consultado el 05/08/2011.

mencionado anteriormente, la cantidad misma de las víctimas hace muy difícil que todas puedan participar, por lo tanto se impone acudir a un método o estrategia de selección y nominación de aquellas que pueden hacerlo[230].

Igualmente, la participación de víctimas en procesos penales trae consigo una especie de bloqueo en el procedimiento penal, trayendo como consecuencia, una demora considerable en el proceso[231]. La justicia penal generalmente tiene recursos limitados. La participación a gran escala de víctimas conlleva a un gasto amplio de estos recursos económicos y humanos para su atención. Lo anterior puede significar que no se investigarían suficientes hechos y no se condenarían tantos víctimarios en la medida que estos recursos ya han sido destinados a otra labor. Esto atentaría contra los fines propios del proceso penal en cuanto debe investigar, sancionar y condenar a quienes comentan graves delitos[232].

Obviamente surge también el problema planteado en los procesos ordinarios, en los que la participación de víctimas puede llevar a una "desigualdad de armas", porque el imputado tiene que defenderse no solamente contra las acusaciones de la Fiscalía sino también de las de las víctimas[233]. Este problema es casi inexistente en el proceso de Justicia y Paz, ya que se parte de una confesión y prácticamente se imputan solo los delitos confesados.

Así mismo, la participación de las víctimas dentro de los procesos penales puede socavar la capacidad del fiscal de investigar y la capacidad del juez para dictar el fallo pues no necesariamente coinciden los intereses y opiniones de las víctimas con los de la Fiscalía[234]. Además, la naturaleza propia del proceso, las narraciones dolorosas de las víctimas, los hechos que surgen con ocasión de las investigaciones, hacen que los diferentes funcionarios estén sensibilizados

---

[230] WOJCIK, Mark. E. *False Hope: The Rights of Victims Before International Criminal Tribunals. Op. Cit* . Pág.2.

[231] TRIAL - TRACK IMPUNITY ALWAYS. *The victims before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and for Rwanda.* Disponible en: http://www.trial-ch.org/en/resources/international-law/the-victims-statuts-in-international-criminal-trials/the-victims-before-icty-and-ictr.html. Consultado el 05/08/2011.

[232] TRUMBULL, Charles P. *The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings, op. cit.,* pp. 819-820.

[233] DE HEMPTINNE, Jérôme. *Challenges Raised by Victims' Participation in the Proceedings of the Special Tribunal for Lebanon*, *op. cit.*, p. 168. *Ibidem*.

[234] DE HEMPTINNE, Jérôme. *Challenges Raised by Victims' Participation in the Proceedings of the Special Tribunal for Lebanon*, *op. cit.*, pp. 168-169.

con la situación de las victimas y en consecuencia esto pueda afectar su imparcialidad a la hora de decidir en ciertos casos[235].

Mientras los anteriores problemas se centran en el mantenimiento del principio del debido proceso y en el deber de garantizar un procedimiento eficaz, también surge la pregunta de: ¿si el contexto especial de los procesos relacionados con crímenes del derecho penal internacional sirve realmente para satisfacer las expectativas de las víctimas?[236].

En efecto, si bien es cierto que estos crímenes internacionales hacen más urgente la asistencia a las víctimas, bien sea por razones políticas, culturales o de naturaleza social, por el grado de violencia o por la escala del daño sufrido, también es cierto que estos procesos tienden a extenderse por muchos años.

En efecto, las víctimas en los procesos del TPIY expresaron su frustración por la demora de sus procesos antes de que fueran fallados por el Tribunal[237]. Involucrar a la víctima en este contexto puede crear expectativas que al final no se van a cumplir y que resultan finalmente re-victimizantes. Brindar una participación garantista a las víctimas dentro del proceso penal puede traer como consecuencia la superación de los plazos razonables y por ende la lentitud del proceso, se crean nuevos escenarios que dilatan la duración de las audiencias, complicando mucho más el procedimiento establecido[238].

Igualmente existe el riesgo que en estos procesos sólo pueden ser escuchadas una fracción pequeña de las víctimas de los hechos punibles cometidos. Por

---

[235] ENGLEBRECHT, Cristine. "The Struggle for "Ownership of Conflict": An Exploration of Victim Participation and Voice in the Criminal Justice System", en: *Criminal Justice Review*, 3 march 2011.
BAUMGARTNER, Elisabeth. "Aspects of victim participation in the proceedings of the International Criminal Court", en: *International Review of the Red Cross*, Volume 90, Number 870, June 2008, p. 434. Disponible en: http://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/review/review-870-p409.htm. Consultado el 07/12/2011.

[236] RAUSCHENBACH, Mina y SCALIA, Damien. "Victims and international criminal justice: a vexed question?", *op. cit*., p. 450.

[237] ORENTLICHER, Diane. *That Someone Guilty Be Punished - The Impact of the ICTY in Bosnia,* Open Society, International Center for Transitional Justice, 2010, p. 72.

[238] Partiendo del supuesto que: "*victim perceptions of helplessness and lack of control are maximized by raising the expectation that a right to participate exists, the victim electing to exercise that right, and then being denied that right*", en: KILPATRICK, Dean y OTTO, Randy. *Constitutionally guaranteed participation in criminal proceedings for victims: Potential effects on psychological functioning*, Wayne L. Rev,. 34, 1987, p. 7.

ello surge, en consecuencia, la tarea de seleccionar las víctimas que se van a presentar ante la Corte.

Por otra parte, la participación puede poner en situación de riesgo a las víctimas cuando se sabe que presentó o planifica presentar sus acusaciones ante un Tribunal[239], particularmente en regiones en donde el conflicto continúa y está presente.

Como se vio, las diferentes codificaciones penales en Colombia, siguieron el movimiento internacional de ampliar la participación de las víctimas en las diferentes etapas del proceso. Pero, como todos los procesos nacionales ordinarios[240] esta formulado para una participación convencional de víctimas y no de forma masiva.

En el proceso Especial de Justicia y Paz, se sigue la dinámica procesal ordinaria, pero se amplía está la noción, lo que conlleva a que haya mayores dilaciones para obtener condenas judiciales con carácter definitivo.

De acuerdo con la situación actual del Proceso de Justicia y Paz, y observando la participación de las víctimas ante la Corte Penal Internacional, se hace necesario aprender de estas experiencias en donde existe un criterio correctivo, el cual pondera la participación de las víctimas frente a una eficacia del procedimiento penal, donde hay una participación concentrada y efectiva de las víctimas que agilizan procesalmente los resultados de sanción y reparación, no perdiendo de vista que en medio de toda la participación de víctimas uno de los objetivos es condenar a los responsables de crímenes y violaciones a derechos humanos.

Consideramos que dentro del procedimiento de justicia y paz y teniendo en cuenta también los escasos recursos y la falta de eficiencia del proceso, que la participación de las víctimas se debe concentrar en algunas etapas, en las que ella tenga un mayor interés de participar. No se pueden seguir repitiendo actuaciones en las diferentes fases del proceso, por ello cabe preguntarse sobre la importancia de que participen en escenarios específicos, o de que haya una fusión de audiencias con el fin de agilizar el proceso mismo y de garantizar la participación adecuada y efectiva de las víctimas en dichas audiencias.

---

[239] DE HEMPTINNE, Jérôme. *Challenges Raised by Victims' Participation in the Proceedings of the Special Tribunal for Lebanon*, *op. cit.*, p. 168.

[240] TRUMBULL, Charles P. *The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings, op. cit.,* p. 806.

Además y reforzando nuestra opinión, además de una participación directa de las víctimas se podría propender por una participación indirecta a través de sus representantes, que podrían ser: Defensores Públicos, líderes comunitarios, ONG's, etc, con el fin de que haya apoyo profesional en las diferentes fases del proceso y de que se garanticen sus derechos en estas audiencias sin necesidad de su presencia física.

Sólo así se puede lograr una participación integral de las víctimas, garantizándoles el restablecimiento de su dignidad y la reparación integral, además, se lograría al mismo tiempo una mayor confianza y aceptación del proceso de Justicia y Paz.

También deben ofrecerse otras alternativas, extrajudiciales, por ejemplo Comisiones de la Verdad, con el fin de garantizar una mayor y mejor participación de las víctimas en este tipo de escenarios transicionales[241].

Insistimos en que luego de un periodo de graves violaciones a los derechos humanos, no solamente es necesario el restablecimiento de la ley y del sistema legal, sino que se debe propender por el orden en la sociedad[242] la lucha contra la impunidad[243] y la garantía de los derechos de las víctimas. Solo con ello se

---

[241] Véase una postura que defiende la idea de crear una comisión de verdad: MAPP-OEA. *Diagnóstico de Justicia y Paz en el Marco de la Justicia Transicional en Colombia,* Bogotá, 2011, pp. 176 y ss. Además se puede ver una fundamentación del establecimiento de una comisión de la verdad en: PARRA, Jorge. "Verdad y reparación", en: *Reparación en Colombia: ¿Qué quieren las víctimas? Retos, desafios y alternativas para garantizar la integridad*, ProFis-GTZ; Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá, 2010, p. 188. Con una posición más crítica en cuanto al establecimiento de una comisión de la verdad en Colombia: FORER, Andreas. "Justicia Transicional en Colombia: Hacia una Comisión de la Verdad", en: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales,* volumen 11, Nos. 16 y 17, Universidad del Cauca, Popayán, 2011. pp. 77-83; FORER, Andreas. "¿Comisiones de verdad en lugar de Justicia y Paz? ¿Ambos al mismo tiempo?", en: *El Espectador*, Columna de Opinión, 29 de octubre de 2010. Disponible en: http://www.elespectador.com/columna-232253-comisiones-de-verdad-lugar-de-justicia-y-paz-ambos-al-mismo-tiempo. Consultado el 07/12/2011.

[242] RAUSCHENBACH, Mina & SCALIA, Damien. "Victims and international criminal justice: a vexed question?", *op. cit.*, p. 445.

[243] JOINET, Luis - ONU - COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. 49° período de sesiones, Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1. 2 de octubre de 1997. Naciones Unidas, Asamblea General. *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder. Adoptada en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.* Naciones Unidas, Asamblea General. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre*

puede lograr una reconciliación y una paz duradera. Esto significa que la víctima, tiene que jugar un rol importante, en la medida en que la estructura y los fines del proceso se lo permitan, para que pueda ser reconocida en los procesos penales, de forma adecuada con el fin de que los procesos penales realizados dentro de un proceso de Justicia Transicional, no pierda su legitimidad ni su fundamento dentro de este tipo de procesos judiciales[244]. El gran problema es que los procesos penales no están hechos para que garantizar la participación masiva de víctimas, por lo tanto en ámbitos transicionales, se tiene que buscar otra alternativa para no frustrar las expectativas de las víctimas.

VI. Recomendaciones

1) **Se debe consultar a las víctimas la forma adecuada en que quieren participar**. En general faltan datos empíricos de lo que quieren las víctimas y cuales son sus percepciones sobre las diferentes etapas del proceso de Justicia y Paz.

Cont. nota 243

la labor realizada en su 53° Período de Sesiones, Proyecto de Resolución II, Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, de noviembre 26 de 2001, A/56/589. Naciones Unidas, Asamblea General. *Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones*, A/RES/60/147, 16 de diciembre de 2005. Naciones Unidas, Asamblea General. Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Naciones Unidas; Bassiouni, Cherif. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad. El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales.* ONU, ECOSOC. E/CN.4/2000/62. Naciones Unidas, *Promoción y Protección de los derechos humanos. Impunidad*. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102/Add.1

244 Con una postura de participación mas amplia en el proceso penal de Justicia y Paz verse en: FORER, Andreas. "Participación de las víctimas en el marco de un proceso de justicia transicional- el caso colombiano en la Ley de Justicia y Paz", en: *Participación de las Víctimas en la Ley de Justicia y Paz y Corte Penal Internacional.* ProFis-GTZ, Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá, 2011.

2) Se deben crear espacios que informen y apoyen psicológica y jurídicamente a las víctimas antes, durante y después de una actuación judicial en el marco del proceso de Justicia y Paz. Así mismo se debe realizar un seguimiento de estas iniciativas, a manera de control de que el servicio y atención ofrecida haya satisfecho los intereses de la víctima.
3) Todas las instituciones que participan dentro del Proceso Especial de Justicia y Paz deben definir planes, metas claras y transparentes, por medio de imposición de **indicadores cualitativos** y **cuantitativos** que les permita mejorar sus funciones dentro el proceso, satisfaciendo los derechos de las víctimas y mejorando en los aspectos donde persistan deficiencias, para que haya mayor **calidad** en el desarrollo del proceso.
4) Fortalecimiento de la participación indirecta: A pesar de que uno de los propósitos del proceso de Justicia y Paz ha sido el de garantizar la participación de las víctimas, esto no ha sido posible para muchas de ellas, debido a diferentes factores, tales como la **falta de defensores**, los cuales deberán participar activamente en las diferentes instancias del proceso e informar posteriormente a las víctimas sobre su gestión. De esta manera, las víctimas sólo tendrían que participar en los más importantes escenarios del proceso.
5) También se deben **fortalecer las capacidades de los líderes comunitarios**[245], que por un lado participan en representación de las víctimas y por otro lado funcionan a manera de control, verificación y apoyo en las actuaciones de los defensores de las víctimas.
6) De igual forma, se debe reconocer que las **transmisiones (satelitales, vía Internet etc.) son un recurso adecuado, para que puedan participar las víctimas** de regiones lejanas o que no cuentan con los recursos suficientes para desplazarse al lugar de la respectiva audiencia. Se debe establecer un procedimiento unificado, con criterios definidos

[245] En el fortalecimiento de esta participación de los líderes, además de fortalecer sus organizaciones, se estaría promoviendo su presencia en la vida política del país. Véase en: CORREA, Cristian y GUILLEROT, Julie (et al). "Reparaciones y Participación de las Víctimas: una Mirada a la Experiencia de las Comisiones de la Verdad", en: DÍAZ, Catalina (ed.) *Reparaciones para las Víctimas de la Violencia Política,* Centro Internacional para la Justicia Transicional, Bogotá, 2008. Palabras del Senador Juan Fernando Cristo en: Conferencia "Atención y reparación integral a las víctimas, ejercicio de construcción de país construir una patria", Santa Marta, 9 de diciembre de 2011.

para que haya un tratamiento igualitario con las víctimas que acceden directamente a las salas de víctimas. Se debe garantizar también una buena calidad técnica en la transmisión.

7) Se deberían **elaborar y socializar protocolos de atención a víctimas con enfoques diferenciales**, tomando en cuenta que las expectativas de las víctimas cambian y se corresponden con el grupo socioeconómico y cultural al cual pertenecen. Esto implicaría la adopción de una normatividad en este sentido[246].
8) Se debe **reformar el procedimiento del interrogatorio al postulado cuando está rindiendo la versión libre**. Tal y como está actualmente regulada la participación de la víctima en el proceso de Justicia y Paz, no sólo se dificulta la dinámica del proceso sino que se mantiene una continua frustración de las expectativas de las propias víctimas y participantes en las diferentes etapas del proceso. La ampliación de la participación real y efectiva de la víctima implica un **fortalecimiento de la Defensoría del Pueblo**, pero si esto no es posible, se deben buscar otras alternativas para lograr una verdadera representación de las víctimas. Se debe igualmente lograr una **mejor y mayor cooperación interinstitucional y el apoyo decidido de las organizaciones no-gubernamentales**, que trabajan a favor de las víctimas.

[246] La Ley 1448 de 2011, regula el enfoque diferencial que debe aplicarse a las poblaciones más vulnerables.

Delito político: ¿una alternativa para la paz?

Juan Pablo Cardona Chaves[†]

Sumario: Introducción. **I.** *Hacia una fundamentación del delito político.* 1. Origen y posible definición del delito político. 2. Modelo de Estado y legitimidad como referentes de la discusión sobre el delito político. 3. ¿Existe una justificación del delito político? **II.** *Configuración del delito político en Colombia.* 1. La tradición del delito político: normatividad y jurisprudencia nacionales. 2. Las posibles razones del debilitamiento de los delitos políticos. 3. Supervivencia del delito político en Colombia. **III.** *Delito político como herramienta para la paz.* 1. Delito político en el proceso de paz. 2. Delito político y terrorismo. 3. El posible uso del delito político. Conclusiones.

Introducción

La permanencia del conflicto armado en Colombia[1] hace necesaria la revisión de los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales con los cuales se cuenta como alternativas para la superación de ese escenario. Entre otros

[†] Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Abogado especializado en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre. Investigador del Grupo Constitucionalismo Comparado de la Universidad Nacional de Colombia y asesor jurídico del Proyecto de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (ProFis), ejecutado por la Agencia Alemana para la Cooperación Internacional (GIZ), por encargo del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Federal de Alemania.

Agradezco los comentarios y aportes de las Prof. Claudia López Díaz y Marta Elena Salcedo Ballesteros.

[1] El reconocimiento del conflicto armado en el país ha sido reconocido, inclusive, por vía legal, a través de la Ley 1448 del 2011 que lo hace desde su título: "Por la cual se dictan

factores que determinan la búsqueda, se cuentan los estándares internacionales en materia de lucha contra la impunidad[2], robustecidos en los últimos años, y que dificultan la creación de nuevos mecanismos que sean abiertamente favorables a los actores armados y, por el contrario, privilegian instrumentos a favor de las víctimas y de la Justicia retributiva[3].

Ante ese panorama, resulta necesario revisar y estimular, sin contravenir esos estándares, el uso de aquellas figuras que se han empleado en el pasado en medio de negociaciones de paz[4] y que tienen vigencia en la normatividad nacional, como posibles herramientas para explorar caminos de paz.

El delito político es una figura de Derecho Penal que, otrora fue funcional a los procesos de paz en Colombia y en otros países, y que, dependiendo de su vigencia y de la aceptación o 'justificabilidad' actuales, podría ser un instrumento más para proponer como solución al conflicto armado.

Así, la pregunta que surgiría es la siguiente: ¿el delito político es una categoría jurídica justificada, vigente y funcional a un eventual proceso de paz en Colombia?

El presente capítulo procurará encontrar una respuesta a esa pregunta, a partir de la siguiente hipótesis: el delito político es una figura que por su origen y fundamentación se ajusta al modelo de Estado de Derecho de inspiración liberal vigente en Colombia, donde encuentra su *justificación* (1), y que, en el ámbito jurídico nacional mantiene una *vigencia* normativa que si bien, vía legal y jurisprudencial ha sido reinterpretada en un sentido que limita su esfera de aplicación (2), aún constituye una herramienta útil como *alternativa*

Cont. nota 1

medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones".

2 Estos "estándares" no son otros que las obligaciones del Estado respecto de las víctimas de las violaciones graves a los derechos humanos: los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, sistematizadas en su forma más elaborada por Louis Joinet en el *Informe final del relator especial sobre la impunidad y conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.* Principios actualizados por Diane Orentlicher en el 2005.

3 Una breve alusión a las posiciones a favor y en contra de esta tendencia: *Infra*, No. 2.2.

4 Una reconstrucción de los principales procesos de paz y su respectivo soporte normativo en Colombia, en: CARDONA CHAVES, Juan Pablo. *Aportes dogmáticos de la experiencia colombiana a procesos de Justicia Transicional,* Tesis de Maestría, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011, pp. 99 y ss.

para la búsqueda de acuerdos de paz negociados con grupos armados organizados al margen de la ley, activos en el país (3).

I. Hacia una fundamentación del delito político

El surgimiento del delito político y su interrelación con el modelo de Estado de Derecho de origen liberal, explican su existencia y dan cuenta de la manera como se ha justificado su permanencia en aquellas normatividades nacionales que, como la colombiana, contemplan la figura.

A continuación, se esbozará brevemente el origen de lo que hoy se conoce como 'delito político'; se presentará una hipótesis sobre su definición, en medio de lo poco pacífico del tema, y se explicará la correlación de la figura con el Estado de Derecho de corte liberal, como modelo cuya versión neocontractualista permite, hasta cierto punto, la resistencia ante la ilegitimidad, de suerte que el tratamiento especial a los rebeldes puede encontrar coherencia y justificación.

1. Origen y posible definición del delito político

El abordaje de un tema jurídico-político como desde la misma denominación puede caracterizarse el de los delitos políticos, implica un estudio tanto sociológico como dogmático[5], pues confluyen en él factores asociados a las ideas de poder y sociedad, que no resisten un análisis estrictamente jurídico, y en los cuales resulta afortunado, como uno de los componentes, revisar la historia y la teoría que lo invisten como a continuación se verá.

Comúnmente, la historia del delito político se divide en dos periodos: el primero, anterior al comienzo del siglo XIX, que se remonta hasta la época romana y aún más lejos, y, el segundo, a partir del siglo XIX hasta hoy[6], que tiene como hito la Revolución Francesa.

---

[5] PÉREZ, Luis Carlos. *Los delitos políticos. Interpretación jurídica del 9 de abril,* Bogotá, Americana de Publicaciones, 1948, p. 9.

[6] ROMERO SOTO, Julio y ROMERO ÁLVAREZ, Rocío. *Delitos contra la seguridad y la existencia del Estado.* Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1983, p. 240. En el mismo sentido: ZÁRATE, Luis Carlos. *El delito político.* Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1996, p. 3. No obstante, es preciso recordar la división de la historia del delito político que hace Francesco Carrara, en virtud de la cual son tres los periodos de su evolución: en el primero, situado en las formas primigenias de convivencia, la *traición*

En el primer periodo, el Derecho se reservaba las penas más graves para los delincuentes políticos, a quienes se aplicaban suplicios y la pena de muerte[7]. Un caso famoso, que demuestra con suficiencia el horror de las penas, fue el de Damiens, en 1757, quien había golpeado a Luis XV, y como pena fue torturado y descuartizado. El cuerpo del ejecutado quedaba sin sepultura, había prohibición de mencionar su nombre, su casa era demolida sin posibilidad de reconstruirla, sus parientes eran desterrados y sus bienes confiscados[8].

La Revolución Francesa abolió todos los suplicios, inclusive para delitos políticos. En su lugar, se estableció un sistema de retribución de acuerdo con el carácter más o menos antisocial del delincuente, el trauma social causado y, en general, todas las circunstancias que rodeaban el hecho; un antecedente para la discriminación entre delincuentes políticos y delincuentes comunes[9]: "*[l]os delincuentes políticos no atacaban la sociedad sino al poder constituido arbitrariamente, la sociedad tenía, por consiguiente, un interés menos directo en el castigo, el derecho represivo tomó para ellos medidas especiales que se tradujeron en atenuación considerable de las penas*"[10].

Con el apoyo de los precedentes desarrollados por Cesare Beccaria, fue en 1832, bajo el gobierno de Luis Felipe de Orleans, cuando la discriminación del delito político se convirtió en privilegio por primera vez[11], a través de la

Cont. nota 6

era el acto más grave, de manera que quien intentaba derrocar la autoridad era sometido a los peores vejámenes. En el segundo periodo, que comprende la república romana hasta la revolución francesa, fue a través de los llamados *crímenes de lesa majestad*, como se defendió al gobierno de cualquier ataque. En el tercer periodo, a partir de la Revolución Francesa, el *delito político* ya no es atentar contra la persona del soberano, sino contra la seguridad del Estado. PÉREZ, Luis Carlos. *Los delitos políticos. Interpretación jurídica del 9 de abril, op. cit.*, pp. 16-18.

7 ROMERO SOTO, Julio y ROMERO ÁLVAREZ, Rocío, *op. cit.*, p. 240; y ZÁRATE, Luis Carlos, *op. cit.*, p. 3.

8 ZÁRATE, Luis Carlos, *op. cit.,* p. 3.

9 ROMERO SOTO, Julio y ROMERO ÁLVAREZ, Rocío, *op. cit.,* p. 240.

10 ZÁRATE, Luis Carlos, *op. cit.,* p. 4.

11 OROZCO ABAD, Iván. *Combatientes, rebeldes y terroristas.* Bogotá: Temis, 2006, p. 51. Previo a este hecho, se tiene como hito en el Derecho Internacional en cuanto al delito político se trata, la admisión del principio de no extradición para delincuentes políticos establecida en 1830. ROMERO SOTO, Julio y ROMERO ÁLVAREZ, Rocío, *op. cit.,* p. 241.

expedición de la Ley del 28 de abril mediante la cual se reformó el Código Penal francés de 1810[12].

A partir de allí, Europa continuó con la lógica de adoptar medidas que mitigaban los castigos a los delincuentes políticos: Suiza en 1848 abolió la pena de muerte en materia política, Inglaterra en 1849 reconoció el principio de no extradición para delincuentes políticos, y un año antes, Francia había concedido el beneficio de la gracia a todos los criminales políticos que habían sido condenados a la pena de muerte[13].

Así, al menos en la historia de Occidente, los delitos políticos han tenido dos tratamientos totalmente opuestos, según el periodo: en un primer momento, se consideraban los más graves y, por tanto, sus responsables eran condenados a las penas más severas. En un segundo momento, posterior a la Revolución Francesa, pierden el carácter de extrema gravedad y, como consecuencia, los responsables adquieren un tratamiento más benévolo y, poco a poco, privilegiado[14].

Aunque ya se ha aludido de manera constante a la noción "delito político", la historia así presentada, si bien da a entender de qué se trata, no ofrece una definición específica o suficientemente clara que dé cuenta de sus alcances.

Esto es así, porque un rasgo fundamental del delito político ha sido su indeterminación constitucional y legal, pues, a pesar que sus efectos estén desarrollados en diferentes instrumentos –como en la Constitución Política para el caso colombiano–, no existe una definición[15].

Como consecuencia de su vaguedad constitucional y legislativa en la definición, pero, al mismo tiempo, de su frecuente uso, la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado de determinar los caracteres del delito político[16].

---

[12] ZÁRATE, Luis Carlos*, op. cit.,* p. 4. Luis Carlos Pérez también cita como antecedente del tratamiento benigno al delito político, la consolidación de toda una corriente a favor del "tiranicidio" impulsada, curiosamente, desde la Iglesia, que en desarrollo de la doctrina de las dos espadas, quería extender su poder temporal y proclamó la necesidad del ajusticiamiento contra el déspota o tirano. PÉREZ, Luis Carlos. *Los delitos políticos. Interpretación jurídica del 9 de abril, op. cit.,* pp. 19-22.

[13] ROMERO SOTO, Julio y ROMERO ÁLVAREZ, Rocío*, op. cit.,* p. 241. En el mismo sentido: ZÁRATE, Luis Carlos*, op. cit.,* 1996, p. 5.

[14] ZÁRATE, Luis Carlos, *op. cit.*, p. 6.

[15] POSADA MAYA, Ricardo. "Aproximación al concepto jurídico del delito político". En: POSADA MAYA, Ricardo (Coord.). *Delito político, terrorismo y temas de derecho penal.* Bogotá, Universidad de los Andes, 2010, pp. 3-4.

[16] ZÁRATE, Luis Carlos*, op. cit.,* p. 7.

La tesis más aceptada en la doctrina que sugiere por qué la figura no ha logrado consolidar una sola acepción, indica que: así como otras fórmulas jurídico penales asociadas al orden público y la seguridad, ésta queda vacía y librada a la discrecionalidad de los poderes Ejecutivo o Legislativo, que suelen llenarla con contenidos ambiguos con la pretensión de favorecer la permanencia del *statu quo*[17].

Posada Maya cita cuatro argumentos adicionales que explican la ausencia de una idea clara sobre el delito político[18]:

En primer lugar, no puede sustraerse de la esencia de los términos de los que surge: la "política" o los "hechos políticos", que implican ideas igualmente indeterminadas y complejas. Quizá, lo "político", con relevancia al Derecho Penal "*(…) sería aquello vinculado con la naturaleza de las cosas referidas al sostenimiento del sistema político*"[19].

En segundo lugar, el delito político es un concepto cultural, históricamente abierto y variable según la ideología, el régimen o el modelo de Estado imperante en determinado momento histórico.

De esta forma, uno será el concepto de delito político en un Estado de Derecho, convencido del respeto a la inmanencia del Estado para garantizar la Constitución y la Ley, y otra será la acepción en un Estado totalitario (regio, aristocrático, populista o militarista) que busca protegerse a sí mismo hasta el punto que puede desconocer la Constitución y los derechos humanos, aduciendo "razones de Estado" que permitan su actuar[20].

El tercer argumento explica que la práctica del delito político ha pretendido conferirle a otras categorías delictivas los beneficios propios de aquél, de manera que su indeterminación es funcional para efectos de la pacificación negociada con actores armados cuyo actuar, en principio, correspondería con

---

[17] POSADA MAYA, Ricardo*, op. cit.,* p. 6. En el mismo sentido: "[*L]a clase de los políticos triunfantes es la que más preocupada ha venido en las sucesivas etapas históricas para dar al delito de Estado la forma que más convenga a la defensa de sus intereses*". PÉREZ, Luis Carlos. *Los delitos políticos. Interpretación jurídica del 9 de abril, op. cit.,* p. 8. Una alusión en igual sentido, en: ROMERO SOTO, Julio y ROMERO ÁLVAREZ, Rocío*, op. cit.,* p. 242.

[18] POSADA MAYA, Ricardo*, op. cit.,* pp. 8-13.

[19] *Ibídem*, p. 10.

[20] En el mismo sentido: *"[L]a noción del delito político se adapta exactamente a los intereses políticos (sic) sustrae a toda definición general por el hecho de la existencia de gobiernos o intereses políticos diferentes. Ningún texto legislativo da una definición de delito político*". ZÁRATE, Luis Carlos*, op. cit.,* p. 7.

otras conductas punibles como terrorismo, entre otras. Argumento que trastoca la naturaleza excepcional del delito político.

En cuarto lugar, *"(…) paralelo a la práctica política se ha creado una tendencia jurisprudencial compleja que (de)construye el delito político como una amalgama de concursos materiales entre delitos subjetivamente excluyentes como el concierto para delinquir, el terrorismo y la rebelión*"[21].

A pesar de este complejo panorama que explica por qué la noción de delito político ha resultado tan amplia y flexible, ha habido intentos por deslindar su contenido y establecer una acepción con pretensión de universalidad.

La categoría "delito político" como diferenciada del "delito común" tiene la autoría del jurista holandés Probo Kluit *"(…) quien la usó por primera vez en su obra 'De Deditione Profugorum', en 1892 (…). Desde entonces se formuló por primera vez la clasificación o entidad jurídica autónoma de 'delito político' (…)*"[22].

Los diversos intentos por establecer una definición han dependido de las tres teorías que en torno suyo se han elaborado, a saber: objetiva, subjetiva y mixtas[23].

La *teoría objetiva*, *legal* o *formal*, también denominada de los delitos políticos puros, se concentra en la materialidad del comportamiento o el bien jurídico protegido[24]. Esta posición corresponde al sistema clásico de comprender el delito como una vulneración a la norma jurídica, soslayando el acto humano[25]. Definen los delitos políticos como *"(…) aquellos que atentan contra la organización política o constitucional del Estado y sus funciones, así como contra los derechos que de ella se derivan para el ciudadano*"[26]. Aplicada esta tesis al

---

[21] POSADA MAYA, Ricardo*, op. cit.,* p. 13.

[22] ZÁRATE, Luis Carlos*, op. cit.,* p. 152.

[23] MONTORO BALLESTEROS, Alberto. "En torno a la idea de delito político". En: *Anales de Derecho,* Murcia, Universidad de Murcia, No. 18, 2000, p. 144. No obstante, algunos autores suman a dicha clasificación, dos teorías más: i) *teoría abolicionista*, en virtud de la cual el delito político no debe existir o debe limitarse a los delitos de opinión, pues en una democracia no se pueden justificar comportamientos que legitimen o minimicen el uso de la violencia; y, ii) *teoría utilitarista*, según la cual el delito político debe definirse a partir de sus consecuencias y efectos legales, de manera que "*(…) sería delito político todo aquel comportamiento común que 'merezca' político-criminalmente, por sus circunstancias y condiciones, ser considerado a juicio del Estado susceptible de beneficios como la amnistía o el indulto*". POSADA MAYA, Ricardo*, op. cit.,* pp. 30-36.

[24] POSADA MAYA, Ricardo*, op. cit.,* p. 15.

[25] PÉREZ, Luis Carlos. *Los delitos políticos. Interpretación jurídica del 9 de abril, op. cit.,* p. 41.

[26] MONTORO BALLESTEROS, Alberto. *Op. cit*, p. 145. Seguidores de estas teorías, entre otros: Lombroso y Laschi, en Italia y por Binding y von Liszt en Alemania. *Ibídem*, p. 145.

caso de Colombia, los delitos políticos serían, por su mera denominación, aquellos contemplados en el Título XVIII del Código Penal: "Delitos contra el Régimen Constitucional y Legal".

La *teoría subjetiva*, *teleológica* o *finalista*[27], también conocida como de los delitos políticos relativos o concurrentes, explica que la esencia de un delito político no es el bien jurídico que se protege con su sanción, sino la motivación de los sujetos activos, que debe ser política[28], progresista y no regresiva, es decir, con la conducta se pretende subvertir el orden estatal, constitucional o legal propendiendo por obtener un beneficio común, y no uno personal.

Las *teorías mixtas o eclécticas*, por su parte, combinan los criterios objetivo y subjetivo[29]. Se dividen en dos: la *teoría mixta extensiva*, en virtud de la cual es delito político cualquier comportamiento objetivamente político o subjetivamente político[30], de manera 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[31].

Por su parte, la *teoría mixta restrictiva* considera que tienen el carácter de delitos políticos aquellas conductas que implican un atentado a la organización estatal o al bien jurídico protegido, pero exige, además, que confluyan dos elementos subjetivos: la finalidad de derrocar el gobierno o modificar el

---

27 POSADA MAYA, Ricardo, *op. cit.,* p. 19.

28 "Esta línea de pensamiento fue la seguida por la escuela positiva italiana, con Carmignani, Ferri y Paoli. Por razones criminológicas referidas a la plural tipología de delincuentes Lombroso y Laschi abandonaron en este punto la dirección marcada por la escuela positiva italiana. En Alemania fueron defensores de las teorías subjetivas Holtzendorf y Radbruch. Este último elaboró la teoría del 'delito por convicción' (*Überzeugungsdelikt*) que recogió en su proyecto de Código Penal de 1922 y, más tarde, en el proyecto oficial de 1925". MONTORO BALLESTEROS, Alberto, *op. cit.,* pp. 145-146.

29 MONTORO BALLESTEROS, Alberto, *op. cit.,* p. 147.

30 POSADA MAYA, Ricardo, *op. cit.,* p. 25.

31 Las teorías mixtas extensivas "*(…) encontraron su consagración legal en el Código Penal italiano de 1930 (Código Rocco), en el cual se fusionaron la perspectiva objetiva del código de Zanardelli y la subjetiva del proyecto de Ferri de 1921. En este sentido, el Código Penal italiano de 1930 disponía en su art. 8: 'Es político todo delito que lesiona un interés político del Estado o del ciudadano, así como el común en que, en parte o en todo, viniese determinado por móviles políticos'* ". MONTORO BALLESTEROS, Alberto, *op. cit.,* p. 147.

régimen constitucional y legal vigentes; y un móvil político progresivo (no regresivo) de reconstruir o sustituir el gobierno[32].

En este orden de ideas, "*[l]a diferencia entre uno y otro tipo de teoría reside en que mientras en las teorías mixtas extensivas los criterios objetivo y subjetivo se encuentran en una relación alternativa, en las* teorías mixtas restrictivas *las relación entre ambos elementos es de integración; esto es, para que exista delito político deben coexistir los elementos objetivo y subjetivo*"[33].

Así, queda sentado que la discusión sobre una posible definición del delito político no ha sido pacífica, aunque la doctrina y la jurisprudencia de acuerdo con su respectivo criterio han optado por una u otra tesis haciendo comprensiva la categoría en un contexto determinado. Para el caso colombiano, como se verá más adelante[34], la Corte Suprema de Justicia encuentra más afortunada la teoría mixta restrictiva, en lo cual coincide con algunos autores nacionales[35].

Finalmente, en aras de aportar más elementos que permitan desentrañar la naturaleza del delito político, es preciso relacionar sus diferencias con los demás tipos de delito, esto es, los delitos comunes.

En síntesis, pueden ser seis los criterios que los diferencian: i) el bien jurídico protegido; ii) el objeto material; iii) el motivo; iv) el tratamiento judicial o punitivo; v) la culpabilidad, y vi) el éxito del delincuente.

Castro Ospina explica los primeros cuatro de la siguiente manera[36]:

En cuanto al *bien jurídico*, aunque puede variar según el ordenamiento interno que los contemple, en general, los delitos políticos afectan el régimen constitucional y legal del Estado, tendencia que se ha mantenido en Colombia a pesar de que en algunas ocasiones –no permanentes– se han incluido los derechos políticos de los ciudadanos, y la existencia y seguridad del Estado. En cambio, los delitos comunes afectan cualquier otro de los bienes jurídicamente tutelados por el ordenamiento penal.

---

[32] POSADA MAYA, Ricardo. "Aproximación al concepto jurídico del delito político". En: POSADA MAYA, Ricardo (Coord.). *Delito político, terrorismo y temas de derecho penal.* Bogotá, Universidad de los Andes, 2010, pp. 26-27.

[33] MONTORO BALLESTEROS, Alberto. "En torno a la idea de delito político". En: *Anales de Derecho,* Murcia, Universidad de Murcia, No. 18, 2000, p. 148.

[34] *Infra*, No. 2.3.

[35] Cfr.: PÉREZ, Luis Carlos. *Los delitos políticos. Interpretación jurídica del 9 de abril, op. cit.,* p. 42; y POSADA MAYA, Ricardo, *op. cit.*, p. 44.

[36] CASTRO OSPINA, Sandra. "Delitos contra el régimen constitucional y legal". En: AA.VV. *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial.* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 165-172.

En cuanto al *objeto material*, los delitos políticos "*(…) recaen sobre el Estado como institución política o los ciudadanos como actores políticos*"[37], en tanto que la conducta de los delitos comunes puede materializarse sobre personas, objetos o fenómenos.

En lo relativo al *motivo* o *finalidad*, se tiene que el delincuente político, bajo la influencia de la teoría subjetiva, actúa por motivos de interés general, altruistas y progresivos, mientras al delincuente común lo motivan razones egoístas.

Lo relacionado con el *tratamiento judicial y punitivo*, puede considerarse una diferencia más de orden práctico y procesal, que es consecuencia de todo lo anterior. El delito político *"(…) es considerado (…) como una infracción privilegiada*"[38], de manera que las concesiones con las que cuenta constituyen una nueva diferencia con los delitos comunes, carentes de ellas.

Adicionalmente, 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 distinción*"[39].

Finalmente, es preciso 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 instituciones, sólo consigue la meta particular del sujeto activo y pone en evidencia la impunidad[40].

---

[37] *Ibídem*, p. 172.

[38] *Ibídem*, p. 172.

[39] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de colisión de competencia, Rad. No. 18065 de febrero 21 de 2001. Citado en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 26945, julio, *op. cit.*, No. V.1.2. Fundamentación desde la Teoría del Delito, No. 5.

[40] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 26945*, op. cit.,* No. V.1.2. Fundamentación desde la Teoría del Delito, No. 9.

2. Modelo de Estado y legitimidad como referentes de la discusión sobre el delito político

Como se mencionó, dada la volatilidad característica del delito político, una de las consecuencias es que según la ideología o el modelo de Estado, aquel encuentra un significado que varía y no necesariamente es universal.

En ese orden de ideas, el modelo de Estado se encuentra en perfecta correlación con el delito bajo examen, de manera que su abordaje resulta relevante para dimensionar en qué medida hay lugar o no a la existencia y tratamiento especial del delito político.

Ya que el presente estudio busca respuestas a preguntas formuladas en el contexto colombiano, será en éste donde se sitúe el análisis de la correlación modelo de Estado-delito político.

La Constitución Política define a Colombia como un Estado Social de Derecho[41], que, interpretado por la Corte Constitucional, también reviste el carácter de Constitucional, en los siguientes términos:

> *"La Constitución de 1991 declara que Colombia es un Estado de Derecho y social, que deriva su legitimidad de la democracia (C.P. Art. 1). Estos tres calificativos del Estado colombiano definen de manera esencial su naturaleza. La acepción Estado de Derecho se refiere a que la actividad del Estado está regida por las normas jurídicas, es decir que se ciñe al Derecho. La norma jurídica fundamental es la Constitución (C.P. Art. 4), lo cual implica que toda la actividad del Estado debe realizarse dentro del marco de la última. En esta situación se habla entonces de Estado constitucional de derecho"*[42] (resaltado fuera del texto original).

No es difícil inferir que las categorías que definen el Estado en Colombia corresponden, principalmente, al sistema de ideas del liberalismo[43] como pa-

---

41 Constitución Política de Colombia, Art. 1º.

42 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-747 de 1998. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamentos, párr. 6.

43 "En la acepción más común (…) por 'liberalismo' se entiende una determinada concepción del Estado, la concepción según la cual el Estado tiene poderes y funciones limitados (…)". BOBBIO, Norberto. *Liberalismo y democracia.* FERNÁNDEZ, José [Trad.], México, Fondo de Cultura Económica, 1ª ed. en español, 1989, p. 7.

radigma que no sólo ha determinado la construcción del modelo de Estado en Occidente, sino del Derecho Penal a partir de la Revolución Francesa[44].

Es en dicho paradigma donde se enmarca la discusión sobre la posibilidad de que un Estado Social y Constitucional de Derecho resista la figura del delito político.

Con base en el recorrido que realiza Mejía Quintana, y que se sigue a continuación, se puede observar que[45]: la teoría del Estado en el liberalismo ha obedecido a la tradición contractualista, cuya versión clásica *"(…) es inaugurada por Hobbes a mediados del siglo XVII, profundizada por Locke a finales del mismo siglo y consolidada finalmente por Rousseau en las postrimerías del XVIII. A ella Kant vendrá a darle la fundamentación definitiva para hacer del contrato social no sólo una doctrina política que legitima la asociación entre los hombres, sino también, una postura moral que le confiere validez racional y universal al orden social*"[46].

Para Hobbes, la constitución del pacto depende de dos condiciones: un contrato social a través del cual todos renuncian a sus derechos de naturaleza; y la transferencia de esos derechos a una persona o institución –un pacto de dominio–, que unido al contrato social, desembocan en un pacto de poder.

En Hobbes *"(…) el derecho a la resistencia queda clara y expresamente contemplado para los casos en que se atente contra la propia vida, o pretenda lesionarse, esclavizarse o encarcelarse sin justificaciones motivadas (…). [Así], la legitimidad del régimen no depende del capricho del Estado, es decir, de la ley positiva, sino de la concordancia de los actos jurídicos con los derechos inalienables del asociado*"[47].

Tanto John Locke como Jean Jacques Rousseau –a diferencia de Hobbes, son pensadores clásicos del liberalismo–, formularon la tesis del contrato social como el acuerdo de los hombres libres que dio vida a la sociedad política. Para los dos, la sociedad política se conformaba para la protección de la seguridad y los bienes de los asociados, la diferencia está en que, para el primero, en el pacto los hombres sólo delegaban parte de sus derechos, en tanto que para el segundo había una enajenación total de los derechos a la comunidad

---

[44] Una demostración de la correlación Estado de Derecho liberal, derechos humanos y Derecho Penal, en: CARDONA CHAVES, Juan Pablo*, op. cit.,* pp. 18 y ss.

[45] MEJÍA QUINTANA, Oscar. *Justicia y democracia consensual.* Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Ediciones Uniandes, 1997, pp. 13-35.

[46] *Ibídem*, pp. 13-14.

[47] *Ibídem*, p. 22.

en pleno[48] –como en Hobbes, salvo que para éste se trataba de un pacto de sumisión, en tanto que para Rousseau, era un pacto de unión.

Con Locke se produjo un giro que sería mantenido por Rousseau, en el sentido de que *"(….) el Estado está obligado a gobernar de acuerdo al orden jurídico positivo y ese orden, legitimado por la decisión mayoritaria y que debe garantizar la vida, la propiedad y la libertad, no puede ser cuestionado una vez constituido por el pacto social*"[49].

Como se citó, en Hobbes el Estado está obligado a garantizar la paz y la vida (la Ley Natural) pues, de no hacerlo, al pueblo le asiste el uso del derecho de resistencia contra el ordenamiento, es decir, la validez del orden jurídico depende del cumplimiento de la Ley Natural. Pero, en Locke y Rousseau, dichos preceptos están incorporados al ordenamiento jurídico, de manera que la validez del Estado y de sus actos reside en su propio ordenamiento, esto es, la ley positiva –decisión de la mayoría que legitima los actos del gobierno– supone la Ley Natural, de tal suerte que no hay posibilidad de revertir el contrato que da origen a la sociedad civil, como sí la había en el esquema hobbesiano[50]. Curiosamente, *"(…) el pretendido absolutismo de Hobbes resulta más liberal que el orden jurídico cerrado de Locke [y de Rousseau], donde la decisión de la mayorías se legitima por encima de los intereses del individuo y de las minorías*"[51].

Kant, último eslabón en la cadena del contractualismo clásico, confiere a la idea del contrato social un carácter racional basado en la tesis que la fuerza del contrato social reside en que es una idea de la razón y, por tanto, se basa en principios racionales *a priori*.

Aunque Kant también niega el derecho a la rebelión contra el poder constituido que en Hobbes le asiste al pueblo ante la vulneración de la Ley Natural; a diferencia de Locke y Rousseau que reducen la legitimidad a lo que Tocqueville llama la "tiranía de la mayoría"[52], Kant acepta la facultad del ciudadano

---

[48] SALCEDO, Marta Elena. *Historia de las ideas políticas.* Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2000, pp. 103-117.

[49] MEJÍA QUINTANA, Óscar. *Justicia y democracia consensual, op. cit.,* p. 26.

[50] A partir de este planteamiento basado en la voluntad general como fuente de legitimidad, "(…) con Rousseau se observa la primera elaboración del *tipo procedimental de legitimación*". RUBIO CARRACEDO, José. *Paradigmas de la política. Del Estado justo al Estado legítimo.* Barcelona, Anthropos, 1990, p. 49.

[51] MEJÍA QUINTANA, Óscar. *Justicia y democracia consensual, op. cit.,* p. 27.

[52] TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la democracia en América*. Madrid: Universidad Complutense, 1854, p. 200.

para no obedecer ninguna ley que resulte ajena a su conciencia, esto es, que vulnere el principio de autonomía de la voluntad: *"[m]i libertad externa deberá explicarse más bien así: es la facultad de no obedecer a ninguna ley externa si no he podido dar mi consentimiento para ella*"[53].

Así, Kant intenta superar el peligroso criterio de legitimidad fundamentado en el consenso mayoritario que ya intuía tan arbitrario como el de la autoridad paterna de la monarquía, y cerrará el capítulo de la tradición clásica del contrato social para dejar que Rawls, con ese marco, retomara el problema de la legitimidad del contrato sin que éste atente contra la autonomía individual.

Es entonces con John Rawls que inicia la versión moderna de la tradición contractualista del liberalismo, en adelante conocida como neocontractualismo.

Rawls procura romper con el paradigma clásico, así: difiere de Hobbes en cuanto desliga el contrato social de los preceptos *iusnaturalistas*, se separa de Locke y de Rousseau dándole una connotación moral al criterio de legitimidad que aquellos entregaron al consenso mayoritario, pero, también se aparta de Kant, entregando una base consensual a la solución moral que ambos le darían al problema de la legitimidad y que este último suprimió en su respuesta a sus predecesores.

En suma, "*(…) intentará kantianizar a Locke y a Rousseau y viceversa, para lograr un contrato social moralmente fundamentado*"[54], con la pretensión de *"(…) presentarlo 'constructivamente' como un sistema de axiomas que se justifica por derivación de un contrato social fundacional ('posición original') pactado imparcial y racionalmente*"[55]. Pretensión a la que se aúna la idea de ofrecer una solución a la confrontación de libertad e igualdad de las sociedades occidentales[56].

La 'justicia' alcanza una gran importancia en la teoría de Rawls, quien, entonces, asigna a la idea de *justicia como equidad* la meta de "*(…) proporcionar una base filosófica y moral aceptable para las instituciones democráticas y afrontar así las cuestiones de cómo han de entenderse las demandas de libertad y la igualdad*"[57].

---

[53] KANT, Emmanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres.* México: Editorial Porrúa, 1986, p. 52. Citado en: MEJÍA QUINTANA, Óscar. *Justicia y democracia consensual, op. cit.,* p. 32.

[54] MEJÍA QUINTANA, Óscar. *Justicia y democracia consensual, op. cit.,* p. 40. Rubio Carracedo, en sentido similar, le llama la reconstrucción de *"(…) la tradición ética del contrato social*". RUBIO CARRACEDO, José*, op. cit.,* p. 155.

[55] RUBIO CARRACEDO, José*, op. cit.,* p. 155.

[56] *Ibídem*, p. 153.

[57] RAWLS, John. *La justicia como equidad: una reformulación*. Barcelona: Paidós, 2002, p. 27.

Esta idea básica es acompañada de otras dos: i) los ciudadanos como personas libres e iguales; y ii) la sociedad bien ordenada, esto es, efectivamente regulada por una concepción pública de justicia[58], concepción que se entiende a través del *pluralismo razonable* en virtud del cual: *"(…) es imposible una sociedad bien ordenada en la que todos sus miembros aceptan la misma doctrina comprehensiva. Pero los ciudadanos democráticos que profesan doctrinas comprehensivas diferentes pueden coincidir en concepciones políticas de la justicia*"[59].

Así, el ciudadano libre e igual, como "persona moral", puede discutir las problemáticas sociales desde un espacio consensual e imparcial[60] donde juega un papel clave la publicidad del pacto[61] y de la idea de justicia que *"(…) deja de ser patrimonio de una 'cultura de expertos' y se convierte en el instrumento de la ciudadanía para hacer suyo el discurrir socio-institucional que la afecta, es decir, para legitimar o deslegitimar todas las decisiones del Estado, desde unos criterios moralmente válidos e imparciales*"[62].

De esta forma, en el paradigma neocontractualista, la existencia del Estado depende de que pueda interpretar la voluntad de la ciudadanía, su *ethos*, de manera que aquella tiene el derecho de desbordarlo, como lo contempla Rawls, a través de mecanismos como la objeción de conciencia y la desobediencia civil[63].

La base del contrato social será la convicción ciudadana de que su concepción pública de la justicia anida la capacidad de fiscalizar el Estado, y de que es ella la que fundamenta la estructura social a través de su deliberación autónoma y del consenso, mediante los cuales el contrato se renueva diariamente para legitimar o deslegitimar al Estado y a sus actos de gobierno[64], dejando así abierta la posibilidad de disentir, controvertida en los contractualistas clásicos.

En conclusión, de lo anotado como aproximación histórica a la teoría liberal del Estado, en sus dos vertientes –comprehensiva y constructivista[65]–, pue-

---

58 *Ibídem*, p. 28.

59 *Ibídem*, pp. 31-32.

60 MEJÍA QUINTANA, Óscar. *Justicia y democracia consensual, op. cit.,* p. 63.

61 RUBIO CARRACEDO, José*, op. cit.,* p. 157.

62 MEJÍA QUINTANA, Óscar. *Justicia y democracia consensual, op. cit.,* p. 63.

63 *Ibídem*, p. 63.

64 *Ibídem*, pp. 63-64.

65 "liberalismo comprehensivo" es el nombre que otorga Rawls al liberalismo clásico en razón al carácter unidimensional del modelo; y "constructivista" al modelo que propone y que se opone a aquél. DURÁN PUENTES, Julián. *El delito político. Desnaturalización jurídica y conflicto interno.* Bogotá: Leyer, 2003, pp. 45-46.

den afirmarse, por lo menos, dos cosas: en primer lugar, *"(…) es consustancial con la aparición del Estado su pretensión de legitimidad*"[66]; y en segundo lugar,

> *"(…) si la legitimidad [contractualista] del poder se encuentra en un pacto (ya sea el del contractualismo clásico, cuyo objetivo es la protección de los derechos básicos naturales o el del neocontractualismo, cuyo fin es el acuerdo sobre unos mínimos principios de justicia) su transgresión por parte de ese poder implica una ruptura del contrato social, la deslegitimación del Estado y el derecho de resistencia de los ciudadanos. Esto último si se tiene en cuenta que el contratante actúa como sujeto autónomo, responsable moralmente, que no quiere ser responsable de acciones injustas*"[67] (resaltado fuera del texto original).

Esta situación conduce a evaluar, como a continuación se realizará, las formas como esa resistencia puede ejercerse dentro del marco analítico del Estado de Derecho (Constitucional y Social) de origen liberal.

3. ¿Existe una justificación del delito político?

En este punto, la pregunta pertinente sería la siguiente: ¿cuáles son las manifestaciones posibles y admisibles ante una crisis de legitimidad del Estado?

La respuesta se situaría ante dos posibles escenarios: i) un Estado democrático justiciero que cumple con sus fines, donde los ciudadanos participan a través de figuras como la opinión pública o los derechos políticos; y ii) un

---

[66] RUBIO CARRACEDO, José, *op. cit.,* p. 45. La legitimidad, concepto clave en la línea argumentativa que se sigue, también ha sido definida a partir de dos acepciones: genérica y específica. "De la primera de ellas (significado genérico) podría decirse que es casi sinónimo de justicia o de razonabilidad, mientras que la segunda, que es su significado específico, la entiende como la existencia, en una parte significativa de la población, de un *grado de consenso* sobre el ordenamiento que la rige, que posibilite asegurar la obediencia sin que sea necesario recurrir a la fuerza. De manera que todo poder trata de ganarse el consenso para que se le reconozca como legítimo, transformado la obediencia en adhesión". FERNÁNDEZ, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos.* Madrid: Debate, 1991, p. 241. Citado en: MEJÍA QUINTANA, Óscar. *La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia civil.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001, p. 208.

[67] MEJÍA QUINTANA, Óscar. *La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia civil, op. cit.,* p. 210.

Estado donde el poder no es el intérprete del sentir mayoritario[68] o privilegia una doctrina comprehensiva por encima de los mínimos de justicia que recogerían a las demás.

Ante cualquiera de los dos, con mayor razón en aquellos que tienden a caracterizarse despóticos y opresivos, surgen varias vías de ejercer el recurso que ante la ilegitimidad, se antoja natural: la resistencia.

Habría por lo menos tres modalidades para ejercerla: i) la crítica; ii) la resistencia pasiva o pacífica; y iii) las vías ilegales y vedadas, en busca de un nuevo ordenamiento[69] (asociadas al llamado derecho a la resistencia propiamente dicho).

Podría decirse que el primer escenario es aquel que en su momento privilegió el contractualismo de Kant, quien sin admitir el derecho a la rebelión contra un orden establecido, sí amparaba "*(…) la plena libertad de la pluma para criticar y cuestionar las acciones del Estado, por parte del ciudadano*"[70].

La resistencia pasiva, por su parte, tiene su máxima expresión en la *desobediencia civil*, problema que, como admite Rawls, sólo se plantea "*(…) dentro de un Estado más o menos justo donde los ciudadanos reconocen y aceptan la legitimidad de la Constitución*"[71].

Rawls define la desobediencia civil como "*(…) un acto legal, público pero de carácter político, realizado habitualmente con el fin de provocar un cambio en la legislación o en la política gubernativa*"[72] y la considera una pieza clave en una democracia constitucional que le otorgue cabida al disenso[73]. Tres de sus exponentes más representativos son Henry David Thoreau y Martin Luther King en Estados Unidos, y Mahatma Gandhi en India.

Son seis las características que identifican la desobediencia civil y que la hacen diferente respecto de otras formas de resistencia pasiva: su *finalidad* vin-

---

[68] VALENCIA VILLA, Hernando y BECERRA DE VALENCIA, Mary. *El derecho de resistencia a la opresión.* [Tesis de grado]. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1973, pp. 19-20.

[69] *Ibídem*, p. 20.

[70] MEJÍA QUINTANA, Óscar. *Justicia y democracia consensual, op. cit.,* p. 34.

[71] MEJÍA QUINTANA, Óscar. *La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia civil.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001, p. 210.

[72] *Ibídem*, p. 210.

[73] *Ibídem*, p. 201. Para una revisión de otros autores contemporáneos que admiten la desobediencia civil, como Ronald Dworkin y Jürgen Habermas, Cfr. *Ibídem*, pp. 217-226.

culada a la búsqueda voluntaria del progreso moral o político de la sociedad; su *motivación* ligada al deber moral de violar la ley por juzgarla inmoral e injusta; su carácter *público* y *abierto*; la *aceptación voluntaria de las consecuencias jurídicas*, como prueba de que respeta el ordenamiento jurídico y vela por su justicia; su *carácter no violento*; las condiciones excepcionales y fundamentadas en la imposibilidad de usar medios legales de participación como las únicas en las cuales puede tener lugar; y finalmente, su carácter *colectivo*[74].

Esta caracterización resulta coherente con la intención de Malem Seña de deslindar la naturaleza de la desobediencia civil de otros fenómenos, en alguna medida parecidos, entre los que se destacan los siguientes[75]:

De la revolución, se diferencia por cuanto ésta persigue la modificación del régimen constitucional y legal, en tanto la desobediencia civil respeta ese ordenamiento al punto que vulnera una norma porque la considera contraria al mismo.

Respecto de la desobediencia criminal, si bien ambos vulneran la ley, aquel ejerce la violencia, elemento que rechaza el desobediente civil. Si se situara aquí el delito político, podrían identificarse tres diferencias: i) en cuanto al medio empleada para vulnerar la ley: el delincuente político ejerce la violencia, el desobediente civil, no; ii) en cuanto al alcance de sus objetivo: el delito político es amplio, busca el cambio del régimen, por el contrario, la desobediencia civil es restringida, sólo pretende cambiar una ley o una política del gobierno; y iii) respecto del comportamiento frente a la autoridad: el desobediente civil está dispuesto a aceptar el castigo que la Ley impone, en cambio, el delincuente político al oponerse a esa ley, evade la autoridad.

Semejantes, son las diferencias con el derecho de resistencia, principalmente, en punto del eventual ejercicio de la violencia que se atribuye a éste.

Finalmente, la desobediencia civil es diferente de la objeción de conciencia. Ésta se define como *"(…) un acto privado destinado a proteger al agente de la intervención estatal"*[76]. En ese sentido, pese a sus semejanzas con la desobediencia civil –como en que ambas vulneran la ley–, tres son los criterios de diferenciación que pueden establecerse:

---

[74] *Ibídem*, p. 211.

[75] Los demás fenómenos que Malem diferencia de la desobediencia civil que no se citan en este trabajo por desbordar su objeto: mera disidencia, disidencia extrema, disidencia anarquista, movimientos de no cooperación, y la *satyagraha* india (movimiento de resistencia pasiva que lideró Gandhi). MALEM SEÑA, José Francisco. *Concepto y justificación de la desobediencia civil.* Barcelona: Ariel, 1988, pp. 50-57.

[76] MALEM SEÑA, José Francisco*, op. cit.,* p. 55.

Primero, por la forma de actuar: el desobediente civil puede violar tanto una ley que considera injusta, como otra ley justa con el fin de protestar contra una ley injusta, mientras el objetor de conciencia siempre se opone a una ley dirigida a él y que considera inaceptable moralmente. Segundo, en cuanto a la publicidad de su motivación: mientras el objetor del conciencia puede mantener en secreto sus razones para violar la ley, a la desobediencia civil le es intrínseco el carácter público y abierto de su actuar y las razones para el mismo. Y, tercero, el desobediente civil acepta la pena impuesta por la autoridad, en tanto que el objetor de conciencia puede evadir el castigo.

Así, sólo resta tratar la tercera modalidad de resistencia ante la ilegitimidad: el derecho a la resistencia propiamente, generalmente, ligado al uso de la violencia.

Como se verá a continuación, con base en el análisis contenido en el trabajo de Valencia Villa y Becerra de Valencia[77], la búsqueda de los antecedentes de la "resistencia" puede llegar hasta la Antigüedad con figuras como Antígona o Aristóteles. Este último, ya expresaba ideas en el sentido que la estabilidad de un reino dependía de la equidad del orden que en él se impusiera. Luego, Cicerón ya afirmaba cómo sólo la ley justa era obligatoria para sus destinatarios.

El estudio en comento, da cuenta de que la primera alusión al tema de la resistencia fue de Mencio, discípulo de Confucio, quien se anticipó a la Escolástica con la tesis del tiranicidio, idea que en la Edad Media sería cultivada por la Iglesia, como se citó atrás, en medio de la "querella de las investiduras", con la cual, paradójicamente, inicia la tradición occidental de resistencia a la tiranía.

La maduración de esta idea tuvo destacados exponentes, como John Salisbury y Santo Tomás de Aquino. El primero sostuvo opiniones como que la obediencia a las leyes no es incondicional sino racional, en tanto que el segundo, en principio reticente a la insurrección, condescendía "*(…) en el caso de tiranía evidente y prolongada que atente gravemente a los derechos fundamentales de la persona y damnificase peligrosamente el bien común del país*"[78]. En este escenario, el pueblo tendría derecho a resistir.

En la Modernidad, fruto de la crisis religiosa, en parte generada en el conflicto de las indulgencias que Lutero propiciara, el derecho a la resistencia

[77] VALENCIA VILLA, Hernando y BECERRA DE VALENCIA, Mary. *El derecho de resistencia a la opresión.* (Tesis de grado). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1973, pp. 24-44.

[78] *Ibídem*, pp. 27-28.

logró enfilar a monarcómanos, *iusnaturalistas* y contractualistas en contra de la teoría del derecho divino de los reyes[79].

Desde allí, se pueden contar autores como Hugo Grocio, el ya citado Thomas Hobbes, Samuel Puffendorf, Jean Bodin, entre otros, quienes también, desde diferentes fundamentaciones y generalmente con condiciones, concebían admisible el derecho a la resistencia.

Sin embargo, pese a la simpatía frente al tema en círculos académicos e intelectuales y hasta eclesiásticos, la doctrina del derecho a la resistencia se mantuvo siempre al margen de la Ley, en una especie de postura herética. Sólo hasta la Revolución Francesa, cimentada en el ideario liberal racionalista, fue incorporado a la célebre Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789[80], cuyo artículo II, reza: "*[l]a finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión*".

Como se observa, el derecho de resistencia a la opresión ha estado más ligado a la tradición *iusnaturalista* que a la positivista del Derecho, lo cual explica que los ordenamientos jurídicos modernos, a pesar de su inspiración liberal y en ese sentido, cercanos al *iusnaturalismo*, no lo hayan incorporado en sus Estatutos escritos. Además, consagrar la resistencia como derecho jurídicamente protegido implicaría que el Estado propiciara en su contra un instrumento para su propia destrucción, más aún cuando se asocia esa idea con el uso de la violencia.

Sin embargo, ya que la discusión del derecho a la resistencia, como se vio en el acápite anterior, supera el escenario positivista de la *validez*, y trasciende hacia el de la *legitimidad*, la pregunta por su ejercicio no podría ubicarse en el de las normas jurídicas positivas, sino en el de las condiciones fácticas que generan la ilegitimidad.

---

[79] Teoría elaborada por el papa Gregorio Magno (fin del siglo VI) con base en el pasaje de la Carta de San Pablo a los Romanos, en el Antiguo Testamento, de donde viene la idea de que el rey es la encarnación de Dios en la Tierra. *Ibídem*, p. 30.

[80] No obstante, se cuentan como antecedentes del derecho de resistencia a la opresión en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776) y la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia (1776), en estos instrumentos se ve seriamente menguada la "facultad" de la rebelión hasta el punto de ser nugatoria ante la consagración de figuras como las garantías y los derechos políticos y el celoso mantenimiento del orden público. *Ibídem*, pp. 43-44.

Resumiendo, la respuesta ante la ilegitimidad dependerá de la entidad de la misma o la forma como se manifieste, de manera que bajo las diferentes expresiones y matices del paradigma liberal, podría asistirse a un escenario en el cual la sociedad ejerce la crítica, la desobediencia civil o el derecho a la resistencia.

Como ya se mencionó citando a Rawls, la segunda forma –y por asimilación, la primera también–, sólo se plantea "*(…) dentro de un Estado más o menos justo donde los ciudadanos reconocen y aceptan la legitimidad de la Constitución*"[81], de manera que la pregunta sería si ante condiciones insoportables de injusticia y de fractura del consenso ¿habría lugar al ejercicio del derecho a la resistencia?

La hipótesis que se sugiere, con Valencia y Becerra, es la siguiente: "*(…) mientras más injusto y despótico sea el régimen, más razones habrá para pensar en la licitud de resistirse a sus mandatos y viceversa*"[82].

Tres serían los requisitos mínimos para el ejercicio legítimo, aunque no legal, del derecho a la resistencia: i) la existencia de un Estado de opresión; ii) que se hayan agotado todos los medios legales; y iii) que se haga uso de la menor violencia posible. Eso sí, siempre que las condiciones se den simultánea y objetivamente. Requisitos que no por complejos y debatibles se hacen deleznables.

En síntesis, inspirándose en la fórmula de Radbruch[83], que también apeló al *iusnaturalismo* aún creyendo en la primacía del positivismo normativista, podría afirmarse que sólo ante la injusticia extrema se justifica el ejercicio del derecho a la resistencia. Es decir, se explica el uso de la violencia[84], aunque como se adujo, la menor posible.

---

[81] MEJÍA QUINTANA, Óscar. *La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia civil, op. cit.,* p. 210.

[82] VALENCIA VILLA, Hernando y BECERRA DE VALENCIA, Mary*, op. cit.,* p. 74.

[83] "El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debió resolverse con la primacía del derecho positivo sancionado por el poder, aun cuando por su contenido sea injusto o inconveniente, a no ser que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable, que deba considerarse 'como falso derecho' y ceder el paso a la justicia". RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y Derecho.* Bogotá: Temis, 2009, pp. 34-35.

[84] El uso de la menor violencia posible en ejercicio del derecho a la resistencia, sería acompañado con la interpretación que propone Hannah Arendt: la violencia definida como *instrumento* que tendrá su justificación en la *actualidad de su realización* y en la *efectividad* de la misma, de manera que la violencia cuyos fines son posibles de alcanzar sólo en el largo plazo, no tendría justificación aprobatoria, pues fecundará la desconfianza de la colectividad en su ejercicio. ARENDT, Hannah. "Sobre la violencia". En: *Crisis de la república.* Madrid: Taurus, 1998, p. 34. Citado en: DURÁN PUENTES, Julián*, op. cit.,* p. 60.

Ya que la tesis propuesta se mantiene al margen de la ley, no justifica la protección jurídica de un derecho de resistencia o rebelión armadas que, en aras de mantener la estabilidad del Contrato, deben prohibirse y castigarse, pero sí explica que exista en el ordenamiento jurídico de Estados lejanos a lo que Rawls llama "sociedades bien ordenadas", un tratamiento especial a quien infringe la ley en ejercicio de la resistencia –pasiva o violenta–, esto es, al desobediente civil y al delincuente político –quienes cometerían un acto ilegal pero legítimo[85]–.

Así, el delito político, que como comportamiento no se admite, sino que se reprime[86] y por eso es "delito", encuentra la justificación de su tratamiento diferenciado en el derecho a la resistencia como institución de *ultima ratio* dentro del paradigma liberal de Estado.

II. Configuración del delito político en Colombia

La tradición jurídica colombiana ha conservado el delito político diferenciado del delito común tanto en su concepción como en sus consecuencias, más benévolas para el primero que, pese a la marcada tendencia hacia su debilitamiento y posible extinción, se mantiene vigente y conserva su validez.

A continuación se repasará la historia del delito político en la normatividad y jurisprudencia nacionales dando cuenta del giro que ha dado hacia su debilitamiento; se expondrán las posibles hipótesis que fuera del contexto estrictamente jurídico explican esa tendencia; y se presentará la manera como se mantiene vigente pese a un panorama que presiona su abolición.

1. La tradición del delito político: normatividad y jurisprudencia nacionales

El tratamiento del delincuente político –por excelencia, el rebelde–, ha sido abordado de manera particular en Colombia, seguramente debido a la

---

[85] MONTORO BALLESTEROS, Alberto, *op. cit.,* p. 155.

[86] En sentido similar, Iván Orozco, a propósito de la argumentación de Radbruch sobre el tema, concluye que: "[e]l Estado democrático debe, por tanto, defenderse contra aquellas minorías que se opongan –mediante las armas– a la convicción mayoritaria, pero no debe estigmatizarlas, porque entones traiciona su sustancia pluralista". OROZCO ABAD, Iván. *Combatientes, rebeldes y terroristas, op. cit.,* p. 42.

compleja realidad sociopolítica, ha sido entendido a la sombra del combatiente[87]; vía que resulta afortunada para diferenciarlo con mayor claridad del delincuente común o del terrorista, y permite una interpretación a la luz del Derecho Internacional Humanitario (DIH), es decir, promueve de alguna manera, la humanización de la guerra[88]. Sin embargo, como se verá, no ha sido suficiente para que la figura se debilite, se reduzcan sus alcances y poco a poco sea interpretada en los términos del terrorismo.

La Ley del 27 de junio de 1837 es considerada el primer Código Penal en Colombia. Tuvo como base el proyecto preparado por el Consejo de Estado y presentado por el gobierno del general Santander en 1834, y se enmarcó en lo que se llamó primer periodo del delito político, en tanto fue interpretado como traición[89].

Los artículos 232 y 233, que se referían al tipo de rebelión, dan cuenta de ello:

> ***Artículo 232:*** *Es rebelión el levantamiento o insurrección de una porción más o menos numerosa de súbditos de la república, que se alzan contra el gobierno supremo constitucional de la Nación, negándole la obediencia debida, o procurando sustraerse de ella, o haciéndole la guerra con las armas.*

---

87 Algunas interpretaciones del delincuente político son las empleadas por Gustav Radbruch, Eric Hobsbawm y Carl Schmitt. Para el primero, se trata de un *delincuente por convicción*, es decir, aquel que actúa dominado por su convicción, que considera que no podía actuar de manera diferente a como efectivamente obró, y cuya actuación lleva implícita la convicción de un deber superior, pero no de un derecho superior, lo cual, legitima su tratamiento especial. OROZCO ABAD, Iván. *Combatientes, rebeldes y terroristas, op. cit.,* p. 73. Para el segundo, se trata de un *bandido social*, aquel individuo de extracción popular, que se *rebela* contra el soberano injusto y que cuenta con un amplio apoyo entre las clases campesinas. HOBSBAWM, Eric. "Historiografía del bandolerismo". En: SÁNCHEZ, Gonzalo y PEÑARANDA, Rodrigo (Comp.). *Pasado y presente de la violencia en Colombia.* Bogotá: IEPRI y CEREC, 1991, p. 63. Citado en: RUBIO, Mauricio. *Rebeldes y criminales. Una crítica a la tradicional distinción entre el delito político y el delito común.* Bogotá: Universidad de los Andes, 1998, p. 2. Para Schmitt, se trata de un *partisano*: combatiente irregular, que responde a una honda adhesión política, tiene una acentuada movilidad y una íntima relación con una población y un territorio determinados. RUBIO, Mauricio*, op. cit.,* p. 2.

88 OROZCO ABAD, Iván. "Elementos para una fundamentación de delito político en Colombia: una reflexión a partir de la historia". En: *Análisis Político.* Bogotá: IEPRI - Universidad Nacional de Colombia, No. 9, enero-abril de 1990, pp. 30-32.

89 COLECTIVO DE ABOGADOS JOSÉ ALVEAR RESTREPO. *¿Terrorismo o Rebelión? Propuestas de regulación del conflicto armado.* Bogotá: Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, 2001, p. 115.

Artículo 233: *(...) los autores principales son traidores, serán declarados infames y sufrían la pena de muerte.*

Sin embargo, no ha sido esa la tendencia que ha primando. El tratamiento diferenciado en un sentido benigno hacia el delincuente político tiene como antecedente la Ley 26 de mayo de 1849 que elimina la pena de muerte por delitos políticos, abolición que se extendió a todas las conductas punibles con la Constitución de 1863, línea mantenida en el Código Penal de 1873. Luego, la Constitución de 1886 reimplanta la pena de muerte, salvo para delitos políticos, hasta el Acto Legislativo No. 3 de 1910 que reforma la Constitución de 1886 y prohíbe definitivamente la pena capital[90].

A modo de digresión, y como Marco Analítico utilizado en este análisis, la referencia a la Constitución de Rionegro de 1863 es relevante por cuanto incorporó el Derecho de Gentes al ordenamiento interno[91], y con esto, abrió la posibilidad de "*(…) ofrecer tratamiento* político-militar *al enemigo interior como combatiente y como rebelde*"[92], noción que opuesta al modelo policivo-punitivo, es determinante para el tratamiento del delincuente político en los siguientes términos:

Con base en el planteamiento de Orozco Abad[93]: "*Mientras los modelos político-militares están apuntalados* sobre el concepto simétrico y espectacular del enemigo colectivo, *con su dialéctica horizontal, los modelos policivo-punitivos, en cambio, están edificados más bien sobre las* categorías asimétricas e individuales de la víctima y el victimario, *y sobre su dialéctica vertical*"[94]. Para aquellos, la paz constituye un pacto fundacional resultado de un salto de la barbarie a la civilización donde los antiguos enemigos militares pasan a ser contrincantes políticos; en cambio, para éstos, la paz es un triunfo de la democracia y el Estado de Derecho sobre la desviación hacia la delincuencia, de suerte que los antiguos delincuentes siguen considerándose como tales.

---

90 CASTRO OSPINA, Sandra*, op. cit.,* p. 166.

91 El artículo 91 de la Constitución de Rionegro, reza: "El derecho de Gentes hace parte de la legislación nacional. Sus disposiciones regirán especialmente en los casos de guerra civil. En consecuencia, puede ponerse término a ésta por medio de tratados entre los beligerantes, quienes deberán respetar las prácticas de las naciones cristianas y civilizadas".

92 OROZCO ABAD, Iván. *Combatientes, rebeldes y terroristas, op. cit.,* Prólogo a la segunda edición, p. XXI.

93 Ibídem, Prólogo a la segunda edición, pp. XXI-XXIX.

94 *Ibídem*, Prólogo a la segunda edición, p. XXV.

Asimismo, el primer modelo entiende la violencia como medio para alcanzar un fin, que implica una tendencia a invisibilizar las víctimas, en tanto que el segundo modelo conceptualiza la violencia como sufrimiento sobre el cuerpo y en ese sentido, tiende a visibilizar las víctimas.

La reconciliación, para los modelos políticos-militares, "*(…) tiende a ser representada, si no como convergencia, por lo menos sí como acercamiento de las narrativas identitarias opuestas o como ejercicio de perdón recíproco, para los instrumentos policivo-punitivos, en cambio, solo la justicia a favor de las víctimas hace posible la reconciliación*"[95].

Este marco, da cuenta del hecho que el delito político en Colombia ha sido tratado, primordialmente, con el modelo político-militar, que implica el privilegio de la paz sobre la justicia; sin embargo, esa tendencia ha venido deteriorándose, a favor de su opuesto.

Volviendo al recuento histórico, conforme lo presentado por Orozco Abad[96], después de la Constitución de 1886 se tiene la Ley 157 de 1887 que habilitó para la República de Colombia el Código Penal de Cundinamarca de 1858, copia fiel del Código de la Nueva Granada de 1837. Con esto, se estableció en el sistema penal unitario la figura del combatiente-rebelde.

Posteriormente, se expide el Código Penal de 1890, cuyo artículo 169 tipificaba la rebelión[97], en torno al cambio de personas y al cambio de régimen, inscribiéndolo en el horizonte estratégico de la guerra. Adicionalmente, el artículo 177 otorgaba a la rebelión el carácter de "delito complejo", en los siguientes términos: *"[s]e considerarán como parte de la rebelión los actos consiguientes al objeto de este delito, como ocupación de armas y municiones, llamamiento de hombres al servicio de las armas, separación de sus funciones a los encargados de la autoridad, (…) resistencia a viva fuerza a las tropas que obran a nombre de la autoridad pública (…)*".

Hasta 1936 se expidió una nueva legislación penal en Colombia en medio de un contexto que Orozco Abad llama "olvido de la guerra"[98] debido a que el país trasegaba por un largo periodo de pacificación tras el fin de la última guerra nacional en 1902 –la guerra de los Mil Días.

---

[95] *Ibídem*, Prólogo a la segunda edición, p. XXVII.

[96] *Ibídem*, pp. 162-182.

[97] "Cometen el delito de rebelión: 1. Los que se levanten en armas contra el gobierno, sea simplemente para derrocarlo, sea para cambiar la Constitución por vías de hecho (…)".

[98] OROZCO ABAD, Iván. *Combatientes, rebeldes y terroristas, op. cit.,* p. 165.

Pese a esto, el distanciamiento frente a la tradición no fue radical, en esencia, las normas penales siguieron unidas a las realidades de la guerra y a la herencia del derecho de gentes.

El artículo 139 del Código Penal de 1936[99] mantuvo la base de la definición del delito político: la existencia de un proyecto político de sustitución del Estado, el carácter de "alzamiento en armas" y la exigencia de una autoría colectiva organizada y jerarquizada.

También mantuvo el carácter privilegiado del delito político en cuanto a las penas y a su carácter, aunque cambió su carácter *complejo,* en los términos del código de 1890, por el de *conexo*, al descriminalizar aquellas conductas inherentes al combate –herencia del Derecho de Gentes–. El artículo 141 prescribe: "*Los rebeldes no quedarán sujetos a responsabilidad por las muertes o lesiones causadas en el acto de combate (…)".*

Antes de la expedición del Código Penal de 1980, la normatividad extraordinaria y de excepción mantuvo la figura del delito político en el paradigma combatiente-rebelde: los Decretos 1823 y 2062 de 1954, mediante los cuales se expidieron generosas amnistías, no significaron un detrimento para el delito político. Por su parte, el Decreto 1923 de 1978, conocido como "Estatuto de Seguridad", pese a las medidas regresivas en materia penal, mantuvo la definición de delito político del artículo 139 del Código Penal de 1936, aunque aumentó significativamente las penas.

También bajo la excepcionalidad, pues el país se mantuvo, hasta la expedición de la Constitución de 1991, en "estado de sitio"[100], se expidió el Decreto Ley 100 de 1980 –nuevo Código Penal–, cuyo artículo 125 señala: "*[l]os que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar el gobierno nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión (…)".*

Asimismo, la conexidad queda establecida en el artículo 127: "*[l]os rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate,*

[99] "*Los que promuevan, encabecen o dirijan un alzamiento en armas para derrocar al gobierno nacional, legalmente constituido, o para cambiar o suspender en todo o en parte el régimen constitucional existente, en lo que se refiera a la formación, funcionamiento o renovación de los poderes públicos u órganos de la soberanía quedarán sujetos a prisión (…)".*

[100] Acerca del estado de sitio en Colombia entre 1948 y 1990, Cfr. CARDONA CHAVES, Juan Pablo y LUNA BLANCO, Tania. "Estados de excepción en Colombia: 1948-1990". En: MARQUARDT, Bernd [Ed.]. *Constitucionalismo comparado.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009, pp. 449 y ss.

siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo". Llama la atención que con esta norma se tipifica el terrorismo en Colombia.

Si bien, en apariencia, con la nueva normatividad no se modifican en su esencia las características que hacen privilegiado el delito político, lo cierto es que la tendencia hacia su benignidad ya había empezado a cambiar cuando se dan los primeros brotes de resistencia popular en Colombia, a partir de 1948[101]. Dos son los puntos de inflexión: i) la discusión sobre la conexidad; y ii) la evolución de las sanciones.

Dada la pasiva indefinición constitucional y legal del delito político, la disputa en torno a la amplitud que debe darse a la conexidad ha sido más álgida que la correspondiente a su acepción. "*Ha sido, primordialmente, la necesidad gubernamental de poner término a la confrontación armada, mediante la concesión de amnistías y de indultos, que ha determinado, una y otra vez, la vigencia de interpretaciones legales y jurisprudenciales* ad hoc *a favor de una exégesis generosa*"[102] sobre la conexidad.

En ocasiones amplia, como en la citada amnistía de 1954, y sorteando intentos por restringirla, como lo prueban los debates previos a la expedición de los Códigos de 1936 y 1980[103], la discusión sobre la conexidad tuvo un cierre –que parece definitivo– en la jurisprudencia nacional, a través de la Sentencia C-456 de 1997, proferida en vigencia del Código Penal de 1980.

A pesar que la jurisprudencia constitucional en Colombia había sido constante en una tendencia favorable o benigna hacia el delito político, diferenciándolo con claridad y contundencia del delito común, conservando su carácter complejo, y cuidando sus límites[104] advirtiendo la incompatibilidad de aquel con conductas que excedan su naturaleza[105], en 1997 la Corte Cons-

[101] COLECTIVO DE ABOGADOS JOSÉ ALVEAR RESTREPO, *op. cit.,* pp. 118-119.

[102] OROZCO ABAD, Iván. *Combatientes, rebeldes y terroristas, op. cit.,* p. 169.

[103] Ver: OROZCO ABAD, Iván. *Combatientes, rebeldes y terroristas. Op. cit.* pp. 167 y 176.

[104] Una tendencia jurisprudencial en este sentido: Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-069 de 1994, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa; C-171 de 1993, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa; C-709 de 1996, M.P.: Antonio Barrera Carbonell, y C-009 de 1995, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

[105] "(…) si bien es cierto el fin no justifica los medios, no puede darse el mismo trato a quienes actúan movidos por el bien común, así escojan unos mecanismos errados o desproporcionados, y a quienes promueven el desorden con fines intrínsecamente perversos y egoístas. Debe, pues, hacerse una distinción legal con fundamento en el acto de justicia, que otorga a cada cual lo que merece, según su acto y su intención". Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-009 de 1995, *Op. cit.*, VI. Consideraciones de la Corte, 3. Caso Concreto.

titucional, en conocimiento de una acción pública de inconstitucionalidad, presentada contra el artículo 127 del Decreto 100 de 1980 (arriba transcrito, que contenía la conexidad de la rebelión y la sedición para conductas punibles cometidas en combate), se pregunta si: ¿puede afirmarse que ésta es una verdadera amnistía general? En la respuesta, adujo que:

> *"[E]l artículo 127 equivale a una amnistía general, anticipada e intemporal. Es general, porque comprende a todos los rebeldes o sediciosos, sean ellos particulares o miembros de las Fuerzas Armadas de la república, y porque abarca todos los hechos punibles cometidos en combate, con sólo unas excepciones. Es anticipada, porque durante la vigencia de la norma los rebeldes o sediciosos saben que cualquier delito que cometan (con la limitación indicada) no estará sujeto a pena alguna. Y que ni siquiera será objeto de investigación, pues ésta se hará únicamente en relación con los delitos de rebelión o de sedición. Y es intemporal, porque no está sujeta a límite en el tiempo y comprende todos los delitos cometidos por los rebeldes o sediciosos antes de la vigencia de la norma y durante ella*"[106] (resaltado en el texto original).

En consecuencia, señala que el artículo 127 demandado quebranta diversas normas de la Constitución: 150, No. 17, por ser una amnistía pero, sin los requisitos formales constitucionales que ese artículo prevé; 2º, porque atenta contra la "convivencia pacífica"; 4º, porque contraviene el deber de los nacionales y extranjeros en Colombia de acatar "la Constitución y las leyes"; 13, que consagra la igualdad de todos ante la ley, porque consagra un privilegio inaceptable para quienes, por su propia voluntad, incurren en los delitos de rebelión o sedición; 22, porque quien atenta contra la paz no queda sujeto a pena alguna; 95, porque se falta al deber de "respetar y apoyar las autoridades democráticas legítimamente constituidas", no contribuye al logro y mantenimiento de la ley e impide que se administre justicia y se castiguen los autores de innumerables delitos; 229, porque niega a las víctimas el derecho de "acceder a la administración de justicia"; y 250, porque la Fiscalía General de la Nación no puede ejercer su función de investigar ni acusar por los delitos cometidos por rebeldes o sediciosos, en combate[107].

---

[106] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-456 de 1997, MM.PP.: Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz, II. Consideraciones de la Corte Constitucional, Tercera.

[107] *Ibídem*, II. Consideraciones de la Corte Constitucional, Séptima.

No obstante, la decisión no fue unánime. El salvamento de voto de los magistrados Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, en una visión ligada a la tradición jurisprudencial anterior, y al modelo político-militar del tratamiento del delito político[108], opone argumentos a la mayoría de la Corte, y da cuenta de las implicaciones de la decisión.

En primer lugar, recuerda el raigambre constitucional que le asiste al delito político, a diferencia de otras conductas punibles, y por tanto, el carácter superior que reviste su tratamiento benévolo: "*[l]a Constitución no sólo autoriza sino que incluso exige un tratamiento punitivo benévolo en favor de los rebeldes y sediciosos, el cual, como acertadamente lo señala uno de los intervinientes en el proceso, implica la conexidad, vale decir la absorción de los delitos comunes cometidos en combate por el delito político*"[109].

En segundo lugar, acerca de la conexidad en particular, enfatiza que: "*(…) es el símbolo inequívoco de la complejidad fáctica del delito político, así como del hecho de que éste es reconocido y diferenciado favorablemente de otras conductas delictivas en materia punitiva*"; de lo cual desprende un argumento contra la decisión de la mayoría de la Corte que a su sentir, al declarar como amnistía anticipada la exclusión de pena por los delitos cometidos en combate por los rebeldes o sediciosos, incurre en una inexactitud que *"(…) deriva del error de la Corte de creer que la eventual amnistía es el único beneficio para los delitos políticos puesto que, como ya lo vimos, la exclusión de pena no prefigura una amnistía futura, la cual puede perfectamente no ocurrir, sino que constituye el dispositivo necesario para penalizar benévolamente la rebelión, tal y como lo autoriza la Carta*"[110].

También aduce en contra de la sentencia, que en este caso la Corte desconoció su función como juez constitucional que se limitaba a "(…*) verificar si la regulación legal acusada constituía un tratamiento del delito político ajustado a la*

[108] La siguiente afirmación da cuenta del modelo político-militar adoptado por los magistrados disidentes: "[l]a definición de delincuente político en Colombia se ha estructurado, en torno a la noción del combatiente armado, por lo cual las definiciones del derecho internacional humanitario han jugado un importante papel. El rebelde es entonces en nuestro país un combatiente que hace parte de un grupo que se ha alzado en armas por razones políticas, de tal manera que, así como el derecho internacional confiere inmunidad a los actos de guerra de los soldados en las confrontaciones interestatales, a nivel interno, los hechos punibles cometidos en combate por los rebeldes no son sancionados como tales sino que se subsumen en el delito de rebelión". *Ibídem*, Salvamento de voto, No. 3.

[109] *Ibídem*, Salvamento de voto, No. 2.

[110] *Ibídem*, Salvamento de voto, No. 2.

manera como la Carta regula esta materia"[111], y, por el contrario, lo que hizo fue "*(…) imponer a la sociedad colombiana (…) [una] particular filosofía política sobre cómo las democracias deben enfrentar los desafíos del delito político*"[112], noción que inclusive puede reprocharse, pues no es coherente sostener que "*(…) la punición extrema sea la respuesta propia de un régimen democrático pluralista al complejo desafío planteado por la rebelión armada*"[113].

Adicionalmente, descalifica la decisión mayoritaria por considerar que: desconoce la tradición jurídica nacional en materia de delito político; y contraviene el espíritu del Constituyente puesto que, a pesar de que no definió el alcance del delito político,

> *"(…) resulta razonable pensar que no hubo la intención de apartarse del concepto dominante en esta materia, por las siguientes razones: de un lado, por el origen y la composición de la Asamblea Constituyente, pues ésta surge de procesos de paz exitosos y participan en ella antiguos combatientes guerrilleros, que se habían beneficiado del tratamiento benigno al delito político, por lo cual es lógico pensar que ese cuerpo quiso mantener la concepción de delito político existente en ese entonces. De otro lado, no existe en los debates de la asamblea ningún cuestionamiento al tratamiento del delito político y a la figura de la conexidad, a tal punto había consenso en esa materia. Finalmente, el propio texto constitucional es indicativo de esa voluntad de preservar la definición tradicional de delito político, no sólo por cuanto la Carta mantiene la distinción entre delito político y delito común sino también por la constitucionalización del Derecho Internacional Humanitario*"[114].

En tercer lugar, considera lesivas las implicaciones de la decisión en cuanto: i) rompe la tradición jurídica colombiana sobre el tema; ii) desconoce el concepto de delito político que surge de la Constitución, por contravenir disposiciones constitucionales relacionadas con la figura, tanto las específicas a su favor, como las relativas al DIH que también le incumben, iii) se separa de la tradición preconstituyente[115]; y iv) puede intensificar la ferocidad de la

[111] *Ibídem*, Salvamento de voto, No. 5.
[112] *Ibídem*, Salvamento de voto, No. 5.
[113] *Ibídem*, Salvamento de voto, No. 5. Esta aseveración de los magistrados disidentes es compatible con lo afirmado en el primer acápite de este documento, cuando se concluyó que el tratamiento benévolo al delincuente político es coherente con el modelo de Estado de Derecho de inspiración liberal, ante ciertos escenarios de ilegitimidad extrema.
[114] *Ibídem*, Salvamento de voto, No. 3.
[115] *Ibídem*, Salvamento de voto, No. 3.

guerra, pues desestimula el respeto de las reglas del Derecho Humanitario al restar el interés jurídico que podría tener un alzado en armas en respetar las normas humanitarias[116].

La doctrina, también ha comentado la gravedad de la decisión para la figura del delito político:

Para unos, con posterioridad a esa sentencia "*(...) la noción del delito político se constituyó en una estrategia discursiva de exclusión política (…). Asimismo, (…) la modificación de algunos de los elementos jurídicos del delito político viabilizó un rechazo sistemático frente a cualquier asignación de estatus especial; cuestión que contribuye a la legitimación de un modelo de Estado excluyente del otro como actor político*"[117].

Para otros, "*[l]a Corte cae en evidentes falacias cuando opina que la no punición de la muerte en combate equivale a una institucionalización de la pena de muerte, pues, bien se sabe que el concepto de 'pena' está cargado de institucionalidad, de legitimidad estatal, es decir, es expresión de poder; con tal lógica, dar muerte a otro en legítima defensa, también habría de considerarse una pena (…)*"[118].

Otro tanto considera que, mediante esa decisión, la Corte "*(…) destruyó de tajo el estrecho nexo que tenían en Colombia el principio de inmunidad de los combatientes, corazón del Derecho clásico de los conflictos armados, y el tratamiento privilegiado del delincuente político. Con ello, la figura del combatiente-rebelde, con todas sus inmunidades, desapareció del ámbito jurídico penal*"[119], y con esto, redujo el delito político a un recurso jurídico político *ad hoc*, resucitable por iniciativa del Congreso en contextos puntuales de paz negociada[120].

---

[116] *Ibídem*, Salvamento de voto, No. 4.

[117] RESTREPO ORREGO, Lucas Andrés. "Aproximación desde Michel Foucault a la transformación contemporánea del delito político en Colombia: de un mecanismo de normalización a un mecanismo de rechazo". En: *Criterio Jurídico.* Cali: Pontificia Universidad Javeriana, Vol. 11, Núm. 1, 2011, p. 172.

[118] REYES CUARTAS, José Fernando. "El papel de la Corte Constitucional en la protección de las garantías penales en Colombia". En: SOTOMAYOR, José Oberto (Coord.). *Garantismo y Derecho Penal.* Bogotá: Temis, 2007, p. 194. Citado en: POSADA MAYA, Ricardo*, op. cit.,* p. 72.

[119] OROZCO ABAD, Iván. *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria.* Bogotá: Temis y Universidad de los Andes, 2009, p. 188.

[120] OROZCO ABAD, Iván. *Combatientes, rebeldes y terroristas, op. cit.,* p. XXXII.

Asimismo, extrapolando los argumentos de autores del nivel de Luis Carlos Pérez, podría afirmarse también en este punto, que: "*(…) el delito político puro es una ilusión pura. Nadie se levanta en armas para que éstas permanezcan en alto. Quien apela a esos medios conoce los riesgos que va a afrontar. Las armas se han hecho para combatir (…). Cualquiera que sea el daño resultante, como esté encadenado al objetivo propuesto, es un daño que se vincula al hecho principal. La culpabilidad se unifica. No hay no hay tantas infracciones como bienes jurídicos afectados, sino una sola: la política, con las excepciones que expresamente señale la ley (…)*"[121].

El segundo punto de inflexión que da cuenta del deterioro del delito político y de la tendencia benigna hacia él, se encuentra en la evolución de las sanciones, cuyo *quantum* punitivo se ha incrementando con el tiempo[122]. El siguiente resumen de las principales normas penales del siglo XX lo muestra el Cuadro 1.

[121] PÉREZ, Luis Carlos. *Derecho Penal. Parte General y Especial.* Bogotá: Temis, Tomo III, 2ª edición, 1990, p. 110.

[122] CASTRO OSPINA, Sandra*, op. cit.,* p. 167.

Cuadro 1.

Norma / Delito	Código Penal de 1936	Decreto 1923 de 1978 ('Estatuto de Seguridad')	Código Penal de 1980	Decreto 1857 de 1989[123]	Sentencia C-456 de 1997	Código Penal del 2000
Rebelión	Prisión de seis meses a cuatro años	Presidio[124] de ocho a catorce años	Prisión de tres a seis años	Prisión de cinco a nueve años		Prisión de noventa y seis (96) a ciento sesenta y dos (162) meses
Sedición	Arresto de seis meses a cuatro años		Arresto de seis meses a cuatro años	Arresto de dos a ocho años		Prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses

[123] Expedido con fundamento en facultades excepcionales del Ejecutivo durante el Ejecutivo durante el estado de sitio, y adoptado como legislación permanente mediante el Decreto 2266 de 1991.

[124] "De acuerdo con el artículo 41 del Código Penal de 1936, las penas previstas eran las de prisión, arresto, confinamiento y multa; independientemente de las penas accesorias. La pena de presidio iniciaba con un aislamiento permanente del penado durante un término de un mes a dos años según la gravedad de la pena y la personalidad del delincuente. Su duración era de uno a veinticuatro años; mientras que la prisión era de seis meses a ocho años y la de arresto de un día a cinco años (Art. 45). La pena de presidio era cumplida en una penitenciaria y los presidiarios durante el día realizaban trabajos de industriales o agrícolas dentro del mismo establecimiento, o trabajos obligatorios en obras públicas. Los condenados a prisión, en cambio, no estaban obligados a trabajar fuera del sitio donde estuvieran recluidos (ats. 46 y 47)". CASTRO OSPINA, Sandra, *op. cit.,* p. 168.

Cuadro 1 (cont.)

Norma / Delito	Código Penal de 1936	Decreto 1923 de 1978 ('Estatuto de Seguridad')	Código Penal de 1980	Decreto 1857 de 1989[123]	Sentencia C-456 de 1997	Código Penal del 2000
Asonada	Confinamiento[125] de seis meses a dos años		Arresto de cuatro meses a dos años			Prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses.
Conspiración	Confinamiento de seis meses a tres años		Arresto de cuatro meses a dos años			Prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses.
Seducción, usurpación y retención ilegal del mando	La mitad de la pena prevista para los delitos de rebelión o sedición					Prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses.

[125] Según lo dispuesto en el artículo 49 del Código Penal de 1936, el confinamiento consistía en la "obligación impuesta al condenado de permanecer en determinado municipio, distante por lo menos cien kilómetros de aquel en que fue cometido el delito o de aquel en que resida el ofendido o el condenado". Citado en: CASTRO OSPINA, Sandra, *op. cit.*, p. 167.

Cuadro 1 (cont.)

Norma / Delito	Código Penal de 1936	Decreto 1923 de 1978 ('Estatuto de Seguridad')	Código Penal de 1980	Decreto 1857 de 1989[123]	Sentencia C-456 de 1997	Código Penal del 2000
Exclusión de responsabilidad	Por las muertes o lesiones causadas en el acto de combate (Art. 141).		Mantuvo la exclusión de la pena para los delitos de rebelión y sedición por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyeran actos de ferocidad, barbarie y terrorismo (art. 127).	Suspendió de forma temporal la vigencia del Art. 127 del Código Penal de 1980.	Declaró inexequible la exclusión de la pena para los rebeldes y sediciosos por los delitos cometidos en combate	

Las últimas normas penales expedidas hasta llegar a la Ley 599 del 2000 (Código Penal vigente) que concluyen el recuento histórico aquí esbozado, terminan de probar la hipótesis propuesta acerca del detrimento que, vía jurisprudencial y legal, ha sufrido el delito político en Colombia.

Tanto la interpretación restringida de la conexidad, como el incremento significativo de las penas, han marcado la ruta que, poco a poco ha mutado del modelo político-militar al modelo policivo-punitivo.

2. Las posibles razones del debilitamiento de los delitos políticos

Se ha probado que el delito político se ha debilitado, pero ¿cuáles son las causas que han motivado su declive? Diversas pueden ser las posibles respuestas. Como ya se aludió a la no adhesión a las tesis autorreferenciales o autopoiéticas del Derecho, en especial, en este tema, las hipótesis que se sugieren a continuación, van más allá de hechos generados al interior de lo jurídico y, por el contrario, se refieren a hechos que primero, repercuten en el orden político y social: i) el humanismo de la segunda posguerra; ii) la doctrina del "fin de la historia"; iii) el nuevo orden mundial a partir del 11 de septiembre de 2001; y iv) el retorno a las tesis abolicionistas.

La primera hipótesis, da cuenta de un cambio de paradigma en Occidente con ocasión del fin de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), que "*(…) propició una evolución en materia de guerra y de paz, al menos en dos sentidos: i) la conciencia de la gravedad de los acontecimientos acaecidos; y ii) la presencia de una convicción jurídica respecto de la necesidad de proteger internacionalmente la dignidad humana*"[126].

Esta evolución, puede resumirse en el despertar de un enfático rechazo a la injusticia, y una disposición para evitar que hechos semejantes se repitieran y quedaran impunes, es decir, se inaugura el paradigma de la lucha contra la impunidad[127].

Esto implicó, en los escenarios ideológico y jurídico: "*(…) el renacimiento i) del* iusnaturalismo*; ii) de los principios generales del Derecho; iii) de la supralegalidad del Derecho; y iv) de los derechos humanos que se cimentarán en el concepto*

[126] CARDONA CHAVES, Juan Pablo*, op. cit.,* pp. 137-138.
[127] *Ibídem*, p. 138.

de dignidad humana propuesto por Kant –el hombre como fin en sí mismo–, el cual irrigará, precisamente, toda la construcción posterior del DIDH"[128] (Derecho Internacional de los Derechos Humanos).

La idea de dignidad humana y el consecuente desarrollo de los derechos humanos universales bajo el marco de la lucha contra la impunidad, devinieron en una especie de humanismo que, en el escenario del Derecho Penal, se ha inclinado hacia la reivindicación de las víctimas de los crímenes y por contera, la desacralización de los, otrora intocables, derechos de los procesados[129].

En punto del delito político, podrían aducirse varias consecuencias (todas encaminadas hacia el posicionamiento del modelo policivo-punitivo, esbozado atrás): como lo plantea Orozco Abad, "*[e]l universalismo abstracto e igualitario de los derechos humanos, explicablemente, no quiere saber nada de conexidades ni de amnistías para el delito político y acaso ni siquiera de la distinción misma entre los delitos políticos y comunes*"[130].

Bajo este paradigma, "*(…) en lo que atañe al daño sufrido, se dice a las víctimas les da igual que las maten por motivos altruistas o egoístas*"[131], de igual que pierde sentido tratar de manera diferenciada a quien comete el delito con ciertos ideales, pues la importancia del daño que inflige es superior a su motivación. La nueva lógica indica que "*(…) hay medios tan terribles que su uso no puede justificarse por ningún fin, sin importar lo altruista que este sea*"[132].

---

[128] *Ibídem*, p. 143.

[129] Este fenómeno de expansión del Derecho Penal y promoción de los derechos de las víctimas, ha sido criticado por algunos autores que, recogiéndolo bajo la denominación peyorativa de "neopunitivismo" lo definen como "(…) corriente político-criminal que se caracteriza por la renovada creencia mesiánica de que el poder punitivo *puede* y *debe* llegar a todos los rincones de la vida social (…)". PASTOR, Daniel. *Encrucijadas del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional de los derechos humanos.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, 2009, pp. 240-241. Otros, por el contrario, defienden y justifican esta tendencia con razonables argumentos como que aquella, consiste en la necesidad de revisar la política criminal con base en un gravísimo contexto afectado por el problema de impunidad que se manifiesta en dos sentidos: i) la afectación a los sectores más relegados de la sociedad y con mayores dificultades para el acceso a la justicia; y ii) como reflejo de la inadmisible desigualdad social. ABRAMOVICH, Víctor. "Epílogo". En: TISCORNIA, Sofía. *Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales. El caso Walter Bulacio*. Buenos Aires: Editores del Puerto y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 2008, p. 261. Citados en: CARDONA CHAVES, Juan Pablo, *op. cit.,* pp. 62 y 64.

[130] OROZCO ABAD, Iván. *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria, op. cit.,* p. 188.

[131] *Ibídem*, p. 188.

[132] *Ibídem*, p. 189.

En el plano de la conexidad, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) de 1998, claro exponente del paradigma de la lucha contra la impunidad, motivó el aumento de la ya larga lista de excepciones a la conexidad, con las categorías de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad[133].

En síntesis, el Derecho de los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario han desarrollado una "ética de medios" que supera la, antaño respetada, "ética de los fines" que justificaba el tratamiento benévolo del delincuente político, inicialmente, en la cultura jurídica de los países desarrollados y luego, en los países en vía de desarrollo[134].

La segunda hipótesis se basa en el ensayo que Francis Fukuyama escribiera en 1988 titulado "¿El fin de las historia?"[135], donde, a propósito de los acontecimientos del fin de la década de los años ochenta del siglo XX, en especial, el fin de la Guerra Fría, celebra la que constituye su hipótesis central: el triunfo del liberalismo económico y político sobre los remantes del absolutismo, el bolchevismo, el fascismo y, lo que llama el "marxismo actualizado", contra los que tuvo que luchar a lo largo del siglo XX[136].

Para Fukuyama, el triunfo de la idea del liberalismo implicó "(…) el total agotamiento de sistemáticas alternativas viables al liberalismo occidental"[137]

---

[133] OROZCO ABAD, Iván. *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria, op. cit.,* p. 188.

[134] El fenómeno, es resumido por Orozco Abad de la siguiente forma: un "(…) tránsito en la cultura jurídico-política en desmedro de los fines, del perdón y del olvido, y en beneficio, en cambio, de una ética de medios, de la memoria y del castigo, marcó el punto de inflexión definitivo hacia la muerte del delito político en los países desarrollados. A partir de entonces, solo sería cuestión de tiempo y de oportunidad que dicho cambio cultural en la valoración del delito político llegara hasta nosotros". OROZCO ABAD, Iván*, op. cit.,* Prólogo a la segunda edición, p. XXXI.

[135] FUKUYAMA, Francis. *¿El fin de la historia?* Artículo publicado originalmente en la revista *The National Interest* (verano 1988), está basado en una conferencia que el autor dictara en el John M. Olin Center for Inquiry into the Theory and Practice of Democracy de la Universidad de Chicago, EE.UU. [En línea]. Disponible en: http://firgoa.usc.es/drupal/files/Francis%20Fukuyama%20-%20Fin%20de%20la%20historia%20y%20otros%20escritos.pdf. Consultado por última vez: mayo 13 del 2012.

[136] FUKUYAMA, Francis*, op. cit.,* p. 3. Para el autor, el fascismo y el comunismo constituyeron los desafíos más importantes para el liberalismo. El primero, fue derrotado, no como idea, sino materialmente por perder la guerra. Entretanto, el comunismo, aunque más serio, fue superado por el liberalismo en tanto la principal crítica (la contradicción capitalista trabajo-capital) se resolvió al descubrirse, según Fukuyama, que la desigualdad económica no es inherente al liberalismo y su estructura legal y social, sino a las características culturales de los grupos que conforman la sociedad. *Ibídem*, pp. 8-9.

[137] *Ibídem*, p. 3.

marcado por los cambios hacia el reformismo implementados en la década de los setenta en los dos países comunistas más grandes (China y la Unión Soviética), y la propagación de la cultura del consumo occidental[138].

Según el autor en mención: "[l]o que podríamos estar presenciando no sólo es el fin de la Guerra Fría, o la culminación de un período específico de la historia de la posguerra, sino el fin de la historia como tal: esto es, el punto final de la evolución ideológica de la humanidad y la universalización de la democracia liberal occidental como la forma final de gobierno humano"[139].

Sólo dos amenazas parecen acechar aún al liberalismo: la religión y el nacionalismo, pero, ninguna con la fuerza suficiente como para derrocarlo. La primera, por su dificultad de hacerse universal (¿alguien concibe hoy la expansión mundial del Estado musulmán?); y la segunda, por cuanto difícilmente el nacionalismo podría calificarse como una ideología formal en el mismo nivel del liberalismo y el comunismo, de manera que su escasa pretensión que no va más allá de algún tipo de independencia, pero no llega a programa detallado de organización socioeconómica, le debilita[140].

Esta idea resulta compatible con el modelo policivo-punitivo del delito político, como se mencionó atrás, cimentada en una dialéctica vertical donde la paz es un triunfo de la democracia y el Estado de Derecho sobre la desviación hacia la delincuencia. Es decir, las ideas de Fukuyama al predicar la imposibilidad de una alternativa al Estado liberal de Derecho, estimulan la negación del otro y su represión a ultranza por cuanto su actuar está cargado, *per se*, de una propuesta imposible e inviable, de suerte que atentar contra esa idea liberal, deseable en tanto ganadora y única, no es comprensible o aceptable. Como lo dice Orozco: Abad: *"(…) sacralizada la democracia liberal, convertida en el 'fin de la historia' (…), la violencia que se ejerce contra ella es sacrílega, y con ello, doblemente reprochable*"[141].

---

[138] *Ibídem*, p. 3.

[139] *Ibídem*, p. 4. El autor cimienta su tesis en el historicismo hegeliano (no en el marxista que considera una derivación poco afortunada de aquel) y en la interpretación que de él hace el filósofo Alexandre Kojève. Para Hegel, la historia llegó a su fin en 1806 cuando en la batalla de Jena, Napoleón derrotó a la monarquía prusiana, con lo cual triunfaron las ideas de la Revolución Francesa y se hizo inminente la universalización del Estado basado en los principios de libertad e igualdad. Para Kojève, y por supuesto para Fukuyama, con el desarrollo posterior del liberalismo (la abolición de la esclavitud, el sufragio universal, etc.), se demostró que los principios básicos del Estado liberal democrático, ya no podían mejorarse. *Ibídem*, p. 5.

[140] *Ibídem*, pp. 14-15.

[141] OROZCO ABAD, Iván. *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria, op. cit.,* p. 189.

Así, pese a que Fukuyama considera que las implicaciones del fin de la historia deben estudiarse en los Estados más grandes y desarrollados, por cuanto *"(…) la enorme mayoría del Tercer Mundo permanece atrapada en la historia, y será área de conflicto por muchos años más"*[142], sus ideas, como suele suceder con aquellas doctrinas *snob* de occidente, han sido en alguna medida asimiladas, en contextos como el nacional.

Esta aseveración sería la que explicaría la influencia de esta hipótesis en el cambio sufrido en el último tiempo por la noción delito político, en particular, en el desprecio de las "ideas" (en la medida en que han muerto) como justificación para el uso de la violencia contra el sistema.

La tercera hipótesis sobre el deterioro del delito político se basa en lo que algunos han llamado "el nuevo orden mundial"[143] impuesto con ocasión de los atentados contra las torres gemelas en Nueva York –y otros puntos en Estados Unidos–, el 11 de septiembre del 2001.

El hecho ha sido considerado como una "buena" oportunidad que tuvieron los Estados Unidos para encontrar ese enemigo que *"(…) permitiera trazar una línea divisoria entre 'buenos' y 'malos', y organizar un sistema mundial de amigos y enemigos"*[144], funcional a ciertos intereses como los de la guerra por los hidrocarburos.

Las consecuencias fueron múltiples. Entre ellas, el posicionamiento del discurso del "terrorismo" que se convirtió en un tema fundamental en la agenda mundial y fue el nombre que recibió ese difuso y volátil enemigo que ya no era un Estado y ni siquiera podría estar ubicado en un territorio[145]. Asimismo, se asistió al *"(…) fortalecimiento de los Estados policíacos"*[146], es decir, la priorización de la seguridad en las agendas nacionales y la reorientación de estas políticas, aunque ya no sólo desde los Estados nacionales, sino con una estrategia de cooperación entre los Estados propia de la dinámica de la globalización[147].

Esta lógica binaria que reedita el código schmittiano "amigo-enemigo", no es para nada antagónica con el modelo policivo-punitivo de tratamiento al

---

[142] FUKUYAMA, Francis*, op. cit.,* pp. 15-16.

[143] FAZIO VENGOA, Hugo; RESTREPO, Luis Alberto y ROJAS, Diana. "11 de septiembre: un nuevo orden mundial". En: *Análisis Político.* Bogotá: IEPRI-Universidad Nacional de Colombia, No. 44, septiembre-diciembre del 2001, pp. 117-127.

[144] *Ibídem*, p. 117.

[145] *Ibídem*, pp. 118-119.

[146] *Ibídem*, p. 119.

[147] *Ibídem*, pp. 119-120.

disidente político que ejerce la violencia, por el contrario, es el discurso que auspicia el tránsito del enemigo relativo –no discriminado– hacia al enemigo absoluto –discriminado como terrorista y criminal de lesa humanidad[148]–, frente al cual, no se tienen consideraciones.

La consecuencia de advertir en el delincuente político un terrorista es mayúscula, pues el tratamiento jurídico, como la ha manifestado la Corte Constitucional en Colombia, debe ser disímil por cuanto: *"(…) [e]s de tal gravedad la conducta terrorista que los beneficios constitucionalmente consagrados para el delito político no pueden extenderse a delitos atroces ni a homicidios cometidos fuera de combate o aprovechando la situación de indefensión de la víctima*"[149].

Esta tendencia a relacionar íntimamente el delito político con el terrorismo, fue recurrente en el gobierno colombiano entre 2002 y 2010[150], cuando el presidente de turno, quizá, entre otros motivos, por la cercanía del periodo con los hechos del 11 de septiembre del 2001, empleaba un discurso despreciativo respecto de la figura con alocuciones como la siguiente: "*(…) el mito del romántico, insubordinado por razones, que sacrifica su posición y su bienestar personal, por conquistar un orden que él concibe justo. La que dio fundamento a la teoría del delito político y su tratamiento bondadoso como hecho punible. ¡Qué diferencia con el terrorismo de hoy: rico por el narcotráfico, millonario por el secuestro, poderoso por la expoliación del pueblo colombiano!*"[151].

Finalmente, la cuarta hipótesis que aquí se propone sobre las causas de la desfiguración del delito político, se ubica en el retorno de las llamadas las teorías abolicionistas –a las cuales ya se había aludido brevemente[152]–, según las

---

[148] OROZCO ABAD, Iván. *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria, op. cit.,* p. 189.

[149] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-127 de 1993, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, II. Fundamentos Jurídicos, No. 3.

[150] ACOSTA CORTÉS, María Cristina. *Colombia ¿el fin del delito político? Uso político del delito político en el discurso uribista.* (Tesis de Maestría). Salamanca: Universidad de Salamanca, 2009, p. 55.

[151] URIBE VÉLEZ, Álvaro. Discurso en el aniversario de los 100 años del fin de la guerra de los Mil Días, en Chinácota (Norte de Santander), noviembre 21 del 2002. Citado en: ACOSTA CORTÉS, María Cristina*, op. cit.,* p. 55. No obstante, esta investigación da cuenta de la manera contradictoria como el expresidente Uribe pedía que se les diera el mismo tratamiento tanto a guerrillas como a paramilitares bajo la categoría de delito político, y, al mismo tiempo, señalaba como terroristas a las guerrillas. *Ibídem*, p. 56.

[152] *Supra*, No. 1.1.

cuales *"(…) los delitos políticos son en realidad delitos comunes, porque en una democracia no se puede justificar comportamientos que legitimen o minimicen el uso de la violencia*"[153].

Este postulado, cercano al "fin de la historia", en tanto otorga una superioridad moral al Estado de Derecho[154], presupone que, ante la existencia de un régimen democrático, mantener la figura del delito político se hace: i) contradictorio; y ii) anacrónico.

El primer lugar, si bien el Estado democrático y constitucional de Derecho (como la forma más evolucionada en la teoría liberal), no es relativista en cuanto ejerce una concepción de dignidad y de convivencia que no le permiten ser neutral y tolerante ante cualquier medio que se emplee con fines políticos, tampoco es absolutista de suerte que deja un amplio margen para las discrepancias individuales con el orden legal establecido. Esto lo hace mediante derechos protegidos como la libertad de expresión, la libertades políticas o la objeción de conciencia; de manera que, resulta paradójico con un Estado constitucional que blinda las normas sobre derechos fundamentales o procedimientos democráticos, privilegiar a quien pretende cambiar esas reglas mediante la violencia[155].

En segundo lugar, las ideas sobre el delito político pudieron haber tenido asidero en medio de cierto tipo de regímenes como los totalitarios, donde su trato a favor tenía una connotación entre moral y romántica, por cuanto la lesión a la legalidad se compensaba con el mérito que revestía la pureza de sus ideales y el riesgo que tomaba en pro de aquellos[156]. Sin embargo, esa aura romántica se desvanece con la consolidación de los Estados de Derecho democráticos, es decir, ante estos escenarios, la figura resulta en desuso, anacrónica.

Esta tesis cuenta con el respaldo de quienes consideran que Colombia es una democracia consolidada y, como ya se mencionó, se aproxima a lo que Rawls llamara una sociedad bien ordenada. Puede considerarse sin mucha dificultad que esta hipótesis ha permeado el destino del delito político en Colombia, al

[153] POSADA MAYA, Ricardo*, op. cit.,* p. 37. La crítica desde el Derecho Penal a esta tesis, se refiere a que, bajo ese argumento, tampoco podrían admitirse en una democracia instituciones como la legítima defensa o el estado de necesidad. *Ibídem*, p. 37.

[154] GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Delito político.* Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2007, p. 18.

[155] *Ibídem*, pp. 18-20.

[156] *Ibídem*, p. 13.

leerse en la citada sentencia C-456 de 1997, apartes como el siguiente: "(…) ¿qué Estado se obligaría a no castigar a quienes aspiran a cambiarlo, es decir, a modificar el ordenamiento jurídico, por medio del delito, *desconociendo, como en el caso colombiano, la propia organización democrática y los medios de participación que ésta consagra*?"[157]. (Resaltado fuera del texto original).

No es claro si una de las hipótesis podría primar sobre las otras. Por el contrario, parece haber serias coincidencias entre ellas, de suerte que sería más acertado proponer como síntesis que ha sido una serie de circunstancias políticas, jurídicas y sociales las que han dado al traste, de manera paulatina, con el delito político.

Puede haber otras hipótesis que concurran a explicar el motivo por el cual el delito político se ha desvanecido en el ordenamiento jurídico nacional[158]. El listado presentado no tiene la pretensión de ser exhaustivo y menos en un escenario como el nacional donde dinámicas como la de la guerra, donde se sitúa la discusión del combatiente-rebelde, se complejizan al punto que, con acierto, los analistas han dado en catalogarla una *guerra sin nombre*[159].

Esa misma guerra que asiste a la sustitución progresiva del combatiente-rebelde por el terrorista[160] y transita del modelo político-militar al policivo-punitivo en el tratamiento al delincuente político, mantiene vigente la figura en medio de su agonía. A continuación se observarán las condiciones de su supervivencia.

---

[157] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-456 de 1997, MM.PP.: Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz. II. Consideraciones de la Corte Constitucional, Novena.

[158] Orozco Abad señala tres como las razones de la crisis del delito político en Colombia: i) su consolidación progresiva como Estado-Nación; ii) el fin de, y su reemplazo por guerras de guerrillas revolucionarias lideradas por campesinos a quienes las élites urbanas miraban con mayor distancia; y iii) la narcotización y bandolerización crecientes del conflicto armado. OROZCO ABAD, Iván. *Combatientes, rebeldes y terroristas, op. cit.,* Prólogo a la segunda edición, p. XXXI.

[159] Colombia ha vivido "una guerra innombrable, en dos acepciones. En primer lugar (…) como todas las guerras, ha producido atrocidades sin nombre. Pero, en segundo lugar, al contrario de muchas otras, ha resultado inasible hasta para la barroca obsesión tipológica de los analistas sociales". GUTIÉRREZ, Francisco y SÁNCHEZ, Gonzalo. "Prólogo". En: GUTIÉRREZ, Francisco; WILLS, María Emma y SÁNCHEZ, Gonzalo (Coords.). *Nuestra guerra sin nombre. Transformaciones del conflicto en Colombia.* Bogotá: Norma y Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 13.

[160] OROZCO ABAD, Iván. *Combatientes, rebeldes y terroristas, op. cit.,* p. 133.

3. Supervivencia del delito político en Colombia

Pese al deterioro del delito político, y la multiplicidad de causas que pueden haber concurrido para este desenlace, el ordenamiento jurídico interno en los niveles constitucional, legal y jurisprudencial, da cuenta de su sobrevivencia, así:

La Constitución Política, pese a que no lo define, si da al delito político una serie de prerrogativas que demuestran su carácter privilegiado en la normatividad nacional: puede ser objeto de amnistías e indultos (art. 150 No. 17); no admite la extradición (Art. 35 Inc. 3º); está amparado por el derecho de asilo (srt. 36); y no inhabilita para el ejercicio de los derechos políticos[161].

La *amnistía* (propia)[162] 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 por graves motivos de conveniencia pública (Const. Pol., art. 50, No. 17) y por el Gobierno, cuando es particular, por autorización del Congreso (Const. Pol., art. 201, No. 2).

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"[163]. Asimismo, sólo el Congreso puede conceder indultos generales, pero es el Gobierno el que se encuentra autorizado para reconocer indultos particulares sólo cuando hay una ley que lo faculta para esto.

Con el propósito de distinguir la naturaleza del indulto de la que compone la amnistía, la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de sentar posición advirtiendo que:

> *"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*

[161] CASTRO OSPINA, Sandra*, op. cit.,* p. 172.

[162] Castro Ospina diferencia entre la *amnistía propia* y la *amnistía impropia* "(…) que extingue la sanción penal, no la responsabilidad civil y se aplica con posterioridad a la ejecutoria de una sentencia condenatoria". CASTRO OSPINA, Sandra*, op. cit.,* p. 166.

[163] *Ibídem*, pp. 166-167.

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»"[164].

Se dijo 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*"[165].

Adicionalmente, 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*"[166].

En segunda medida, en consecuencia con el argumento planteado, se dice que el Congreso no puede discriminar en la concesión de amnistías e indultos por delitos políticos, lo cual se explica por cuanto "*(…) 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 otros*"[167].

La razón que justifica la aplicación de amnistías e indultos a los delincuentes políticos, ataca las funciones de prevención general y especial de pena. En primer lugar, bajo el marco analítico del rebelde como combatiente, la sanción penal de prisión se asimila a la figura del "prisionero de guerra", de

[164] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-695 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño. Fundamentos de la decisión, No. 5.
[165] *Ibídem*, Fundamentos de la decisión, No. 5.
[166] *Ibídem*, Fundamentos de la decisión, No. 7.
[167] *Ibídem,* Fundamentos de la decisión, No. 7.

manera que, una vez terminada la guerra y recobrada la estabilidad del régimen –sea mediante la victoria militar de uno de los actores, o mediante el diálogo–, cambian las circunstancias del prisionero que en el nuevo contexto se hace menos peligroso, y por tanto, pierde sentido mantenerlo privado de la libertad, en la medida en que desaparecen los objetivos de la función preventiva general de la pena. En segundo lugar, la prevención especial de la pena no se cumple en ningún caso con el delincuente político, pues no aplica para aquel que no reconoce el valor de la norma vulnerada[168].

La *prohibición de extradición* por delitos políticos, ha sido recogida por el Derecho Internacional[169] y por la Constitución Política de Colombia en el inciso 3º del artículo 35. En referencia a los primeros, se tienen como fundamentales y ratificados por Colombia el Convenio contra el terrorismo y la extorsión con trascendencia internacional del 2 de febrero de 1971, el tratado multilateral de extradición, VII Conferencia Internacional Americana, aprobado mediante Ley 74 de 1935, el Acuerdo Multilateral de Extradición, Primer Congreso Bolivariano, aprobado mediante a la Ley 35 de 1892, entre otros acuerdos bilaterales[170].

El *derecho de asilo* para los delincuentes políticos encuentra su asidero en el artículo 14.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos conforme el cual "*(…) en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país*", salvo cuando se trate de "*(…) una acción judicial originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas*" (art. 14.2). Es decir, al excluirse expresamente la posibilidad del asilo para los delincuentes comunes, queda abierta la posibilidad de cobijarse con este derecho a quienes se encuadran en los supuestos del referido numeral primero, esto es, los delincuentes políticos.

En ese mismo sentido, se han suscrito otros instrumentos de Derecho Internacional entre los cuales se cuentan para el contexto americano, la Con-

[168] OROZCO ABAD, Iván. *Combatientes, rebeldes y terroristas, op. cit.,* p. 43. Al cuestionamiento sobre el papel de la prevención general de la pena en los delitos políticos, se añade el argumento en virtud de cual, en este tipo de conductas, la prisión más que amedrentamiento, produce mártires. *Ibídem*, p. 43.

[169] ZÁRATE, Luis Carlos*, op. cit.,* p. 25. Zárate, quien hace un profuso estudio del punto, aclara que Travers, autor destacado en el tema, admite la extradición cuando la concepción de la criminalidad es la misma en los dos países interesados. *Ibídem*, p. 25.

[170] CASTRO OSPINA, Sandra*, op. cit.,* p. 166.

vención de La Habana sobre el derecho de asilo del 20 de febrero de 1928, modificada por la Convención de Montevideo del 26 de diciembre de 1933, y la Convención Americana sobre derechos humanos de 1969 (Art. 22), entre otros.

Finalmente, la posibilidad de *ejercer derechos políticos* se encuentra consagrada de manera específica a lo largo de la Constitución Política, a través de diversas disposiciones: el artículo 179.1, dispone que no podrán ser congresistas quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos. El artículo 232.3, señala que para ser magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se requiere, entre otros requisitos, no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; y el artículo 299, prescribe que, para ser elegido diputado se requiere, además de otras exigencias, no haber sido condenado a pena privativa de la libertad, con excepción de los delitos políticos o culposos.

Por su parte, la legislación penal contiene aquellos delitos que no define como "políticos" pero que, dados los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales al respecto, son los recogidos en el Libro II, Título XVIII "De los delitos contra el régimen constitucional y legal": rebelión (Art. 467), sedición (Art. 468), asonada (art. 469), conspiración (art. 471), y seducción, usurpación y retención ilegal del mando (art. 472).

Por régimen constitucional puede entenderse "*(…) el conjunto de principios, fundamentales al orden jurídico del Estado, consagrados en la Carta*"[171], que, para el caso colombiano se encontraría recogido en el artículo 1º de la Constitución Política[172], bien jurídico efectivamente afectado si se tiene en cuenta que, el "régimen legal" en Estados constitucionales como el colombiano, sería apenas un componente de la Constitución, de manera que su lesión sería, en realidad, afectación de la norma constitucional[173].

---

[171] PACHECO OSORIO, Pedro. *Delitos contra el Estado.* Bogotá: Temis, 1986, pp. 95-96. Citado en: POSADA MAYA, Ricardo*, op. cit.,* pp. 51-52.

[172] "Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

[173] CASTRO OSPINA, Sandra*, op. cit.,* p. 174.

Pese a que son cinco los delitos contemplados por ese Título, tradicionalmente han sido considerados como delitos típicos de la noción delito político, o más representativos de la misma, sólo tres: rebelión, sedición y asonada. Respecto de ellos, con base en el análisis de Castro Ospina[174], se destaca lo siguiente:

En primer lugar, respecto de la *rebelión*, dispone el artículo 467 del Código Penal que: "*[l]os que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión de noventa y seis (96) a ciento sesenta y dos (162) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes*".

En cuanto a los sujetos, es claro que la redacción en plural del artículo señala que se trata de un delito que sólo admite la coautoría dado que se infiere la existencia de una organización, por tanto, hay división del trabajo criminal. Asimismo, requiere sujeto activo plurisubjetivo, al cual la doctrina le agrega la "convergencia" por cuanto las voluntades de los múltiples sujetos confluyen en un fin común[175]. Puede ser cometido por particulares o por servidores públicos, aunque con agravante para éstos, luego, se trata de un sujeto activo indeterminado.

Sobre los niveles de responsabilidad, dada la jerarquización de la organización, es preciso decir que los directores, organizadores o promotores de una rebelión son efectivamente coautores, en tanto la importancia de su aporte es fundamental y tienen dominio funcional del hecho. Esto, a la luz de la teoría finalista de la coautoría. A los sujetos activos en este caso, les es aplicable el "(…) principio de imputación recíproca, en virtud del cual todo lo que haga uno de los autores es imputable a todos los demás"[176].

Por su parte, el sujeto pasivo de esta conducta, por virtud del bien jurídico que se tutela con la misma, es el Estado con su correspondiente institucionalidad y conjunto de elementos que permiten y posibilitan su accionar.

---

[174] *Ibídem*, pp. 174-191.

[175] A propósito del carácter colectivo del sujeto activo, Orozco Abad, basado en la situación fáctica en Colombia, comenta: "*[e]n Colombia no cabe pensar –por lo menos no de manera dominante– el ámbito de lo delincuencial-político siguiendo un modelo de confrontación Estado-individuo. La confrontación entre el Estado y las guerrillas, la confrontación entre el Estado y los paramilitares, y aun, la confrontación entre el Estado y el narco-terrorismo no puede ser pensada, sensatamente, sino como una lucha entre actores colectivos (…)*". OROZCO ABAD, Iván. *Combatientes, rebeldes y terroristas, op. cit.,* p. 79.

[176] CASTRO OSPINA, Sandra*, op. cit.,* p. 176.

El verbo rector de la conducta es "pretender" derrocar al gobierno nacional o "pretender" suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, con un condicionante del tipo: que haya empleo de las armas. De aquí que se trate de un delito de mera conducta y de peligro. "*Lo primero, porque sanciona la sola pretensión para obtener las finalidades propuestas, independientemente de su logro (…); y lo segundo, porque esas pretensiones tan solo amenazan o ponen en peligro el bien jurídico, sin que efectivamente lo lesionen*"[177].

El delito de rebelión es de ejecución permanente, como lo son el secuestro y la desaparición forzada de personas, entre otros, lo cual es importante para efectos de su prescripción, que "*(…) comienza a contarse desde la perpetración del último acto, como lo señala el artículo 84 de la Ley 599 de 2000*"[178].

Esta conducta contempla una serie de ingredientes subjetivos, es decir, motivaciones y fines que se persiguen con la comisión del hecho y sin los cuales, aunque el comportamiento se ajuste a lo previsto en la ley, no se configuraría el tipo. Tales ingredientes son el ánimo de *derrocar* al gobierno nacional, y el *suprimir* o *modificar* el régimen constitucional o legal vigente.

Finalmente, también se encuentran expresos en la redacción del tipo penal de rebelión, el "régimen constitucional y legal" y el "gobierno nacional" que constituyen *ingredientes normativos*, sobre los cuales se hizo una pequeña observación.

En segundo lugar, respecto de la *sedición*, el artículo 468 del Código Penal señala: "*[l]os que mediante el empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes, incurrirán en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes*"[179].

Dada su naturaleza de delito político y su relación con la rebelión, este tipo penal también prevé el *sujeto activo* plurisubjetivo, "*(…) es decir se exige la coautoría; se admite la autoría mediata y la participación de determinadores y cómplices*"[180], luego, se resuelve el problema del concurso de personas con la posibilidad de incluir a los dirigentes o directores de organizaciones jerarquizadas.

---

[177] *Ibídem*, p. 181.

[178] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia Rad. No. 12508 de junio 6 de 2002. M.P.: Jorge Córdoba Poveda.

[179] La sedición fue objeto de modificación mediante la Ley 975 de 2005. Sin embargo, la nueva norma fue declarada inexequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-370 de 2006: *Infra*, No. 3.1.

[180] CASTRO OSPINA, Sandra, *op. cit.,* p. 188.

Asimismo, al igual que en la rebelión, el sujeto pasivo es el Estado, aunque se diferencia de la rebelión en cuanto el ingrediente subjetivo de *impedir* el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes debe ser "transitoriamente", esto es muy diferente con la permanencia que se predica del cambio de régimen constitucional y legal en la rebelión, de manera que es éste aspecto del ingrediente subjetivo, el que marca la diferencia entre los dos delitos[181].

El verbo rector de la conducta, al igual que en la rebelión, es *pretender*, y el "empleo de las armas" es una circunstancia modal. Se trata de un tipo de mera conducta, de peligro, y de ejecución permanente hasta tanto cese su realización. Su ingrediente normativo también coincide con el de la rebelión, en tanto se trata del régimen constitucional y legal.

En tercer lugar, la *asonada* es consagrada por el artículo 469 del Código Penal: "*[l]os que en forma tumultuaria exigieren violentamente de la autoridad la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones, incurrirán en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses*".

El sujeto activo es, como en los tipos penales anteriores, plurisubjetivo, "*(…) pero difícilmente puede plantearse para este delito la coautoría como quiera que la exigencia de que se haga en forma tumultuaria descarta la convergencia o el acuerdo para lograr un fin común*"[182]; luego, se presentaría, en lugar de la coautoría, una especie de autoría accesoria. Asimismo, se contempla la posibilidad de que participen particulares o servidores públicos aunque para el caso de los segundos se prevé una pena mayor.

En cuanto al sujeto pasivo puede considerarse la autoridad –cualquier servidor público– en virtud a que sobre ella recae directamente la exigencia de hacer u omitir.

El verbo rector del tipo es *exigir*, y se encuentra determinado por circunstancias modales como son "en forma tumultuaria y violenta". Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

> *"Es claro que no cualquier aglutinación de personas que tenga por finalidad promover un propósito común o expresar una inconformidad sectorial, puede interpretarse o calificarse de aglutinación tumultuaria (…).*

---

[181] Acerca de las diferencias entre la rebelión y la sedición, la Corte Constitucional precisó que: "*[m]ediante la sedición ya no se persigue derrocar al gobierno nacional, ni suprimir el régimen constitucional o legal vigente, sino perturbar la operatividad jurídica (…)*". Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-009 de 1995*, op. cit.,* No. 3.2.2.

[182] CASTRO OSPINA, Sandra*, op. cit.,* p. 190.

"Imprescindiblemente, para que se concrete la figura típica en referencia debe mediar una concreta y específica exigencia a la autoridad pública, la que se pretende satisfacer por medio de mecanismos, es decir, con el empleo de la fuerza"[183].

Se trata de un delito de mera conducta, pues la norma no exige que el servidor público acceda a las solicitudes de los participantes en la asonada. También es un delito de ejecución permanente por cuanto su ejecución se prolonga hasta tanto cesen las exigencias tumultuarias y violentas.

En lo que tiene que ver con la jurisprudencia nacional sobre el tema, hasta la citada Sentencia C-456 de 1997, la jurisprudencia constitucional en Colombia, como se mencionó atrás[184], había mantenido una tendencia favorable o benigna hacia el delito político, diferenciándolo con claridad y contundencia del delito común, conservando su carácter complejo, y cuidando sus límites respecto de otras conductas. Inclusive, argumentando sobre este último punto, adujo que "Colombia ha reconocido el legítimo derecho a la resistencia"[185], así:

"En efecto, el artículo 1° de la Carta de 1991 define a Colombia como un Estado pluralista. El pluralismo es la amplitud de la opción para ser distinto, en un marco de tolerancia por parte de los demás. Tal precepto es reiterado por el artículo 19 superior, que establece el derecho al libre desarrollo de la personalidad, una de cuyas manifestaciones es la libertad de opción política. Es por ello justamente que el artículo 150.17 y el artículo 13 transitorio de la Constitución permiten conceder amnistías o indultos únicamente por delitos políticos"[186].

Por su parte, la jurisprudencia penal en sede del Proceso Especial de Justicia y Paz ha tenido nuevas oportunidades para revalidar su posición sobre el delito político, en particular, en el decisorio punto de su naturaleza donde se debate entre las tesis objetivas, subjetivas y mixtas, como ya se presentó.

---

[183] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 12486, de abril 28 de 1998. M.P.: Carlos Augusto Gálvez. Citado en: CASTRO OSPINA, Sandra, *op. cit.,* p. 191.

[184] *Supra*, No. 2.1.

[185] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-127 de 1993. M.P.: Alejandro Martínez Caballero. II. Fundamentos jurídicos, No. 3.

[186] Ibídem, II. Fundamentos jurídicos, No. 3.

A partir del auto del 11 de julio del 2007[187], la Corte Suprema de Justicia varió el criterio jurisprudencial acerca de los delitos políticos –quizá impulsada en alguna medida por la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 19 comerciantes contra Colombia–, pues con anterioridad a este pronunciamiento, la postura de la Corte brindaba la posibilidad para que miembros de grupos paramilitares fueran juzgados por el delito de sedición[188], de manera que el criterio se acercaba a la tesis objetiva por cuanto se prescindía de la motivación altruista que predican las teorías subjetiva y las eclécticas, privilegiando 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, aún con fines paraestatales, pretendían impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes.

No obstante, con el referido cambio jurisprudencial la Corte adoptó 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*"[189], de lo cual se infirió que no había lugar a aplicar sedición sino a juzgar según el delito común correspondiente. Punto sobre el que se volverá en el siguiente acápite.

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"[190], enunciado en el cual confluyen las tesis objetiva y subjetiva en el sentido prescrito por la tesis ecléctica restrictiva y que es compatible con lo expresado por la Corte Constitucional en punto de la naturaleza de la conducta: "*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*"[191].

---

[187] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 26945, *Op. cit.*

[188] Al respecto ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Autos Rad. No. 24222 y 224312 de octubre 18 de 2005.

[189] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 26945, *Op. cit.*, V.1.1. Fundamentación estrictamente constitucional, No. 7.

[190] *Ibídem*, V.1.1. Fundamentación estrictamente constitucional, No. 5.

[191] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-009 de 1995 *Op. cit.,* VI. Consideraciones de la Corte, No. 3.

Es claro que desde sus precedentes constitucionales, la Corte Constitucional recogía 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 la cual es comprendida o definida la naturaleza de los delitos 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.

En síntesis, sobre la manera como se encuentra concebido el delito político en Colombia, puede afirmarse lo siguiente:

Colombia, como Estado Social y Constitucional de Derecho, prevé en su Constitución Política vías para oponerse sin violencia al régimen constitucional y legal. Entre ellas, se cuenta el derecho a la libertad de expresión (art. 20), el derecho de reunión y manifestación (art. 37), y los derechos políticos, entre ellos, el elegir y ser elegido, la conformación de partidos, movimientos y agrupaciones políticas, la revocatoria del mandato y la posibilidad de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley, entre otros (art. 40)[192].

De allí que la adopción de vías violentas sea considerada ilegal por la legislación penal, lo cual explica la existencia en el Código Penal del Título XVIII "De los delitos contra el régimen constitucional y legal", que serían los que cabrían bajo la denominación "delitos políticos".

Las razones por las cuales se tipifican esos delitos, han sido expuestas por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

> *"Es ilógico pensar que pueda legitimarse una actitud de fuerza contra los instrumentos racionales y razonables que la humanidad ha puesto al servicio de la paz perpetua, en el seno mismo del Estado racional, es decir, del Estado inspirado en la ratio iuris. La fuerza la tiene la misma sociedad en forma de Estado, por lo tanto no hay por qué dividir esa fuerza y desproporcionar la expresión de una oposición, empleando para ésta la ofensiva armada, que en última instancia afecta al pueblo jurídicamente organizado. En aras del orden no puede introducirse su antinomia: el desorden. En aras de la paz no puede legitimarse la violencia, porque el fin siempre exige medios proporcionados a él. En el marco constitucional de un Estado donde existen instrumentos idóneos para expresar la inconformidad como son el estatuto de la oposición, la revocatoria de mandato, el principio de la soberanía popular, el*

[192] CASTRO OSPINA, Sandra*, op. cit.,* p. 162.

control de constitucionalidad, la acción de tutela, las acciones de cumplimiento y las acciones populares, entre otros, no hay motivo razonable para señalar que es legítima la confrontación armada y mucho menos actitudes violentas de resistencia a la autoridad. Los correctivos a las fallas en el manejo del poder político tienen que ser de derecho y no de hecho (…)"[193].

Sin embargo, su reproche punitivo se encuentra revestido de una serie de prerrogativas constitucionales, legales y jurisprudenciales, entre las que se cuentan, la prohibición de extradición, el derecho de asilo, el ejercicio de derechos políticos, y la posibilidad de ser objeto de amnistías e indultos para quienes incurren en la comisión de delitos políticos. Asimismo, se ha privilegiado la diferencia de este tipo de conductas con los delitos comunes, y hasta 1997 se conservó una amplia interpretación respecto de la conexidad de este tipo de conductas, variación con la que se marcó el comienzo del fin de su trato benigno, que se ha acompañado del aumento significativo de las penas en la evolución de las legislaciones penales.

Este estado de cosas, ha sido nutrido por legislación y jurisprudencia en materia de paz, cuyos aportes han completado la configuración del delito político en Colombia, dejando vida a la figura en dos sentidos que se pueden discutir: su tratamiento diferencial y nuevamente, la conexidad.

III. Delito político como herramienta para la paz

El prolongado escenario de conflicto armado en Colombia, ha devenido en la producción de normas jurídicas específicas para responder a las múltiples problemáticas que ha generado. Tanto víctimas como victimarios han contado con marcos normativos alusivos a su condición y encaminados a superar lo que, en su momento, ha sido el aspecto fundamental a atender.

Durante el siglo XX fueron recurrentes las normas que concedían amnistías e indultos, en su mayoría, expedidas en el marco de negociaciones de paz con grupos armados al margen de la ley[194], y, como innovación acaecida en la

[193] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-009 de 1995*, op. cit.,* Consideraciones de la Corte, No. 2. Citado en: CASTRO OSPINA, *Op. cit.*, pp. 162-163.

[194] Una reconstrucción de los principales procesos de paz y su respectivo soporte normativo en Colombia, en: CARDONA CHAVES, Juan Pablo. *Aportes dogmáticos de la experiencia colombiana a procesos de Justicia Transicional.* (Tesis de Maestría). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2011, pp. 99 y ss.

década de los noventa, también se empezaron a proferir leyes para aliviar la situación de las víctimas, de manera que hoy se cuenta con un profuso y disperso marco normativo de paz[195] donde el delito político figura como una herramienta más que, como se verá a continuación, se propone aplicable y funcional ante un agobiante contexto violento que ya no da espera por ser solucionado.

1. Delito político en el proceso de paz

Aun en medio del panorama descrito atrás, donde el delito político se debate entre su vigencia y sus limitadas condiciones de existencia, la figura cuenta con un respaldo jurídico específico para escenarios de paz, manifiesto en dos instrumentos: i) la Ley 418 de 1997 y sus prórrogas y modificaciones; y ii) la jurisprudencia sobre sedición y concierto para delinquir, proferida en el marco del Proceso Especial de Justicia y Paz.

La Ley 418 de 1997[196] derogó las Leyes 104 de 1993[197] y 241 de 1995[198]. Sus principales componentes son los siguientes: i) faculta al gobierno para propi-

[195] En materia de desmovilizados de grupos armados al margen de la ley, se cuenta con la Ley 418 de 1997 (sobre negociaciones de paz), prorrogada y modificada mediante las Leyes 548 de 1999, 782 del 2002, 1106 del 2006 y 1421 del 2010; la Ley 975 del 2005 (proceso especial de justicia y paz); y la Ley 1424 del 2010 (ley de desmovilizados). Cfr.: FORER, Andreas. *Justicia Transicional.* Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez y Universidad del Sinú, 2012, pp. 33-36. En cuanto a las víctimas, se tiene la Ley 387 de 1997 (víctimas de desplazamiento forzado); la Ley 986 del 2005 (víctimas de secuestro y por decisión de la Corte Constitucional, también de desaparición forzada y de toma de rehenes); el Decreto 1290 del 2008 (reparaciones administrativas); y la Ley 1448 del 2011 (ley de víctimas y restitución de tierras). Con antelación, también la Ley 418 de 1997 estableció disposiciones para la atención a víctimas del conflicto armado.

[196] "Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones".

[197] "Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones". Los beneficios que previó esta ley (causales de extinción de la acción penal y de la pena) no sólo pretendían cobijar a miembros de grupos subversivos como en las legislaciones anteriores. Esta vez, los beneficios se dirigían a "*(…) personas vinculadas a grupos subversivos, de justicia privada o denominados 'milicias populares rurales o urbanas'*" (art. 9°). CARDONA CHAVES, Juan Pablo*, op. cit.,* p. 100.

[198] Prorroga la vigencia, modifica y adiciona la Ley 104 de 1993. Se agregan expresamente como destinatarios de los beneficios de la Ley, "las llamadas autodefensas" (art. 2°). CARDONA CHAVES, Juan Pablo*, op. cit.,* p. 100.

ciar acercamientos y firmar acuerdos de paz con grupos armados organizados al margen de la ley (GAOML); ii) consagra medidas de atención humanitaria para las víctimas de la violencia política; iii) establece causales de extinción de la acción penal y de la pena por hechos constitutivos de delito político y conexos (complemento que se suprimió con las modificaciones posteriores a la ley)[199].

Originalmente, el Título III de la Ley consagraba las "Causales de extinción de la acción y de la pena en casos de delitos políticos". El artículo 50 previó:

> *"El Gobierno Nacional podrá conceder, en cada caso particular, el beneficio de indulto a los nacionales que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de los delitos políticos de* rebelión, sedición, asonada, conspiración y los conexos con éstos, *cuando a su criterio, la organización armada al margen de la ley a la que se le reconozca el carácter político, del cual forme parte el solicitante, haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil (…).*
> *"No se aplicará lo dispuesto en este título, a quienes realicen conductas que configuren actos atroces, de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate, o colocando a la víctima en estado de indefensión"* (resaltado fuera del texto original).

Resulta interesante el hecho de que al delincuente político se le ligara con una organización cuyo reconocimiento político era determinante para la concesión de beneficios, pues se interpreta que aquella podría ejercer una interlocución con el Estado, es decir, en los términos de Radbruch, se reconocía simetría moral y asimetría jurídica, en una concepción del rebelde como combatiente y enemigo relativo[200], y en el marco del modelo político-militar de tratamiento al delito político.

El artículo 60 consagró: "*[s]e podrán conceder también, según proceda de acuerdo con el estado del respectivo proceso penal, la cesación de procedimiento, la resolución de preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria a quienes confiesen, hayan sido o fueren denunciados o procesados por hechos constitutivos de los delitos a que se refiere este título y no hayan sido aún condenados mediante sentencia ejecutoriada*".

El artículo 56, por su parte, consagraba medios probatorios para establecer la conexidad.

---

[199] CARDONA CHAVES, Juan Pablo*, op. cit.,* p. 100.
[200] OROZCO ABAD, Iván. *Combatientes, rebeldes y terroristas, op. cit.,* p. 41.

Esta ley fue útil para adelantar algunos procesos de paz. Durante su vigencia, se logró la desmovilización del Movimiento Independiente Revolucionario Comandos Armados (MIR-COAR), el 29 de julio de 1998, y el gobierno de Andrés Pastrana inició las negociaciones de paz con las Farc en 1998[201].

Las prórrogas y modificaciones posteriores de la Ley[202] –al igual que la ya citada evolución jurisprudencial sobre conexidad y legal sobre penas–, cambiaron la concepción del delito político en su detrimento. El artículo 19 de la Ley 782 del 2002[203] subrogó el transcrito artículo 50 de la Ley 418 de 1997, así: "*[e]l Gobierno Nacional podrá conceder, en cada caso particular, el beneficio de indulto a los nacionales que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de delito político cuando a su juicio, 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 civil*".

Tres aspectos son notables: i) se vuelve a la tradición de indeterminación del delito político al retirarse del enunciado la mención expresa a la rebelión, sedición, asonada y conspiración que contenía la norma anterior; ii) desaparece la alusión a los delitos conexos con los políticos, como destinatarios específicos de la norma sobre el indulto; y iii) desaparece el reconocimiento del carácter político de la organización a la que pertenece el delincuente político, como condición para la concesión de beneficios. Con esto último, se afecta la lógica del reconocimiento del "enemigo" como interlocutor moral en condiciones simétricas, que luego devendrá en su total desconocimiento. Esta alusión al carácter político de la organización, también desaparece del artículo 56 sobre conexidad[204].

Posteriormente, el artículo 11 de la Ley 1421 del 2010, modifica el inciso tercero del artículo 50 de la Ley 418 de 1997, así: "*[n]o se aplicarán*

---

[201] CARDONA CHAVES, Juan Pablo*, op. cit.,* p. 100.

[202] Leyes 548 de 1999, 782 del 2002, 1106 del 2006 y 1421 del 2010.

[203] Fue en vigencia de la Ley 782 del 2002, que el gobierno de Álvaro Uribe adelantó los acuerdos de paz con los grupos paramilitares que tendrían como resultado un nuevo marco normativo: la Ley 975 del 2005. CARDONA CHAVES, Juan Pablo*, op. cit.,* p. 101.

[204] El golpe que sufre el delito político con esta nueva ley se explica por el citado desdén que profesaba el presidente de turno, Álvaro Uribe, hacia la figura, pues fue el gobierno el que presentó el proyecto de ley de modificación de la Ley 418 de 1997. ACOSTA CORTÉS, María Cristina*, op. cit.,* p. 54.

los beneficios jurídicos dispuestos en este título y los socioeconómicos (…), a quienes hayan incurrido en delitos de genocidio, secuestro, lesa humanidad, crímenes de guerra o en los tipificados en el título II del Libro II, Capítulo Único del Código Penal, conforme a los tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado colombiano".

Con esta modificación se amplía significativamente el listado de conductas que no se consideran conexas con los delitos políticos y sobre los cuales, expresamente, se prohíbe la aplicación de los beneficios propios de aquellos.

No obstante, en el interregno, el artículo 14 la Ley 589 del 2000, había señalado que: "*[l]os delitos que tipifica la presente ley no son amnistiables ni indultables*", es decir, el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura.

En resumen, al listado del Legislador de 1997, se agregan: la desaparición forzada, el desplazamiento forzado, la tortura, todos los delitos de lesa humanidad y de guerra[205], y, lo que resulta de alto impacto, los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, con lo cual se termina el camino iniciado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-456 de 1997, pues se retira al rebelde la calidad de combatiente, se pretende reducir el delito político a su utópico estado puro, y en consecuencia, se muta del modelo político-militar, al policivo-punitivo.

A favor del delito político, habría que decir que no desaparece del ordenamiento jurídico, y por el contrario, mantiene su existencia reconocida ya no sólo en las normas genéricas de la Constitución, sino en las normas particulares y específicas de paz.

De otro lado, se tiene como segundo escenario jurídico de paz que da cuenta de la vida del delito político, la interpretación jurisprudencial que sobre

[205] Algo discutible en tanto los "crímenes de guerra" y los "crímenes de lesa humanidad" como tales, no tienen reconocimiento típico expreso en el ordenamiento jurídico interno. Acerca de la dificultad de calificar un crimen como de lesa humanidad en Colombia, Cfr. RAMELLI, Alejandro. *Jurisprudencia Internacional aplicable en Colombia.* Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), Universidad de los Andes y Embajada de la República Federal de Alemania, 2011, p. 328. Acerca de los crímenes de guerra, podría matizarse la discusión en tanto se asimilarían a los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH recogidos en el Libro II, Título II del Código Penal, y por cuanto su consagración en la normatividad colombiana ha sido una tendencia –aunque no constante– por lo menos, desde la Constitución de Rionegro de 1863. *Ibídem*, p. 361.

la sedición desarrollara la Corte Suprema de Justicia en el marco del Proceso Especial de Justicia y Paz.

Entre los debates que suscitó la expedición de la Ley 975 del 2005[206] estuvo la cláusula consignada en su artículo 71 que ampliaba la tipificación de la sedición, adicionando al artículo 468 del Código Penal el siguiente inciso: "*[t]ambién incurrirá en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional o legal (…)".*

El artículo fue declarado inexequible por la Corte Constitucional por vicios de procedimiento en su formación[207], no obstante, su vigencia temporal y los efectos que produjo, hicieron que la Corte Suprema de Justicia sentara una posición de fondo que varió la que con anterioridad había sostenido en el sentido de asimilar el concierto para delinquir a la sedición en la jurisprudencia sobre Justicia y Paz. En el cambio jurisprudencial, la Corte expuso "*(…) razones de orden sustancial sobre la imposibilidad de equiparar el concierto para delinquir con la sedición*"[208], pues entre estas dos conductas típicas se centró el debate, aunque de fondo, está la discusión delito político-delito común.

La Corte adujo que para distinguir la sedición del concierto para delinquir, hay una serie de criterios diferenciadores entre los que se cuentan la acción típica, el dolo, el sujeto pasivo, la culpabilidad, la consecuencia deri-

---

[206] Acerca de los antecedentes y estructura del Proceso Especial de Justicia y Paz en Colombia, ver: LÓPEZ DÍAZ, Claudia y VARGAS, Álvaro (Coords.). *Manual de Procedimientos para Ley de Justicia y Paz.* Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) y Embajada de la República Federal de Alemania, 2009, pp. 119 y ss.; y FORER, Andreas*, op. cit.,* pp. 31 y ss.

[207] "(…) con el trámite impartido a los artículos 70 y 71 de la Ley 975 del 2005 se desconoció el principio de consecutividad, ya que como resultado de la indebida tramitación de la apelación presentada en el Senado ante la decisión de negarlos adoptada por las Comisiones Primeras Constitucionales Permanentes, 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 aprobadas por las Comisiones Constitucionales facultadas para ello". Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-370 del 2006. MM.PP. Manuel José Cepeda y otros. VI. Consideraciones de la Corte Constitucional, No. 3.4.3.17.

[208] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 26945, *Op. cit.,* No. V.1.

vada del éxito del sujeto activo y el tipo de sociedad en la cual se presenta la conducta[209]. En esencia, la Corte esgrime la diferenciación clásica ya citada entre delitos políticos y delitos comunes[210].

Asimismo, hace una reflexión que apoya la intención de diferenciar la sedición del concierto para delinquir[211] centrándose en observar cómo la primera, al igual que 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 delincuencial que depende de fines egoístas que persiguen [quienes lo cometen] y no se conoce sociedad que esté exenta del mismo*"[212].

En suma, adoptando la teoría ecléctica restrictiva sobre el delito político, y apoyada en las diferencias estructurales entre uno y otro delito, la Corte concluye que, sobre 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 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*"[213].

---

[209] *Ibídem*, No. V.1.2. Fundamentación desde la Teoría del Delito.

[210] *Supra*, No. 1.1.

[211] En Colombia el concierto para delinquir se encuentra consagrado en el artículo 340 del Código Penal (Ley 599 del 2000): "[c]uando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.
"Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2700) hasta treinta mil (30000) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

[212] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 26945, *Op. cit.*, No. V.1.2. Fundamentación desde la Teoría del Delito, No. 10.

[213] *Ibídem*, No. V.1.1. Fundamentación estrictamente constitucional, nums. 6-7.

Con esta decisión, el delito político cobra un nuevo aire en el escenario jurídico nacional a través de su delimitación y diferenciación con otras conductas punibles, la convalidación de su naturaleza (a partir de la tesis ecléctica restrictiva), y la atribución de un carácter específico de cara al problemático contexto de la paz en Colombia.

2. Delito político y terrorismo

Si bien, ha habido exitosos esfuerzos jurisprudenciales y doctrinarios por deslindar el delito político y diferenciarlo de otras conductas, la tendencia hacia desdibujarlo y confundirlo en y con otros tipos penales –como en el citado caso del concierto para delinquir–, no ha dejado de ser la constante. Por el contrario, el descrito proceso de sustitución del modelo político-militar al policivo-punitivo, ha sido, igualmente, el proceso de sustitución del combatiente-rebelde por el terrorista. Tránsito que se observará desde las esferas política y jurídica.

La palabra "terrorista" tiene sus orígenes en la Revolución Francesa, cuando la lucha por la libertad, la igualdad y la fraternidad, devino en un clima de terror. Fueron los jacobinos y el padre del conservadurismo inglés, Edmund Burke, quienes acuñaron el término. Los primeros, asumían con orgullo el calificativo, en tanto que el segundo denunciaba con ahínco la conducta de aquellos, de manera que la expresión adquirió –y mantiene hasta hoy– una connotación negativa[214].

Conforme el estudio de Pizarro Leongómez[215]: pese a que la definición del término no es uniforme y, por el contrario, existen muchos intentos cuya variación depende del énfasis en los actores, en las motivaciones o en las técnicas utilizadas para actuar; la literatura sobre el tema ha encontrado al menos dos características esenciales para distinguir el terrorismo de otras formas de violencia, a saber: i) el *objetivo de ataque* no son los combatientes sino la población civil; y ii) el uso de la violencia como *medio para generar pánico* entre amplios sectores de la población, como arma psicológica.

[214] PIZARRO LEONGÓMEZ, Eduardo. *Una democracia asediada.* Bogotá: Norma, 2004, pp. 133-134.

[215] *Ibídem*, pp. 133-142.

Así, el terrorismo puede ser definido como "*(…) un acto o una amenaza de violencia contra no combatientes con el objetivo de realizar una venganza o una intimidación o, para influir en la opinión pública*"[216].

En los alcances de su definición, es relevante destacar que el terrorismo, en tanto *método*, puede ser utilizado "*(…) tanto por grupos propiamente terroristas (es decir, quienes realizan acciones terroristas de manera sistemática), como por organizaciones armadas no terroristas (quienes incurren en estas acciones de manera esporádica)*"[217]. Esta diferenciación entre quienes usan el terrorismo de manera *sistemática* o *circunstancial* constituye la principal diferencia entre grupos guerrilleros y organizaciones terroristas[218], lo que, para el caso nacional, es de gran trascendencia.

A la ausencia de consenso en su definición –aunque se reconoce la existencia de lugares comunes–, se suma otra característica que también se asemeja al drama que ha sufrido el delito político: la manipulación del término de acuerdo con intereses políticos.

¿Desde cuándo los talibán[219] son llamados terroristas? Cuando fueron aliados de Estados Unidos en los años ochenta durante la lucha contra la presencia soviética en Afganistán no se declaraban como tales, situación disímil a la de la guerra desatada después del 11 de septiembre de 2001.

El discurso de las potencias mundiales es el que ha determinado en los últimos tiempos el uso del término terrorista. Su interés ha sido reducir la expresión a miembros de organizaciones que actúan privada y clandestinamente para salvar de la denominación a sus Estados y sus aparatos militares[220].

Bajo esa lógica sesgada, ni siquiera las guerras o los ataques que cumplen con los presupuestos de la definición podrían ser catalogados como terroristas.

---

[216] STERN, Jessica. *The Ultimate Terrorists.* Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 10. Citado en: PIZARRO LEONGÓMEZ, Eduardo*, op. cit.,* p. 135.

[217] PIZARRO LEONGÓMEZ, Eduardo, op. cit., p. 135.

[218] "En todo conflicto armado, sea este de baja, media o alta intensidad se producen de manera sistemática o circunstancial actos de terror. Lo cual plantea un problema: ¿en qué momento un actor armado cruza el umbral de la utilización circunstancial a la utilización sistemática del terror?". *Ibídem*, p. 135.

[219] "Talibán es el plural de *talib*, es decir, un estudiante afgano de religión en una de las rígidas y fundamentalistas madrazas de orientación *deobandi*". PIZARRO LEONGÓMEZ, Eduardo*, op. cit.,* p. 134.

[220] ZOLO, Danilo. *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad.* Madrid: Trotta, 2007, p. 148.

Ejemplos de ello serían la guerra de agresión librada por Estados Unidos y Gran Bretaña contra Irak iniciada en 2003[221]; las devastadoras operaciones del ejército israelita que violan las resoluciones del Consejo de Seguridad contra los territorios palestinos; y, ahondando en la historia, hasta las masacres atómicas de Hiroshima y Nagasaki, todas cumplirían a cabalidad los elementos de la definición propuesta de terrorismo, pero, han pasado a la historia, impunes y bajo múltiples denominaciones que las justifican y suprimen el terrorismo como posible calificativo[222].

No obstante, en una perspectiva más amplia, los estudiosos del tema han propuesto dos variables para clasificar el terrorismo: i) según el ámbito de acción; y ii) según el origen del terrorismo. Según el ámbito de acción, se distingue entre el grupo terrorista que actúa al interior de una frontera nacional y el que actúa por fuera de las fronteras nacionales. Y según el origen, el terrorismo puede provenir del Estado (*v.gr.* las dictaduras militares) o de grupos no estatales[223].

Asimismo, han propuesto una tipología para clasificar grupos terroristas a partir de sus causas o motivaciones –que se utilizará para el contexto nacional[224]–. En resumen, se establecen seis "tipos ideales" de grupos terroristas: i) terrorismo patrocinado por Estados; ii) terrorismo ideológico de extrema izquierda o extrema derecha; iii) terrorismo nacionalista; iv) terrorismo político religioso; v) terrorismo de causa única; y vi) terrorismo y crimen organizado[225].

Ahora, este marco que da cuenta de la dificultad de definir el término terrorismo, la manipulación del mismo por intereses políticos, y una posible clasificación y tipología, es suficiente para el abordaje del tema en Colombia.

El tránsito del delito político hacia el terrorismo en el país ha contado con varias posibles causas: a la confluencia de las hipótesis sobre el debilitamiento del delito político, en especial las tesis del nuevo orden mundial a partir del 11 de septiembre del 2001, y el retorno a las tesis abolicionistas que acorralan

---

[221] Acá se cuentan como hechos que encuadran en la definición de terrorismo la masacre de Faluya en 2004 o el uso de napalm y fósforo blanco contra civiles. ZOLO, Danilo, *op. cit.,* p. 148.

[222] *Ibídem*, pp. 148-151.

[223] PIZARRO LEONGÓMEZ, Eduardo, *op. cit.,* p. 136.

[224] *Infra*, 3.3.

[225] PIZARRO LEONGÓMEZ, Eduardo, *op. cit.,* pp. 137-142.

con más fuerza el delincuente político hacia el terrorista, se suman el contradictorio discurso del gobierno colombiano entre 2002 y 2010 en contra de la figura, y el cambio de circunstancias de la guerra.

Sobre los dos primeros puntos ya se hizo referencia[226]. Respecto del tercero, que recuerda la importancia de explicar el tipo de violencia que sufre Colombia para proponer una solución, se tiene el siguiente punto de partida: la historia de la violencia política en Colombia es la historia de la urbanización progresiva de sus formas culturales de expresión y con ello, el "*(…) tránsito de la dominancia de una guerra rural, regular e irregular, como guerra por el dominio del espacio, hacia la dominancia del terrorismo urbano como 'guerra' por el dominio del pensamiento*"[227].

Este tránsito incompleto, implica que en el país coexisten formas arcaicas y modernas de violencia política. Por un lado, subsiste la guerra rural de guerrillas, vestigio de un país agrario que hunde sus raíces en el siglo XIX; y, de otro lado, aparece el terrorismo urbano del narcotráfico, expresiones urbanas de violencia política como las milicias populares[228].

Para diferenciar entre la guerrilla rural y el terrorismo urbano como fenómenos políticos y entre el terrorismo político propiamente dicho y el narcoterrorismo, Orozco Abad enfatiza en la imposibilidad de comparar el tipo de violencia política que vive Colombia con el terrorismo político que aqueja a los países europeos. Diferenciación que resulta relevante si se tiene en cuenta que el término terrorismo ha hecho carrera, inicialmente, en esos países y en Estados Unidos, de manera que lo que se conoce de él en el ámbito nacional se encuentra permeado en muy buena medida por el desarrollo y las implicaciones que allí ha tenido, pese a la magnánima diferencia de los contextos. En resumen, son cinco las diferencias que el autor destaca[229]:

i) La *importancia del campo*, en cuanto la pluralidad sociocultural en Colombia hace del mismo un peligroso foco de fragmentación feudalizante del poder, mientras que en Europa, el nivel de industrialización y urbanización hace del mismo un patio interior de las ciudades;

---

[226] *Supra*, No. 2.2.
[227] OROZCO ABAD, Iván. *Combatientes, rebeldes y terroristas, op. cit.,* p. 133.
[228] *Ibídem*, p. 133.
[229] *Ibídem*, pp. 134-137.

ii) La *homogeneidad en los estándar de vida y educación* de las sociedades europeas deviene en una capacidad de consenso y estabilización que aproximan ciertos niveles de legitimidad política, de manera que las minorías armadas derivan, casi inevitablemente, en terrorismo estratégico urbano, *contrario sensu* a lo que sucede en Colombia, país que, lejos de tales e*stándar*, se caracteriza por una profunda desigualdad social e ilegitimidad del Estado sobre las que se apoya una larga tradición política de lucha armada, de primacía guerrillera y rural, con discursos sociopolíticos alternativos respecto del dominante;

iii) La *estrategia* del terrorista urbano europeo implica un uso sistemático del terrorismo orientado hacia el derrumbe de la legitimidad del Estado mediante el primado del principio del miedo sobre el de la violencia y del dominio del pensamiento primero que del espacio, mientras que la estrategia del guerrillero rural colombiano se orienta en el paradigma de la regularidad de la guerra clásica, usa el terror en sentido táctico, temporal y residual, busca dominar primero el espacio y luego el pensamiento, y se rige por el principio del primado de la violencia sobre el miedo;

iv) La *relación con la sociedad* del terrorismo político europeo es lejana, está condenado al aislamiento social por cuanto no tiene intereses sociales para representar, sus pretensiones se orientan más hacia el espíritu de secta, hacia un discurso autorreferencial, en tanto la guerrilla política rural colombiana está, por lo menos comparativamente, más arraigada en la existencia social y política de las regiones donde tiene su asiento. Sus dominios territoriales no son sólo militares sino también sociopolíticos; y

v) Las *características del proyecto político* de la guerrilla colombiana, ligado aún a conflictos sociales, y del *proyecto estratégico*, dominado por el paradigma de la regularidad, hacen pensar que es posible hacerlos humanizables y negociables, situaciones que no parecen predicables de los proyectos políticos ni militares del terrorismo europeo, más cercano al tipo de ensimismamientos fundamentalistas.

Resulta evidente que si bien, la transición política y jurídica del delincuente político al terrorista en Colombia es un hecho[230], las diferencias fácticas de

[230] Para el caso específico de Colombia, Orozco Abad habla de siete acontecimientos entre 1977 y 1985 que constituyen el punto de inflexión histórica en la transición rebelde-

lo que regula uno y otro deben hacer repensar la forma como se lleva a cabo esa transición, pues el fenómeno delictivo al que responde en el país, no es el mismo que ha alimentado la noción de terrorismo en el contexto europeo.

Finalmente, en el escenario jurídico ya se expuso la manera como en la legislación se fue deteriorando la figura del delito político y se esbozó cómo, el Código Penal de 1980, con la tipificación del terrorismo[231], constituye un punto de inflexión. Basta precisar que junto con este hecho, dos más del mismo tipo, contribuyeron en el debilitamiento del uso del delito político: i) la supresión del 'elemento subjetivo' del terrorismo; y ii) la multiplicación de los tipos penales objetivos y de mera conducta.

El Decreto 180 de 1988 (Estatuto para la Defensa de la Democracia), consolida el terrorismo y lo vuelve un tipo penal de responsabilidad objetiva al suprimir la partícula "con el fin" prevista en la normatividad original y dejarlo como "*El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella (…)",* expresiones susceptibles de medirse en el sujeto pasivo y no el sujeto activo lo que hace más peligroso el tipo penal[232]. Esta forma de responsabilidad objetiva para el terrorismo, se mantiene en la legislación penal de 2000[233].

Con. nota 230

terrorista: i) la protesta urbana en el gobierno de López Michelsen que devino en el gran paro cívico nacional de septiembre 14 de 1977; ii) el miedo a la revolución; iii) el fortalecimiento de las Fuerzas Militares; iv) una nueva fase de confrontación entre las Fuerzas Militares y las guerrillas; v) la creación de una guerrilla urbana, el Movimiento 19 de Abril (M-19); vi) la crisis de la guerrilla rural; y vii) el asenso del narcotráfico como actor político-militar. OROZCO ABAD, Iván. *Combatientes, rebeldes y terroristas, op. cit.,* p. 151.

231 El artículo 187 del Decreto 100 de 1980, rezaba: "El que con el fin de crear o mantener un ambiente de zozobra, o de perturbar el orden público, emplee contra personas o bienes, medios de destrucción colectiva, incurrirá en prisión (…)".

232 OROZCO ABAD, Iván. *Combatientes, rebeldes y terroristas, op. cit.,* p. 185.

233 Ley 599 de 2000, Art. 343. "El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a doscientos setenta (270) meses y multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1.333.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta".

Adicionalmente, es oportuno mencionar que junto con el terrorismo, los nuevos tipos penales de responsabilidad objetiva y de mera conducta, han tendido a destruir la conexidad en la rebelión y a reducir el delito político a delito común. Es el caso del porte ilegal de armas, el concierto para delinquir, la utilización ilegal de uniformes e insignias, y en su momento, la perturbación del orden público (en el Estatuto de Seguridad de 1978)[234]. Su efecto también ha sido la disminución de la posibilidad de utilizar el delito político en los escenarios judiciales, pues deviene en imposible e inadecuado, clara contribución al desvertebramiento de la figura[235].

Hay que concluir con Orozco Abad que "(…) la entronización del terrorismo (importado de Europa) como virtual sustituto de la rebelión es un error político criminal y jurídico penal"[236].

3. El posible uso del delito político

Aún está pendiente resolver la pregunta que titula el capítulo: Delito político: ¿una alternativa para la paz? La solución se encuentra en las respuestas definitivas a otros interrogantes por: i) la conexidad; ii) la caracterización del conflicto; iii) la caracterización del "enemigo"; iv) el tratamiento de la figura en el escenario judicial; y v) la conveniencia ante un proceso de paz. Sobre todos ellos se ha establecido el marco que permite, a continuación, precisarlos y desarrollar la siguiente subhipótesis: pese a su resquebrajamiento, el delito político constituye una herramienta vigente que puede ser utilizada en Colombia y debería ser reconstruida.

La concepción jurídica del delito político puede ser de tres formas: i) como delito puro; ii) como delito complejo; o iii) como delito conexo[237].

Como delito *puro*, sería si atentara únicamente contra el régimen constitucional y legal en la forma como la Legislación penal lo describe. Ya se mencionó su imposibilidad fáctica. Como delito *complejo* lesiona a la par, el régimen constitucional y legal, y el interés privado (la vida, la integridad, la

[234] OROZCO ABAD, Iván. *Combatientes, rebeldes y terroristas, op. cit.,* p. 183.
[235] *Ibídem*, pp. 188-189.
[236] *Ibídem*, p. 192.
[237] LAMARCA PÉREZ, Carmen. "El terrorismo y el delito político". En: QUICENO ÁLVAREZ, Fernando (Comp.). *Delitos de terrorismo y narcotráfico.* Bogotá: Edición Jurídica Bolivariana, 2002, p. 64.

propiedad), pero éste se encuentra contenido en el delito político, que era lo que ocurría en el citado artículo 177 del Código Penal de 1890 cuando establecía: "[s]e considerarán *como parte de la rebelión* los actos consiguientes al objeto de este delito, como ocupación de armas y municiones (…)". (Resaltado fuera del texto original). Noción derogada hace más de cinco décadas. Y, como delito *conexo* cuando se trata de infracciones de Derecho común o delitos comunes, cometidos en curso del delito político, teniendo relación con éste. Es decir, existe relación de conexidad cuando un delito se comete para preparar, facilitar, consumar o arreglar la impunidad de otro, que, en este caso, debe ser un delito político[238].

Una precisión en este punto: "*[l]os delitos políticos implican la consunción –no la impunidad– de los delitos conexos y complejos*"[239].

La descrita evolución (o involución) del delito político en la legislación nacional, implicó el reemplazo de la complejidad del Código de 1890 por la conexidad en los Códigos de 1936 (art. 141) y de 1980 (art. 127) y la omisión absoluta del tema en el Código Penal del 2000, tras haber sido declarada inexequible la figura del art. 127 del Código anterior, por la Corte Constitucional en 1997. No obstante, la conexidad no desaparece con la anomia legislativa sobre el tema, pues como institución de Derecho Penal liberal, puede ser aplicada por el juez que conozca del caso concreto.

Tres son las teorías que explican la institución de la conexidad de los delitos comunes a los delitos políticos: i) la teoría de la *conexidad objetiva*, que supone la existencia de un delito común que vulnera bienes jurídicos no personalísimos (como la seguridad pública) y que resulta necesario como medio idóneo para materializar el delito político; ii) la teoría de la *conexidad subjetiva, ideológica* o *accidental*, que se presenta cuando el delito anterior se ejecuta con la

---

[238] *Ibídem*, pp. 64-65.

[239] POSADA MAYA, Ricardo*, op. cit.,* p. 65. No está de más recordar que según el principio de consunción, "(…) cuando la realización de un supuesto de hecho más grave incluye la de otro de menos entidad, se aplica el primero y no el último pues se parte del presupuesto de que el legislador considera esos casos al redactar la descripción típica más severa; por ello, el tipo consumiente prefiere al consumido: *lex consumens derogat legi comsuptae* (…). Son dos los casos de consunción que se encuentran en la ley penal: en primer lugar, el llamado *acto copenado posterior* o acción típica de carácter subsiguiente a la conducta punible (…) [y] el segundo consiste en el *hecho acompañante* (…)". VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010, pp. 640-641.

finalidad de realizar un delito político posterior; y iii) la teoría de la *conexidad consecuencial*, cuando la conducta punible se presenta con la finalidad de ocultar o asegurar un delito político[240].

En Colombia, si bien desapareció el listado de delitos que podrían ser considerados conexos con los delitos políticos, existe un inventario de conductas punibles que no pueden ser consideras conexas con dicho tipo de delitos, y cuáles definitivamente no pueden ser cobijados por los beneficios de indulto y amnistía (entre otras formas de extinción de la acción penal), propios de los delitos políticos. La lista se encuentra dispersa en tres normas, a saber: i) la Ley 589 del 2000, Art. 19: "Los delitos que tipifica la presente ley no son amnistiables ni indultables", es decir, el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; ii) la Ley 733 del 2002, art. 13: "En ningún caso el autor o partícipe de los delitos de terrorismo, secuestro o extorsión, en cualquiera de sus modalidades, podrá ser beneficiado con amnistías e indultos, ni podrán considerarse como delitos conexos con el delito político, dada su condición de atroces"; y iii) la citada Ley 1421 del 2010, art. 11 que modifica el art. 50 de la Ley 418 de 1997: "No se aplicarán los beneficios jurídicos dispuestos en este título y los socioeconómicos que en el marco del proceso de reintegración establezca el Gobierno Nacional, a quienes hayan incurrido en delitos de genocidio, secuestro, lesa humanidad, crímenes de guerra o en los tipificados en el Título II del Libro II, Capítulo Único del Código Penal, conforme a los tratados y convenios internacionales ratificados, por el Estado colombiano".

Aunque, como se dijo, la conexidad no requiere autorización legal para ejercerse, de manera que puede ser declarada judicialmente, de acuerdo con las condiciones del caso concreto, es un lugar común en la doctrina y la jurisprudencia que no es posible calificar como conexo con el delito político aquel constituido por la atrocidad de los hechos[241]. En otros términos: las hipótesis de la conexidad, en particular, de la conexidad objetiva y la consecuencial, encuentran un límite político-criminal válido en la naturaleza de ciertos bienes jurídicos personalísimos (Derecho Internacional Humanitario, vida, integridad personal, libertad sexual, etc.), pues se incrementa el daño objetivo que supone el comportamiento posterior que agota el delito político, de manera que se impide la conexidad[242].

[240] POSADA MAYA, Ricardo, *op. cit.,* pp. 65-66.
[241] LAMARCA PÉREZ, Carmen, *op. cit.,* p. 66.
[242] POSADA MAYA, Ricardo, *op. cit.,* pp. 68-69.

Con base en este estricto panorama, a modo de síntesis, podría decirse con Posada Maya que "(…) como delitos conexos, actualmente sólo se admiten las conductas de *porte ilegal de armas* (personales o de uso privativo de las Fuerzas Militares y conductas anexas) (…); o las conductas de *utilización de equipos transmisores o de telecomunicaciones* (…) y *utilización ilegal de uniformes e insignias*"[243]. Conclusión lúgubre en apariencia pero que, si se mira en la lógica de un proceso de paz basado en la estrategia de la selección y la priorización de autores y de delitos –entre otros criterios– en la investigación[244], resulta funcional para clasificar aquellos grandes perpetradores de conductas graves, de aquellos con mínimo nivel de responsabilidad que aún siendo parte de un grupo armado al margen de la ley, podrían ser beneficiarios de un tratamiento diferencial propio del delito político, atendiendo la poca relevancia de su actuar en la organización.

En cuanto a la *caracterización del conflicto*, aunque ya se señaló la dificultad que reviste calificar de alguna forma esta "guerra sin nombre" que vive Colombia, se cuenta con algunas tipologías que han procurado aproximarse a encuadrar la violencia política nacional dentro de alguna categoría. A continuación se citan los estudios de Orozco Abad, Pizarro Leongómez y la Escola de Cultura de Pau, al respecto.

Orozco Abad ha descrito la violencia en Colombia como una transición del campo a la ciudad que ha implicado, a la par, la coexistencia dos tipos ideales: el modelo arcaico de guerra propio de la guerrilla rural, con el moderno modelo de terrorismo urbano. En ese sentido, en el país han confluido prácticas de uno y otro tipo.

Pizarro Leongómez, basado en otra tipología que, en parte retoma la establecida por el *Journal of Peace Research*[245], concluye que el colombiano es un

---

[243] *Ibídem*, p. 67.

[244] Al respecto, Cfr. FORER, Andreas y LÓPEZ DÍAZ, Claudia. "Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional en Colombia". En: AMBOS, Kai (comp.). *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales.* Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), Embajada de la República Federal de Alemania y Universidad Georg-August de Göttingen, 2011, pp. 229 y ss.

[245] El *Journal of Peace Research* diferencia cuatro tipos ideales: los conflictos armados internos, los conflictos armados internos que han vivido un proceso de internacionalización (conflictos regionales complejos), los conflictos armados extra-estatales –confrontación entre un Estado y un grupo no estatal o sin fronteras–, y los conflictos armados interestatales –enfrentamiento entre dos Estados–. PIZARRO LEONGÓMEZ, Eduardo*, op. cit.,* pp. 38-39.

conflicto interno, irregular, prolongado y con raíces ideológicas. *Interno*, aunque en tránsito hacia un conflicto regional complejo, por cuanto su origen se liga a factores predominantemente domésticos. *Irregular o no convencional* por la forma como combaten los actores, pues las Farc y el Eln utilizan la guerra de guerrillas que se funda en el empleo de pequeñas unidades que usa la táctica de golpear y correr, el sigilo y la emboscada, y no tienen la capacidad para utilizar artillería pesada, divisiones de tanques o inmiscuirse en largas batallas de desgaste. De *raíces ideológicas* por cuanto la guerra surgió por diferencias en el plano ideológico –y nutrida por el impacto de la revolución cubana–, y no por cuestiones relacionadas con etnia, lengua o religión. *Prolongada* (o fenómeno de insurgencia crónica), simplemente por tratarse de una de las guerras más antiguas del mundo si se toman los años 1964 y 1967 (creación de las Farc y el Eln respectivamente), como el inicio[246].

La Escola de Cultura de Pau de la Universidad Autónoma de Barcelona, emplea una doble tipología de la guerra: la primera se centra en las *causas o incompatibilidad de intereses*, y la segunda, en la *confluencia entre escenario del conflicto y actores*.

> *"En relación con las causas principales, se pueden distinguir las siguientes: demandas de autodeterminación y autogobierno (Autogobierno) o aspiraciones identitarias (Identidad); oposición al sistema político, económico, social o ideológico de un Estado (Sistema) o a la política interna o internacional de un Gobierno (Gobierno), lo que en ambos casos motiva la lucha para acceder o erosionar al poder; o lucha por el control de los recursos (Recursos) o del territorio (Territorio). En relación con la segunda tipología, los conflictos armados pueden ser internos, internos internacionalizados o internacionales. Se considera conflicto armado interno aquel enfrentamiento protagonizado por actores armados del*

[246] PIZARRO LEONGÓMEZ, Eduardo, *op. cit.,* pp. 45-49. El autor también profundiza en las preguntas por la intensidad del conflicto, su nivel de polarización y su mutación hacia el terrorismo, concluyendo que en Colombia se enfrenta un conflicto que oscila entre una intensidad baja y media, que no puede ser catalogado como una "guerra civil" por cuanto –pese a las bases de apoyo de las guerrillas y su relativo control territorial en zonas periféricas– no predomina una polarización de la comunidad nacional ni una "soberanía escindida"; y tampoco se llamaría guerra contra la sociedad, guerra ambigua ni guerra contra el terrorismo, porque estas categorías sólo apuntan a alguna de las características del conflicto desconociendo otras variables igualmente relevantes lo que deviene en distorsiones; por ejemplo, la "guerra contra el terrorismo" asimila de manera superficial las guerrillas a las redes terroristas de otras naciones. *Ibídem*, pp. 51-80.

mismo Estado que operan exclusivamente en y desde el interior del mismo. En segundo lugar, se entiende por conflicto armado interno internacionalizado aquel en el que alguna de las partes contendientes es foránea, y/o cuando el enfrentamiento se extiende al territorio de países vecinos. Para considerar un conflicto armado como interno internacionalizado también se tiene en cuenta el hecho de que los grupos armados tengan sus bases militares en los países vecinos, en connivencia con esos Estados, y lancen sus ataques desde éstos. Finalmente, se entiende por conflicto internacional aquel en el que se enfrentan actores estatales o no estatales de dos o más países"[247].

En su conclusión el conflicto colombiano es de "sistema", por sus causas, e "interno internacionalizado", por su escenario[248].

De lo anterior se puede colegir que el conflicto en Colombia, desde las diferentes tipologías, se identifica más con el modelo que admite una apertura hacia el trato diferencial para los actores, esto es, como combatientes-rebeldes y enemigos relativos no discriminados, hipótesis que se constata con el estudio particular sobre ellos.

En este punto, como se mencionó, la manera como se califique al grupo en armas –*caracterización de los actores*– es determinante para establecer el tratamiento que recibirá, de suerte que la pregunta obvia en el escenario colombiano sería: las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN) ¿son organizaciones terroristas? O ¿son grupos guerrilleros?.

Bajo la tipología establecida por Pizarro, esbozada atrás, y su análisis específico del punto, es posible afirmar que, desde el punto de vista de sus orígenes históricos, se estaría ante grupos guerrilleros, pero, su reciente actuar, representado en acciones como la utilización generalizada de "cilindros bomba" y minas antipersona, hacen que la línea entre grupo guerrillero y organización terrorista se desvanezca[249].

El "grado de terrorismo" se puede medir según la atención o preocupación del grupo u organización por los daños colaterales. En este tema, la percepción que se tiene es que, al menos en el caso de las FARC, no es mucha la im-

[247] ESCOLA DE CULTURA DE PAU. *¡Alerta 2012! Informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz.* Barcelona: Icaria, 2012, p. 30.

[248] *Ibídem*, p. 31.

[249] PIZARRO LEONGÓMEZ, Eduardo*, op. cit.,* p. 149.

portancia que éstos revisten[250], de manera que estarían aproximándose hacia la caracterización propia de organizaciones terroristas.

No obstante, pese a que combinan acciones de grupo guerrillero con aquellas de organización terrorista (y con el uso de narcotráfico como "combustible de la guerra"[251]), los siguientes factores inclinan la balanza a favor del primer calificativo: i) la no primacía absoluta de las prácticas terroristas sobre las guerrilleras; ii) el origen histórico de los grupos guerrilleros; iii) el contexto de su accionar (ya diferenciado de aquel que envuelve el terrorismo europeo); iv) la pervivencia de un proyecto político como parte de sus fines últimos; y, en todo caso, v) el uso del terrorismo como método eventual y no sistemático (aunque, como se dijo, en una transición hacia la inversión de las variables). Así, es posible afirmar, sin tergiversar la realidad, que los miembros de las FARC y del ELN pueden seguir siendo tratados en el escenario político militar del rebelde-combatiente, y del enemigo relativo no discriminado, esto es, resulta posible que sus conductas se encuadren dentro de los tipos penales llamados delitos políticos.

En cuanto al *delito político en el escenario judicial* y las posibilidades de defensa que tendría el delincuente político, se tiene que, partiendo del presupuesto según el cual el delincuente político es consciente de que incurre en una conducta punible y la comete con el dolo de quien la quiere, no se estaría ante alguna de las causales de atipicidad[252]. Habría que ver si es posible que concurra alguna de las causales de justificación de la conducta (exclusión de antijuridicidad) o de las causales de inculpabilidad que la ley prevé.

En el Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000) estos dos últimos tipos de causal se encuentran recogidas en un mismo artículo (art. 32) bajo la denominación "Ausencia de responsabilidad". Para efectos de claridad, se sugiere la clasificación propuesta por Velásquez Velásquez[253] en los siguientes términos: respecto de las causales de justificación o antijuridicidad de la conducta, dado que en su mayoría se sitúan en el amparo del orden jurídico vigente o se exige

[250] *Ibídem*, p. 149.

[251] *Ibídem*, p. 69. En este punto, el autor diferencia entre el narcotráfico como motivación de la guerra, de su uso únicamente como método de financiación. *Ibídem*, p. 69.

[252] Como causales de atipicidad se cuentan la ausencia de elementos objetivos, la ausencia de elementos subjetivos, y el consentimiento del sujeto pasivo. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando*, op. cit.,* pp. 399-410.

[253] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando*, op. cit.,* pp. 466-545.

una posición protegida por él (estricto cumplimiento de un deber legal –No. 3–; cumplimiento de orden legítima de autoridad competente –No. 4–; legítimo ejercicio de un derecho subjetivo, de una actividad ilícita, y de un cargo público –No. 5–), se disminuyen las posibilidades de su aplicación pues es ese ordenamiento el que el delincuente político busca cambiar. Restarían el ejercicio de la legítima defensa –No. 6– que no se configura por cuanto no se está ante la protección de un bien jurídico atacado que permite la defensa, sino ante un tipo de defensa mucho más sofisticada que compromete la legitimidad de todo el sistema; y el estado de necesidad justificante –No. 7– que tampoco aplicaría por cuanto no se está eligiendo ante dos bienes, uno de ellos en detrimento de otro igualmente justo.

En cuanto a las causales de inculpabilidad[254], un sector de la doctrina reconoce que en casos excepcionales como las conductas desplegadas por los autores por motivos de conciencia (religiosos, morales o políticos), habría una causal de inculpabilidad en tanto la misma emana directamente de la Constitución Política cuando esta garantiza la libertad de conciencia (art. 18)[255].

Sobre el punto afirman sus defensores: "*(…) ante una Constitución tan avanzada, el derecho penal no tiene más remedio que reconocer la ausencia de culpabilidad de los autores por conciencia, sea que obren por motivos políticos (delincuentes políticos), religiosos (…)*"[256].

La causal sólo opera en casos excepcionales, a condición que se respeten los principales postulados del Estado Social de Derecho como la dignidad humana[257]. Si bien, esta afirmación reduce el alcance de la causal desprendida de la Constitución, queda vigente, y para la argumentación en el escenario judicial, la posibilidad que se aplique para el rebelde derrotado, con la dificultad que muestra la doctrina sobre el tema, enfática en aseverar que

[254] Entendidas como aquellos casos en los que no es posible emitir contra el agente juicio de exigibilidad en casos dolosos. Entre éstas se cuenta el error de prohibición, el estado de necesidad y la inimputabilidad. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando*, op. cit.,* p. 530. Por ejemplo las causales 1, 8, y 9 del artículo 32 del Código Penal, en su orden: caso fortuito o fuerza mayor; insuperable coacción ajena; y miedo insuperable.

[255] *Ibídem*, p. 545.

[256] *Ibídem*, p. 545.

[257] *Ibídem,* p. 545.

la tendencia de los jueces que conocen del delito político, ha sido hacia disolverlo en secuestro, porte ilegal de armas, entre otras conductas o, a sustituirlo por el terrorismo[258].

Finalmente, acerca del *uso del delito político en el proceso de paz*, es posible hacer dos afirmaciones:

En primer lugar, apoyándose en la conclusión a la que se llegó sobre la caracterización de las guerrillas y con una carga de pragmatismo, catalogar al guerrillero como delincuente político en Colombia, y con esto, permitir el uso de la figura, sería funcional en cuanto: i) humanizaría la guerra que, por un lado, se situaría en el plano del Derecho Internacional Humanitario, y por otro lado, privilegiaría la visión del enemigo relativo, con quien se puede interlocutar, negociar, y no la del enemigo absoluto que no merece cuartel; ii) favorecería, y en el mejor de los casos, incentivaría la desmovilización de los grupos armados; iii) no representaría un alto costo político para el Estado, en la medida en que la figura ya existe y obedece a la tradición jurídica nacional; y, iv) daría un margen de maniobra al Estado en el marco de un proceso de paz[259].

Como lo señala Pizarro: "*(…) si creemos que en un momento u otro se va a llegar a la búsqueda de una salida negociada, es indispensable conservar la cabeza fría y continuar sosteniendo un lenguaje adecuado para un proceso de paz que es, en último término, un proceso político entre actores políticos*"[260].

En este sentido, resultan pertinentes las propuestas encaminadas a la motivación del uso de la figura a través de la reglamentación positiva –y no necesariamente la ampliación– de la conexidad[261] desde el Legislativo, que podría redundar en el análisis de los casos concretos que adelanta el poder Judicial

[258] OROZCO ABAD, Iván. *Combatientes, rebeldes y terroristas.* Bogotá: *Op. cit.*, p. 62. "La supervivencia doctrinal del delito de rebelión como delito privilegiado, no significa, sin embargo que el mismo haya conservado su vigencia en la práctica judicial". *Ibídem*, p. 182.

[259] *Ibídem*, Prólogo a la segunda edición, pp. XLIV-XLV.

[260] PIZARRO LEONGÓMEZ, Eduardo*, op. cit.,* p. 165.

[261] Por ejemplo, mediante el "Proyecto de acto legislativo No. 14 de 2011 Senado – 094 de 2011 Cámara, **'**Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones' ", aprobado por el Congreso en junio de 2012, se incorporó un nuevo artículo transitorio en la Constitución, en los siguientes términos: *"[a]rtículo transitorio 67.* Una Ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política".

desestimulando la calificación del terrorismo y el secuestro como delitos conexos con la rebelión (cuando no haya lugar a ellos), fórmula que parece indispensable hoy en los casos contra miembros de guerrillas.

En segundo lugar, en lo que atañe al proceso de paz vigente en Colombia –Proceso Especial de Justicia y Paz–, puede proponerse que, así como la Corte Suprema de Justicia dictaminó que los miembros de grupos paramilitares no incurren en delitos políticos, y estableció como "delito base" en el proceso, el delito común de concierto para delinquir agravado[262], entonces, para los miembros de la subversión, sería la rebelión aquel delito "necesario" en el que aún el menos responsable penalmente en razón de su bajo rango en el grupo, por el mero hecho de pertenecer al grupo y, en este caso alzarse en armas, habría incurrido.

Lo anterior sería consecuente con la diferenciación que la misma Corte ha establecido entre delitos políticos y comunes, y con la propuesta de conservar la vigencia del delito político, y procurar su recuperación, principalmente, como una herramienta funcional ante un eventual proceso de paz en Colombia.

Sobre el referido "delito base", la Corte Suprema señaló, inicialmente, que "*(…) el concierto para delinquir es un elemento sustancial del proceso de Justicia y Paz y, por ende, requisito sine qua non para la imposición de la pena alternativa*"[263]. Posteriormente, elevó esa conducta en la modalidad agravada a la calidad de crimen de lesa humanidad[264].

Bajo ese entendido, y previendo una posible línea interpretativa similar, podría formularse el siguiente interrogante: ¿la rebelión también puede ser catalogada como crimen de lesa humanidad?

---

[262] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 31539, julio 31 del 2009. M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán, Consideraciones, No. 1.5.

[263] *Ibídem*, Consideraciones, No. 1.4.

[264] Cfr.: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 29472, abril 10 del 2008. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas, Consideraciones de la Corte, No. 25. Criterio reiterado en los siguientes Autos en el marco del Proceso de Justicia y Paz: Rad. No. 33610, mayo 13 del 2010. M.P.: Alfredo Gómez Quintero. Consideraciones, No. 7; y, Rad. No. 33301, marzo 11 del 2010. M.P.: Alfredo Gómez Quintero. Consideraciones, No. 2. También en los procesos de la llamada 'parapolítica', la Corte ha reiterado esta posición: Sentencia Rad. No. 32672, diciembre 3 del 2009, caso Salvador Arana. Consideraciones de la Corte, No. 2.2.; Auto Rad. No. 33118, mayo 13 del 2010, la Corte avoca el conocimiento de las diligencias en el caso César Pérez García, p. 42; y, Auto Rad. No. 33118, marzo 14 del 2011, la Corte califica el mérito del sumario en el caso César Pérez García, pp. 107-108.

Pues bien, hay que señalar lo desafortunado de la tesis de la Corte Suprema al otorgarle el carácter de crimen de lesa humanidad al concierto para delinquir. Los argumentos en este sentido han sido contundentes. López Díaz ha recogido los siguientes planteamientos[265]: i) ninguno de los Estatutos de los Tribunales Especiales internacionales como Núremberg, Ex Yugoslavia, Ruanda, o Roma, que cita la Corte en su argumentación, consagran el concierto para delinquir como crimen de lesa humanidad; ii) la Corte confunde la palabra "asociación", que antecede algunos crímenes de lesa humanidad en los Estatutos citados, al interpretarla como una *conducta punible*, cuando en realidad, en esos instrumentos es una *forma de participación*; y iii) calificar un crimen que no se encuentra tipificado en los Estatutos como "de lesa humanidad", implica violar el principio de legalidad en ellos consagrado y aplicar en forma indebida la analogía *in malam partem*.

Esta argumentación resulta más consistente que la elaborada por la Corte, y, por las características de los planteamientos, es extensible al delito de rebelión, de manera que desde ya habría que advertir que bajo ninguna circunstancia sería admisible elevar dicha conducta a la categoría de crimen lesa humanidad.

Conclusiones

La discusión sobre las herramientas con las que cuenta el Estado en Colombia para hacer la paz, surge de manera cíclica cada vez que cambia la correlación de fuerzas de las partes en el conflicto armado interno, en especial, cuando parece haber algún tipo de acercamiento o disposición para dialogar y negociar los términos del final de la confrontación.

En desarrollo de esa discusión es recurrente volver sobre aquellos instrumentos jurídicos utilizados en el pasado con significativos niveles de éxito en términos de la pacificación lograda con su implementación, y a cuya existencia aún se podría apelar, aunque atendiendo los nuevos contextos fácticos y jurídicos, entre otros, con los cuales las figuras de antaño debaten su supervivencia.

---

[265] LÓPEZ DÍAZ, Claudia. "Nulidad y Ley de Justicia y Paz". En: *Cuadernos de Derecho Penal.* Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, Núm. 3, 2010, pp. 222-223. En el mismo sentido: FORER, Andreas y LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia.* Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) y Embajada de la República Federal de Alemania, 2010, pp. 33-34.

Así, renace la reflexión sobre el delito político como una posible herramienta para ser utilizada con el propósito de buscar alternativas de paz ante un prolongado y cada vez más insostenible y degradado conflicto armado; y se reeditan las preguntas por su caracterización, justificación, vigencia y conveniencia en el escenario nacional.

La búsqueda de la naturaleza del delito político se encuentra precedida por el tratamiento que ha recibido el fenómeno al cual responde –disidencia violenta o resistencia respecto del *statu quo*– a través de la historia. Dos periodos se destacan en esa evolución: aquel donde el *traidor*, y después *criminal de lesa majestad*, era condenado a los peores castigos y vejámenes, y después, aquel donde el *delincuente político* recibe un tratamiento benévolo y privilegiado.

Esta mirada a la historia también evidencia la permanencia en el tiempo de un rasgo característico del que hoy se conoce como delito político: su indeterminación constitucional y legal, y la consecuente falta de definición que lo hace volátil, etéreo y dependiente de diversos factores para su comprensión: la teoría que se adopte, entre las objetivas, subjetivas y eclécticas extensiva y restrictiva; y la voluntad de los gobiernos que han manipulado indiscriminadamente su uso en función de sus intereses.

El hecho que la figura se correlacione con múltiples variables, entre teóricas y políticas, hace que el examen de su configuración a la luz de la teoría del Estado y su fundamentación resulten indispensables para analizar en qué medida tiene lugar y justificación, como presupuestos de su vigencia y eventual utilidad.

En el contexto nacional, es el Estado Social y Constitucional de Derecho el que se interrelaciona con el ordenamiento jurídico y, en ese sentido, consecuente con la tradición liberal neocontractualista que lo inspira, respeta el derecho a la resistencia –aunque no positivizado de manera expresa–, como fundamento que da lugar a la figura del delito político.

La resistencia surge en el Estado liberal como recurso ante su ilegitimidad, es decir, el desconocimiento de los mínimos de justicia que lo fundan, según la lectura neocontractualista; y se puede manifestar de manera pacífica –como la desobediencia civil–, a través de la crítica –como el ejercicio de la libertad de expresión–, o por medio de las vías ilegales o violentas, supuesto que recoge el derecho a la resistencia propiamente dicho.

Los dos primeros, caben perfectamente dentro de Estados más o menos justos con niveles aceptables de legitimidad, o en lo que Rawls llama sociedades bien ordenadas, que por contera, repelerían la tercera opción. Pero, ante sociedades lejanas de tales características, la resistencia, ligada a la tradición

iusnaturalista de la legitimidad y no a la positivista de la validez, se antoja explicable desde el punto de vista de la justicia, aunque inadmisible desde el punto de vista de la legalidad.

Cinco requisitos concomitantes en su ocurrencia, serían los mínimos para el ejercicio legítimo, aunque no legal, del derecho a la resistencia: i) la existencia de un Estado de opresión, o siguiendo a Radbruch, en presencia de injusticia extrema; ii) que se hayan agotado todos los medios legales; iii) que se haga uso de la menor violencia posible; iv) que el uso de la violencia sea meramente instrumental –no como fin en sí mismo–; y v) que su uso sea viable o tenga vocación de éxito, de suerte que no se apruebe su prolongación indeterminada en el tiempo por sembrar desconfianza y tender a degradarse.

Es con base en el ejercicio del derecho a la resistencia como *ultima ratio*, que en un Estado como el colombiano (Estado de Derecho de ascendencia liberal –desde el punto de vista teórico–, pero con niveles insuficientes de legitimidad –desde el punto de vista fáctico–), se *justifica* el tratamiento represivo, pero benévolo, para quien lo ejerce, es decir, para quien en el plano del Derecho Penal se convierte en un delincuente político.

A la coherencia del delito político con el modelo de Estado en Colombia, se suma su *vigencia*. La figura, carente de definición en la normatividad nacional, encuentra raigambre constitucional y legal a partir de tres elementos: i) la descripción expresa de sus beneficios; ii) su asimilación a las conductas típicas descritas en el Libro II, Título XVIII de la Ley 599 del 2000 (Código Penal): "De los delitos contra el régimen constitucional y legal"; y iii) su consagración en normas jurídicas específicas para procesos de paz.

No obstante su reconocimiento normativo, la figura ha sufrido un paulatino detrimento a partir de un cambio de paradigma: del reconocimiento inicial del delincuente político como rebelde-combatiente en el marco de un conflicto armado, y en ese sentido, como un enemigo relativo no discriminado, se ha venido transitando hacia la interpretación de aquel como terrorista en un escenario de guerra despolitizada y desideologizada, donde se interpreta como enemigo absoluto y estigmatizado hasta el riesgo del *homo sacer* de Agamben. Esto es, se ha mutado del modelo político-militar al modelo policivo-punitivo en la lectura sobre el delito político.

Esta transición ha sido alimentada por fenómenos políticos pero ha impactado el ámbito de lo jurídico hasta debilitar la figura y llevarla hacia su agonía. Cuatro hechos de la historia reciente de Occidente pero con una recepción significativa en el contexto local, podrían considerarse los de mayor incidencia en dicho proceso: i) el humanismo de la segunda posguerra; ii) la doctrina del

"fin de la historia"; iii) el nuevo orden mundial a partir del 11 de septiembre del 2001; y iv) el retorno a las tesis abolicionistas.

El primero, implicó el desarrollo de una "ética de los medios" que superó con creces la otrora ponderada "ética de los fines" que significó durante mucho tiempo la justificación de un tratamiento benigno a quien delinquía por la justicia de esos fines. El segundo, significó la convicción acerca del fin de las ideologías y la consecuente perpetuación del liberalismo económico y político como única alternativa viable y por ello defendible ante cualquier disidencia que devenía en absurda e indeseable por imposible. El tercer hecho, posicionó el discurso del terrorismo y la "necesidad" de cerrar filas contra el disidente que se acercaba más a esa indigna figura que hacia la del delincuente político. Finalmente, con la restauración del abolicionismo en medio de la consolidación de los Estados nación modernos, se predicó la inviabilidad del uso de la violencia bajo regímenes democráticos que por definición garantizaban todas las formas de disidencia, de suerte que la resistencia acaecía aberrante y sin sentido.

El impacto jurídico de estos hechos, y de los demás que puedan identificarse en la transición hacia el detrimento del delito político, ha tenido, al menos tres puntos de inflexión en Colombia: i) la discusión sobre la conexidad; ii) la evolución de las sanciones; y iii) el reemplazo de la rebelión por el terrorismo en la adjudicación del Derecho.

En cuanto al primer punto, se tiene que la concepción jurídica del delito político puede ser de tres formas: i) como delito puro; ii) como delito complejo; o iii) como delito conexo. El Código Penal de 1890 consagró la rebelión como delito *complejo*, esto es, como conducta que lesionaba, a la par, el régimen constitucional y legal, y el interés privado (la vida, la integridad, la propiedad), contenida en el delito político. Posteriormente, los Códigos Penales de 1936 y de 1980, cambiaron su naturaleza, estableciendo la *conexidad* de delitos cometidos durante el combate con la rebelión y, finalmente, tras la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo que consagraba esta cláusula en el Código de 1980 (art. 127), el nuevo Estatuto Penal del año 2000, elimina cualquier alusión expresa al tema y deja a los jueces la 'discrecionalidad' para aplicarla, en tanto institución de Derecho Penal, aunque sin disposición legal que los motive.

En cuanto al segundo punto, basta con citar el caso de la rebelión, cuya pena pasó de prisión de seis meses a cuatro años en 1936, a prisión entre ocho y trece años y medio en el 2000.

Finalmente, la transición del modelo político-militar hacia el modelo policivo-punitivo en materia del delito político en Colombia, se ha evidenciado a

través del posicionamiento del delito de terrorismo –tipificado desde 1980– en la adjudicación del Derecho. La constante de imputar a los miembros de grupos guerrilleros el delito de rebelión ha sido reemplazada por la imputación del terrorismo, o en otros casos, la rebelión en conexidad con el terrorismo y el secuestro, conductas que han adquirido una especie de presunción de Derecho en el análisis del actuar de los miembros de dichos grupos.

Ahora, ante esta curiosa coexistencia de factores teóricos que justifican su existencia, jurídicos que conservan su vigencia, y aquellos que han dado cuenta de su significativo debilitamiento, ¿aún es el delito político una alternativa para ser empleada en un escenario de paz?

La respuesta es sí, aunque sólo desde la redención del modelo político-militar como marco analítico para interpretar la figura, lo que es posible y viable a partir de un presupuesto: la admisión que el debate sobre el delito político se da en un Estado premoderno, que no ha logrado consolidar ni siquiera el monopolio de la fuerza –base para su tránsito a la modernidad–, segundo de América en el índice de Estados fallidos –después de Haití–[266], único en el continente que todavía enfrenta un conflicto armado[267], y cuya sociedad adolece altos niveles de conflictividad social y política, carente de consenso y donde no es descabellado pensar que linda con los bordes de la ilegitimidad, hecho que no sólo respalda la justificación y vigencia –ya sustentadas– de la figura, sino que confronta las posiciones que la acusan de romántica, obsoleta y anacrónica, tesis que desconocen que por su abolición se podría apostar sólo en sociedades bien ordenadas que garanticen mínimos de justicia y que hayan consolidado la democracia como forma de gobierno.

Con este marco, se puede afirmar que pese a su detrimento, el delito político es aplicable y su uso deseable en el contexto colombiano, en una perspectiva de negociación con los principales grupos armados al margen de la ley –FARC y ELN–, así:

Desde el punto de vista jurídico, son tres sus características: en primer lugar, mantiene *beneficios* propios de un tipo privilegiado, o al menos, especial: la prohibición de extradición, el derecho de asilo, la posibilidad de ser objeto

[266] FUND FOR PEACE. *The failed States Index 2011*. [En línea]. Disponible en: http://www.fundforpeace.org/global/?q=fsi. Consultado por última vez: junio 1 de 2012.

[267] ESCOLA DE CULTURA DE PAU*, op. cit.,* p. 31.

de amnistías e indultos para quienes incurren en él, y el respaldo jurídico específico para escenarios de paz (la Ley 418 de 1997 y sus prórrogas y modificaciones, y la jurisprudencia sobre sedición y concierto para delinquir, proferida en el marco del Proceso Especial de Justicia y Paz). En segundo lugar, un sector de la doctrina reconoce que podría configurarse una *causal de inculpabilidad* en tanto la misma emana directamente de la Constitución Política cuando ésta garantiza la libertad de conciencia (art. 18), de manera que sería coherente reconocer la ausencia de culpabilidad de los autores por conciencia, sea que obren por motivos políticos (delincuentes políticos), o religiosos, entre otros. En tercer lugar, la *conexidad* de ciertas conductas con los delitos políticos, sigue siendo una figura que puede ser declarada judicialmente, eso sí, atendiendo los listados normativos de conductas punibles que prohíben su aplicación para algunos delitos, y el consenso jurisprudencial y doctrinario en virtud del cual no es posible calificar como conexo con el delito político aquel constituido por la atrocidad de los hechos, de manera que delitos menores o sin mayor impacto social como las conductas de porte ilegal de armas (personales o de uso privativo de las Fuerzas Militares y conductas anexas), la utilización de equipos transmisores o de telecomunicaciones, y la utilización ilegal de uniformes e insignias, todavía admiten la conexidad con los delitos políticos.

Así, si el delito político se mira en la lógica de un proceso de paz basado en la estrategia de la selección y la priorización de autores y de delitos –entre otros criterios– en la investigación, resulta funcional para clasificar aquellos perpetradores de conductas graves (*v.gr.* aquellas con connotación de crímenes internacionales), de aquellos con un mínimo nivel de responsabilidad que aún siendo parte de un grupo armado al margen de la ley, podrían ser beneficiarios de un tratamiento diferencial propio del delito político, atendiendo factores como: la poca relevancia de su actuar en la organización y en los hechos, la conexidad –no prohibida– de sus conductas con los delitos políticos y, eventualmente, la aplicación de una causal de inculpabilidad.

Desde el punto de vista político, es más correspondiente con la realidad caracterizar el conflicto armado en función de su primacía rural-guerrillera y no comparar el tipo de violencia política que se vive con el modelo terrorista de las sociedades urbanas europeas. Si bien se experimenta un cambio en la dinámica violenta que transita del campo a la ciudad, de suerte que coexisten el modelo arcaico de guerra propio de la guerrilla rural, con el moderno modelo de terrorismo urbano, la entronización de la interpretación de la violencia

como terrorista, obedece más a la desacertada adopción y generalización del "terrorismo" como categorías para interpretar cualquier tipo de violencia en el siglo XXI, en una práctica que tiende a calificar fenómenos del Tercer Mundo con elementos analíticos del Primer Mundo.

De hecho, más que el análisis concreto de su actuar, ha sido la presión de las potencias mundiales a partir de la creación de listas de organizaciones terroristas como las del Departamento de Estado de los Estados Unidos y las de la Unión Europea[268], entre otros factores[269], la que ha implantado el uso de la categoría terrorista para los guerrilleros en Colombia.

Las Farc y el Eln combinan prácticas que se identifican tanto con los grupos guerrilleros como con las organizaciones terroristas; sin embargo, pese a su transición hacia estas últimas, hay suficientes elementos que permiten catalogarlas aún dentro de la primera categoría, entre otros, su origen histórico, la pervivencia de un proyecto político como parte de sus fines últimos, y el uso del terrorismo como método eventual y no sistemático.

Desde el punto de vista práctico, y recurriendo al pragmatismo, catalogar al guerrillero como delincuente político en Colombia sería funcional en cuanto: i) humanizaría la guerra que, por un lado, se situaría en el plano del Derecho Internacional Humanitario, y por otro lado, privilegiaría la visión del enemigo relativo, con quien se puede dialogar, negociar, en detrimento del enemigo absoluto que no merece cuartel; ii) favorecería y en el mejor de los casos, incentivaría la desmovilización de los grupos armados; iii) no representa un alto costo político para el Estado, en la medida en que la figura ya existe y obedece a la tradición jurídica nacional; y, en todo caso iv) da un margen de maniobra al Estado en el marco de un proceso de paz.

A este uso del delito político –urgente antes que los grupos y la guerra se degraden más y se termine la señalada transición hacia el terror que ya

[268] Una transcripción y revisión de los dos listados, en: PIZARRO LEONGÓMEZ, Eduardo, *op. cit.,* pp. 74-76.

[269] También habría que sumar el discurso del gobierno colombiano entre 2002 y 2010, que condescendió, como si fuera propia, con la guerra contra el terrorismo declarada por Estados Unidos tras los hechos del 11 de septiembre de 2001 en su país, y utilizó de manera indiscriminada y contradictoria la categoría de terrorista para referirse a las guerrillas en Colombia (y a la oposición política), entronizando la misma en el imaginario colectivo y haciéndola funcional a los intereses de la extrema derecha que representaba.

ha iniciado–, habría que sumar la imputación de la rebelión como delito base sin connotación de crimen internacional en el proceso de Justicia y Paz para los desmovilizados de las guerrillas, el citado empleo de una estrategia de criterios de selección y priorización en la investigación, el consecuente establecimiento de medidas no judiciales para los casos no seleccionados, y el empleo de fórmulas administrativas de reparación para las víctimas, como algunas alternativas que podrían combinarse en la construcción de un escenario de paz.

Este libro se terminó de imprimir
en los talleres gráficos de
ALVI IMPRESORES LTDA.
en el mes de julio de 2012.

La Justicia Transicional es una forma de justicia en construcción que se ha venido nutriendo en los últimos años a partir de las diversas experiencias en el mundo, acudiendo a fórmulas de carácter político, jurídico, administrativo o humanitario. Colombia, desde hace unos años y con ocasión de la negociación del gobierno con los principales grupos paramilitares, se muestra como una nueva experiencia de Justicia Transicional cuyos problemas, desafíos y soluciones aportan para la consolidación de esta forma de justicia.

Esta publicación da cuenta de algunos de esos aportes recogidos de la experiencia nacional que hacen del colombiano un modelo particular de Justicia de Transición, aún en depuración. Se parte del concepto y desarrollo histórico de la Justicia Transicional como marco para observar el panorama local. En segundo lugar, se examina la ley de Justicia y Paz, hito diferenciador de la Justicia Transicional en Colombia, desde cuatro ópticas: i) bloque de constitucionalidad como cláusula de reenvío normativo que permite la armonización de la Ley con la normatividad internacional; ii) sentencia C- 37 de 6 que significó la reinterpretación del procedimiento de Justicia y Paz; iii) el Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuyas decisiones han influenciado en la aplicación de la Ley 75 de 5; y, iv) la Estructura del Proceso tanto a nivel legal y reglamentario, como jurisprudencial. Los dos últimos capítulos, se refieren a los dos principales y antagónicos intervinientes dentro el proceso de paz: las víctimas y su intervención, como factor de legitimidad, y los victimarios como posibles delincuentes políticos, interpretación que serviría para sentar las bases de cara a futuras negociaciones de paz en Colombia.

Deutsche Gesellschaft für
Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

ProFis
Carrera 13 N 7-51, oficina 3
Bogotá D.C., Colombia
T. (+57) (+1) 636 1114
F. (+57) (+1) 635 155
.profis.com.co

ISBN 958-8438-67-2
9 789588 338675