



EL PROCESO PENAL DE JUSTICIA Y PAZ DESDE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

**Procuraduría Delegada para
el Ministerio Público en Asuntos Penales**



EL PROCESO PENAL DE JUSTICIA Y PAZ DESDE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Procuraduría Delegada para
el Ministerio Público en Asuntos Penales



Centro Internacional para la Justicia Transicional.

El proceso penal de justicia y paz desde la intervención del Ministerio Público / Centro Internacional para la Justicia Transicional ; compilación y coordinación editorial Camilo Ernesto Bernal Sarmiento ; revisión de texto Nicolás Arana Saganome, Gabriel Arias Hernández y María Cristina Rivera. -- Edición Diana Margarita Fuentes. -- Bogotá : Procuraduría General de la Nación : Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2010.

256 p. : 23 cm.

ISBN 978-958-98545-6-3

1. Ley de justicia y paz – Colombia 2. Conflicto armado - Aspectos Sociales – Colombia
3. Procedimiento penal – Colombia 4. Perdón judicial – Colombia 5. Reparación (Justicia penal) – Colombia 6. Administración de justicia penal – Colombia 7. Víctimas de guerra – Legislación - Colombia
I. Bernal Sarmiento, Camilo Ernesto, comp. II. Arana Saganome, Nicolás, rev. III. Arias Hernández, Gabriel, rev. IV. Rivera, María Cristina, rev. V. Tit.
341.488 cd 21 ed.

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

© 2010 PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

© CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Oficina Bogotá, D.C., Colombia

Carrera 5 No. 67-01

Telefax: +571 3450046

www.ictj.org/es

ISBN: 978-958-98545-6-3

Primera edición: marzo de 2010

1.300 ejemplares

Marzo de 2010

Impreso en Colombia

Compilación y coordinación editorial:

Camilo Ernesto Bernal Sarmiento

Comité editorial:

Camilo Ernesto Bernal Sarmiento, Gabriel Ramón Jaimes Durán, Hernando Aníbal García Dueñas y Miguel Antonio Carvajal Pinilla

Revisión de texto:

Nicolás Arana Saganome, Gabriel Arias Hernández y María Cristina Rivera

Corrección de estilo:

Diana Margarita Fuentes

Producción gráfica e impresión:

Opciones Gráficas Editores Ltda

Teléfonos: 224 1823 - 482 7071 Bogotá

www.opcionesgraficas.com

Este documento fue desarrollado con el apoyo del Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y la Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo (ASDI). Su contenido no presenta la opinión oficial del Gobierno del Reino de Suecia.

Alejandro Ordóñez Maldonado
Procurador General de la Nación

Martha Isabel Castañeda Curvelo
Viceprocuradora General de la Nación

Gabriel Ramón Jaimes Durán
**Procurador Delegado para el Ministerio Público
en Asuntos Penales**

Hernando Aníbal García Dueñas
**Coordinador Nacional de las Procuradurías Judiciales Penales
para Justicia y Paz**

Tabla de contenido

Presentación	11
Alejandro Ordoñez Maldonado, Procurador General de la Nación	

Introducción	15
Michael Reed, Director del Programa Colombia del ICTJ	

EXPERIENCIAS DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL DENTRO DE LOS PROCESOS PENALES DE LA LEY 975 DE 2005

1. La exclusión en la Ley de Justicia y Paz	17
1.1 Presentación del tema	17
1.2 Fundamento normativo	18
1.3 Situaciones en las que se han debatido exclusiones	19
Exclusión por muerte	19
Exclusión por manifestación expresa del postulado	21
Exclusión por renuencia del postulado	26
Exclusión por incumplimiento de los requisitos de elegibilidad	28
Exclusión por decisión del Gobierno nacional	36
2. Versiones libres	38
2.1 Presentación del tema	38
2.2 Fundamento normativo	38
2.3 Dinámica y práctica de las versiones libres	41
Restricciones	41
Obstáculos para la realización	42
Funciones del Ministerio Público en la versión libre	44
Confesión de hechos cometidos con posterioridad a la vigencia de la Ley 975 de 2005	50
3. Medidas cautelares reales	52
3.1 Presentación del tema	52
3.2 Fundamento normativo	53
3.3 Momento procesal y requisitos de procedibilidad	54

Tipos de medidas cautelares	62
Efectividad de las medidas cautelares y administración de los bienes	63
4. La formulación de imputación en el proceso de Justicia y Paz	65
4.1 Presentación del tema	65
4.2 Fundamento normativo	67
4.3 Formas de imputación	68
Imputaciones completas o totales	68
Imputaciones parciales	70
Imputación parcial del párrafo del artículo 5°, decreto 4760 de 2005.	70
Imputaciones parciales desarrolladas por la jurisprudencia	71
4.4 Contenido de la formulación de imputación	82
Verificación de requisitos de elegibilidad	82
Individualización del grupo armado	83
Individualización del imputado	83
Imputaciones fácticas	83
Inferencia razonada de autoría o participación	84
Imputación jurídica	84
5. Formulación de cargos	85
5.1 Presentación del tema	85
5.2 Fundamento normativo	86
5.3 Contenido y definición	87
Acusación: acto complejo (Leyes 906 de 2004 y 975 de 2005)	87
Presentación del escrito de acusación	88
Requisitos formales	88
Calificación fáctico-jurídica	89
5.4 El caso de Wilson Salazar Carrascal, alias “El Loro”	89
6. Incidentes de reparación	95
6.1 Presentación del tema	95
6.2 Fundamento normativo	95
6.3 El incidente de reparación previsto en el artículo 42, inciso 2° de la Ley 975 de 2005	97
6.4 El incidente de reparación en el proceso de Wilson Salazar Carrascal	105



7. Participación de las víctimas	110
7.1 Presentación del tema	110
7.2 Fundamento normativo	112
7.3 Participación de las víctimas en las diferentes diligencias judiciales	114
En las versiones libres	114
En audiencias preliminares	120
7.4 Representación de las víctimas	122
Víctimas determinadas	123
Víctimas indeterminadas	124
7.5 Comentarios adicionales	125

DISCUSIONES ACTUALES DENTRO DEL PROCEDIMIENTO PENAL DE LA LEY 975 DE 2005 Y EL ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. Temporalidad de la Ley 975 de 2005 y los delitos susceptibles de alternatividad penal	127
1.1 Presentación del tema	127
1.2 El problema jurídico	128
1.3 Alternativas en la solución del conflicto	131
1.4 Fundamento normativo	134
1.5 Confesión de hechos cometidos con posterioridad a la vigencia de la Ley 975 de 2005	135
1.6 Valor probatorio de las confesiones	136
2. Proceso de Justicia y Paz y principio de oportunidad	140
2.1 Presentación del tema	140
2.2 Fundamento normativo	141
2.3 Postura del Ministerio Público	143
Definición de los jueces de control de garantías	145
La existencia de constancias sobre antecedentes penales	146
La suscripción de la declaración juramentada no sustituye la investigación a cargo de la Fiscalía	147
Procedencia de las audiencias colectivas de control de garantías sustentadas en los programas metodológicos	148
Convocatoria a las audiencias de legalización a la aplicación del principio de oportunidad	148
Participación de las víctimas	148

De las decisiones inhibitorias y preclusiones de la investigación adoptadas con anterioridad al 11 de julio de 2007	150
3. Contenido de las audiencias en la Ley de Justicia y Paz	153
3.1 Presentación del tema	153
3.2 Fundamento normativo	153
3.3 Audiencia de formulación de imputación	154
Aspectos probatorios y pruebas de oficio	158
3.4 Audiencia de formulación de cargos	159
Competencia de los magistrados de control de garantías	160
Traslado del escrito a los intervinientes	165
Calificación jurídica. Control por parte de los intervinientes	169
3.5 Audiencia de legalización de la formulación y aceptación de cargos	172
Variación de la calificación jurídica	177
Requisitos de elegibilidad	180
Aspectos probatorios	185
4. Consideraciones sobre la participación de las víctimas durante las audiencias del procedimiento de Justicia y Paz	188
4.1 Presentación del tema	188
4.2 Fundamento normativo	188
4.3 Participación de las víctimas en las audiencias	190
Caso Jhonatan Sepúlveda	190
Caso Úber Banquez Martínez	197
4.4 Valoración probatoria del testimonio de las víctimas	199
5. Metodología para el desarrollo de las audiencias	202
6. Efectos de la extradición de los “jefes paramilitares”	208
6.1 Presentación: cronología del proceso de extradición y oposición mediante tutela	208
6.2 Fundamento normativo	212
6.3 Pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos	213
6.4 El acuerdo de apoyo judicial para la continuación de las versiones libres	214



6.5 Efectos de la extradición respecto del trámite de los procesos penales de Justicia y Paz	215
6.6 Consecuencias derivadas de la extradición de paramilitares sometidos al proceso de Justicia y Paz, según la decisión del 19 de agosto de 2009	218
7. Pena alternativa: requisitos de elegibilidad y análisis de la primera sentencia	222
7.1 Presentación del tema	222
7.2 Fundamento normativo	223
7.3 Presupuestos para acceder a la pena alternativa	224
7.4 Estructura de la sentencia	226
Individualización de la pena	227
7.5 Acumulación de penas	233
7.6 Análisis de la sentencia de Wilson Salazar Carrascal alias “El Loro”	234

LINEAMIENTOS INSTITUCIONALES DE ACTUACIÓN DE LOS AGENTES DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA SU INTERVENCIÓN EN LOS PROCESOS PENALES DE JUSTICIA Y PAZ

Actuaciones e intervención del Ministerio Público	243
Frente a la actuación del Ministerio Público en general	243
Respecto del programa metodológico a cargo de la Fiscalía General de la Nación y la obtención de la información	243
Frente a la finalidad de garantizar la participación y representación judicial de las víctimas	244
En cuanto al proceso de ofrecimiento, entrega y restitución de bienes	245
Respecto a la participación de menores de edad en los grupos armados organizados al margen de la ley	245
Frente a la violencia de género	246
Con relación a la aplicación del principio de oportunidad	246
Frente al desarrollo de trabajo en equipo	247

Frente a las intervenciones a realizar en las etapas procesales en particular	248
Respecto al desarrollo de la versión libre	248
Medidas cautelares	250
Formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento	250
Audiencias de formulación de cargos y de control de legalidad a la aceptación de la formulación de cargos	251
Del escrito de acusación	251
De la legalización de la formulación de cargos	252
Incidente de reparación integral	253

PRESENTACIÓN

“Lo más grande en este mundo no consiste tanto en donde estamos parados como en qué dirección nos estamos moviendo.”

Johan Wolfgang Von Goethe

Justicia y Paz han sido los anhelos más altos de todas las sociedades modernas. La sociedad colombiana, desde su génesis, ha tenido que afrontar un sinnúmero de conflictos con claro origen político, razón por la cual la construcción de la forma de Estado que hoy sostenemos no ha sido pacífica y, por lo mismo, pende sobre los asociados un anhelo de efectiva y pronta justicia en la resolución de los conflictos de toda índole.

Recientemente, el Gobierno y la sociedad se han involucrado en la búsqueda de la paz. Los diferentes intentos legislativos han desembocado en la ley 975 de 2005, norma que pretende proveer al Estado de instrumentos claros y seguros para alcanzar la resolución del conflicto armado, sin abandonar intereses socialmente fundamentales como lo son la verdad, la justicia y la reparación de los daños inflingidos durante décadas de violencia irracional e injustificada.

Un conflicto armado de vieja data generó en nuestra sociedad el convencimiento de que su erradicación sólo podría adelantarse por titanes, por esos seres mitológicos, gigantes poseedores de fuerza descomunal y voluntad inquebrantable. Pero la realidad incontrastable, el dolor y la desazón de muchos colombianos, obtuvo una solución adecuada a un Estado social y democrático de derecho, enmarcada en un espacio temporal que impone el compromiso de todas las personas del común, para alcanzar los fines de su asociación.

Esta fórmula de solución al conflicto armado, como expresión de la voluntad popular radicada en el poder legislativo, establece el compromiso de perpetradores, víctimas, investigadores y jueces para lograr los fines de reincorporación a la vida civil y garantía de los derechos a la verdad, justicia y reparación, posicionando en medio de

estos protagonistas al Ministerio Público, para cumplir con la función primordial de representar a la sociedad mediando el cumplimiento de los postulados constitucionales de garantía de los derechos fundamentales, defensa del orden jurídico y del patrimonio público.

Grandes expectativas generó la expedición de la Ley 975 de 2005. Desde su inicio, tropiezos de la más variada índole en su implementación, atinos y desaciertos dirán algunos, desarrollo equivocado de sus postulados, enrostraran otros; frente a estos planteamientos la labor de los agentes del Ministerio Público, asignados a la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, no ha sido poca ni secundaria, ese norte de representación judicial de la sociedad colombiana ha tenido su adecuada expresión en las intervenciones realizadas en los escenarios procesales propios de la Ley 975 de 2005. Por otra parte, ha generado un gran esfuerzo de estudio, compartir criterios, afinar conceptos y, en últimas, posibilitar los fines de la ley, dentro del marco respetuoso de las garantías fundamentales y el orden jurídico.

Esta última labor ha sido posibilitada por el concurso del Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y el apoyo generoso y desinteresado del Gobierno del Reino de Suecia, por medio de la Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo (ASDI); los frutos de este concurso ven la luz pública en este documento, donde en su primer apartado se consignan las experiencias de los procuradores judiciales penales que intervinieron al inicio de las actuaciones seguidas en contra de los desmovilizados- postulados a la Ley 975 de 2005.

Al momento de abordar la lectura de este primer apartado, los lectores deben tener en cuenta que allí se comentan las actuaciones de funcionarios, personas del común que deberían abordar el estudio y aplicación de un procedimiento absolutamente novedoso; procedimiento éste que en su gestación legislativa se nutrió de muy variadas fuentes y que, como toda obra humana, está impregnada de imperfecciones, vacíos y contradicciones, que en la marcha del proceso se ha tratado de obviar y mejorar con el apoyo de todos los intervinientes en el marco de un debate contradictorio pero respetuoso y por sobremanera bien intencionado en la búsqueda de la paz y la justicia, anhelo de víctimas y sociedad en general. Este trabajo tiene como referente temporal, lo actuado y recopilado en los cuatro primeros años de vigencia de la ley, escogencia



temporal arbitraria si se quiere, pero que responde a la necesidad de dar a conocer la experiencia en los primeros pasos del proceso, desde el ámbito de intervención del Ministerio Público.

Para la realización de esta recopilación se acudió a los Procuradores Judiciales Penales agrupados en tres regiones, Barranquilla, Medellín y Bogotá, ciudades que la judicatura estableció como sedes para sus funcionarios. En cada una de estas regiones, los procuradores estructuraron una crónica de los albores del proceso de justicia y paz, teniendo como referente los temas en que se divide el primer apartado del libro; posteriormente se designó un compilador para concretar los aspectos relevantes de las experiencias reseñadas en los escritos preliminares.

En este primer ejercicio participaron Diana María Cadena Lozano, Martha Choperena Vásquez y Mauricio Amaya Martínezclark, Procuradores Judiciales 43, 45 y 46 Penales II de Barranquilla; Paola Astrid Vargas Gómez, Diana María Builes González, Jhon Jaime Posada Orrego, Tulio Mario Botero Uribe y Jaime Castro Ortiz, Procuradores Judiciales 122, 111, 116, 128 y 140 Penales II de Medellín; Herman Rincón Cuellar, Hernando Aníbal García Dueñas y Miguel Antonio Carvajal Pinilla, Procuradores 317, 9° y 1° Judiciales Penales II de Bogotá.

A partir de estas experiencias se buscó establecer un panorama actual que consolidara el cúmulo de ideas que se generaron por la novedad del procedimiento establecido en la ley 975 de 2005. El decantamiento de los conceptos debatidos da origen al segundo apartado, en el cual cada uno de sus autores expone su conceptualización sobre los temas que se han considerado como de mayor conflicto en la praxis judicial del proceso de justicia y paz. La problemática actual se analiza sin dejar de lado los resultados históricos del ejercicio y escudriña el contenido de las posturas jurisprudenciales más recientes, frente a las cuales la sociedad colombiana debe reconocer el jalonamiento ejercido por el Ministerio Público para su producción.

Reportado el antecedente y reconocido el presente, no restaba más que estructurar un direccionamiento para futuros ejercicios, lo cual se cumple en el apartado tercero en el que el Delegado para el Ministerio Público en Asuntos Penales, Dr. Gabriel Ramón Jaimes Durán, expone una carta de navegación para la intervención del Ministerio Público

en el inmediato futuro del proceso de justicia y paz, radicando en este asunto la importancia advertida en el epígrafe de esta presentación.

Muy seguramente, frente a este ejercicio surgirán conceptos mas doctos, ilustrados o controversiales; si ello fuere así el objetivo se observará cumplido, pues lo consignado en estos escritos no es una posición institucional inamovible, el Ministerio Público seguirá atento a las ideas que promuevan en la viabilización del proceso establecido en la ley 975 de 2005 siempre que redunde en beneficio de la sociedad que se representa y en el cumplimiento de los objetivos misionales establecidos en la carta fundamental.

Alejandro Ordoñez Maldonado
Procurador General de la Nación

INTRODUCCIÓN

Los organismos de control juegan un papel preponderante en el desarrollo y consolidación del Estado de derecho en Colombia, como garantes de la transparencia, la independencia y la ética pública al interior de las instituciones estatales.

La Procuraduría General de la Nación recibió el encargo del constituyente primario, desde 1830, de servir de garante del cumplimiento de las leyes y los mandatos constitucionales, de controlar la conducta de los servidores públicos y de supervisar el buen uso de los recursos de la nación*. El Procurador General –como jefe máximo del Ministerio Público y en ejercicio de sus mandatos de prevención, control e intervención judicial– tiene además la tarea de velar, a través de sus delegados y agentes, por los intereses de la sociedad y los derechos y garantías fundamentales de todos los ciudadanos, en particular de los sujetos de especial protección constitucional (Constitución Nacional, art. 277).

En el marco de la aplicación de la Ley 975 de 2005, dichos mandatos se concretan en la intervención judicial y administrativa, a través de la creación de una Procuraduría Judicial para la Justicia y la Paz (art. 35 de dicha ley). En ejercicio de esta función, los procuradores judiciales en materia penal destacados ante las Fiscalías para la Justicia y la Paz deben desempeñar el rol de garantes de los derechos humanos de las partes e intervinientes en estos procesos de esclarecimiento judicial y, especialmente, en la reivindicación de garantías judiciales (tales como el debido proceso, la doble instancia y el principio de contradicción), así como en la protección de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas del conflicto armado colombiano.

Luego de casi cinco años de vigencia de la Ley 975 de 2005, denominada Ley de Justicia y Paz, y tras cerca de cuatro del inicio de las actuaciones judiciales de dicha legislación, es posible hacer una revisión preliminar de los logros y dificultades de este régimen penal especial. Sin lugar a dudas, dicho proceso se caracteriza por un alto nivel de indeterminación jurídica y por la necesidad de responder a las distintas emergencias de la implementación, tanto en relación con la voluntariedad de los postulados y su participación en el esclarecimiento de la verdad, como en los efectos de algunas decisiones judiciales y gubernamentales, incluyendo la extradición de decenas de postulados a Estados Unidos, muchos de ellos comandantes de los grupos paramilitares, por cargos de narcotráfico.

En este contexto es la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con sus diversas orientaciones, la que ha permitido ajustar el marco legal de Justicia y Paz, promover la seguridad jurídica de los procedimientos y

direccionar su realización. En esta reorganización del trámite procesal, la labor de la Procuraduría ha sido fundamental para brindar indicaciones a la Corte en relación con cómo dirimir las tensiones siempre presentes entre los derechos de las víctimas y las necesidades de eficiencia, celeridad y pragmatismo en la conducción de estos procesos. De esta forma, la Procuraduría ha fortalecido su posición como interviniente constitucional y como auténtico órgano de control.

Con el ejercicio activo y reflexivo de su mandato constitucional, la Procuraduría puede transmitir en cada una de las diligencias de Justicia y Paz un verdadero sentido de justicia en favor de los derechos de las víctimas.

Luego de dos años de trabajo intenso con los protagonistas institucionales de esta experiencia, y como un reconocimiento a la labor desempeñada por los procuradores judiciales de Justicia y Paz, el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ, por su sigla en inglés) con el auspicio de la Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo (ASDI), se dio a la tarea de reconstruir la experiencia de la intervención del Ministerio Público en los procesos penales de la Ley 975, dando lugar a esta publicación.

Este trabajo recoge las experiencias y las opiniones de los procuradores que intervienen en la implementación de esta ley en cada una de sus etapas (versión libre, formulación de imputación, formulación de cargos, incidente de reparación, etc.); plantea reflexiones profundas acerca de algunas de las discusiones actuales dentro de este complejo procedimiento (ámbito temporal de la ley, aplicación del principio de oportunidad, contenido de las audiencias, participación de víctimas y extradición de postulados, etc.) y, finalmente, recoge los lineamientos institucionales, decantados con la práctica de la intervención judicial, con el fin de orientar la actuación de los agentes del Ministerio Público.

Esperamos que este trabajo redunde en el fortalecimiento institucional del rol de los procuradores judiciales de Justicia y Paz, y que sirva de herramienta para los demás operadores judiciales y personas interesadas en comprender la evolución y desarrollo del proceso de Justicia y Paz desde la óptica del Ministerio Público.

EXPERIENCIAS DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL DENTRO DE LOS PROCESOS PENALES DE LA LEY 975 DE 2005

1. LA EXCLUSIÓN EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

Compilación de Jaime Castro Ortiz, Procurador 140 Judicial Penal II de Medellín

1.1 Presentación del tema

Una persona postulada a la Ley 975 de 2005¹ puede ser separada del trámite legal, bien por renuncia o por exclusión, figuras que generan la imposibilidad de reconocer en su beneficio la pena alternativa pretendida tras su voluntario sometimiento a la ley. La exclusión se produce mediante decisión adoptada por la Sala de conocimiento del respectivo Tribunal de Distrito Judicial, bien por petición directa del fiscal instructor –acto de cumplimiento (auto de cúmplase) conforme a los preceptos 161 y 162 del Código de Procedimiento Penal- o por vía de una determinación judicial oficiosa.

El legislador no determinó textualmente las causales para que opere la *exclusión*, por lo que su configuración se ha desarrollado esencialmente por vía jurisprudencial.

Desde el inicio de la vigencia de la Ley 975 y hasta fines de 2008, los pocos escenarios de aplicación del enunciado fenómeno jurídico han sido variados, disímiles y controvertidos. En la mayoría de casos, la Fiscalía ha promovido la exclusión, si bien la iniciativa está también en cabeza de quien tiene el encargo constitucional de defender el orden jurídico y la legalidad del proceso a la par con los derechos y garantías fundamentales de víctimas y victimarios, esto es, el Ministerio Público. Así como los intervinientes en el proceso, víctimas y victimarios.

¹ En adelante, *Ley 975 ó Ley de Justicia y Paz*.

Para facilitar la comprensión del tema en la práctica, se presentarán las experiencias consolidadas en la Unidad Nacional de Fiscalías de las ciudades de Bogotá D.C. Medellín y Barranquilla, donde operan los despachos de Justicia y Paz.

Como punto de partida, puede señalarse que son causales de exclusión subjetivas ya identificadas: (i) la renuncia tácita del postulado, traducida en su renuencia injustificada para concurrir al llamado de la Fiscalía; (ii) la falta de una confesión veraz e integral de sus crímenes tras el inicio de su versión libre; (iii) su ausencia temporal y definitiva en el desarrollo de dicha diligencia, y (iv) su dimisión voluntaria o no ratificación, situación que puede acaecer o concurrir en cualquier momento del proceso.

Como causales objetivas se han considerado (i) la muerte, que genera una causal de extinción de la acción penal; (ii) la constatación de un fraude producto de una identidad falsa o la comprobación de que la persona es ajena a la organización ilegal de la que se habría desmovilizado; (iii) su reincidencia en actividades delictivas y, finalmente, (iv) la decisión del Gobierno Nacional, como su extradición, si bien ésta por sí sola no se traduce en causal de exclusión.

1.2 Fundamento normativo

En cuanto a la renuncia del postulado al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975, tenemos el artículo 6° del Decreto Reglamentario 423 de 2007, norma que debe entenderse como desarrollo del artículo 3° de la Ley 975, así como las exigencias del artículo 1° del Decreto 2898 de 2006 y el inciso 2° del artículo 2° del Decreto 3391 de 2006, sobre la confesión a realizar por el postulado como fundamento de la pena alternativa, en consonancia con el artículo 5° ídem.

Respecto de la exclusión, estas normas tienen directa incidencia en la posibilidad de imponerla a un postulado, pues esta figura responde más al no otorgamiento de los beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005 que a la manifestación expresa de no acogerse a los mismos.

Por su parte, el Decreto 1364 de 2008, en virtud del cual el Gobierno Nacional puede retirar la postulación de un miembro de una organización



ilegal sometido a la Ley de Justicia y Paz cuando considere que ha incurrido en nuevas actividades delictivas, se interpreta como un evento de exclusión por decisión del Ejecutivo.

1.3 Situaciones en las que se han debatido exclusiones

Exclusión por muerte

La muerte del desmovilizado-postulado supone el reconocimiento de una causal objetiva de extinción de la acción penal -numeral 1 del Artículo 82 del Código Penal- que se formaliza jurídicamente con la preclusión de la investigación ante la improseguibilidad de la acción, medida que corresponde adoptar a la Sala de conocimiento del Tribunal de Distrito Judicial respectivo con fundamento en los artículos 331 a 335 de la Ley 906 de 2004. Procede igualmente la comunicación al Ejecutivo, para que, con base en la información que recibe de la autoridad judicial competente, realice los trámites pertinentes.

Sin embargo, las experiencias reportadas por el Ministerio Público en la ciudad de Barranquilla evidencian la negativa de la Sala de conocimiento que en ese entonces operaba en aquel Distrito Judicial para realizar las audiencias de exclusión, por cuya práctica demandaban la Fiscalía y el Ministerio Público.

Los llamados *actos de cumplimiento* eran el fundamento para la devolución de las peticiones encaminadas a la exclusión. Dicha posición, que implicó salvamentos y aclaraciones de voto en la Sala del Tribunal de Barranquilla, varió con un caso promovido en enero de 2008 por la Fiscal 17 Delegada para la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz con sede en Medellín, respecto de los postulados Ramón Román Álvarez y Robinsón Viera Velásquez. A partir de esta decisión, se dio cabida a la celebración de audiencias públicas en las que se resolvieran finalmente este tipo de solicitudes por su juez natural.

En dicho caso, tras constatar la muerte del desmovilizado-postulado Robinson Viera Velásquez, se realizó audiencia de exclusión el día 19 de febrero de 2008 ante la Sala de Conocimiento del Tribunal Superior

de Barranquilla, frustrada primero por la precariedad de información y soportes probatorios que sustentaran tal pretensión, y también debido a la persistente demanda de la Procuraduría por garantizar la convocatoria de víctimas a estrados para la defensa plena de sus derechos e intereses, cuya suerte entonces no parecía importar tanto a la Fiscalía y a uno de los magistrados que, salvando su voto, adujo que víctimas y derechos estaban ya garantizados suficientemente dentro del trámite impulsado a partir de la aplicación de la ley transicional de Justicia y Paz.

La Sala, a instancias del Ministerio Público, decretaría en desarrollo de lo establecido desde la sentencia C-591 de 2005 que lo que procedía era la preclusión², que no la inconveniente, irregular y equívoca exclusión de un postulado muerto, como en principio lo demandó la Fiscalía el 19 de febrero de 2008.

En este asunto fue deficiente, cuando menos, la información que aportó la Fiscalía para lograr activar la jurisdicción especial de Justicia y Paz, y garantizar la necesaria concurrencia de víctimas a estrados; contrario *sensu* a lo que ocurriría el 20 de febrero del mismo año en el caso de Ramón Román Álvarez, donde no sólo se constató su condición de desmovilizado-postulado sino que además se hizo verificación probatoria de su muerte, todo con aporte probatorio conocido en la audiencia y en presencia de las víctimas convocadas.

La decisión, por supuesto, fue de preclusión por muerte del postulado y no de exclusión como lo pretendió originalmente la Fiscalía que luego variaría su postura para reclamar al unísono con el delegado del Ministerio Público la extinción de la acción penal que correspondía, considerando la Procuraduría que la Sala de Conocimiento tenía la competencia para resolver el objeto de la petición, que su jurisdicción podía ser activada tras las comprobaciones advertidas y que el fenómeno jurídico anunciado devenía en la absoluta improcedibilidad de la acción penal³.

En el caso en cuestión fue citada la decisión que el día 27 de agosto de 2007 adoptó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

² Artículos 331 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

³ Artículo 82.1 del Código Penal.



con ponencia del magistrado Julio Enrique Socha Salamanca, con radicado 27873, la sentencia C-591 de 9 de junio de 2005 con ponencia de la magistrada Clara Inés Vargas adoptada por la Corte Constitucional, y la que la misma Sala de Casación Penal asumió en auto de 26 de octubre de 2007 con ponencia del magistrado Yesid Ramírez Bastidas en caso radicado con número 28492, del postulado John Alfonso Usme Ortiz cuando esa corporación refiriendo al asunto del postulado Hugo Hernando Barbosa León, dividía en dos etapas, la administrativa y la judicial, los diversos estadios del proceso de Justicia y Paz, enfatizando de esta última una fase pre procesal y otra eminentemente judicial. La primera bajo el control de la Fiscalía, la otra en el exclusivo direccionamiento de las Salas de Justicia y Paz de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. La preclusión sería acogida en una decisión con salvamento de voto y a razón de que el Estado, ante la muerte del postulado, perdía potestad en la persecución penal y en la judicialización propuesta voluntariamente por el ya extinto desmovilizado-postulado.

Exclusión por manifestación expresa del postulado

La renuncia voluntaria del postulado a continuar en el proceso de Justicia y Paz ocurre en cualquier etapa de la actuación y se genera por solicitud del postulado –dimisión voluntaria y expresa– o por su no ratificación en la versión libre⁴.

Esta situación implica la emisión de un auto de cumplimiento que, asumido por la Fiscalía, dispone el envío inmediato de la actuación a la justicia ordinaria con aviso al Gobierno Nacional para la paralela exclusión administrativa de su nombre como beneficiario de la pretendida pena alternativa. Todo con fundamento en el parágrafo de los artículos 19 y 21 de la Ley 975 de 2005 y sus decretos reglamentarios 2898 y 4417 de 2006, artículo 1°.

En el caso del postulado Hugo Hernando Barbosa León, su denegación a ratificarse⁵ llegó por iniciativa del Ministerio Público, hasta la

⁴ Artículo 6 del Decreto Reglamentario 423 de 2007.

⁵ En los términos del artículo 1° del Decreto reglamentario 2898 de 2006 y 6° del 423 del 16 de febrero de 2007, concordante con el inciso 3° del artículo 3° del 4780 de 2005 y los artículos 10 y 11 de la Ley 975.

máxima instancia de la justicia ordinaria: la Corte Suprema de Justicia. En efecto, a partir de la decisión unilateralmente asumida por Barbosa León, la Fiscalía pretendió, equivocadamente según lo consideró el Ministerio Público, promover una preclusión de la acción en los términos del artículo 331 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

Tal solicitud fue rechazada originalmente y de plano por la Sala de Justicia y Paz al declarar que para ese propósito no era necesaria la emisión de una decisión judicial, dejando en manos del Fiscal que demandaba la aplicación de ese fenómeno jurídico la promulgación de tal decisión⁶.

El Ministerio Público, desde el inicio de la discusión y hasta la argumentación expuesta por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia habría de sostener, en esencia, que la inclusión en el proceso de Justicia y Paz se caracteriza por la voluntariedad del beneficiado que aspira a la aplicación de pena alternativa⁷, implicando ésta la renuncia a algunos de los derechos y garantías de orden fundamental que le asisten conforme a los artículos 29 y 33 de la Constitución.

Por esta razón, la decisión del procesado de retirarse del proceso de Justicia y Paz debe tener consideración y acatamiento inmediato, al punto que el Fiscal se debería abstener de avanzar en el trámite de la actuación que tendría que corresponder a la justicia ordinaria, por ser la competente a partir de entonces para investigar las hipótesis delictivas cargadas o por imputar al desmovilizado-postulado.

Descartando la viabilidad de la aplicación de la causal contenida en el numeral 1 del artículo 332⁸ del Código de Procedimiento Penal por dar posible cabida a la hipótesis de la cosa juzgada a favor del dimiteante postulado y de cara a su potencial judicialización en la justicia ordinaria, la Procuraduría rechazó también la hipótesis de aplicación

⁶ Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, decisión inhibitoria del 28 de junio de 2007, M.P. Eduardo Castellanos Roza, Radicado 2006-80666.

⁷ Artículos 2 y 3 de la Ley 975 de 2005.

⁸ Según el cual “*el Fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos: Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal. (...)*”



del artículo 27⁹ de la Ley 975, dado que quedaría abierta, con una tal decisión “límite”, el futuro reingreso del postulado con las mismas y originales aspiraciones, a los escenarios y beneficios contemplados en la Ley 975.

El agente del Ministerio Público propuso entonces, bajo la consideración de que no se debe exclusivamente a omisiones imputables al legislador la inexistencia de una taxativa atribución a la Sala de conocimiento para dirimir asuntos como el que originaba este conflicto, que su competencia deviene en principio de la Constitución y de la propia Ley de Justicia y Paz. Y concluyó, entonces, que si el postulado no se ratifica bajo juramento en los términos exigidos en la Ley 975 de 2005 y los decretos que la desarrollan y reglan, corresponde a la Fiscalía aceptar esa determinación y remitir lo actuado a la justicia ordinaria, que podría ofrecer otras alternativas válidas al procesado para lograr los objetivos de verdad, justicia y reparación, quedando así a salvo los derechos de las víctimas, tesis que sostuvo a partir de las sentencias C-228 de 2002, C-454 de 2006 y C-209 de 2007¹⁰.

Para cerrar el debate propuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte, mediante auto 27873 de agosto 27 de 2007, con ponencia del magistrado Julio Enrique Socha Salamanca, decidió:

“Las solicitudes elevadas por los postulados de ser excluidos del trámite y los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, y las decisiones por adoptar de oficio o a petición de parte por incumplimiento de los presupuestos procesales para conceder la pena alternativa, deben ser proferidas con estribo en lo dispuesto por los artículos 19, parágrafo 1, 21 de la ley 975 de

⁹ Que prescribe: “Si en relación con los hechos admitidos o no admitidos por el desmovilizado en su versión libre o en posterior actuación, según el caso, antes de la audiencia de imputación, el fiscal delegado llegare a constatar que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito o que indiquen la posible existencia, dispondrá de inmediato el archivo de la actuación. Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios se reanudará la averiguación conforme con el procedimiento establecido en la presente ley, mientras no se haya extinguido la acción penal.”

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-228 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Eduardo Montealegre Lynet, sentencia C-454 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño, sentencia C-209 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

2004 y 1 del decreto 2898 de 2006. En los casos de solicitud voluntaria del postulado, por el Fiscal de la Unidad Nacional de Justicia y Paz, en tanto, por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal de Distrito Judicial correspondiente en cualquier estadio procesal de oficio, o a petición de parte, por no concurrir alguno de los presupuestos legales para obtener la pena alternativa.

Efectivamente, no se requiere decisión de la Sala de Justicia y Paz para ordenar finalizar el trámite y remitir las diligencias a la justicia ordinaria, cuando el elegible renuncia voluntariamente a ser investigado por el procedimiento de la ley 975 de 2005, ya que constituye la pena alternativa un derecho, su beneficiario puede disponer de él sin que esa decisión menoscabe derechos de la sociedad y de las víctimas, toda vez que los delitos cometidos y sus autores serán investigados por la justicia ordinaria.

Lo que sí ocurre, cuando sea el fiscal u otra parte interesada quienes estimen ausente cualquiera de los requisitos para que el postulado sea beneficiado con la pena alternativa, porque de prosperar la decisión de exclusión lo privaría de gozar del derecho a esa clase de sanción, por consiguiente, la competente para decidir es la Sala de Justicia y Paz del Tribunal del Distrito Judicial correspondiente en cualquier etapa procesal, debiendo adoptar la misma decisión si comprueba oficiosamente, la ausencia de cualquiera de dichos requisitos.

En el primer caso, la fiscalía debe proferir la decisión a través de una orden cumpliendo las formalidades de los artículos 161 y 162 de la ley 906 de 2004, poniendo fin al trámite y disponiendo el envío de las diligencias a la justicia ordinaria.

No procede ordenar la exclusión de su nombre de la lista de elegibles porque constituyendo ésta un acto administrativo dimanado del Gobierno Nacional, la fiscalía y la Sala de Justicia y Paz del Tribunal de Distrito Judicial respectivo carecerán de competencia para modificarlo, pero sí deberán formalizar esa petición ante el ejecutivo, como consecuencia



de la terminación del trámite. De todos modos se informará al Gobierno Nacional de esta decisión.

En el segundo evento, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal del Distrito Judicial competente, adoptará la determinación mediante un auto cumpliendo idénticos requisitos, la cual podrá ser apelada ante esta Sala de la Corte observando el rito contemplado en el artículo 26 de la ley 975 de 2005.”

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema no ha variado su posición en relación con este tema desde la decisión antes citada.

Otro caso, si se quiere paradigmático, acaeció cuando el postulado Ovidio Pascual Núñez Cabrales, alias “El Indio”, desmovilizado del Bloque Bananero, negó ratificarse en la forma exigida por los artículos 1° y 6° de los Decretos reglamentarios 423 y 2898 de 2007, respectivamente, ante el Fiscal 47 de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, para luego y casi un año después, cuando descubrió que John Jairo Álvarez Manca, alias “El Monito”, perpetrador bajo su mando en la zona del Urabá antioqueño donde operaban, lo delató e involucró en la coautoría de varios homicidios, reclamó la ampliación de su versión¹¹ para esta vez, a conveniencia propia, sí ratificarse, justificándose en improbadas amenazas contra su vida para sostener su original determinación de renunciar al proceso.

El Ministerio Público reclamó de la Fiscalía 47 en esas mismas sesiones de versión libre, cuando el postulado dijo ratificarse en los advertidos términos, iniciar trámite de exclusión ante la autoridad competente –Sala de Justicia y Paz–.

Tal pretensión fue denegada por el ente instructor que decidió avanzar en el proceso con el argumento de la prevalencia incontrastable de los derechos de las víctimas sobre las dubitantes y utilitaristas posturas del postulado Núñez Corrales.

El medio que la Fiscalía empleó para concretar tal decisión fue un auto de estricto cumplimiento, soslayando así las bases ciertas del debido

¹¹ Sesiones de 2 y 3 de septiembre de 2008.

proceso estructurado en la Ley 975 y en la Ley 906 de 2004, aplicable por disposición del artículo 62 de la Ley de Justicia y Paz.

Además tal providencia desconoce las decisiones de la Corte Suprema de Justicia debido a que este órgano ha definido las competencias para resolver sobre este tipo de asuntos, en los que la discusión va mas allá de su dimisión y se adentra en la evaluación de las condiciones de elegibilidad burladas como causa exclusoria y definitiva del proceso, porque contrario a lo que motivó su renuncia, sus delitos en la organización armada ilegal eran muchos, y su rango y jerarquía reconocidas.

Exclusión por renuencia del postulado

Aunque hoy el panorama parece despejado en cuanto a esta materia gracias a las últimas decisiones adoptadas por la Corte¹², es útil recordar la experiencia que tuvo lugar en Bogotá D.C. donde los postulados Maribel Galvis Salazar y Aureliano Gutiérrez Rueda, miembros de las Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio fueron convocados para la rendición de su versión libre.

En el caso de Maribel Galvis se fijaron las siguientes fechas: 3 de enero, 6 de febrero, 13 de agosto y 6 de diciembre del año 2007, y para el de Gutiérrez Rueda se establecieron el 9 de febrero, 15 de agosto y 7 de diciembre del mismo año, sin que hubiesen atendido diligentemente esos llamados y menos justificado su ausencia. Ello evidenciaría su renuencia de cara a la pretensión original: la inclusión en un proceso que les garantizaba el acceso a una pena alternativa, independientemente de la gravedad y la profusión de sus delitos.

La iniciativa del Ministerio Público se basó en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹³, con base en la cual solicitó, por conducto de la Fiscalía, la intervención de la Sala

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 11 de marzo de 2009, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Radicado 31162 y auto del 15 de abril de 2009, M.P. María del Rosario González de Lemos. Radicado 31181.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 27 de agosto de 2007, M.P. Enrique Socha Salamanca. Radicado 27873. Correspondiente al caso de Hugo Hernando Barbosa León, mencionado supra.



de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. para que evaluara el denunciado incumplimiento de los requisitos que condicionaban la permanencia de los postulados dentro de la misma. Sin embargo, habiendo transcurrido un período considerable, la Fiscalía aún no ha radicado la solicitud de la audiencia de exclusión correspondiente, sin que exista justificación válida para ello, máxime cuando están comprometidos derechos y garantías fundamentales: verdad, justicia y reparación.

De todos modos, en los casos ya resueltos por la Corte Suprema antes referenciados, el debate se da por superado, por lo menos de momento y basados en su bien edificada tesis postulada en el caso de Luis Arnulfo Tuberquia, examinado en el auto 31181 del día 15 de abril de 2008. En esta oportunidad la Corte se pronunció en los siguientes términos:

“Tras mantener una actitud renuente, el postulado ahora pretende, luego de haber sido capturado mediante información en el sentido de que continuaba delinquiendo, acogerse al régimen previsto en la Ley 975 de 2005, actitud reprochable y que lejos está de legitimarlo para acceder a los beneficios de la ley porque, como lo ha señalado la Sala:

El proceso previsto en la Ley 975 de 2005, comporta un compromiso serio de parte de quienes, desmovilizados, tras mantener una actitud renuente, el postulado ahora pretende, luego de haber sido capturado mediando información en el sentido de que continuaba delinquiendo, acogerse al régimen previsto en la Ley 975 de 2005, actitud reprochable y que lejos está de legitimarlo para acceder a los beneficios de la ley porque, como lo ha señalado previamente la Sala:

El proceso previsto en la Ley 975 de 2005, comporta un compromiso serio de parte de quienes, desmovilizados, han sido postulados por el Gobierno Nacional para acceder y culminar dicho trámite, sin que resulten posibles los cambios sucesivos de criterio, generando incertidumbre, desconfianza

*e inseguridad jurídica en la comunidad respecto de todo el proceso*¹⁴.

La actitud comprometida del desmovilizado para acceder a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, como bien lo destaca la representante de la fiscalía durante su intervención en la audiencia de sustentación del recurso, es consecuente con la filosofía y naturaleza sui generis de la Ley de Justicia y Paz, estructurada sobre la base de la obtención de los axiomas de paz y reconciliación nacional, como así lo prevé su artículo 1º, ofreciendo el llamativo beneficio de la pena alternativa a los miembros de grupos armados al margen de la ley, pero no gratuitamente sino a cambio de que tales individuos se desmovilicen y contribuyan eficazmente con la administración de justicia a esclarecer y a paliar los efectos de la conductas ilícitas relacionadas con su pertenencia a tales organizaciones.

Por consiguiente, si la actitud de quien está interesado en ingresar al régimen de Justicia y Paz, con los evidentes beneficios que ella acarrea, no muestra seriedad, daría lugar, entre otras consecuencias nefastas, a que el individuo continúe en la actividad delictiva.”

Aquí sin duda parecería inferirse que casos como éstos, tienen implícita una utilitarista estrategia de algunos desmovilizados postulados en libertad, que hacen cálculos de posibles penas que les resulten más beneficiosas, dejando de lado el compromiso de verdad, justicia y reparación que propició su masiva desmovilización o, en otros eventos, simple y llanamente se aventuran a seguir en su actividad criminal para una vez aprehendidos intentar, con justificaciones que sólo caben en su imaginario, acceder de nuevo al proceso de Justicia y Paz.

Exclusión por incumplimiento de los requisitos de elegibilidad

La exclusión tendrá lugar cuando, en cualquier tiempo de la actuación, no concurren los requisitos que ameritaron la inclusión y justifiquen la permanencia del postulado en el proceso de Justicia y Paz como aspirante a ser beneficiario de la pena alternativa.

¹⁴ Subrayado fuera de texto.



La exclusión, el archivo y la preclusión son las formas de terminación de la actuación, figuras que han tenido desarrollo jurisprudencial en los autos 29472 de 10 de abril de 2008 y 27873 de 27 de agosto de 2007 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La exclusión procede si el procesado no cumple con las exigencias para su postulación o si incumple las condiciones que le mantienen en el proceso de Justicia y Paz. Por su parte, el archivo previsto en el artículo 27 de la Ley de Justicia y Paz procede, *“en el entendido que la caracterización a que en él se alude corresponde a la tipicidad objetiva y que la decisión del archivo de las diligencias debe ser motivada y comunicada al denunciante y al Ministerio Público para el ejercicio de sus derechos y funciones”*¹⁵.

Se descartan entonces la exclusión y el archivo como soluciones viables para la resolución del asunto en estudio, lo mismo que la nulidad, a fin de salvaguardar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación dentro de una actuación que amerita mayor y más responsable trabajo investigativo de la Fiscalía. Se abre camino la solicitud de una preclusión por inexistencia del hecho, artículo 332 de la Ley 906 de 2004, que es la que regula este tipo particular de eventos por imposición del principio de complementariedad¹⁶.

Se descarta la aplicación del Decreto 1364 de 2008, que añade un párrafo al artículo 3° del Decreto 4760 de 2005, por contravenir el mismo precepto que adiciona; ya que opera de cara al mismo una clara excepción de inconstitucionalidad al socavar las bases del debido proceso estipulado en el artículo 29 de la Constitución Política, así como sus preceptos 228 a 230 que pregonan la autonomía e independencia de la administración de justicia, esto por cuanto a partir del recibo de la lista de postulados se inicia la fase judicial que veda cualquier intervención del Gobierno Nacional o de cualquier otra entidad en la definición sobre la permanencia o no de un aspirante a pena alternativa dentro del proceso de Justicia y Paz.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-575 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 26 de octubre de 2007, M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Radicado 28492.

Ya se dijo que la única causa en cuyo reconocimiento tiene potestad legal la Fiscalía es en la renuncia expresa y voluntaria del desmovilizado y que el mecanismo apto para su aceptación es el desarrollado en el auto 27873 de 17 de agosto de 2007, del magistrado ponente Julio Enrique Socha Salamanca, Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Sólo así entonces un postulado podría ser excluido del proceso de Justicia y Paz, esto es, porque concurren en su caso las causas anteriormente descritas y esto operará de oficio o a petición de partes e intervinientes legítimamente reconocidos en la Constitución, la ley y la actuación. Se dará igualmente, como consecuencia de la decisión judicial, su exclusión administrativa por parte del Gobierno Nacional.

Un primer evento de incumplimiento de requisitos de elegibilidad es el que podríamos denominar la “fraudulenta” inserción en el proceso, frente al que los representantes del Ministerio Público en Bogotá D.C. refieren el caso de Edison Valencia Arias, quien se desmovilizó el 12 de diciembre de 2005 en la vereda San Cristóbal, corregimiento Santa Isabel de Remedios, departamento de Antioquia, solicitando su inclusión en los listados que acreditarían luego su condición de postulado, hecho que formalizó el Alto Comisionado para la Paz el 12 de marzo de 2006 cuando abogó por su reconocimiento que finalmente se dio el 30 de agosto de 2007.

En su desmovilización, no obstante que el postulado era reclamado por el Juzgado 16 Penal del Circuito de Cali con orden de captura para cumplimiento de pena por veintiocho (28) años y seis (6) meses de prisión, impuesta desde el 27 de junio de 1996 por la comisión de un homicidio cuya víctima fue el señor Álvaro Gómez Jaramillo, ésta no se haría efectiva, pues tan sólo el 20 de octubre del año 2006 Valencia fue detenido en la ciudad de Bogotá D.C. en un operativo casual llevado a cabo en la terminal de transporte de la capital.

Valencia Arias versionó el 22 de mayo de 2008, reconoció el homicidio como único delito cometido durante su militancia en la organización de autodefensas a la que pertenecía y descartó su participación en cualquier otro delito, reconociendo que era en el frente paramilitar una especie de “mandadero”, y que con la ayuda de hombres adscritos al mismo se fugó de la penitenciaría en donde cumplía su sanción luego de ser capturado.



Con todo esto y tras la reducción de su versión a esa confesión delictiva, el 29 de octubre de 2008, el Fiscal 14 de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz con sede en Medellín radicó una solicitud de exclusión del postulado ante la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá D.C por considerar que no se cumplían los presupuestos que los artículos 2 y 15 prevén para su mantenimiento dentro del esquema procesal de la Ley 975 de 2005.

Tal petición se fundamentó en que el homicidio que confesó no se habría realizado con razón de su militancia en la organización ilegal armada a la que pertenecía y a la ostentación de una condición de la que carecía. Consideró el Fiscal que debería adelantarse una investigación por presunto fraude procesal, por cuanto Valencia Arias nunca estuvo adscrito al Frente Nordeste Antioqueño, Bajo Cauca y Magdalena Medio del Bloque Central Bolívar como aparentemente lo admite, pero esto no pudo ser verificado ni siquiera con sus propios compañeros de militancia de los cuales 33 que se ratificaron ni siquiera lo relacionan o mencionan en sus versiones libres.

La Procuraduría respondió señalando que, si bien admite el descarte del homicidio como hecho producto de la militancia ilegal del postulado, extraña la averiguación e imputación del concierto para delinquir que parcialmente admite en su versión de la que también observa que Valencia, más que un “mandadero” u operador de radio, pudo tener participación en otras actividades de las que la Fiscalía no se ocupó, debiéndolo hacer, investigar y documentar.

La defensa, por su parte, denotó los yerros de la Fiscalía, señaló que no valoró que el comandante del frente Alfredo Socarrás, William Gallardo, lo reconoció como militante y aunque no se opuso a su exclusión por el hecho del homicidio confesado, sí a la compulsión de copias por el fraude que quiere atribuírsele. De todos modos, advirtió que ningún beneficio le suponía continuar incluido en el proceso de Justicia y Paz, dada la inminencia de cumplir su pena ordinaria.

El día 9 de diciembre de 2008, la Sala finalmente negó la exclusión porque el concierto para delinquir, que es su confesión parcial, debe ser investigado, soportado, documentado e imputado; no así el homicidio que se descartó como punible cometido con ocasión de su vínculo al Frente Alfredo Socarras del que su comandante le reconoció como militante activo. No se realizó, sin embargo, por ninguno de los intervinientes,

alegación alguna en relación con la fuga de presos que Valencia reconoció y confesó.

La decisión fue apelada ante la Corte Suprema donde la Fiscalía solicitó nuevamente la exclusión sobre argumentación idéntica a la originalmente planteada. El Ministerio Público pidió la confirmación del acto por vicios de la actuación que vulneraba los derechos del postulado, desde el edicto emplazatorio que lo adscribía a otro frente creando confusión en las víctimas hasta la no vinculación por el concierto para delinquir, que no se le imputa aunque lo admite. La defensa concluyó que en efecto hubo errores palmarios, que no fue capturado en su desmovilización, advirtió que podía excluirse por el homicidio, anularse la actuación y dejar a su arbitrio la decisión de mantenerse o no dentro del proceso de Justicia y Paz al que se vinculó originalmente.

Al momento de resolver, la Corte Suprema de Justicia cuestionó la solitud de exclusión planteada por la Fiscalía, advirtió que existía claridad sobre el hecho de que el homicidio imputado es delito común y resaltó que la sentencia no relaciona su ocurrencia con su pertenencia al grupo ni con ocasión de la misma, si bien debió pedirse a la Sala de Justicia y Paz estudiar la eventualidad de la acumulación futura entre esa pena y la que potencialmente emita la jurisdicción especial de la Ley 975.

En otro caso, los representantes del Ministerio Público en la ciudad de Medellín se han referido a la situación de Jhonatan Gutiérrez Gallego, alias “El Paisa”, quien ultimó a tiros de pistola al agente del DAS, Henry Alonso Isaza Vergara, el 27 de marzo de 2005, cuando pretendía hurtarle un vehículo automotor, conducta por la cual recibió sentencia condenatoria del Juzgado 3° Penal del Circuito de Bello equivalente a 283 meses y 10 días de prisión. Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de la ciudad de Medellín.

Desde los estadios pre procesales, la información obtenida por la Fiscalía de Justicia y Paz para sustentar y soportar su proceso investigativo evidenciaba que este desmovilizado-postulado era miembro de una banda criminal ordinaria de este municipio –lo que hasta hoy se sigue ratificando– y que el delito de hurto que desencadenó el de homicidio no hacía parte de su actividad dentro de la estructura del Bloque Mineros, del cual se desmovilizó.



El Ministerio Público insinuó una pretensión de exclusión, aún en estudio por parte de la Fiscalía, que señaló estar a la espera de encontrar información sobre el asunto requiriendo a quien fungía como miembro negociador y comandante del bloque respectivo, para que con base en su versión resultara sostenible lo que a esta altura se tenía como absolutamente inviable, es decir, que el hecho (hurto y homicidio) y el postulado no resultaban elegibles para aplicar el procedimiento y los beneficios adscritos a este.

Sigue entonces pendiente la radicación de solicitud de exclusión pedida desde el año 2008 y constantemente ratificada a partir de tal comprobación, que deviene incluso de la sola lectura del fallo condenatorio proferido por la autoridad referida, el que nada dice y debe hacerlo, sobre la relación del hecho cometido con su pertenencia a la organización armada ilícita o con ocasión de la misma. Sin embargo, no debe confundirse la exclusión del hecho, como acumulable dentro del procedimiento de Justicia y Paz, con la exclusión del postulado.

En Barranquilla, por otra parte, se abordó el tema del incumplimiento de requisitos de elegibilidad desde la perspectiva de los artículos 10 y 11¹⁷ de la Ley de Justicia y Paz. El Ministerio Público, frente al caso del postulado por el Bloque Norte de las Autodefensas, Manuel Enrique Torregrosa Castro, a quien se le imputaba reincidencia delictiva luego de su desmovilización, como miembro de las denominadas “Bandas Emergentes” y, con ella, la presunta comisión de conductas punibles de lesa humanidad. Activada la jurisdicción de Justicia y Paz, tras la constatación de los presupuestos que viabilizaban tal decisión, tanto el Ministerio Público como la Fiscalía adoptaron como postura la procedencia de su exclusión del proceso.

Su solicitud de extradición a los Estados Unidos de América¹⁸, soportada en la acusación promulgada por el Gran Jurado de su proceso y, en relación con la conducta de tráfico de estupefacientes en concurso

¹⁷ Estos artículos consagran los requisitos de elegibilidad para los eventos de desmovilización colectiva e individual, respectivamente.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 10 de abril de 2008, M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Radicado 29472. “...el 7 de mayo de 2007 fue impartida orden de captura en su contra, y el 24 de septiembre de 2007 fue radicada por la Embajada de los Estados Unidos de América la Nota Verbal N° 2967, en la que se solicita la extradición de la persona citada”.

homogéneo y sucesivo, por hechos ocurridos entre el año 2002 y hasta el año 2007, se aunaba a la imputación que recibía Torregrosa Castro como presunto ejecutor de nuevas actividades delictivas tras su desmovilización.

La invocación del espíritu de la Ley 975 de 2005, que buscaba obtener la pacificación del país mediante la desmovilización y el compromiso de no reincidir en la delincuencia, enrutando todo esfuerzo hacia la consecución de la paz nacional y la reparación de los daños ocasionados a las víctimas, servía de sustento al Ministerio Público para argumentar la necesidad de exclusión de quien faltó al solemne compromiso adquirido y ya no merecía aspirar a la pena alternativa establecida en la ley.

Otro argumento esbozado gravitaba sobre la consideración de que el delito de enriquecimiento ilícito de particulares y el lavado de activos, desde épocas pretéritas, no precisan de sentencia condenatoria previa para viabilizar su imputación, porque, basta que se contenga en esas investigaciones prueba indicante de que el dinero tiene procedencia ilícita, concretamente de la actividad del narcotráfico, para dar inicio a la investigación correspondiente; tampoco se exige que otro operador de Justicia, en este caso de la ordinaria, valore probatoriamente la evidencia, pues esta función es privativa de quien juzga aquellas conductas punibles, sostenía la tesis del Ministerio Público en el caso en concreto.

La Sentencia C-319 de 1996 de la Corte Constitucional, y la emitida por la Corte Constitucional en expediente D1253 con ponencia del doctor Vladimiro Naranjo Mesa, además de la adoptada por la Sala de Casación de la Suprema Corte el 14 de junio del año 1996 en resolución acusatoria producida con ponencia del magistrado Ricardo Calvete Rangel, servían de argumento al contexto planteado por la Procuraduría para lograr, sin que mediare fallo de condena que venciere en juicio al postulado y probare su recurrencia ilícita, una definitiva exclusión del proceso de Justicia y Paz.

Esta pretensión fue desestimada por la Sala de conocimiento y obtuvo confirmación por la Corte Suprema de Justicia, quien se inhibió de pronunciarse sobre la pérdida de beneficios y acceso a una pena alternativa de Torregrosa Castro, precisamente ante la ausencia de la condena cuya ausencia impedía la prosperidad de tal determinación.



Un salvamento de voto en la Sala de Justicia y Paz de la ciudad de Barranquilla de la magistrada Zoraida Chalela Romano, sostuvo que no se requería sentencia ejecutoriada porque el legislador guardó silencio al respecto, habida cuenta de que bastaba con la evidencia física que le comprometiere con un nuevo delito para dar por sentada su falta de voluntad con los compromisos adquiridos al desmovilizarse.

En tanto, Eduardo Porras Galindo, magistrado de la misma Sala, habló de la precipitada pretensión y de la necesidad de tener a mano la promulgación de una sentencia de condena que probara la reiteración punible del postulado con posterioridad a su desmovilización. Tal posición se sustentó en la Sentencia C-370 de 2006, según la cual *“el delito ocultado debe ser real, no fruto de la imaginación o la sospecha, lo cual exige que exista una sentencia judicial que otorgue certeza durante el periodo de libertad a prueba sobre la comisión del delito ocultado”*¹⁹.

La Corte Suprema desestimó en decisión de segunda instancia las razones aducidas por el Ministerio Público como apelante único, con ponencia del magistrado Yesíd Ramírez Bastidas.

La argumentación de la Procuraduría sostenía que es errado pensar que la exclusión de la Ley de Justicia y Paz es asimilable a una sanción penal, pues la diferencia óptica y jurídica entre ambas es evidente y por tanto sus consecuencias deben serlo igualmente. Tal argumentación se basaba en la sentencia de la Corte Suprema en la actuación número 23174 del 28 de noviembre de 2007, con ponencia del magistrado Alfredo Gómez Quintero, de la que emanaba la innecesaridad, a juicio del Ministerio Público, en casos como el de Torregrosa Castro, de esperar por el fallo de la justicia ordinaria porque esta jurisdicción transicional, que sustituye la vigencia y aplicación de aquella, se sostiene en el principio del juez natural, y perdería su razón de ser ante posturas de esa radicalidad que desconocían el ámbito de aplicación y el objeto de la Ley 975 de 2005.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

Exclusión por decisión del Gobierno Nacional

Teniendo en cuenta la previsión del párrafo del artículo 10 de la Ley 975 de 2005, la inclusión dentro del procedimiento de la Ley de Justicia y Paz requiere de la postulación a ésta por parte del Gobierno Nacional, mediante la elaboración de una lista de elegibles en los términos del artículo 3° del Decreto 4760 de 2005. Mediante el Decreto 1364 de 2008, el Gobierno introdujo un párrafo al artículo 3°, por el cual pretendió establecer la facultad de excluir de la lista de postulados a quienes el Gobierno considerara incursos en conductas delictivas cometidas después de la desmovilización.

Frente a esta iniciativa gubernamental, la Sala Penal de la Corte, en auto fechado el 12 de febrero de 2009 con radicado 30998, expresó que una norma en tal sentido resultaba inconstitucional, por cuanto una vez se ha hecho la postulación, la situación del desmovilizado está en manos de la rama jurisdiccional del poder público y una facultad como la propuesta por el Decreto 1364 de 2008, representaba una invasión al ámbito funcional de jueces y fiscales.

La intromisión del ejecutivo en asuntos estrictamente jurisdiccionales debe rechazarse por inconstitucional, pues atenta contra el postulado fundamental de la división de poderes y la independencia de cada uno de estos, frente al desarrollo de las funciones constitucionalmente asignadas.

Por lo tanto, una vez realizada la postulación, la etapa administrativa a cargo del ejecutivo dentro del proceso de la Ley 975 de 2005 quedaba agotada, por lo que, si el Gobierno nacional tenía evidencia o información sobre la continuidad en actividades delictivas por parte de los desmovilizados y postulados, debería entregar dicha información o evidencia a la jurisdicción penal para que ésta procediera a tomar las determinaciones correspondientes, cumpliendo con sus deberes legales y constitucionales.

Cualquier otro comportamiento del ejecutivo implicaría la asunción de funciones jurisdiccionales en materia penal, las cuales le están vedadas en el contexto de un orden democrático de derecho como el colombiano.



Teniendo en cuenta esta facultad incluida en el Decreto 1364 de abril 25 de 2008, el Gobierno Nacional pretendió justificar la extradición de 12 postulados a la Ley de Justicia y Paz, todos ellos comandantes y miembros negociadores de las organizaciones armadas ilegales. Sin embargo, en los actos administrativos en que se soportaba cada una de las extradiciones, no se realizó ningún retiro de la lista de postulados frente a los extraditados en mayo de 2008.

En relación con este asunto, puede reiterarse la postura sobre la reincidencia delictiva como incumplimiento de las condiciones de elegibilidad, que exige una decisión de condena en firme contra el desmovilizado que aspira al beneficio de pena alternativa.

Ni Torregrosa Castro ni los otros paramilitares que en mayo de 2008 fueron extraditados y de quienes dijo el Gobierno Nacional habían delinquir desde las cárceles luego de su desmovilización, han sido excluidos del proceso de Justicia y Paz, porque precisamente no hay certidumbre en su caso de la recurrencia en actividades criminales, lo que sólo se logra a la luz de una sentencia judicial en firme producida por y con ocasión de hechos posteriores a la desmovilización y postulación al proceso de Justicia y Paz.

Bastaría revisar el auto de 10 de abril de 2008 en el que la Corte con ponencia del magistrado Yesíd Ramírez Bastidas, en actuación 29472, establece que no es posible seguir presumiendo la responsabilidad de un ciudadano sin que el Estado, que es al que le corresponde probarla, certifique sobre ella por la única vía legítima e idónea, la del debido proceso penal.

Este criterio, que opera para todos los postulados incluyendo los extraditados a los que no se les excluirá a menos que en los términos expuestos por la misma Corte se pruebe la causal pregonada, mantiene su vigencia.

2. VERSIONES LIBRES

*Compilación de Diana María Cadena Lozano, Procuradora 43
Judicial Penal II de Barranquilla*

2.1 Presentación del tema

De acuerdo con lo expuesto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el auto del 27 de agosto de 2007 –radicado 27873- del magistrado Julio Enrique Socha Salamanca, la actuación en el proceso de Justicia y Paz tiene dos fases: una administrativa y otra judicial, la que a su vez se divide en pre procesal y procesal.

La fase pre procesal se inicia cuando la Fiscalía General de la Nación recibe del Gobierno Nacional la lista de postulados y concluye con la formulación de cargos. En esa etapa, la Fiscalía comienza las versiones libres, primer contacto directo que el Ministerio Público tiene con el postulado, y su intervención resulta imperativa porque, además de velar por las garantías del versionado, procura por los derechos de las víctimas, para lo cual debe ejercer su función de complementariedad en el interrogatorio a cargo de la Fiscalía.

2.2 Fundamento normativo

El artículo 17 de la Ley 975 de 2005 establece que los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley postulados por el Gobierno Nacional, que se acojan en forma expresa al procedimiento y beneficios de la Ley de Justicia y Paz, deberán rendir versión libre ante el Fiscal delegado asignado para el proceso de desmovilización.

Esta diligencia, según la mencionada norma, se realizará en presencia del defensor, y en ella el Fiscal interrogará al postulado sobre todos los hechos de los que pudiera tener conocimiento y éste, por su parte, dará a conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos delictivos en los que haya participado durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado ilegal y de aquellos que hubiese conocido, como en efecto ha venido aconteciendo.



El Gobierno Nacional, en las múltiples reglamentaciones de la Ley de Justicia y Paz, expidió el Decreto 4760 de 2005, mediante el cual se regula la recepción de la versión libre. En efecto, el artículo 5º de este Decreto determinó que, para la aplicación de los beneficios previstos en la citada ley, se requiere que los postulados rindan versión; diligencia que procederá independientemente de la situación jurídica del miembro del grupo armado organizado al margen de la ley.

Por su parte, la Fiscalía General de la Nación expidió varias resoluciones²⁰ a través de las cuales se definieron directrices para el procedimiento de recepción de la versión libre. Sin embargo, en la práctica se ha evidenciado que algunos fiscales de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz se han apegado de forma extrema a la literalidad de tales normas, restándole agilidad al procedimiento. A continuación se plantean algunos ejemplos que dan cuenta de lo anterior.

La resolución No. 0-3998 de 2006 del 6 de diciembre de 2006 al invertir considerable tiempo en la denominada geo-referenciación del bloque o frente²¹ abrió la posibilidad a los postulados de hacer discursos políticos con la pretensión de justificar las conductas realizadas por los miembros de los grupos de autodefensas, o bien de dilatar el trámite del proceso, e incluso de imponer condiciones para la realización de la diligencia.

A ello se debe agregar la distinción que hicieron algunos fiscales entre “enunciación” y “confesión” de un hecho, lo que en la práctica constituye la admisión o aceptación de haber cometido conductas punibles, generando así una imposición de fases obligatorias y sucesivas en las que, sin el cumplimiento de una no se podía avanzar a la siguiente, en algunos casos con tal grado de exigencia y milimetría que en un par de

²⁰ Resolución No. 0-3998 del 6 de diciembre de 2006 (reglamentación versiones libres). Resolución No. 0-0387 del 12 de febrero de 2007 (procedimiento transmisiones versiones libres). Resolución No. 2296 del 3 de julio de 2007 (complementa las directrices Res.3998). Resolución No. 0-4773 del 3 de diciembre de 2007 (complementa directrices anteriores actos administrativos).

²¹ En la página web de la Fiscalía General de la Nación, al detallar la metodología para el desarrollo de la diligencia de versión prevista en la Resolución 0-3998 de 2006, se menciona que en la primera sesión se le interrogará al versionado desde su ingreso y vinculación al grupo al margen de la Ley, como todos los aspectos relacionados con la estructura y las actividades de la organización ilegal. Ver <http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/MetoVersion.htm>.

oportunidades sendos fiscales concedieron el uso de la palabra a los agentes del Ministerio Público, pero vetaron las preguntas realizadas por éstos a los postulados, ya que los interrogantes debían formularse en la etapa de confesión y no en la de enunciación, ciclo en que se hablaban dichas diligencias de versión libre.

Mediante la resolución No. 0-2296 del 3 de julio de 2007, el Fiscal General de la Nación, ante la presencia de nuevas víctimas en la diligencia de versión libre y confesión, obligó a los Fiscales del caso a dirigirse a quienes se encuentren en la Sala dispuesta para ellas, a fin de explicarles la naturaleza de la versión, la metodología diseñada para tal diligencia, la necesidad que el postulado exponga su versión de manera libre, espontánea, seguida del interrogatorio del fiscal, debiendo informar el momento en el que las víctimas podrían intervenir.

Pese a ello, la práctica hizo modificar en numerosos casos esta directriz, pues ante la asistencia de víctimas provenientes de lugares lejanos, y en su mayoría con recursos económicos limitados, se priorizaron sus derechos al resolver de manera anticipada sus preguntas e inquietudes, antes de la culminación de la primera etapa denominada general.

La Procuraduría General de la Nación reiterativamente propuso que se flexibilizara el manejo del esquema a favor de los derechos de las víctimas, atendiendo al interés del Ministerio Público de potenciar tales derechos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el *Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización y primeras diligencias judiciales*, publicado el 2 de octubre de 2007, manifestó su preocupación sobre la confusión existente entre los operadores judiciales respecto de la naturaleza de la “versión libre y confesión” prevista en el artículo 17 de la Ley 975 de 2005. Lo anterior debido a que existe una tendencia, sobre todo en los Fiscales, a asumir un rol similar al previsto en la diligencia de versión del imputado propia del procedimiento penal ordinario, actitud que desconoce las claras diferencias entre la diligencia ordinaria y la prevista en el procedimiento especial de Justicia y Paz.



De este modo, los procuradores judiciales, al intervenir en las versiones libres y en audiencias de primera y segunda instancia, han resaltado ese llamado de atención de la CIDH y con posterioridad la Sala de Casación Penal ha instado en varias oportunidades a la Fiscalía a dinamizar el trámite de la nombrada actuación para agilizar los procesos.

Aunque la Fiscalía General de la Nación no ha expedido una resolución modificando esa distinción, la Coordinación de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz ha venido instruyendo a los fiscales de la misma para que se agilice la versión libre, escuchando la confesión sin necesidad de que la haya precedido la enunciación del hecho.

2.3 Dinámica y práctica de las versiones libres

Restricciones

Atendiendo la novedad que implicaba el trámite de Justicia y Paz, inicialmente el acceso a la sala de víctimas se tornó traumático debido a que la Fiscalía, con fundamento en el carácter reservado de las versiones libres, impidió el ingreso de equipos de comunicación y computación por parte de las víctimas, sus representantes (en su mayoría defensores públicos) e incluso de los procuradores judiciales asignados para asistir a la mencionada Sala. Esta medida, según el ente acusador, tenía como fin evitar que las confesiones de los postulados trascendieran de ese recinto.

Tal restricción fue superada con el pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia²², al resolver el recurso interpuesto, entre otros, por los abogados de la Comisión Colombiana de Juristas en su calidad de representantes de las víctimas, mediante el cual se planteó la inconformidad con la decisión de la Fiscalía de impedir el ingreso de las víctimas a la Sala donde se realiza la diligencia para interrogar y conainterrogar al desmovilizado, al igual que la negativa en el ingreso de ayudas técnicas como computadores y grabadoras.

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 2 de octubre de 2007, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. Radicado 27484.

En esta oportunidad manifestó la Corte que *“en modo alguno la participación de la víctima en el proceso, permite que pueda interrogar, ni al imputado, ni al indagado, ni, en nuestro caso, al versionado”*, y afirmó que *“la versión libre no es una diligencia reservada para los sujetos procesales, incluyendo las víctimas que acrediten esa condición, quienes tienen derecho a que se les expida copias de esta diligencia preliminar y que asistan al recinto de la diligencia con las ayudas técnicas que estimen necesarias, como portátiles, grabadoras, etc., siempre que acrediten esa condición”*.

Obstáculos para la realización

El derecho de las víctimas y de la sociedad a conocer la verdad sobre los delitos cometidos por los grupos armados organizados al margen de la ley, ha requerido que los postulados a la Ley de Justicia y Paz reconstruyan y recojan sus pasos entre unos y otros. Puesto que los que se desempeñaron como comandantes de frente argumentan que sólo transmitían órdenes a sus inferiores atendiendo a disposiciones superiores, o las fundaban directamente con base en instrucciones genéricas, siéndoles reportado únicamente el desenlace final, desconociendo así las circunstancias modales que lo rodearon, e incluso la identidad de los autores del hecho. Y, quienes cumplieron funciones de patrullero, esto es, los ejecutores materiales, sólo tenían conocimiento de la orden impartida, ignorando los motivos que la originaron.

De conformidad con lo anterior, surgió la necesidad de reagrupar a los ex miembros de un mismo bloque, frente o grupo para lograr reconstruir la verdad del pasado común. Pero, desafortunadamente, en la práctica no se facilitó esta reconstrucción de memoria, toda vez que, en varios casos, no se contó con la colaboración por parte de algunas directivas del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) para obtener los traslados oportunos de los otrora autodefensas y así lograr la recuperación de la verdad, responsabilidad de quienes se postularon a la Ley de Justicia y Paz.

Sumado a lo anterior, también se han presentado tropiezos en los traslados de los postulados desde sus lugares de reclusión hasta la sede de las fiscalías receptoras de las versiones libres. En especial, fueron engorrosos los traslados de los ex jefes de bloque, pues por seguridad de



la comunidad y de ellos mismos, no podían desplazarse en transporte aéreo comercial. Tampoco eran trasladados oportunamente a las diligencias de versión los restantes postulados que no ostentaron cargos de mando.

Los procuradores tuvimos la oportunidad de escuchar quejas de los defensores, quienes sostenían la imposibilidad de dialogar con sus representantes, ya que llegaban a horas finales del día anterior a la diligencia o momentos antes de iniciarse la versión libre; lo que motivó la intervención del Ministerio Público para superar esta clase de obstáculos a través de comunicaciones libradas a las directivas del Inpec para que facilitara la defensa técnica y sobre todo las confesiones completas y veraces en el proceso de Justicia y Paz.

En gran medida el tema ha sido superado, debido a que los postulados que figuraron en la nómina de un mismo frente o bloque se encuentran en su mayoría congregados en el mismo sitio reclusorio.

Además de esto surgieron otras situaciones que afectaron la celeridad esperada para el trámite de los procesos penales de Justicia y Paz, y prevista como principio procesal en el artículo 13 de la Ley 975 de 2005, en especial en la versión libre, como lo fueron: la demora en su inicio que estuvo, entre otras razones, determinada por la instalación de los equipos para la grabación de la diligencia, sumada a la falta de conocimiento en el manejo de los equipos para la transmisión a las ciudades donde habían sido convocadas víctimas, o por la interrupción de las comunicaciones, pues, en ocasiones, dicha instrucción sólo la tenía un funcionario de la Fiscalía, quien debía atender todas las diligencias que se adelantaban, a pesar de su realización simultánea. Por ello, el Ministerio Público debió intervenir activamente ante las coordinaciones de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz.

Igualmente, la confusa redacción de preguntas por parte de las víctimas desde las ciudades donde se encontraban fue otra dificultad parcialmente solucionada, gracias a la destinación por parte de la Fiscalía de un funcionario que instruye sobre la forma de plasmar las inquietudes.

En algunas situaciones, no muy frecuentes, se ha entorpecido la realización de la versión por la renuencia de un postulado a ser trasladado

desde el sitio de reclusión a la sede destinada para la recepción de la versión libre, aduciendo algún tipo de reclamo, como por ejemplo, porque no ha sido trasladado al centro carcelario solicitado. Esta situación motivó al Ministerio Público a solicitar nueva fecha y, en caso de que el postulado se mantuviera en su negativa a comparecer, se solicitara audiencia de exclusión de aplicación de la Ley 975 de 2005, petición a la que accedió la Fiscalía.

Los anteriores traumatismos, aunados a los continuos traslados de los postulados que están rindiendo versión libre, dificulta la satisfacción del derecho de las víctimas y la sociedad en general a la verdad sobre los delitos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley, y sobre el paradero de las víctimas de secuestro y desaparición forzada, máxime cuando el desmovilizado puede suministrar información sobre la ubicación de fosas para el hallazgo de cadáveres.

Es así como, en el proceso No. 2006-80416 que se adelanta en Bogotá D.C. el agente del Ministerio Público solicitó que se aprovechara la estadía transitoria del postulado en la ciudad, para que señalara a los investigadores los lugares donde se ubican las fosas, antes de ser trasladado nuevamente a la cárcel de reclusión de origen.

Funciones del Ministerio Público en la versión libre

Con fundamento en la normatividad reglamentaria que regula el procedimiento de recepción de la versión libre, la Procuraduría General de la Nación ha velado porque los derechos de acceso a la justicia, verdad, reparación y no repetición que tienen las víctimas del conflicto primen en el desarrollo de la diligencia; esto es, que el relato de los hechos aparezca plenamente detallado con circunstancias de modo, tiempo y lugar, actividades a las que se dedicaba la víctima, bienes jurídicos vulnerados y, sobre todo, que el interrogante sea planteado de manera entendible, así como que las respuestas cubran la totalidad de lo pedido.

En cumplimiento de tal función, la participación de la Procuraduría en las diligencias de versión libre ha sido activa y diligente, con acercamiento a las víctimas —cuando ello es posible— o a la información que sobre el hecho haya recaudado la Fiscalía en su función de verificación e investigación.



Al inicio de las versiones, cuando aún no existían las transmisiones satelitales, el Ministerio Público tenía contacto directo con las víctimas que concurrían, no sólo por el Procurador que intervenía en la versión, sino también por aquel que asistía a la sala de víctimas. Ese contacto se ha ido perdiendo, pero dada la experiencia y el conocimiento del actuar del bloque se desarrolla plenamente la labor de complementariedad.

El Ministerio Público ha contribuido notablemente en el proceso de construcción de la verdad. Desde esta perspectiva, ha formulado preguntas que han conducido a revelar aspectos trascendentales que de otra manera habrían quedado ocultos, aún sin que el postulado tuviere interés de ocultar la verdad. Así por ejemplo, gracias a preguntas de la Procuraduría se pudo establecer que, en algunas ocasiones y con el objeto de ocultar el ilícito, utilizaban animales (culebras) en sus homicidios.

Igualmente, es de destacarse que por intervención de la Procuraduría se logró de algunos postulados el reconocimiento de las extorsiones, conductas negadas inicialmente por aquellos, quienes sostenían que la denominada “vacuna” era entregada por sus víctimas en forma voluntaria.

En algunos casos, las preguntas del Ministerio Público lograron concatenar hechos confesados por un postulado con los de otro del mismo frente o bloque, revelando, por ejemplo, los motivos de un homicidio y las circunstancias en que éste ocurrió. Así mismo, se indagó a los jefes acerca de la periodicidad de los reportes suministrados por los miembros del grupo ilegal, a fin de establecerse la sistematicidad y masividad de los crímenes, entre otros, y la expedición de órdenes genéricas de matar personas. Idéntica labor se desarrolló con los patrulleros respecto de la existencia de la orden, de la motivación del hecho y, sobre todo, la identificación del trasmisor de la orden.

Del mismo modo, se indagó sobre las instrucciones impartidas sobre el trato cruel e inhumano hacia sus víctimas y población civil, dándose a conocer órdenes de no matar a más de tres personas en un mismo hecho, para evitar inconvenientes con el derecho internacional humanitario.

Por preguntas del Ministerio Público también se logró establecer la existencia de órdenes genéricas de ejecución de homicidios, por ejemplo, de quienes ellos denominaban guerrilleros o auxiliares de la

subversión. Así mismo, se obtuvo información que estableció que los superiores exigían cuotas de homicidios o tarifas diarias de muertos, los cuales se acreditaban con reportes también diarios, confirmándose, por ejemplo, que el postulado Salvatore Mancuso, en su condición de jefe del bloque Córdoba, controlaba el territorio, por vía del número de muertes publicadas en prensa, al punto que en algunos casos le reclamaba a los jefes de zona un mayor número de homicidios bajo la amenaza de retiro de mando si no se cumplía esa instrucción²³.

Por otra parte, debe destacarse que la Procuraduría ha propugnado por el respeto a la víctima, evitando o conjurando la revictimización que se producía con la narrativa del versionado la cual incluía generalmente calificativos degradantes hacia la víctima directa. En efecto, ha sido una labor constante evitar que los postulados maltraten a sus víctimas, convirtiéndose el Ministerio Público en un verdadero abanderado por el respeto de los perjudicados del actuar delincencial de las autodefensas, pues activamente se ha impedido que utilicen impropiedades en su contra y se ha exigido se abstengan de hacerlo.

Es así como los agentes del Ministerio Público hemos tenido que intervenir de manera directa o indirecta (en los recesos de las sesiones de versión libre) para solicitar a los desmovilizados que se dirijan a las víctimas con respeto a esta condición y a la dignidad humana, que no olviden el deber que tienen de pedir perdón y comprometerse a no cometer de nuevo los crímenes.

Así, se ha promovido el uso de un lenguaje por parte de los postulados que refleje la voluntad de sometimiento, pues las expresiones utilizadas denotan desconocimiento a la autoridad y no aceptación del carácter ilícito de la actividad que desarrollaron. Un ejemplo de esto es la utilización de expresiones como “dar de baja”, o “retener”.

La Procuraduría se ha ocupado de explicar a los postulados que sus comportamientos no eran legítimos, que no constituían actos de guerra,

²³ Situación confesada, ante pregunta del Ministerio Público, por un jefe de zona del bloque Córdoba, quien de igual forma aceptó recibir diariamente reportes de homicidios, afirmando que en su zona se reportaba un promedio de diez personas en el día, durante un periodo de cuatro años.



y que, por el contrario, son reprochados por el legislador. De igual manera se ha hecho hincapié en que el sometimiento buscaba también su reincorporación a la vida civil, lo cual supone el reconocer que cometieron delitos y el arrepentimiento por éstos.

Desde esta perspectiva, se ha logrado en los postulados un cambio de actitud frente al proceso, y que se ha reflejado en una transformación sustancial del lenguaje que utilizan en las versiones. A modo de ejemplo, se ha logrado que ya no empleen locuciones como *dar de baja* sino que se refieran a *matar*; que no digan que *realizaron trabajos*, sino que *cometieron delitos*; que ya no se refieran a *recuperar bienes*, sino a *hurtar bienes*, o que no digan *retener* o *capturar*, sino *secuestrar*.

Este trabajo es permanente, no sólo porque en los postulados resulta difícil la interiorización del cambio de paradigma y de las costumbres lingüísticas, sino también porque al iniciar con nuevos postulados, debe realizarse la misma labor.

Por otro lado, también debe resaltarse que, aunque la intervención del Ministerio Público ha apuntado a esclarecer aspectos claves para las víctimas, no en todos los eventos es posible llegar a la verdad.

Uno de estos casos corresponde al de los homicidios múltiples, en los cuales generalmente existía la presencia de un guía que concurría al hecho con el rostro cubierto para hacer los señalamientos de las personas que habrían de ser víctimas del delito. En las versiones, es lugar común que las víctimas quieran saber la identidad de ese guía. Las preguntas del Ministerio Público se han encaminado en ese sentido, logrando establecer únicamente que los guías generalmente eran moradores de la localidad afectada. Pese a ello no se ha podido establecer la identidad, sólo los alias con que eran conocidos al interior del grupo pero no entre sus coterráneos.

También el Ministerio Público se ha esforzado por obtener información acerca de los delitos de género, con resultados negativos a la fecha, pues los postulados han sido unánimes en responder que no existía violencia sexual, que las mujeres no eran tratadas indignamente ni sometidas a tratos crueles o degradantes por la sola condición de ser mujeres. Han sido escasas las menciones sobre violencia sexual, pues

los comandantes o jefes de grupos sólo las aceptan como motivo de un homicidio que ellos mismos ordenaron cuando tuvieron conocimiento de que un integrante de las autodefensas había sido autor de esa clase de conductas delictivas.

No obstante la publicidad que han tenido localidades específicas como escenarios de comportamientos sexuales abusivos y degradantes contra la mujer, y de los esfuerzos realizados por la Fiscalía en su labor de acreditación, son las mismas víctimas quienes se niegan a reportar el hecho por la estigmatización social y familiar que ello implica.

Por otra parte, es pertinente mencionar la labor que ha desplegado la Procuraduría General de la Nación en aras de proteger las garantías del versionado. En este sentido, ha velado porque al inicio de la versión y antes de que empiece el interrogatorio sobre la pertenencia al grupo armado y los hechos que va a confesar, el desmovilizado esté plenamente enterado de todas las connotaciones de la diligencia, pero, en especial, que al asumir su condición de versionado renuncie al derecho a no auto incriminarse, requisito sin el cual la confesión resultaría viciada²⁴.

En otro sentido, el Ministerio Público ha advertido que entre los requisitos de elegibilidad para los desmovilizados figura la entrega de bienes para reparación y decir toda la verdad. Por lo tanto, y por esa misma razón, no están obligados a aceptar hechos que no hayan cometido o en los cuales no hayan participado; sin embargo, el compromiso con el establecimiento de la verdad de lo acontecido les impone también la obligación de aportar cualquier información sobre los autores o partícipes de las conductas que ellos no han cometido, la ubicación de fosas, la participación de miembros de la autoridad o la colaboración prestada por éstos para la realización de tales acciones.

Mención especial amerita la labor desplegada por el Ministerio Público en procura del reconocimiento de los hijos de los postulados, tarea que se ha emprendido con el acompañamiento de las procuradurías judiciales II de familia, ya que han sido varios los postulados que en sus generales de ley manifestaron que oportunamente no hicieron el registro

²⁴ El tema será tratado posteriormente en este mismo capítulo.



que impone el legislador. En algunos eventos ha sido ardua la tarea de la Procuraduría de Familia respectiva, pues las madres se han negado a aceptar que sus hijos aparezcan en el registro como descendencia de un delincuente.

En cuanto a la defensa del interés de la sociedad y del orden jurídico, la Procuraduría ha estado atenta a la ratificación bajo la gravedad del juramento del versionado, cuando hace imputaciones a terceros, así como ha vigilado el cumplimiento del requisito de elegibilidad de dar a conocer la ubicación de las fosas, pues en ocasiones, los postulados, pese a tener conocimiento sobre su localización, manifiestan que tal información será suministrada por otro ex miembro del grupo que en la mayoría de los casos está a la espera de postulación o del inicio de la versión.

En este punto es relevante mencionar la situación particular que determinó a un Procurador Judicial en diligencia de versión libre a solicitar a la Fiscalía se excluyera al postulado de los beneficios de Justicia y Paz. En efecto, al ser interrogado el postulado en versión libre sobre los hechos a confesar, manifestó que el único era el homicidio ocurrido en octubre del año 2000, por el cual fue condenado, en concurso con *porte ilegal de armas*, a 12 años y 6 meses de prisión, mediante sentencia dictada el 30 de septiembre de 2003 por el Juzgado Único Penal del Circuito de Villeta, debidamente ejecutoriada, extremo conocido por el desmovilizado.

En atención a que la fiscal de conocimiento, se disponía a suspender la diligencia para continuarla en fecha posterior, el Ministerio Público solicitó que dictara *orden*, con fundamento en el artículo 161 del Código de Procedimiento Penal, que pusiera fin a la actuación por carencia de objeto de un proceso penal de Justicia y Paz, toda vez que la Ley 975 de 2005 fue concebida y expedida para procesar a quienes confiesen delitos, situación que no acontecía en el caso concreto, pues el único delito que dice estar dispuesto a confesar ya fue materia de investigación, juicio y sentencia ejecutoriada.

Al correrse traslado a la defensa, ésta se opuso aduciendo que aunque “*materialmente*” compartía el criterio del Procurador Judicial, en su opinión la Ley de Justicia y Paz no fue concebida para confesar delitos sino para que se dijera la verdad, la que estaba diciendo su prohijado,

confesando, además, un homicidio, y que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre exclusión de beneficios aducida por el agente del Ministerio Público sólo es aplicable cuando el desmovilizado renuncia a la aplicación de la Ley 975.

Otros acontecimientos singulares se presentaron en torno a los postulados que manifestaron su voluntad de no sometimiento a la Ley de Justicia y Paz, puesto que estaban dispuestos a afrontar la justicia ordinaria, pese a la explicación dada por la Fiscalía sobre las consecuencias de tal determinación. Con fundamento en dicha renuncia, el Ministerio Público ha solicitado de la Fiscalía proferir decisión dando por terminado el trámite previsto en la Ley 975 de 2005 que fue iniciado con respecto a estos postulados, siguiendo los lineamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la providencia dictada el 27 de agosto de 2007 en el proceso adelantado contra Hugo Hernando Barbosa León, con ponencia del magistrado Julio Enrique Socha Salamanca. Los representantes del ente investigador difirieron en su pronunciamiento.

Confesión de hechos cometidos con posterioridad a la vigencia de la Ley 975 de 2005

En las diligencias de versión libre los postulados venían realizando las confesiones de los hechos delictivos en los que participaron durante su permanencia en el grupo armado ilegal y con ocasión de ésta. El período en que acaecieron dichos hechos iba desde su vinculación hasta el momento de la desmovilización (situación que aconteció, en 25 frentes o bloques²⁵, con posterioridad al 25 de julio de 2005), atendiendo la interpretación que venía dándosele a la temática por quienes intervenían en el proceso –Fiscalía, Ministerio Público, defensores de víctimas y de postulados–, que estuvo encaminada a sostener que los beneficios se hacían extensivos hasta el momento de la desmovilización.

Tal práctica, que se modificó con base en la decisión del 24 de febrero de 2009, radicado 30.999, en la que la Sala de Casación Penal de la Corte

²⁵ V. gr. el bloque Norte se desmovilizó el 6 y 7 de marzo de 2006 en La Mesa y Chimila, jurisdicción de Valledupar (Cesar)



consideró que la Ley 975 sólo resulta aplicable a los hechos ocurridos con antelación al 26 de julio de 2005.

A nuestro parecer, las confesiones producidas en Justicia y Paz de hechos ocurridos con posterioridad a esa fecha, se encuentran afectadas por un vicio en el consentimiento, por cuanto a los postulados no se les hizo saber, en su momento, el límite temporal de la vigencia de la ley, al punto que la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz no sólo interrogó sobre hechos ocurridos con posterioridad al 25 de julio de 2005, sino que además los imputó.

Lo anterior significa que esas manifestaciones no fueron libres ni voluntarias ni tenían propósito distinto al de obtener el beneficio de la pena alternativa, no la de someterse al trámite de la jurisdicción permanente.

Por ello, consideramos que tales confesiones no pueden tenerse en cuenta para solicitar la exclusión de los postulados por faltar a uno de los requisitos de elegibilidad, es decir, incumplir la obligación de cesar toda actividad ilícita (Artículos 10-4 y 11-4 Ley 975 de 2005).

La situación se torna gravosa por cuanto muchos de los postulados que hoy se encuentran rindiendo versión, con antelación a la decisión del 24 de febrero de 2009, confesaron hechos ocurridos con posterioridad al 25 de julio de 2005, pero antes de su desmovilización; al punto que esas confesiones sirvieron para revocar decisiones inhibitorias, vincularlos a los procesos de la justicia permanente e, incluso, proferir sentencias en su contra, en la modalidad de anticipada.

Formal y materialmente existe decisión judicial ejecutoriada en contra de los postulados por hechos ocurridos con posterioridad al 25 de julio de 2005 que tuvieron como soporte su propia confesión, bajo la creencia que la pena que así se impusiera sería tenida en cuenta al momento de la imposición de la pena alternativa, pero sobre todo, con la convicción que estaban al amparo de los beneficios de la Ley 975 de 2005.

3. MEDIDAS CAUTELARES REALES

*Compilación de John Jaime Posada Orrego, Procurador 116
Judicial Penal II de Medellín*

3.1 Presentación del tema

Sin lugar a dudas, la protección a las víctimas constituyen el eje central de la interpretación y aplicación de la normatividad consagrada en la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz. Así ha quedado demostrado en la variada jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, al igual que en la propia ley, al consagrar en su artículo 4º los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación.

Uno de los mecanismos de protección de los derechos de las víctimas que consagra la Ley de Justicia y Paz está dado por las medidas cautelares de embargo, secuestro y suspensión del poder dispositivo de bienes de los infractores de la ley penal, cuya finalidad consiste en asegurar el resarcimiento de los perjuicios causados.

La necesidad de asegurar desde el proceso este conjunto de bienes, para que, bajo la guarda de los distintos organismos del Estado se vele por su conservación, así como la posibilidad de impedir que en adelante se realicen actos de libre disposición sobre los mismos defraudando así a las víctimas del conflicto, constituye uno de los aspectos centrales del derecho a la reparación.

No puede perderse de vista que la entrega de bienes para la reparación constituye uno de los requisitos de elegibilidad dispuestos por la Ley de Justicia y Paz²⁶. La entrega de tales bienes a la Fiscalía General de la Nación por parte de los postulados, los medios de que se dispone para el cuidado inmediato de los mismos, la entrega al Fondo para la Reparación de las Víctimas, el recibo o no de tales bienes por esta entidad, así como las medidas de protección que este organismo asume para la conservación de los mismos para evitar su pérdida o deterioro,

²⁶ Artículo 10 numeral 2.



constituyen, a no dudarlo, pasos importantes en cada uno de los cuales el papel que debe cumplir el procurador judicial asignado a Justicia y Paz es de vital importancia.

En tal sentido, el presente escrito busca mostrar, a partir de la relación de experiencias, la manera cómo los Procuradores Judiciales hemos tenido un papel activo en el desarrollo e impulso de la jurisprudencia que en materia de Justicia y Paz se ha producido en nuestro país y de qué manera se han ejercido en este espacio nuestras funciones de guarda del ordenamiento jurídico y representación de los intereses de la sociedad, de acuerdo con el mandato constitucional.

3.2 Fundamento normativo

Varias disposiciones de la normatividad atinente a la competencia de Justicia y Paz se refieren a las medidas cautelares de orden real. En efecto, la Ley 975 de 2005 en su artículo 18 dispone que en la audiencia de formulación de imputación, el Fiscal hará la imputación fáctica de los cargos investigados y solicitará al magistrado disponer la detención preventiva del imputado en el centro de reclusión que corresponda, según lo dispuesto en dicha Ley. A punto seguido expresa: *“igualmente solicitará la adopción de las medidas cautelares sobre los bienes de procedencia ilícita que hayan sido entregados²⁷ para efectos de reparación a las víctimas”*.

En el mismo sentido, el artículo 15 del Decreto reglamentario 4760 de 2005, expresa que una vez indicados los bienes ilícitos, la Fiscalía Delegada, en audiencia preliminar, solicitará la adopción de medidas cautelares sobre los mismos, las cuales serán adoptadas de manera inmediata por el magistrado que ejerza el control de garantías y comprenderán, entre otras, la suspensión del poder dispositivo, el embargo y secuestro de los bienes, de dinero en depósito en el sistema financiero, de títulos valores y de los rendimientos de los anteriores, lo mismo que la orden de no pagarlos cuando fuere imposible su aprehensión física.

²⁷ La expresión “de procedencia ilícita que hayan sido entregados”, fue declarada inexecutable mediante sentencia C-370 de 2005 de la Corte Constitucional y se estableció que las medidas deben abarcar tanto los bienes de procedencia lícita e ilícita.

A la vez, dispone que los bienes sobre los que se adopten medidas cautelares quedarán de inmediato a disposición de Acción Social-Fondo para la Reparación de Víctimas, el cual tendrá a su cargo la administración de los mismos de manera provisional hasta tanto se profiera la sentencia de extinción de dominio a su favor.

Sobre dicho aspecto, también es pertinente traer a colación el artículo 5º, párrafo 1º del Decreto 3391 de 2006, según el cual *“para los efectos previstos en los artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005, cuando la entrega de los bienes se realice con anterioridad a la diligencia de versión libre o a la audiencia de formulación de imputación de que trata el artículo 18 de la Ley 975 de 2005, el Fondo para la Reparación de las Víctimas procederá a su recibo, registrándolo mediante acta suscrita conjuntamente con un delegado de la Fiscalía General de la Nación, en la cual deberá señalarse el bloque y/o el frente o miembros del mismo a quien se impute tal entrega con destino a la reparación de las víctimas, procediendo sobre los mismos las medidas cautelares del caso y su extinción de dominio”*.

Es relevante tener en cuenta igualmente que para el perfeccionamiento de estas medidas cautelares debe procederse con sujeción a lo previsto en el artículo 681 del Código de Procedimiento Civil²⁸, es decir, comunicándolas al respectivo registrador de instrumentos públicos, en cuanto se trata de bienes sujetos a registro.

Así mismo, en virtud del principio de complementariedad²⁹, deben tenerse en cuenta los artículos del 82 al 85 de la Ley 906 de 2004.

3.3 Momento procesal y requisitos de procedibilidad

Las primeras audiencias relacionadas con la imposición de medidas cautelares de embargo, secuestro y suspensión del poder dispositivo de bienes en las que participamos como procuradores judiciales ante los magistrados de control de garantías de Justicia y Paz, estuvieron rodeadas de múltiples discusiones que pueden sintetizarse así:

²⁸ Modificado por el artículo 1º, núm. 339 del D.E. 2289 de 1989 y por el artículo 67 de la Ley 794 de 2003.

²⁹ Artículo 62, Ley 975 de 2005.



En el proceso referenciado con el número 200680018, postulado Ramiro Vanoy Murillo, alias “Cuco Vanoy”, se realizó audiencia de imposición de medidas cautelares a instancia de la Fiscalía Delegada de Justicia y Paz sobre los bienes ofrecidos por el postulado. Por parte del Procurador Judicial se expresó la oposición a la imposición de medidas, por las siguientes razones:

- 1°. En la respectiva audiencia la Fiscalía solicitó, genéricamente, la imposición de medidas cautelares.
- 2°. El ente acusador no exhibió medios de acreditación para la imposición de las medidas, tan sólo contaban con las escrituras de los bienes cuyas medidas reclamaba.
- 3°. No se exhibieron actas de entrega de los bienes, acreditación de la postulación y menos prueba sumaria de la existencia de víctimas.
- 4°. Igualmente, se echó de menos la argumentación en los términos exigidos por la Ley 906 de 2004, que impone para estos eventos por disposición del artículo 62 de la Ley 975 de 2005, bajo el principio de complementariedad, el análisis acerca de la necesidad y proporcionalidad de las medidas invocadas.

El magistrado de garantías finalmente ordenó el embargo y secuestro de los bienes, siendo que este último no se había solicitado por la Fiscalía.

Esta primera audiencia ya perfilaba que la situación jurídica respecto de las medidas cautelares no sería pacífica y fue la puerta de entrada para otra experiencia de la Procuraduría Judicial.

En efecto, el día 4 de agosto de 2008, en el proceso radicado con el número 200880011 de Justicia y Paz, se celebró audiencia con la misma finalidad ante el magistrado de control de garantías, decretándose las medidas cautelares de embargo y secuestro de bienes, decisión que fue objeto del recurso de apelación.

A continuación se resumen los argumentos expuestos ante la Corte Suprema de Justicia:

Se invocó, en primer lugar, la decisión de agosto 23 de 2007, radicación 28.040, M.P. María del Rosario González de Lemus, en la que la Corte Suprema de Justicia señaló:

“De la lectura del artículo 18 de la Ley 975 de 2005, se infiere, a diferencia de lo que aduce el magistrado, que sólo es posible el Decreto o imposición de medidas cautelares reales una vez se ha formulado imputación por parte del delegado de la Fiscalía, respecto de las hipótesis delictivas que obran en contra de la persona postulada a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz. De acuerdo con lo que la norma expresa de manera objetiva, no surge duda alguna en el sentido de que la imposición de medidas cautelares sobre bienes, sólo es posible en el marco de la audiencia de formulación de imputación o cuando menos luego de que tal acto se haya realizado, esto es, la determinación sobre bienes, de acuerdo con la estructura de la Ley 975 de 2005, es ulterior al acto de la formulación de imputación, ya sea en la misma audiencia o en una posterior. No se remite a duda que el vicio a que se ha hecho alusión compromete el debido proceso por desatención de la estructura formal del trámite previsto en la Ley 975 de 2005”.

No compartió la Procuraduría el argumento expuesto por el magistrado de control de garantías en el sentido que el artículo 15 del Decreto reglamentario 4760 de 2005, al referirse a las medidas cautelares, no las condiciona a un acto previo de formulación de imputación, ya que dicha postura pierde de vista que la preceptiva simplemente desarrolla el procedimiento de las medidas cautelares, pero sin oponerse a la estructura procesal prevista en el artículo 18 de la normativa reglamentada que, sin temor a equívocos, exige formulación de imputación previa a esa determinación, lo cual tampoco podía hacer, dado el carácter reglamentario de la norma citada.

Como representantes del Ministerio Público, y en función de los valores que informan el ordenamiento jurídico, lo que se predicó ante el magistrado de control de garantías y se reiteró ante la Corte fue la necesidad de dar aplicación a las normas que inspiran el debido proceso en su expresión de las formas propias del juicio, sin que ello implique desatender la demanda de reparación de las víctimas.



Fueron los motivos anteriores los que llevaron al Ministerio Público a solicitar del magistrado que preguntara a la Fiscalía si se había dado cumplimiento al artículo 5° parágrafo 1° del Decreto 3391 de 2006, en el sentido que en tanto los bienes fueron entregados con anterioridad a la imputación se hubiesen puesto a disposición del Fondo para la Reparación de Víctimas para que esta entidad procediera a su recibo.

Igualmente, se sostuvo que en virtud del principio de complementariedad era necesario dar aplicación a las normas que en esta materia consagra el Código de Procedimiento Penal, indicando que a la Fiscalía General de la Nación le corresponde cumplir en este tipo de actuaciones con una carga cognoscitiva y de fundamentación y, en consecuencia, no sólo debe acreditar, como en este caso, que estamos en presencia de un postulado, que éste se ratificó y que entregó bienes para la reparación de las víctimas, sino que igualmente, y para el debido rito procesal, debe acreditar siquiera sumariamente que hay víctimas y, se afirmó que si bien en este caso ello parecería evidente, no era dable predicar la figura del hecho notorio, porque el juez en su calidad de tal, desconoce los hechos y por lo tanto la Fiscalía está en la obligación de acreditárselos.

Contrario a la opinión del Ministerio Público, el magistrado de primera instancia consideró que tratándose de víctimas ello no es una materia penal sino civil y que, por lo tanto, sí aplicaba la teoría del hecho notorio y que, incluso, el mismo magistrado en protección a las víctimas podía tomar medidas cautelares que no se le hubiesen solicitado.

Se afirmó también en la sustentación del recurso que en aras de la protección de las víctimas, el proceso penal no se podía “descuadernar” a tal punto que los actos procesales se realizaran de cualquier manera. Por ello se dijo que en la Ley 975 de 2005 el fiscal conserva la obligación de probarle al juez lo que afirma y por ello si reclama medidas cautelares debe acreditar, siquiera sumariamente, la existencia de las víctimas y que la nueva expresión procesal impide que el juez decrete oficiosamente dichas medidas a favor de las víctimas.

Si el fiscal pretende medidas cautelares, debe atender los artículos 93 y 94 de la Ley 906 de 2004 y, en consecuencia, en la respectiva audiencia expondrá ante el juez los criterios de necesidad y proporcionalidad en

relación con las medidas cautelares que pretende, siendo ello el desarrollo del artículo 27 del Código de Procedimiento Penal.

El magistrado se refirió a la necesidad, pero no en el sentido jurídico, como elemento del test de proporcionalidad, sino a una necesidad material de protección de los bienes, olvidando que la fórmula propuesta por el Ministerio Público es el primer paso para esa protección. Igualmente, en torno a la proporcionalidad no hizo alusión alguna. En virtud de lo anterior se solicitó revocar lo resuelto por el *a quo*.

Tal apelación fue decidida mediante auto del 8 de septiembre de 2008, radicación 30360, magistrado ponente Yesíd Ramírez Bastidas, del cual se destacan los siguientes apartes:

“No tiene razón el recurrente al reclamar que las medidas cautelares se impongan después de haberse producido la entrega material del inmueble al Fondo de reparación de las víctimas, porque el secuestro y embargo siempre son previos a cualquier acto que sobre bienes ejecute el Fondo. Ello es así porque solamente en la medida en que se tiene un título jurídico para disponer del bien, así sea provisionalmente y mientras se dicta sentencia, el Estado se blindó frente a demandas de responsabilidad patrimonial ejercitadas por terceras personas. Aceptar lo que expone el Ministerio Público conduciría a trastocar el orden de las medidas cautelares porque con la entrega al Fondo de un bien inmueble se estaría produciendo materialmente el secuestro del mismo, siendo que lo procedente es que en primer lugar se decrete el embargo y luego se proceda al correspondiente registro, como en efecto lo decidió el magistrado de Garantías”.

Tal como se observa, la Corte Suprema de Justicia toma una arista de la problemática planteada, pero deja por fuera los otros argumentos que sirvieron de base a la interposición del recurso.

Posteriormente, mediante auto del 3 de octubre de 2008, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación 30.442, magistrado ponente Alfredo Gómez Quintero, se pronunció expresamente sobre la problemática relacionada con las medidas cautelares reales que se decretan antes de la imputación, cambiando la jurisprudencia ya relacionada y expresó:



“Así, entonces, cuando la Sala decidió abordar en esta providencia el tema de la oportunidad para materializar medidas cautelares respecto de bienes que con propósitos de reparación ofrece voluntariamente el desmovilizado, además de buscar efectividad de la norma superior que hace prevalecer lo sustancial sobre lo formal (artículo 230 C. Pol.), en aquella dirección se encauzó con miras a la protección de las víctimas, pues no hay duda que de aplicarse en su tenor literal la norma que prevé que la afección de bienes sólo procede a partir de la audiencia de formulación de imputación, muy probablemente cuando ésta tenga lugar, la posibilidad de asegurar esos elementos materiales con miras a la reparación -con mucha probabilidad de desaparecimiento, pérdida o mengua- haya afectado el mencionado derecho. En ello -y en ejercicio de la labor pedagógica como una de las características de la razón de ser de la Sala- radica el por qué la Corte asumió el análisis de tal temática, a todo lo cual ha de sumarse el propósito de hacer conocer el redireccionamiento del pensamiento plasmado en la providencia de agosto 23 de 2007 (rad. 28040), pues sin duda la propuesta interpretativa de hoy ha de entenderse que recoge la mencionada consideración, tal como se hará referencia más adelante. Ahora bien, sobre la solución a la reseñada temática dígame que el artículo 18 de la Ley 975 de 2005 -Ley de Justicia y Paz- regula el tema de la formulación de imputación indicando que en dicha audiencia el fiscal hará la imputación fáctica de los cargos investigados y solicitará la imposición de la detención preventiva en el centro de reclusión correspondiente. Igualmente solicitará la adopción de las medidas cautelares sobre los bienes para efectos de la reparación de las víctimas.

Conforme a la norma comentada la imposición de medidas cautelares sobre los bienes ofrecidos por el desmovilizado presupone la imputación de los cargos objeto de averiguación por parte de la Fiscalía.

Sin embargo no puede olvidarse que las medidas cautelares patrimoniales en el ámbito penal se aplican sobre los bienes del procesado, de los partícipes de la conducta punible o sobre los bienes de terceros³⁰; esas medidas cumplen unos

³⁰ Como es el caso del tercero civilmente responsable.

finés ligados al proceso, o a la pena, o a la protección de las víctimas para garantizar la reparación, particularmente en el caso de los procesos de Justicia y Paz donde es deber del magistrado pronunciarse en la sentencia sobre el tema de la reparación³¹ que, junto con otros postulados, constituye la esencia que justifica la pena alternativa; desde esa óptica las medidas cautelares patrimoniales en el proceso de Justicia y Paz tienen una finalidad bifronte, de un lado buscan asegurar la reparación de las víctimas como principio fundamental acorde con los estándares internacionales y de otra están ligadas a la eficacia del proceso mismo.

Pues bien, las medidas cautelares que buscan poner fuera del comercio los bienes entregados por los desmovilizados que se someten al procedimiento de la Ley de Justicia y Paz, a juicio de la Sala son procedentes aún en los eventos como el que ahora se examina donde no se ha formulado la imputación, porque afectando de esa manera los bienes ofertados se evita que el postulado o terceras personas en el futuro dispongan de ellos, cosa que no sucede si solamente se entregan los bienes para protección, administración y conservación al Fondo para la Reparación de las Víctimas³², medida esta última que ciertamente no extrae del comercio los bienes ni suspende el poder de disposición de los titulares de la propiedad”.

En la actualidad, la discusión acerca del momento procesal en que debe realizarse la audiencia preliminar de imposición de medidas de embargo, secuestro y suspensión del poder dispositivo de bienes, parece temporalmente superada, en la medida en que se ha reconocido que la misma puede preceder a la audiencia de formulación de imputación, bajo una interpretación prevalente de los derechos de las víctimas, por el posible riesgo que puedan correr los bienes que servirán para el pago de los perjuicios.

No obstante lo anterior, tal como lo pone de presente el estudio realizado por el proyecto “apoyo a la Fiscalía General de la Nación en el contexto de la Ley de Justicia y Paz- un ejemplo de justicia transicional-, ProFis”,

³¹ Artículo 24 de la Ley 975 de 2005.

³² Artículo 54 de la Ley 975 de 2005.



“[c]omo es entendible, la exigencia de que el momento procesal adecuado para solicitar y decidir sobre la procedencia de las medidas cautelares reales sea el de la audiencia preliminar para la formulación de la imputación, se compadece a plenitud con la necesidad de garantizar el presupuesto general de aquellas relacionado con la apariencia de buen derecho –fumus bonis iuris-. No en vano, de acuerdo con el pretranscrito artículo 18 de la Ley de Justicia y Paz, la propia formulación, en cuanto antecedente procesal necesario del acto cautelar, presupone que de los elementos materiales probatorios, la evidencia física, la información legalmente obtenida o de la versión libre del desmovilizado, pueda inferirse, de forma razonable, el compromiso de aquél en la realización de uno o varios de los delitos investigados”³³.

Además, los otros aspectos que se pusieron de presente por parte del Ministerio Público como requisitos de las medidas cautelares sobre bienes, tales como la prueba sumaria de la existencia de las víctimas, la fundamentación de la Fiscalía en torno a los elementos cognoscitivos, los elementos materiales probatorios, evidencia física o información de los que se deriven la aplicación necesaria y proporcional de las medidas cautelares; así como los principios que en materia de teoría general del proceso informan las medidas cautelares, se dejaron de lado, para, bajo una expectativa de posible defraudación, se le diera total realce a los derechos de las víctimas, aún a costa de los mandatos del debido proceso.

Sin embargo, no se trata de una simple relación de bienes entregados por el postulado y la consecuente declaración de las medidas de embargo y secuestro de los mismos con el fin de proteger a las víctimas, lo demuestra la decisión del magistrado de control de garantías, Olimpo Castaño Quintero, quien en audiencia preliminar de formulación de medidas cautelares, en el proceso radicado 200880011, postulado Diego Fernando Murillo Bejarano, canceló la diligencia por cuanto la Fiscalía, si bien aportaba los documentos relacionados con los bienes, no pudo satisfacer la pretensión de la judicatura de presentar los elementos probatorios dirigidos a demostrar la calidad de desmovilizado y postulado a los beneficios de la Ley 975 de 2005.

³³ Manual de Procedimiento para la Ley de Justicia y Paz, GTZ, Editado por Editorial Milla Ltda., enero de 2009, Bogotá, Colombia, Pág. 318-319.

Sin que se hubiere dado oportunidad al procurador judicial de manifestarse sobre la solicitud, la decisión fue compartida por el representante del Ministerio Público, teniendo en cuenta las razones que han fundamentado la argumentación y oposición en audiencias similares. Además, las medidas cautelares obedecen a unos lineamientos finalísticos, exigen que la persona del postulado tenga la calidad de imputado, y existen unos requisitos en el orden constitucional y legal que se pueden identificar con los presupuestos de la medida de aseguramiento de detención preventiva –medida cautelar de orden personal–, tal como lo enseña la teoría general del proceso, en punto a la necesidad de imposición de la medida.

Tipos de medidas cautelares

Tal como se expuso, la normatividad de Justicia y Paz se refiere a las medidas cautelares de embargo y secuestro mencionadas, tanto en la Ley 975 de 2005 como en los respectivos decretos que la desarrollan. Tales medidas tienen naturaleza eminentemente cautelar, en tanto el aseguramiento de los bienes permitirá a futuro una efectiva reparación de las víctimas. A ellas también se refiere el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), en su artículo 92, al expresar que el embargo y secuestro de los bienes se ordenará en cuantía suficiente para garantizar el pago de los perjuicios que se hubieren ocasionado. En tal sentido, todas las disposiciones del capítulo III de dicho estatuto procesal deben ser tenidas en cuenta en el ámbito de Justicia y Paz, en virtud del principio de complementariedad.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado: “... *para garantizar que los bienes cumplan con su objetivo de reparar el daño ocasionado a las víctimas las medidas cautelares permiten su exclusión del comercio o la suspensión de su disposición, lo cual es del resorte exclusivo y excluyente de los funcionarios judiciales...*”³⁴.

En la misma decisión, se decretó la suspensión del poder dispositivo como medida cautelar autónoma en relación con un bien baldío, cuyo embargo está prohibido por el artículo 63 de la Carta Política, pero frente al cual se consideró pertinente la medida, para poner a salvo los derechos

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 23 de agosto de 2007, M.P. María del Rosario González de Lemos. Radicado 28.040.



de las víctimas. Tal decisión tiene su expresión normativa en el artículo 15 del decreto reglamentario 4760 de 2005, que a la letra dice:

“Una vez indicados los bienes ilícitos, la Fiscalía Delegada, en Audiencia Preliminar, solicitará la adopción de medidas cautelares sobre los mismos, las cuales serán adoptadas de manera inmediata por el magistrado que ejerza el control de garantías y comprenderán entre otras la suspensión del poder dispositivo, el embargo y el secuestro de los bienes, de dinero en depósito en el sistema financiero, de títulos valores, y de los rendimientos de los anteriores, lo mismo que la orden de no pagarlos cuando fuere imposible su aprehensión física”. (Subraya fuera del texto).

En el proceso penal reglado por la Ley 906 de 2004, la suspensión del poder dispositivo está consagrada como medida jurídica que opera sobre los bienes susceptibles de comiso, como lo son los bienes o recursos producto directo o indirecto de un delito doloso, bienes o recursos que han sido utilizados o estén destinados a ser utilizados como medio o instrumento en la comisión de un delito doloso, o que sean el objeto material del mismo (artículo 83).

Ahora bien, la finalidad del comiso no es otra que los bienes queden en poder del Estado o sean objeto de destrucción, según lo señala el inciso 4°, artículo 82, Ley 906 de 2004. No es claro entonces que la medida cumpla con los fines de garantía respecto de la reparación a las víctimas, a menos que se atienda a la finalidad de la Ley 975 de 2005, en consonancia con la reglamentación de la figura del comiso, por lo que esta medida sería aplicable a bienes ofrecidos o entregados por los postulados, siempre que exista una relación con la comisión de los delitos investigados en la jurisdicción especial de Justicia y Paz.

De esta manera, y acorde con lo dispuesto en el decreto reglamentario citado, se tienen como medidas cautelares reales: el embargo, el secuestro y la suspensión del poder dispositivo.

Efectividad de las medidas cautelares y administración de los bienes

Un aspecto directamente relacionado con las medidas cautelares sobre bienes es el papel que hasta el momento ha jugado la oficina de Acción

Social en relación con el cuidado y protección de los bienes entregados por los postulados en las respectivas diligencias de versión libre y, aún, respecto de aquellos que han sido cobijados por el embargo y secuestro de los mismos.

El caso específico puesto de presente se refiere a la finca La Moneda, ubicada en la región de Tarazá (Antioquia), entregada por el postulado Ramiro Vanoy Murillo, y en cuyo lugar, según información publicada los días 5 y 7 de abril de 2009 por el periódico El Tiempo, seguían operando grupos criminales, reiterando acontecimientos que desde el mes de mayo del año anterior se anunciaban, tras la muerte en dicha finca del presunto narcotraficante Víctor Manuel Mejía Múnera.

Todo lo anterior ha sido debidamente documentado por el Procurador 140 Judicial II que interviene en la causa 2006-80018, en cabeza del despacho 15 de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, el cual ha requerido en forma permanente a la oficina de Acción Social, de modo infructuoso.

El 15 de agosto de 2008, se adoptó medida cautelar sobre tal bien, instando el magistrado de control de garantías a la oficina de Acción Social a cumplir con sus funciones, sin que se haya recibido comunicación conocida por parte del Ministerio Público sobre una respuesta al respecto.

En el mismo sentido, vale la pena traer a colación lo manifestado por el postulado Salvatore Mancuso, quien en continuación de versión libre realizada el 24 de febrero de 2009, en Washington D.C., manifestó su intención de entregar los bienes directamente a la administración de justicia norteamericana, dado el descuido y abandono en que se hallan los bienes entregados a la oficina de Acción Social.

Lo anterior denota la necesidad de que la Procuraduría emprenda tareas de control ante las oficinas de Acción Social, tendientes a verificar los trámites que allí se realizan con el fin de vigilar y administrar los bienes entregados por los postulados y la efectiva destinación que se está haciendo de los mismos, como un mecanismo preventivo en favor de las víctimas, quienes son las verdaderas destinatarias de la reparación.



4. LA FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN EN EL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ

Compilación de Mauricio Amaya Martínezclark, Procurador 46 Judicial Penal de Barranquilla

4.1 Presentación del tema

Imputar significa hacer responsable, atribuir, inculpar, incriminar, señalar, tildar, estampillar, cargar o culpar. En derecho penal, implica atribuir, inculpar, hacer responsable a una persona de la realización de un delito. Específicamente en el ámbito del derecho procesal penal, imputar tiene dos implicaciones³⁵:

“Material. Es cualquier acto procesal en el que se le atribuye a una persona la realización de un delito. Buenos ejemplos son una denuncia o una sentencia condenatoria. También lo son, en la Ley 600 de 2000 la indagatoria y la resolución de acusación, entre otros; en la Ley 906 de 2004 la imputación que hace la Fiscalía en la “audiencia de formulación de Imputación” o en el escrito de acusación.

Formal. Es el acto procesal que el legislador ha denominado así, cuyo contenido material sigue siendo el de atribuirle a una persona la realización de un delito, pero que procesalmente tiene una finalidad esencialmente comunicativa de esa atribución delictual.”

De tal manera, la imputación es el acto procesal específico mediante el cual el ente acusador del Estado le comunica a una persona, de manera formal o solemne, por una parte, que lo considera autor o partícipe de la realización de unos determinados hechos relevantes para el derecho penal y, por la otra, que a partir de ese momento se le activan determinados e importantes derechos procesales.

En Colombia, por expreso mandato constitucional impera el principio del debido proceso, por tanto, cuando el Estado pretende imputarle válidamente a una persona la realización de un delito, necesariamente debe hacerlo, en primer lugar, por vía de un proceso penal, y, en segundo

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 23 de julio de 2008, M.P. Alfredo Gómez Quintero. Radicado 30120.

lugar, informándole de esa pretensión a efectos de que pueda ejercer su derecho de defensa.

Las imputaciones penales que se hagan respecto de los miembros de los grupos armados desmovilizados no son y no pueden ser la excepción al anterior postulado. Por ello, el Estado colombiano consciente de las dimensiones del conflicto interno a que estaba sometido el país, emprendió un proceso de pacificación concertada, garante de los derechos de todas las partes (activas y pasivas) del conflicto –comenzando por las víctimas, pero sin avasallar los derechos de los victimarios– y respetuoso de los compromisos internacionales del Estado en materia de derechos humanos en los cuales imperan los cometidos de verdad, justicia y reparación.

Lograr esos estándares, requirió el diseño e implementación de mecanismos jurídicos que garantizaran plenamente los derechos que tienen, tanto las víctimas como la sociedad, a conocer la verdad, a sancionar a los delincuentes y a recibir reparación. En segundo lugar, que sean lo suficientemente flexibles frente al derecho procesal como para estimular el voluntario sometimiento a la legalidad por parte de los perpetradores quienes, con absoluto desconocimiento de la institucionalidad, imponían sus propias normas dentro de un Estado impotente para someterlos. En tercer lugar, que posean la suficiente rigidez normativa como para garantizar verdaderos reproches sociales y efectivas sanciones penales para los perpetradores, a efectos de no caer en la impunidad.

Tamaño reto se asumió con la expedición de la Ley 975 de 2005, el cual fue decantado por la Corte Constitucional al examinar su exequibilidad, creando así un sistema de justicia transicional compuesto por normas sustantivas y normas procesales. Es claro entonces, que en la Ley de Justicia y Paz se incluyó la regulación de un proceso penal especial, con jurisdicción propia, pero ceñido a los mandatos constitucionales del debido proceso ya anunciados.

Dentro de este contexto, al igual que en los demás diseños procesales penales existentes en Colombia³⁶, el procedimiento penal especial con-

³⁶ Ley 600 de 2000, Ley 906 de 2004, Ley 1098 de 2006 sistema de responsabilidad penal para menores, Leyes 522 de 1999 y 1058 de 2006 Código Penal Militar.



templado en la Ley 975 de 2005 estableció la audiencia de formulación de imputación, la que se identifica con el acto procesal a través del cual el Estado, por vía de su órgano de persecución penal, le debe atribuir y dar a conocer al procesado, a su defensor, a las víctimas, al Ministerio Público y a la ciudadanía en general, el o los delitos –incluyendo la descripción de sus elementos fácticos y jurídicos– respecto de los cuales realizará la investigación de responsabilidad y, de ser posible, la consecuente sanción penal.

4.2 Fundamento normativo

La regulación prevista por la Ley 975 de 2005, a pesar de ser propia y particular, no es absoluta en la medida en que no agota la totalidad de alternativas u opciones de acción a las cuales se pueden ver avocados los protagonistas y partícipes del acto procesal regulado y, además, los vacíos que puedan presentarse deben ser llenados con las normas de la Ley 906 de 2004, por expreso mandato de complementariedad o integrador previsto en el artículo 62 de la Ley de Justicia y Paz³⁷.

Esas circunstancias –regulación propia y particular, ausencia de regulación completa y la integración a normas de la Ley 906 de 2004– unidas al carácter y fin especial de la Ley 975, justifican con creces los debates y alternativas de interpretación que se narran en el presente capítulo.

La norma integradora del artículo 62 de la Ley 975 de 2005, permeabiliza todo el proceso judicial penal previsto en ese compendio y, por ende, las reglas señaladas en la Ley 906 de 2004 respecto del fenómeno de la unidad de proceso y de sus excepciones, le son aplicables al proceso judicial de Justicia y Paz.

Quiere decir lo anterior que, acorde con los mandatos de los artículos 2 de la Ley 975 de 2005, y 50 de la Ley 906 de 2004, a cada persona vinculada a un grupo armado organizado al margen de la ley que haya sido autor o partícipe de delitos cometidos durante y con ocasión de la

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 8 de junio de 2007, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Radicado 27484.

pertenencia a esos grupos y decida desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional, debe tramitársele un solo proceso penal que cobije todos esos delitos.

Las normas que regulan el acto procesal de la imputación son las siguientes: artículo 17 de la Ley 975 de 2005 sobre versión libre y confesión, reglamentado por el Decreto Nacional 2898 de 2006; el artículo 18 de la mencionada Ley de Justicia y Paz que establece el trámite para la audiencia de formulación de imputación; el artículo 5 del Decreto 4760 de 2006 cuyo parágrafo establece la necesidad de concurrir ante el magistrado de control de garantías para formular imputación e imponer medida de aseguramiento, cuando dentro de la versión se confiese un hecho punible de competencia de la justicia especializada, para el efecto se suspende la versión libre y se reanuda después de la actuación ante el magistrado y finalmente el artículo 9 del Decreto 3391 de 2006 sobre confesión completa y veraz.

4.3 Formas de imputación

En cuanto a las formas de imputación, la práctica judicial de Justicia y Paz ha revelado que el debate ha sido el relativo a la integralidad o la parcialidad de las imputaciones. Por ello, en los trámites de Justicia y Paz se ha debatido la posibilidad de presentar dos tipos de imputaciones. Son ellas las completas o totales y las parciales, que a su vez se dividen en dos: la prevista en el parágrafo del artículo 5 del Decreto 4760 del 2005, es decir, la parcial de expresa consagración legal especial y las parciales desarrolladas por la jurisprudencia.

Imputaciones completas o totales

Como ya se dijo, en la Ley 975 de 2005 no se determina de manera expresa si la imputación es total o parcial, pero una de sus normas reglamentarias estableció un caso específico en el que reguló una imputación parcial, esto es la prevista en el parágrafo del artículo 5 del Decreto 4760 de 2005.

De conformidad con lo anterior, resulta fácil inferir que la regla en el proceso de Justicia y Paz es la imputación total o completa, es decir, la



que abarca todos los delitos cometidos por el procesado durante y con ocasión de su militancia en el grupo armado al margen de la ley, y la parcial, es la excepción.

Además la Ley 975 de 2005 no contempla el fenómeno de la unidad de proceso y al regular una excepción a ella, necesariamente está reconociendo la existencia de un vacío legislativo que debe ser llenado, por virtud de la norma remisoría del artículo 62, con las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal en las cuales se regula ese fenómeno. En efecto, el artículo 50 de la Ley 906 de 2004, en su inciso primero, dispone que, salvo las excepciones legales y constitucionales, por cada delito debe adelantarse un solo proceso penal y, el inciso segundo preceptúa una excepción a esa regla, según la cual los delitos conexos deben investigarse y juzgarse conjuntamente.

Como quiera que el artículo 2 de la Ley 975 de 2005 determina que el objeto de la ley es regular lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional, resulta fácil inferir que, con esta norma se está aludiendo a un factor de cohesión o conexidad entre los delitos y, por tanto, que ese factor de cohesión se erige, a la luz del anotado inciso segundo del artículo 50 de la Ley 906 de 2004, en un factor de conexidad que determina la unidad de investigación y juzgamiento de todos los delitos cometidos por el desmovilizado durante y con ocasión de su permanencia en el grupo armado al margen de la ley al cual pertenecía.

Hasta diciembre de 2008, se ha considerado que no se ha realizado imputación total alguna, sin embargo, frente al caso de Wilson Salazar Carrascal podemos entender que la imputación realizada por la Fiscalía comprendía todos los hechos confesados y que habían sido materia de investigación, pero, por olvido del fiscal no se incluyó el delito de concierto para delinquir. Y, además de ello, ya en sede de formulación y aceptación de cargos, la Sala Penal de la Corte Suprema consideró que resultaba imposible entender que en todos los años de militancia del postulado tan sólo cometiera el número ínfimo de delitos por los que se

estaba procediendo, por esta razón se reconocía que la imputación era parcial, más no porque así hubiese procedido la Fiscalía.

Imputaciones parciales

Frente a esta figura se conocen dos clases, la imputación parcial del parágrafo, artículo 5, Decreto 4760 de 2005, y las imputaciones parciales desarrolladas jurisprudencialmente a partir del fallo de mayo 28 de 2008, radicación 29560.

Imputación parcial del parágrafo del artículo 5º, decreto 4760 de 2005

En la Ley 975 de 2005 no se hace alusión expresa al concepto de imputación completa o de imputación parcial. No obstante lo anterior, por virtud del parágrafo del artículo 5 del Decreto 4760 de 2005 se autoriza la realización de dos audiencias de imputación diferentes en el mismo proceso y al mismo procesado.

Lo anterior en la medida en que dispone, por una parte, una primera e inmediata audiencia de formulación de imputación con miras a lograr la detención intramural del postulado que, encontrándose en libertad, confiese delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializado, y por la otra, autoriza una segunda diligencia preliminar en la que se amplía la formulación de imputación cuando ya se ha agotado la versión libre y el programa metodológico.

Entonces, aparte de que se trate de un desmovilizado versionado, los requisitos de aplicación de la figura son:

- a. Que el postulado, al momento de rendir versión, no se encuentre afectado con ninguna medida que limite su libertad, es decir, debe encontrarse libre de condena o medida de aseguramiento.
- b. Que en la versión confiese delitos de competencia de los jueces de circuito especializado.

A su turno, en la aplicación de la figura, el fiscal inmediatamente suspende la diligencia de versión libre, ordena la privación de la libertad



del confeso postulado versionado, determina que esa privación de la libertad se produzca en un establecimiento carcelario. Así mismo, pone al capturado a disposición del magistrado de control de garantías y le solicita a éste la realización de una audiencia, que se adelantará dentro de las 36 horas siguientes. En esta audiencia, se deben realizar dos actos: formulación parcial de imputación e imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Lo anterior significa que, por algunas horas y por la especial situación descrita, el fiscal está autorizado para ordenar la reclusión del postulado sin que medie autorización del juez garante, y a la vez impone limitante al fiscal, pues sólo podrá reanudar la versión cuando el magistrado se pronuncie acerca de la medida solicitada, aspecto que constituye garantía para el postulado.

Imputaciones parciales desarrolladas por la jurisprudencia

Frente a estas imputaciones parciales desarrolladas por la jurisprudencia han surgido esencialmente dos problemas procesales, el primero relativo a las razones que las viabilizan y, el segundo, referido a las implicaciones que generan frente a los actos procesales subsiguientes.

Con respecto al primero, la posición del Ministerio Público ha sido recurrente al reclamar la estricta aplicación del artículo 27³⁸ de la Ley 906 de 2004, exigiendo que se explique y justifique muy claramente las razones por las cuales en ese caso en particular la imputación parcial es necesaria, pues se pretende evitar la trivialización de las razones por las cuales no se realizan imputaciones totales.

Adicionalmente, existía el consenso sobre la necesidad de formulaciones parciales de imputación frente a postulados que se habían desempeñado como comandantes, a quienes los punibles por imputar sobrepasarían la capacidad investigativa de la Fiscalía, no así frente a los postulados subordinados o patrulleros rasos.

³⁸ Esta norma dispone lo siguiente: “En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia”.

En cuanto a la segunda dificultad procesal, hasta diciembre de 2008, salvo el caso de Wilson Salazar Carrascal alias “El Loro”³⁹, aún no se había producido ninguna audiencia de formulación de cargos, y por tanto, no se había abordado plenamente el problema de la parcialidad en las formulaciones de cargos o la atinente a actos procesales posteriores. No obstante, el procurador que intervino en la segunda instancia de la audiencia de control de legalidad de la aceptación de cargos de Salazar Carrascal, abordó el tema, tal como se explica en otro capítulo.

La experiencia de la parcialidad de las imputaciones surgió plenamente en el mes de junio de 2008, cuando a petición de la Fiscalía 3ª de Justicia y Paz, se inició la diligencia en la que, se pretendía desarrollar audiencia de imputación total al postulado Omar Enrique Martínez Osías, alias Maicol, miembro del Bloque Norte.

Esta diligencia se frustró pues cuando la Fiscalía se disponía a iniciar su intervención, el defensor del postulado manifestó que su patrocinado había recordado nuevos hechos no mencionados en la versión. Tal manifestación, a petición de la magistrada de control de garantías, fue ampliada por el postulado quien expresó que recordó hechos de los que resultaron víctimas siete personas, ocurridos cuando militó al sur de Bolívar y en Monte Rubio - La Trocha (Magdalena).

En razón de lo anterior, la Magistratura consideró prudente, sano y procedente para el esclarecimiento de la verdad suspender la realización de la audiencia para que se ampliara la versión, por una sola vez. Al mismo tiempo conminó al postulado a que en tal ampliación suministrara la totalidad de la información de la que tuviera conocimiento, pues podría perder los beneficios al no referir toda la verdad, y conminó también a la Fiscalía para que entregara al postulado el listado de las víctimas de desplazamiento.

Contra la decisión, la Fiscalía y el Ministerio Público interpusieron recurso de reposición y, en subsidio, de apelación. El Ministerio Público

³⁹ Recordemos que a raíz de recurso de apelación interpuesto por la Procuraduría en torno a la nulidad por la formulación parcial de cargos en este asunto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia adoptó una decisión modulada y con efectos ínter partes. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 28 de mayo de 2008, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. Radicado 29560.



centró su argumentación en los artículos 17, 18 y 19 de Ley 975 de 2005, por cuanto la facultad de verificación e investigación de la Fiscalía no había concluido. Se adicionó que, la suspensión de la diligencia afectaría los derechos de las víctimas de hechos ya reconocidos, quienes esperan resultados, cuyas expectativas y credibilidad en el proceso se verían afectadas con maniobras dilatorias.

En contraste, los abogados de las víctimas, la mayoría de la Defensoría Pública, se mostraron conformes con la decisión por cuanto la versión no fue completa y por ende no veraz, acorde con el condicionamiento de la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006, dado que los desplazamientos no fueron puestos de presente al postulado. Otros afirmaron que sus preguntas no fueron formuladas y por ello se opusieron a la realización de la diligencia. La Magistratura mantuvo su decisión argumentando que no se podrían formular cargos por hechos no incluidos en la imputación porque vulneraría los derechos del postulado, considerando que lo sano era permitirle al postulado que ampliara su versión.

Otorgado el recurso fue tramitado ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, actuación en la que el Ministerio Público estuvo representado por la Procuraduría Judicial de Justicia y Paz de Bogotá D.C. En la audiencia de sustentación del recurso de apelación el Procurador Judicial hizo mención a las cifras publicadas en los números 61 y 62 de la revista Huellas de la Fiscalía General de la Nación, para dar cuenta de la magnitud del proceso de Justicia y Paz, esto es, la existencia de 126.302 personas registradas en calidad de víctimas, 3.257 postulados, 4.679 delitos enunciados para confesión y 1.152 delitos confesados.

En cuanto a la determinación de la magistrada de control de garantías de Barranquilla, el Ministerio Público alegó que la suspensión que se decretó no debió darse, porque lo procedente hubiese sido agotar la diligencia convocada y permitir por lo menos la presentación de la imputación por la Fiscalía. Impedir tal situación indicaba la procedencia del recurso por tratarse de una determinación de fondo y no de trámite, porque debía entenderse rechazada la presentación de la imputación.

El Procurador Judicial estimó razonable la necesidad de dinamizar el proceso de Justicia y Paz, pues del avance en la versión libre del

postulado se observaba que se habían confesado los delitos por los cuales se formularía la imputación, lo que implicaba la oportunidad de permitir su realización. Además, las nuevas situaciones podrían ser analizadas, ponderadas y de ser razonables, proceder por ello a hacer imputaciones, incluso por ejes temáticos si resultaba recomendable, conforme con la dinámica en que las confesiones se fuesen dando, pues el avance del proceso constituye la garantía para que en forma metodológica se construya la verdad y se repare a las víctimas.

Como complemento a esta postura, se hizo mención al contenido del artículo 23 de la Ley 975 de 2005, en cuanto a que en el incidente de reparación integral se da la oportunidad para discutir sobre la reparación de las víctimas, es decir alegar su legitimidad, presentar las pretensiones y obtener la reparación, incluso poder conciliar con el imputado sobre los daños causados con el delito, significando que en tal fase del proceso se da un referente que permite afirmar que allí las víctimas reclaman dentro del contexto de sus intereses particulares, sin desconocer por eso la reparación colectiva, pues la misma tiene cabida en la actuación procesal.

Además, se haría conforme a la propia estructura básica del proceso penal de Justicia y Paz, evitándose la presentación de incidentes atípicos, por fuera del contexto del proceso, como viene ocurriendo y sin que a esa fecha haya prosperado alguno. Esto para concluir que dentro de la actuación el incidente constituye un acto procesal que responde a los intereses particulares de las víctimas, razón para pensar que las imputaciones, cuando sea necesario, por ejes temáticos o por situaciones de relevancia, es posible efectuarlas sin que se haya agotado integralmente la versión libre.

Para el efecto, se consideró procedente acudir a los principios de proporcionalidad y ponderación para acabar con la rigidez del ordenamiento aplicable a los casos de Justicia y Paz, pues en la medida en que el proceso se desarrolle de forma sólida y sin dilación es completamente posible garantizar la realización o efectivización de los derechos de las víctimas, quienes durante un largo tiempo vienen reclamando por sus derechos, sobre todo en aquellos casos donde los postulados han confesado la comisión de masacres, reclutamiento de menores, muertes selectivas o limpieza social. En su contexto, cada una de estas situaciones merece una solución oportuna frente a la verdad y la reparación.



En cuanto a la condena, se preguntó si debe presentarse la imposición de una sentencia única, o si era posible, de acuerdo al desarrollo de la actuación en sus distintas fases, el proferimiento de más de una sentencia.

Para la solución se plantearon dos situaciones en particular: la primera, consistente en que la actuación podría suspenderse luego de fallar cada uno de los incidentes de reparación, pues en el trámite previsto en el artículo 23 de la Ley 975 de 2005, cada caso en particular tendría su propia solución y decisión, que luego integrarían la sentencia en general, como única sentencia. La segunda, sostener la posibilidad de dictar más de una sentencia sin afectar el debido proceso, en tanto que, por cada una de las conductas, tendría que imponerse la pena de acuerdo con las reglas ordinarias de punibilidad, a su turno la pena alternativa no resulta afectada, dado que su imposición quedaría condicionada al cumplimiento integral de las distintas obligaciones y compromisos que justifican el proceso de Justicia y Paz.

Se consideró que la Fiscalía había establecido unos parámetros para la recepción de la versión libre, para lo cual dispuso que en la primera fase el postulado enunciaría todos los delitos que luego serían objeto de confesión, cuestión que hoy se ha integrado en una sola actividad. En cuanto a la existencia de nuevos hechos por confesar, se debe analizar su excepcionalidad y la finalidad de la versión para impedir que las diligencias sean extremadamente prolongadas, se realicen sin morosidad y responda a las expectativas de los intervinientes.

La Sala de Casación Penal resolvió el recurso mediante providencia de 23 de julio de 2008⁴⁰, revocando la decisión de primera instancia y ordenó a ésta continuar el trámite de la audiencia de imputación, con fundamento en las siguientes razones:

- *“La ampliación de la versión libre del desmovilizado se puede realizar en varias audiencias”.*
- *“Aunque en el caso analizado no se ha dicho, averiguado y esclarecido toda la verdad”, los hechos confesados por el*

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 23 de julio de 2008, M.P. Alfredo Gómez Quintero. Radicado 30120.

desmovilizado permiten hacer una imputación parcial, y con ello no se violan garantías fundamentales.

- *“La formulación de imputación es un acto de comunicación al desmovilizado sobre la existencia de una investigación por unos hechos jurídicamente relevantes que le atañen”.*
- *“La formulación de imputación parcial resulta a todas luces favorable para las víctimas reconocidas de los hechos ya confesados, porque habrá un pronunciamiento rápido sobre verdad y justicia, logrando por esa vía una efectiva reparación sin dilaciones”.*
- *“Esa formulación de imputación parcial tampoco desfavorece a las víctimas no reconocidas, porque la ampliación de versión en escenario separado, además de permitir su identificación y acceso a la actuación en condición de intervinientes, hace posible la plena garantía de los derechos que les asisten”.*
- *“Sólo en el caso de conexidad sustancial de delitos, es decir, básicamente cuando existen varias conductas punibles autónomas que guardan una relación sustancial entre sí, obliga a la investigación conjunta, de modo que jurídicamente tampoco se encuentra impedimento mostrándose en este caso viable la ruptura de la unidad procesal, dada la presencia de una conexidad procesal, pues si bien puede haber identidad de sujeto agente, en muchos casos no habrá comunidad de prueba, así como tampoco unidad de denuncia, pero lo más importante para sostener el mencionado fraccionamiento de la unidad descansa en el respeto de las garantías fundamentales de los intervinientes”.*

“A la Corte le parece obvio que una imputación parcial pueda concluir también en una sentencia parcial y en la imposición de una pena, “que desde luego no cobijaría todos los hechos, pues algunos de ellos investigados y aceptados en la actuación originada en la ruptura de la unidad también comportarían la imposición de otra pena. La solución para efectos de una única sanción la regla el artículo 20 de la Ley 975, bien para acumular esos procesos independientes (de darse tal posibilidad) o -en extremo- para acumular las penas impuestas por separado, acudiéndose a los criterios que sobre la materia regula el código penal”.



A su turno, en noviembre de 2008 se realizó la audiencia de imputación del postulado Edwar Cobos Téllez, alias “Diego Vecino”, comandante del Bloque Héroe de los Montes de María, solicitada por la Fiscalía 11 de Justicia y Paz, quien luego de acreditar las exigencias formales propias de la diligencia, le imputó; además del concierto para delinquir agravado, otras conductas acaecidas en idénticas circunstancias de tiempo y lugar, en concurso heterogéneo y homogéneo, simultáneo y sucesivo, según el caso, en el hecho conocido como la masacre de Mampuján.

Al respecto, la Fiscalía precisó que los hechos ocurrieron el 10 de marzo de 2000, cuando 60 hombres del Bloque Montes de María, acompañados de 90 del Bloque Norte, incursionaron al corregimiento de Mampuján, municipio de María La Baja, departamento de Bolívar, dejando a su paso muerte y dolor.

Con ocasión de esta conducta, el mismo día de la incursión se produjo el desplazamiento de la población de Mampuján, quienes se vieron obligados a dejar sus bienes incluidos animales, cosechas de pan coger, todos los cuales fueron saqueados por los perpetradores. De estos hechos resultaron víctimas más de 600 personas, de las cuales, 338 estaban acreditadas, individualizadas e identificadas por la Fiscalía, a la fecha de la diligencia.

En las mismas circunstancias de tiempo y lugar miembros del Bloque Montes de María retuvieron en contra de su voluntad, amenazados con armas, a siete habitantes de Mampuján, para que les indicaran el camino hacia Yucalito, y a quienes sólo dejaron en libertad al día siguiente, el 11 de marzo de 2000. Los miembros de las AUC tenían instrucciones de llegar a un supuesto campamento de la guerrilla y al no encontrarlo le dieron muerte a once (11) personas, algunas con arma de fuego y otras degolladas.

Como medios de convicción, además de las de acreditación del hecho, la Fiscalía exhibió, entre otras, la confesión de Úber Banquez Martínez quien participó en los mismos de manera directa; la versión de Salvatore Mancuso quien afirmó que en noviembre de 1999 entregó la comandancia del bloque Montes de María a Cobos Téllez; las declaraciones de algunas personas que afirman de la presencia

del postulado en el sitio y momento de la masacre de Mampuján. Igualmente, la confesión del postulado Cobos Téllez en cuanto a que comulgaba con la ideología de las autodefensas, que hacía parte de ellas, compartiendo además sus fines, métodos y objetivos. Señaló que si bien el hecho no fue de suyo confesado, acorde con la Ley 975 de 2005 y la interpretación jurisprudencial al respecto, resulta clara la probabilidad de coautoría.

En el traslado respectivo, el postulado manifestó que no le quedaba clara la figura de la coautoría que se le imputaba, tampoco lo relativo al adoctrinamiento ideológico. Preciso que no estuvo en tiempo y espacio en los hechos denominados Mampuján, agregando que nunca intervino en operación militar alguna.

Por su parte, el defensor técnico del postulado sostuvo que no le habían quedado claros los delitos imputados a su patrocinado, concretamente ni cuántos ni cuáles, por lo que solicitó a la Magistratura que no impartiera legalidad material, pues a pesar de que no cuestiona el concierto para delinquir agravado, sí repara que la Fiscalía señaló más de 6.486 víctimas, cuando para ese delito concreto la víctima es el Estado. Cuestionó igualmente los desplazamientos forzados imputados debido a la ausencia de información sobre la fecha y lugar en los que se produjo el desplazamiento; datos mínimos que se le deben comunicar al postulado y de necesario conocimiento por parte de la Magistratura para pronunciarse en torno a si fueron cometidos durante y con ocasión de la pertenencia y acorde con la zona de injerencia. Por lo tanto, adujo que debieron imputarse por separado, uno a uno, lo que le impidió claridad para su cliente y a él como defensor.

En lo relativo a la inferencia de razonabilidad, expuso que no se señaló el indicio de responsabilidad, que su patrocinado no ha reconocido esos hechos; que su apadrinado se encuadró en la segunda de las hipótesis a que se refiere el artículo 9º del Decreto 3391 de 2006, esto es, sólo narró los hechos de los que tuvo conocimiento durante y con ocasión de la pertenencia al grupo, todo en procura de la reconstrucción de la verdad, memoria histórica y evitar la repetición.

Al referirse al dicho de Salvatore Mancuso, expresó que, sólo ahora en Estados Unidos, por motivos que se desconocen, manifiesta que



entregó la comandancia absoluta del Bloque Montes de María a Édwar Cobos Téllez en el año de 1999, pues antes, en sus versiones rendidas en Colombia, había manifestado que en ese año había entregado la comandancia militar a persona diferente y la representación política de esa facción a quien se conoció con el alias de Diego Vecino.

El Ministerio Público, por su parte, solicitó se impartiera legalidad formal y material, y ante las manifestaciones del postulado y su defensor, precisó que los hechos imputados son conocidos como Masacre de Mampuján, nombre con el que se identificaron en el contexto nacional, pero que en realidad constituyen concurso heterogéneo de conductas punibles. La aclaración resultó procedente dado que el postulado manifestó su duda al respecto, cuando desde el inicio de la diligencia la Fiscalía se refirió al contexto espacio-temporal: 10 de marzo de 2000, en Mampuján, Yucal, Yucalito, Tamarindo, entre otros, hechos conocidos por todos con el nombre de Masacre de Mampuján. Por ello las conductas que le resultan atribuibles al postulado, son en su condición de comandante político del Bloque Héroes Montes de María, por los hechos que realizaron los hombres de ese bloque, tales como homicidios, secuestros, desplazamientos, hurtos.

En torno al cuestionamiento relativo al concierto, la Procuraduría expuso que lógicamente no resulta factible imputar seis mil conciertos, por lo que cuando la Fiscalía se refirió a seis mil víctimas, estaba cumpliendo con uno de los requisitos de la imputación, esto es, señalar cómo fue el accionar del bloque, que daño causó, en qué espacio se movió, en qué tiempo actuó. Se precisó que la conducta fue reconocida por Cobos Téllez y todos los miembros del mismo bloque de auto-defensas que han rendido versión. Adicionalmente, se dijo que en el concierto la víctima no sólo es el Estado, sino también el pueblo, que esencialmente es el afectado.

En lo que respecta a los desplazamientos, el Ministerio Público expuso que la Fiscalía se refirió a los ocurridos con ocasión de la Masacre de Mampuján, por lo que para todos los que asistieron a la diligencia era claro que la imputación fue parcial y sólo relativa a la Masacre de Mampuján.

Se agregó que en ocasiones, en el decurso de la versión, a la Procuraduría le han surgido dudas con relación a las motivaciones del postulado al

acogerse a la Ley 975 de 2005, duda que deviene porque ante la pregunta por hechos concretos, elude responsabilidad, aduciendo que conoció de los mismos a través de terceros y que por ello no puede dar más información, manifestando nuestra preocupación en la reconstrucción de la verdad como obligación principal que tenemos para entregarle verdad y justicia que piden nuestras víctimas.

Se expuso que el postulado ha manifestado en las versiones que hace esfuerzos para dar a conocer hechos en los que no participó directamente, pero en esas mismas versiones ha sostenido que la consolidación política a su cargo sólo podía ejecutarse cuando se había agotado la consolidación militar; que cuando él se enteraba de la forma como se ejecutaba la consolidación militar, previa a la consolidación política, sentía dolor y tristeza, y por ello pedía perdón.

Señalamos nuestra discrepancia con la defensa cuando expuso que la Fiscalía no había efectuado una adecuada inferencia de autoría o participación, aseveración que fundamos en la claridad que al respecto hizo la señora fiscal, basada en las continuas manifestaciones del postulado en torno a que aceptaba la responsabilidad política y jurídica que le atribuyera el Tribunal de Justicia y Paz, a lo cual sumamos lo dicho por el postulado descrito en precedencia. La Magistratura impartió legalidad a la imputación.

De otra parte, varias fueron las experiencias de los procuradores judiciales que han intervenido en audiencias de imputación ante magistrados de control de garantías de Medellín, donde existen posiciones distanciadas entre los dos operadores que ejercen esa función, e incluso entre los mismos procuradores que han asistido a las diferentes diligencias.

A título de ejemplo se citan las audiencias solicitadas para imputar a los postulados Parmenio de Jesús Usme García y Freddy Rendón Herrera, en las cuales el magistrado ha improbadado las imputaciones por ser parciales, no obstante la decisión adoptada por la Sala de Casación Penal de la Corte el 23 de julio de 2008, en el procedimiento seguido en contra de Omar Enrique Martínez Ossías.

La solución del problema jurídico que se analiza se traslada al escenario del contenido del artículo 27 de la Ley 906 de 2004 aplicable a la legislación de Justicia y Paz por remisión expresa del artículo 62 de la



Ley 975 de 2005, norma que señala que en desarrollo de la investigación y el proceso penal la función judicial está regida por los criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección, a partir de los cuales el juez debe modular los contornos del desenvolvimiento procesal.

Existe ciertamente la necesidad de la reivindicación de los derechos de las víctimas, que no puede quedar suspendida en el tiempo a la espera de que el desmovilizado termine la ejecución de su condena, para que se inicie la dialéctica gobernada por la Ley 975 de 2005, lo que podría retrasar severamente la dinámica del proceso, de suerte que la verdadera garantía de los derechos de las víctimas implica una actividad procesal ágil y eficaz por parte del Estado, paralela a otros procesos judiciales que por delitos extraños al conflicto armado se adelantan contra el desmovilizado, o de manera simultánea con la ejecución de la pena impuesta con ocasión de tales punibles, y en las mismas condiciones que se surte el proceso contra el desmovilizado prototipo, con las limitaciones propias que la situación impone.

Los procuradores judiciales de Medellín en el transcurso de las audiencias han propugnado por la aprobación de la imputación parcial con base en los siguientes planteamientos: (i) porque este tipo de investigaciones son bastantes dispendiosas y traumáticas para verificar; (ii) por las condiciones en que se realizaron dichos hechos y por el gran número de conductas confesadas; (iii) porque no permitirse las imputaciones es ir en contra del principio de celeridad pues no habrá decisiones prontas del operador jurídico, y (iv) porque negarse a este tipo de imputaciones conllevaría una vulneración del derecho de las víctimas a la reparación, ya que se frustraría la posibilidad de adelantar el proceso respecto de hechos sobre los que ya existe claridad.

Ahora bien, no sólo desde los derechos de las víctimas existen argumentos que sustentan la viabilidad de las imputaciones parciales, ya que no permitir las significa una violación del debido proceso, pues con la imputación el postulado adquiere su derecho de defensa material que supone, entre otras garantías, el derecho a comparecer personalmente al proceso, a enfrentar los cargos que pesan en su contra, haciendo el propio relato de los hechos, suministrando las explicaciones o justificaciones que considere pertinentes. De este modo, si se admiten, se privilegian estos derechos, de acuerdo con la interpretación de

estándares internacionales que ha hecho la Sala Penal de la Corte, en materia de justicia, verdad y reparación previstos en tratados y convenios internacionales, algunos principios y normas del derecho internacional humanitario, principios generales del derecho y los pronunciamientos de órganos internacionales como son los principios de la lucha contra la impunidad llamados “Principios de Joinet”.

No obstante lo anterior, también debe mencionarse que algunos agentes del Ministerio Público, que han expuesto su desacuerdo con las imputaciones parciales se basan en consideraciones, así mismo respetables, ya que para ellos, esta clase de imputaciones implicarían una desnaturalización del proceso, convirtiéndolo en miles de procesos con el agravante que la pena alternativa sólo podrá imponerse cuando prosperen todas la investigaciones parciales o paralelas que deban adelantarse.

De conformidad con lo anterior, es válido afirmar que es necesario continuar con el ejercicio de decantar cada una de las posiciones diferenciales y llegar a la unidad de criterio institucional, máxime en el marco de un proceso de justicia transicional que apenas inicia su aplicación en nuestro país, y cuya consolidación depende, en gran parte, de la capacidad de intérpretes y operadores jurídicos para traducir en decisiones concretas los estándares legales y jurisprudenciales.

4.4 Contenido de la formulación de imputación

Conforme el diseño legislativo, la Fiscalía debe agotar una serie de requisitos para imputar las conductas punibles, los que, en materia de Justicia y Paz se precisan así:

Verificación de requisitos de elegibilidad

Esos requisitos aparecen recogidos, según el caso, en los artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005:

- Que el grupo se haya desmovilizado y desmantelado en cumplimiento del acuerdo nacional; suscripción de compromiso con el Gobierno.
- Entrega de armas.



- Relación de los bienes y recursos afectados con fines de reparación, y de los entregados por la organización en el acto de desmovilización.
- Que el grupo ponga a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la totalidad de menores de edad reclutados.
- Cesación actividades ilícitas.
- Liberación de secuestrados e información de desaparecidos y fosas comunes.

Individualización del grupo armado

Génesis, estructura y georeferenciación. Identificación y descripción del grupo armado al margen de la ley o de la parte significativa del bloque o frente en que se desmovilizó, cuándo y dónde se desmovilizó para contribuir decisivamente en la reconciliación nacional. (Artículo 1° inciso segundo y artículo 2° inciso primero, Ley 975).

Individualización del imputado

Identificación, pertenencia al grupo y lugar que ocupaba en la estructura. En esencia debe contener:

- Nombre, los datos que sirven para identificarlo.
- Domicilio.
- Fecha de ingreso al grupo armado al margen de la ley.
- Zonas, regiones o localidades donde operó.
- Funciones que desempeñó.
- Quiénes fueron sus superiores y quiénes sus subalternos.

Imputaciones fácticas

- Relación clara y sucinta de cada uno de los hechos jurídicamente relevantes, vigilando que las imputaciones comprendan, fácticamente, las conductas conexas, las circunstancias que rodearon el hecho, agravantes específicos y circunstancias de mayor punibilidad.
- Indicación de las razones de la comisión delictiva.
- Explicación clara del por qué se reputan cometidos durante y con ocasión de la militancia en el grupo armado al margen de la ley. (Artículo 2, Ley 975).
- Si se trató de hechos sistemáticos, generalizados, o si se trató de hechos ocurridos en combate.

- Precisión de la(s) víctima(s) directa(s) e indirecta(s) del hecho imputado.
- Información suministrada por la víctima acerca de la ocurrencia del hecho.

Inferencia razonada de autoría o participación

Relación, exhibición y análisis de los medios de convicción que permitan inferir razonadamente, por una parte, que los hechos imputados le resultan atribuibles al desmovilizado como autor o partícipe, y por la otra, que ocurrieron durante y con ocasión de su militancia al grupo armado organizado al margen de la ley.

Imputación jurídica

En Colombia, en razón del principio de legalidad, toda imputación penal debe tener un contenido material (hechos) y un contenido jurídico (análisis de tipicidad). En la aplicación de la Ley 975 de 2005, esa dualidad se mantiene. Por tanto, al realizar la imputación en la audiencia respectiva, la Fiscalía también debe efectuar la imputación jurídica mediante adecuación de los hechos al tipo penal respectivo. Por ello, se habla de relevancia para el derecho penal de los hechos fácticamente imputados.

Al abordar el tema de la relevancia jurídica, se destaca la necesidad de realizar el proceso de adecuación típica de esos hechos vistos desde la perspectiva de una conducta humana reprimida por la ley penal, teniendo en cuenta que esa adecuación típica tiene el carácter de provisional, en la medida en que se realiza en el acto procesal inicial de comunicación de la pretensión penal.

A su turno, ese proceso de adecuación típica, en esta oportunidad, no exige el examen y subsunción de los hechos en cada uno de los elementos del tipo. Basta el señalamiento del tipo penal respectivo, en la medida en que tal exigencia corresponde a etapas procesales posteriores. En todas las imputaciones evacuadas hasta diciembre de 2008 se ha realizado el proceso de adecuación aún cuando el debate, respecto de la validez de esa adecuación, se ha diferido para la formulación de cargos. La intervención de la Procuraduría, en este punto, ha resultado relevante por cuanto presenta observaciones con miras a la formulación de cargos.



5. FORMULACIÓN DE CARGOS

Compilación de Tulio Mario Uribe Botero, Procurador 128 Judicial Penal II de Medellín

5.1 Presentación del tema

La audiencia de formulación de cargos es una de las más importantes fases dentro del esquema de la Ley 975 de 2005. En ella se concreta el principio procesal especial del esclarecimiento de la verdad que consagra el artículo 15 de la Ley de Justicia y Paz, esencialmente en su inciso 1° según el cual “[D]entro del procedimiento que establece la presente ley los servidores públicos dispondrán lo necesario para que se asegure el esclarecimiento de la verdad sobre los hechos objeto de investigación y se garantice la defensa de los procesados”; por cuanto en esta etapa ya se han agotado los actos de verificación e investigación, que nutrirán el proceso de decantación de la verdad que debe desarrollar el aparato jurisdiccional.

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

Sobre este particular, los dos primeros incisos del artículo 19 de la Ley 975 señalan:

“Aceptación de cargos. En la audiencia de formulación de cargos, el imputado podrá aceptar los presentados por la Fiscalía, como consecuencia de la versión libre o de las investigaciones en curso al momento de la individualización.

Para su validez tendrá que hacerlo de manera libre, voluntaria, espontánea y asistido por su defensor”.

De acuerdo con lo expresado por la Corte Suprema, “[E]l escrito de formulación de cargos y el acto procesal de aceptación total o parcial de cargos, conforman la acusación, la que se remite a la Secretaría de

*la Sala del tribunal Superior de Distrito Judicial competente para el conocimiento del juzgamiento, según el mismo artículo 19*⁴¹.

En sentido análogo, sostuvo la Corte Suprema de Justicia que: “[P]osteriormente, sobreviene una tercera fase de verificación en torno a las imputaciones formuladas, a cargo del Fiscal, con la colaboración de Policía judicial (artículo 18, inc. 3°), a cuyo vencimiento solicitará al magistrado de Control de Garantías la realización de la diligencia de formulación de cargos, en la que se requerirá al procesado sobre su aceptación (artículo 19, inc. 1°)”⁴². (Subraya fuera del texto)

Adicionalmente, la formulación de cargos resulta ser elemento esencial para el desarrollo del principio de congruencia, que se predica de los hechos que hayan sido imputados y los delitos por los que se hizo la formulación de cargos y fueron aceptados, frente a los hechos y conductas por los cuales se proferirá sentencia.

5.2 Fundamento normativo

En primer lugar, el artículo 250.4 constitucional, por el que se establece el deber de la Fiscalía General de la Nación respecto de la persecución de las conductas punibles, su investigación y acusación.

A nivel legal, el artículo 19 de la Ley 975 de 2005, citado anteriormente y el artículo 6 del Decreto 4760 de 2005, que establece los términos de investigación y de formulación de cargos. De conformidad con el artículo 62 de la Ley 975 de 2005, se tiene en cuenta la preceptiva de la Ley 906 de 2004 sobre el escrito de acusación⁴³ y sobre el desarrollo de la audiencia de acusación⁴⁴.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 8 de junio de 2007. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Radicado No. 27484. Esta providencia versa sobre el caso de Wilson Salazar Carrascal.

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 23 de agosto de 2007, M.P. María del Rosario González de Lemos. Radicado No. 28040. Esta providencia versa sobre el caso de Salvatore Mancuso Gómez.

⁴³ Artículo 336.

⁴⁴ Artículo 338.



5.3 Contenido y definición

Acusación: acto complejo (Leyes 906 de 2004 y 975 de 2005)

Este planteamiento lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia, el 8 de junio de 2007, cuando aseveró:

“[S]in duda, que en el contexto de la Ley de Justicia y Paz, no obstante el presupuesto de consensualidad, la acusación, como ya se expuso, está constituida por la formulación de cargos y el acto de aceptación.

La remisión al postulado constitucional es importante para precisar que el principio acusatorio está referido a la existencia de una acusación, respecto de la cual se afirma la congruencia con la decisión judicial.

La delimitación del objeto del proceso se ciñe al acto de acusación, el que, constitucionalmente, es un acto de impulso procesal escrito, desde el cual se procura la declaratoria de responsabilidad penal por parte de la judicatura.

Se recuerda lo anterior para indicar que si bien la Ley de Justicia y Paz no alude a formas específicas para la formulación de cargos, si supone, por remisión legal a la Ley 906 de 2004, y por virtud del mandato constitucional -artículo 250-, una valoración jurídica que supera el umbral de la imputación fáctica de la audiencia de imputación, para arribar al reclamo de una forma escritural.

En punto del ingrediente valorativo o jurídico, no solo interesa la valoración del presupuesto de tipicidad estricta de los delitos atribuidos en la formulación de cargos, sino que tratándose de unas entidades delictivas cometidas por el desmovilizado, pero en su condición de militante de una organización armada ilegal, se precisa que las categorías de atribución subjetiva sean aprensibles por aquel de tal suerte que discierna y descifre las inferencias que la Fiscalía edifica para

concluir su autoría y participación y de cara a esa comprensión, pueda admitir o no los cargos.

*La Acusación así entendida y dimensionada debe superar el acto de comunicación anterior y delimitar el objeto del proceso en orden a la congruencia con la sentencia*⁴⁵. *(Subraya fuera del texto).*

Presentación del escrito de acusación

Requisitos formales

El escrito de acusación debe contener, como mínimo, en primer lugar, una relación clara y sucinta de los daños causados por la organización delictiva -individuales y colectivos-, circunscritos a los cometidos dentro del marco espacio temporal -épocas, áreas, zonas, localidades o regiones- de influencia del imputado.

En segundo lugar, la identificación puntual de cada una de las víctimas directas e indirectas de cada uno de los hechos imputados y de su representación legal.

Así mismo, debe contar con una relación de los bienes y recursos afectados con fines de reparación, entregados tanto por la organización en el acto de desmovilización como por el postulado, tanto los de procedencia lícita como los ilícitos.

Por otra parte, es necesaria la individualización del grupo armado en cuanto a génesis, estructura y georeferenciación. Esto incluye la identificación y descripción del grupo armado al margen de la ley o de la parte significativa del bloque o frente que se desmovilizó, con indicación de cuándo, dónde y cómo se desmovilizó para contribuir decisivamente en la reconciliación nacional⁴⁶.

Naturalmente, se requiere la individualización del postulado, con su nombre y demás datos que sirven para identificarlo, la fecha de su

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto del 8 de junio 2007, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón Radicado 27484.

⁴⁶ Artículo 1º, inciso segundo y Artículo 2º, inciso 1º, Ley 975 de 2005.



ingreso al grupo ilegal y el lugar que ocupaba en la estructura; las zonas o regiones donde operó, las labores desempeñadas, la información acerca de quiénes fueron sus superiores y quiénes sus subalternos –según el caso–, así como los datos de quien asume su defensa técnica.

Los anteriores contenidos pueden considerarse como los requisitos formales del escrito de formulación de cargos o acusación.

Calificación fáctico-jurídica

Este resulta ser el requisito sustancial del escrito de acusación o cargos y se refiere a la inclusión de una relación clara y sucinta de cada uno de los hechos jurídicamente relevantes, previamente imputados y de los elementos de acreditación. Tal relación es consecuencia de la confesión en versión, su confrontación con las pruebas obtenidas en la etapa preliminar y en la etapa de verificación, incluyendo la información suministrada por la víctima, y la inferencia razonada de autoría o participación.

Se requiere una explicación clara del por qué los delitos se reputan cometidos *durante y con ocasión de la militancia* en el grupo armado al margen de la ley⁴⁷, y si se trató de hechos sistemáticos o generalizados, así como de si fueron hechos ocurridos en combate.

El escrito debe contener, finalmente, una relación clara y sucinta de los medios de convicción que permitan inferir razonadamente que cada uno de los hechos causados individual y colectivamente ocurrieron durante y con ocasión de la militancia del imputado.

5.4 El caso de Wilson Salazar Carrascal, alias “El Loro”

La primera audiencia de formulación de cargos se realizó en la ciudad de Barranquilla, en el marco del proceso contra Wilson Salazar Carrascal.

⁴⁷ Artículo 2° Ley 975 de 2005.

Con posterioridad a esa diligencia, se realizó ante la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz⁴⁸ la audiencia de verificación de la aceptación de cargos prevista en el artículo 19, inciso 3° de la Ley 975 de 2005, en la cual se impartió legalidad a la aceptación de los cargos realizada por Salazar Carrascal, decisión que fue impugnada por la Procuradora Judicial.

Un Procurador judicial de Bogotá D.C. fue comisionado para sustentar ese recurso de apelación ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para cuyo efecto solicitó declarar la nulidad a partir de la audiencia de formulación de cargos, inclusive, previa exposición de las siguientes razones:

1. Desde el punto de vista técnico jurídico, la diligencia realizada ante la Sala de Justicia y Paz de Barranquilla no se podía considerar “*una audiencia*” porque:

1.1. La Sala no escuchó a las partes e intervinientes previamente a la emisión de la decisión. Con esa omisión se violaron las siguientes normas legales:

- El artículo 55 de la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, del cual se desprende que en cualquier audiencia se deben escuchar los planteamientos que hagan las partes o intervinientes.
- Los artículos 12 de la Ley 975 de 2005 y 9 de la Ley 906 de 2004, que consagran el principio de oralidad, entendido como la posibilidad dialéctica que tienen las partes e intervinientes de hacer proposiciones a favor o en contra de lo que debe ser materia de decisión.
- Los artículos 139, numeral 5, y 147 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), de cuya lectura se desprende que en las audiencias se debe conceder el uso de la palabra a las partes e intervinientes para que planteen “*la controversia*” que a bien tengan.

1.2. Se desconoció al delegado de la Fiscalía y al defensor del desmovilizado el *derecho de acceso a la justicia* previsto en el

⁴⁸ Que para esa época existía en el Distrito Judicial de Barranquilla.



artículo 229 de la Constitución Política⁴⁹, toda vez que éste no puede entenderse satisfecho con la mera posibilidad de asistir a una audiencia si no se permite a las partes e intervinientes el uso de la palabra, como se hizo con dichas partes cuando quisieron hacerlo.

En efecto, de las casi tres horas que duró la audiencia, al defensor del desmovilizado se le concedió menos de un minuto para intervenir -exceptuando el tiempo otorgado para sustentar el recurso de reposición-, que invirtió en hacer esfuerzos fallidos para “*decir algo muy importante que tiene relación con la situación jurídica del desmovilizado*”, mientras que al Fiscal 10 de Justicia y Paz le fueron concedidos cerca de tres minutos, en los que procuró exponer “*una novedad*”, “*una propuesta*”, “*dejar una constancia*”, “*hacer una aclaración*”, sin que el presidente de la audiencia se lo permitiera.

1.3. Se violó el *derecho de defensa*⁵⁰, al impedir al fiscal, al defensor del desmovilizado y a la procuradora judicial el uso de la palabra para proponer la corrección de *la irregularidad* concerniente a la omisión de imputación y formulación del cargo por el delito de *concierto para delinquir agravado*, lo que obligaría a compulsar copias para que dicha conducta sea investigada y juzgada por el procedimiento ordinario y eventualmente la preclusión por un atentado contra la fe pública, antes de adoptar la decisión.

1.4. Se violó el deber de corregir los actos irregulares, establecido como principio rector en los artículos 10, 139 numeral 3 de la Ley 906 de 2004 como deber específico de los jueces. Como consecuencia de ello, se violó el *principio de eficacia*⁵¹.

Además de esa violación, al decidir el recurso de reposición que en forma principal interpusieron la Procuradora Judicial y el defensor del desmovilizado, la Sala se contradijo aduciendo que

⁴⁹ Según el cual “[s]e garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

⁵⁰ Artículos 29 de la Constitución Política y 8 de la Ley 906 de 2004.

⁵¹ Artículo 10 de la Ley 906 de 2004.

no solamente estaba ejerciendo un control formal sino material, pero no tuvo en cuenta que no permitió el uso de la palabra antes de adoptar la decisión, con un argumento adicional inválido: que el proceso es una serie de actos preclusivos y no se había alegado la nulidad.

2. Ni la providencia notificada e impugnada, ni la decisión de recurso de reposición fueron adoptadas por una mayoría y, por tanto, no constituye una “decisión” colegiada como se ordena en el artículo 54 de la Ley 270 de 1996⁵², porque:
 - 2.1. Luego de leída la decisión y previamente a la notificación, el magistrado ponente advirtió que la providencia tenía una aclaración de voto de una magistrada y un salvamento de voto de un magistrado.
 - 2.2. Al escuchar con detenimiento la “*aclaración de voto*” de la magistrada, se concluye que su contenido es de un “*salvamento*” y no de una aclaración de voto. Tan cierto es que ella expresa que “disiente” y se refiere a los motivos que la “*apartan*” de la decisión.
 - 2.3. El magistrado hizo un extenso salvamento de voto, en el cual concluyó que se debería anular todo lo actuado a partir de la diligencia de versión libre, inclusive.
 - 2.4. En consecuencia, la decisión adoptada no corresponde sino al criterio del magistrado ponente.
 - 2.5. Esa conclusión resulta corroborada cuando el magistrado ponente, sin realizar debate alguno con sus compañeros de Sala, transcurrido menos de un minuto desde que los impugnantes terminaron la sustentación del recurso de reposición, empezó a decidir el recurso con argumentos que en algunos momentos fueron expuestos en primera persona.

⁵² Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.



3. La Sala de conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla le dieron una errada comprensión a la audiencia prevista en el artículo 19, inciso 3° de la Ley 975 de 2005, pues hizo una interpretación limitada a esa norma, sin considerar las disposiciones concordantes⁵³. De la interpretación sistemática de esas normas se infiere también que dicha audiencia no es exclusivamente para dar fe de que la aceptación de cargos formulados la hizo el desmovilizado “*de manera libre, voluntaria, espontánea y asistido por un defensor*”, sino que se debe escuchar a las partes e intervinientes acerca del cumplimiento de los requisitos de elegibilidad, toda vez que de ello depende también que se pueda solicitar la apertura del incidente de reparación integral.

4. Adicionalmente se alegó que la Sala de conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla no tenía competencia para realizar la audiencia prevista en el artículo 19, inciso 3° de la Ley 975 de 2005, porque el Consejo Superior de la Judicatura ya había dictado el Acuerdo No. PSAA08-4641 de marzo 12 de 2008, en cuyo artículo 2° asignaba a la Sala de conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá D.C. “*la etapa de Juzgamiento de los procesos de que trata la Ley 975 de 2005, (...)*” y previamente, en el Acuerdo No. PSAA08-4640 de la misma fecha había disuelto la primera, dejando dos magistrados de control de garantías en esa ciudad y trasladando a los otros dos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Mediante auto de fecha 28 de mayo de 2008⁵⁴, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de apelación y, luego de reconocer “*las graves omisiones procedimentales de la primera instancia*” que “*constituyen graves vicios de estructura por la deficiente construcción judicial de la verdad*”, hizo el juicio de ponderación previsto en el artículo 27 de la Ley 906 de 2004, en virtud del cual resolvió hacer prevalecer los derechos de las víctimas.

⁵³ Los artículos 10, 11 y 23 ídem.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 28 de mayo de 2009, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. Radicado 29560.

Como consecuencia de ello, y aunque nada se respondió frente a la primera causal de nulidad invocada en la sustentación del agente del Ministerio Público, negó la invalidación propuesta por éste y resolvió que *“se mantendrá la actuación examinada pero, por cuerda paralela y subsiguiente, se formulará la imputación que tanto la defensa como el Ministerio Público echan de menos, relativa al concierto para delinquir agravado, y las otras que surjan de las indagaciones sobre los daños colectivamente causados por la organización -durante y con ocasión de la militancia del señor WILSON SALAZAR CARRASCAL- conforme a las fronteras espaciales y temporales específicas de aquella”*, con el fin de *“que no se siga aplazando la apertura del incidente de reparación por los cargos admitidos”*.

Esa decisión de la Corte culminó advirtiendo que, no obstante lo anterior, *“la sentencia que surja de esta formulación parcial de cargos, deberá suspender la aplicación de la pena alternativa, la cual queda supeditada a la prosperidad de la actuación paralela que se ordena por las imputaciones omitidas”*, e igualmente respondió que no es cierto, como sostuvo el Ministerio Público, que la decisión hubiera sido tomada por el magistrado ponente porque fue secundado por la magistrada que aclaró el voto, y que la sola manifestación sobre la disolución de la Sala de conocimiento de Justicia y Paz autora de la decisión impugnada -precedente al proferimiento del auto- no era suficiente para decretar la nulidad.



6. INCIDENTES DE REPARACIÓN

Compilación de Miguel Antonio Carvajal Pinilla, Procurador 1° Judicial Penal II de Bogotá D.C.

6.1 Presentación del tema

Con la expedición de la Ley 975 de 2005 se generó una gran expectativa al universo de víctimas de varias décadas de violencia, quizás porque por primera vez dentro de un proceso de paz, se admitía como trascendente en los resultados de éste, el papel de los afectados o perjudicados con las acciones violentas realizadas por los grupos armados organizados al margen de la ley.

Sin embargo, pese al esfuerzo de algunos legisladores para enmarcar el texto legal dentro de precisas directrices de corte transicional, la práctica judicial se encargó de torpedear ese esfuerzo y de imponer talanqueras extralegales que, en últimas, terminaron por desacreditar el proceso de Justicia y Paz, adormeciéndolo en el marasmo de la congestión de los despachos de fiscales con poca o ninguna experiencia en procedimientos distintos al trasegado y poco garantista sistema inquisitivo.

Toda esta problemática se hizo patente en el desarrollo de la actuación referida en el inciso 2° del artículo 42 de Ley 975 de 2005, norma que consagra la procedencia del incidente de reparación en los eventos en los que no ha sido posible individualizar a los sujetos activos de los hechos delictivos generadores de los daños alegados por las víctimas.

6.2 Fundamento normativo

De conformidad con el artículo 2° de la Constitución Política, uno de los fines esenciales del Estado es asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Para el efecto, las autoridades están instituidas para proteger a los residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades.

Dentro de los derechos fundamentales resultan destacables los postulados de los artículos 11, 12, 13 y 29 de la Constitución Política en cuanto se establece la inviolabilidad del derecho a la vida e integridad personal y las garantías procesales para sancionar los ataques en contra de ellos, y la facultad de acudir ante las autoridades para obtener la protección y efectividad de los derechos, dentro de un marco normativo claro, obligatorio y previamente establecido.

El artículo 93 ídem señala la prevalencia de las normas incorporadas en tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia en materia de derechos humanos; a su turno el artículo 229 garantiza el acceso a la administración de justicia para todas las personas. En materia de conductas punibles la Constitución le impone a la Fiscalía General de la Nación una serie de cargas frente a los afectados, cargas que se deben agotar en el trámite del proceso, en especial el numeral 6° del artículo 270 que establece como deber: “[S]olicitar 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”. Por último el artículo 277, numeral 7° establece la intervención de la Procuraduría General de la Nación ante las autoridades judiciales de todo orden, en defensa de los derechos y garantías fundamentales.

Conforme con la previsión del artículo 93 de la Constitución Política, dentro del ámbito de la normatividad internacional podemos encontrar el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece el derecho del acceso a la justicia. En el ámbito regional se encuentran los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), los cuales consagran los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial. Concretamente, puede destacarse lo dispuesto en el numeral 1, artículo 25 de la Convención, sobre los recursos expeditos para exigir la protección judicial de los derechos.

En el punto específico de la reparación y restablecimiento de los derechos conculcados, el numeral 1, artículo 63 de la CADH establece que: “[C]uando 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



así mismo, 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”.

En relación con la determinación de la calidad de víctima puede referirse la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso del Poder adoptada por la Asamblea General de la ONU mediante la Resolución 40/34 de noviembre 29 de 1985. En la cual, además de definir quiénes se consideran víctimas de delitos y abuso del poder se dispone lo concerniente al resarcimiento de los perjuicios por parte de los delincuentes y si no fuere posible ello, se adelantará por el Estado la indemnización financiera correspondiente.

Dentro de la Ley 975 de 2005 se establece un procedimiento judicial para la investigación, enjuiciamiento y sanción de las conductas adelantadas por miembros de los grupos armados ilegales que se desmovilizaron, cumpliendo con negociaciones de paz adelantadas por el Gobierno Nacional, buscando promover y asegurar la reincorporación de estas personas a la vida civil y la paz, siempre que se cumpla con los postulados de verdad, justicia y reparación a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, dentro del contexto del conflicto armado.

Para adelantar el proceso se estableció la oralidad como principio rector y la remisión a la normatividad consagrada en la Ley 906 de 2004, ley de enjuiciamiento criminal con marcado acento acusatorio. En consecuencia, para efectos de lograr la reparación integral a las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley, se debe acudir a lo reglado en la Ley 975 de 2005 y lo establecido para el incidente de reparación integral, y normas concordantes de la Ley 906 de 2004.

6.3 El incidente de reparación previsto en el artículo 42, inciso 2º de la Ley 975 de 2005

Inscrito en el “deber general de reparar”, el inciso 2º del artículo 42 de la Ley de Justicia y Paz, en consonancia con el 45, dispone que las víctimas de hechos punibles atribuibles a los grupos armados organizados al margen de la ley beneficiarios de la ley, cuyos sujetos activos no ha sido posible individualizar, están facultadas para acudir

ante los tribunales correspondientes para solicitar la reparación por los daños causados, reparación que se ordenará con cargo al Fondo para la Reparación de las víctimas.

Las primeras solicitudes que se presentaron con fundamento en la citada norma, contenían una descripción de hechos como el homicidio en persona protegida y el desplazamiento forzado del núcleo familiar dependiente del fallecido, y algunas informaciones sobre la autoría o participación de personas públicamente consideradas como miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley, sin individualizarlas. Otras veces se señalaba la realización de la conducta en lugares que frecuentaban estos grupos, quizás con la intención de mostrar un patrón de conducta de la organización; igualmente se informaba sobre la judicialización incipiente del hecho y el “archivo” de la indagación por parte del ente instructor.

Frente a estas solicitudes, el representante de la Fiscalía, se opuso de manera reiterada y casi mecánica argumentando, las más de las veces, que los solicitantes ya habían sido reconocidos como víctimas dentro de sus indagaciones a través del diligenciamiento del formato correspondiente durante las interminables “jornadas de víctimas” adelantadas por el ente acusador. Por esta razón la Fiscalía reclamaba “el derecho” o “facultad” de investigar el hecho para individualizar a los sujetos activos de la conducta y circunscribir la reclamación de los solicitantes a todo el procedimiento establecido en la Ley 975 de 2005.

En otras ocasiones se argumentaba que, si bien el hecho no figuraba como reportado ni el solicitante estaba registrado como víctima en su “base de datos”, aún subsistía en cabeza de la Fiscalía la posibilidad de investigar el hecho y hasta tanto no agotara todas las posibilidades investigativas para establecer con certeza que el hecho podría atribuirse a desmovilizados pertenecientes a grupos armados organizados al margen de la ley, no podría darse trámite a la solicitud de reparación.

Este planteamiento parece sustentarse en la circunstancia de no haber agotado las versiones de los postulados ya que de este ejercicio podría resultar información suficiente, no sólo para individualizar a los sujetos activos del hecho punible, sino también para el componente de verdad, tan importante en el proceso de la Ley de Justicia y Paz.



Frente a estas consideraciones, el Ministerio Público contrapuso la evidencia clara de la incapacidad investigativa de la Fiscalía en tales casos⁵⁵, ya que la investigación se encontraba archivada, precisamente, por cuanto no había sido posible individualizar a los autores o partícipes, situación que permanecía así por más de siete años, en algunos eventos. Ahora bien, considerar que con las primeras versiones libres de los postulados se “iluminaría” el “agujero negro” la de impunidad, resultó ser un argumento bastante ingenuo en la práctica, pues quienes rendían estas diligencias, para la época de los primeros trámites, en su calidad de comandantes y miembros representantes-negociadores no tenían conocimiento sobre muchos de los hechos realizados por sus subordinados.

Teniendo en cuenta esta situación se podría concluir que la estrategia de la Fiscalía era la de congregar todos estos hechos (por los que procedían las solicitudes) en las versiones de los “comandantes”, y establecer la autoría o participación en estos hechos por “jerarquía” o “línea de mando”, eliminando de esta manera la condición de “sujeto activo no individualizado”, contenida en el artículo 42, inciso 2°.

Así se expuso en una intervención del Ministerio Público, pero a diferencia de la posición del representante de la Fiscalía (rechazo de la solicitud), el Ministerio Público solicitó dar trámite al incidente, practicar las pruebas correspondientes y diferir la decisión sobre la reparación para el momento en que se impusiera la sentencia correspondiente al “comandante” del respectivo grupo armado.

Los delegados de la Fiscalía que intervenían en estas audiencias sostuvieron una posición casi idéntica a la del doctor Alberto Santana Robayo, quien como Fiscal General de la Nación (e) intervino en la discusión de los proyectos que dieron como resultado la expedición de la Ley 975 de 2005 y, específicamente en la discusión sobre la incorporación del actual inciso 2° del artículo 42 de la Ley.

Esa intervención se limitó a desechar este mecanismo - eminentemente transicional- por cuanto ya se establecía en el artículo 23 la figura del incidente de reparación integral al final del trámite del procedimiento,

⁵⁵ Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, auto de abril 2 de 2008, M.P. Léster M. González Romero Radicados 00013, 016, 025, 026, 030, 041,048.

luego de la legalización de la aceptación de cargos que hiciera el postulado, razón por la cual el inciso propuesto sobraba, muy seguramente porque se confiaba en que de las versiones, la investigación de la Fiscalía y la participación de las víctimas resultaría el agotamiento total de ese universo de hechos violentos que arrastraron al país al abismo de la intolerancia y el irrespeto a la dignidad humana.

Las decisiones de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá D.C. respecto de este tipo de solicitudes, siempre fueron de rechazo. Para efectos de sustentar tales fallos, en algunas ocasiones la Sala acogió las razones aducidas por la Fiscalía en el sentido de tener el caso reportado y la víctima en su registro o “base de datos”, por lo que los solicitantes deberían esperar el desarrollo de todo el procedimiento de la Ley 975 de 2005.

En otras oportunidades la solicitud se rechazó por cuanto no podía establecerse con claridad que el hecho se correspondiera con el actuar de algún grupo armado beneficiario de la mencionada ley; en algunas por ausencia del nexo de causalidad entre el daño y el actuar del grupo, o simplemente el hecho se atribuía a una organización no desmovilizada, razón por la cual el hecho y el daño generado por él escapan al procedimiento previsto en dicha normatividad.

Frente a las consideraciones que soportaban el rechazo de la solicitud, el Ministerio Público manifestó, en algunas ocasiones, que la Sala de Justicia y Paz debería distinguir entre la admisión de la solicitud, el trámite del incidente y la decisión de fondo sobre las pretensiones.

Respecto del artículo 42, inciso 2°, de la Ley 975 de 2005, se instó por la aplicación del criterio fijado por la Corte Constitucional en cuanto a los requisitos para que una víctima fuese reconocida como tal al interior del proceso de Justicia y Paz. Así las cosas, muchas de las solicitudes presentadas debieron haber sido admitidas, por cuanto a la mayoría de ellas se anexó *prueba sumaria* sobre el hecho generador del daño y su relación con el actuar del grupo armado desmovilizado o beneficiario de la referida Ley.

Ahora bien, la acreditación probatoria del denominado “nexo de causalidad” debería desarrollarse o incorporarse en el curso del incidente,



con la práctica de pruebas, escenario dentro del cual la Fiscalía debería tener una participación especial, al contrastar las pruebas requeridas por el solicitante de reparación, con la “copiosa y depurada” información recolectada a lo largo de su indagación (artículo 16 de la Ley 975 de 2005) o la que reposa en las investigaciones en curso o desarrolladas por las diferentes unidades que la conforman.

Sólo con ese ejercicio contradictorio y evaluativo de la prueba podría tomarse una decisión sobre acceder o no a ordenar la reparación a favor de las víctimas de hechos en los cuales no ha sido posible individualizar a los sujetos activos de la conducta punible.

Varias de esas providencias dictadas por la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá D.C. fueron apeladas por los apoderados de las víctimas. Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió los recursos confirmando la negación de iniciación del trámite de reparación, amparada en que la pretensión de reparación está sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos⁵⁶:

“(i) Comprobar la real ocurrencia del daño real, concreto y específico invocado por la víctima o su apoderado.

(ii) Demostrar la relación causal entre las conductas de los miembros del grupo armado ilegal, realizadas durante y con ocasión de su pertenencia al mismo (bloque o frente), y los perjuicios sufridos por quien aduce la condición de víctima.

(iii) Acreditar que el referido grupo se sometió a la preceptiva de la Ley 975 de 2005, esto es, que tiene la condición de desmovilizado y, en razón de ello, a sus integrantes se les ha postulado por el Gobierno Nacional.

(iv) Citar la declaración judicial de responsabilidad penal de los miembros del grupo armado al margen de la ley (sentencia condenatoria o audiencia en la que se declare la legalidad de

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 11 de diciembre 2007, M.P. María del Rosario González de Lemos. Radicado 28769.

la aceptación de cargos), sin que sea necesario que la víctima identifique a un individuo en especial.⁵⁷

(v) Oportunidad procesal definida en el artículo 23 de la Ley 975 de 2005, esto es, que se proponga “En la misma audiencia en la que la Sala del Tribunal Superior de Distrito judicial correspondiente declare la legalidad de la aceptación de cargos”.

(vi) Cuando no se haya logrado individualizar al sujeto activo que realizó la conducta generadora del perjuicio irrogado a la víctima, pero se haya demostrado el daño y su nexa causal con las actividades del grupo armado ilegal beneficiario de la Ley 975 de 2005, el pago de la indemnización se realizará con cargo al Fondo de reparación.”

Una de esas decisiones de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá D.C.⁵⁸, mediante la cual se negó la iniciación del trámite de reparación a una víctima de un hecho punible atribuible a un grupo armado organizado al margen de la ley en el cual la Fiscalía no había identificado o individualizado al autor, y respecto de la cual el procurador judicial había emitido concepto favorable a la iniciación del trámite de reparación, fue impugnada en apelación por este funcionario. Los argumentos para sustentar dicho recurso ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia fueron los siguientes:

- 1°. Los fundamentos legales para ordenar la iniciación del trámite de reparación en ese caso, se encuentran en el artículo 5°, inciso 3°, de la Ley 975 de 2005⁵⁹ y en el 42, inciso 2°, de la misma: *“Igualmente, cuando no se haya logrado individualizar al sujeto activo*

⁵⁷ También están llamados a indemnizar en virtud del principio de solidaridad, quienes hayan sido judicialmente declarados como miembros del bloque o frente al que se impute causalmente la conducta generadora del perjuicio, así ésta haya sido realizada por otros individuos pertenecientes a tal facción y no haya sido posible su individualización.

⁵⁸ Radicación 2007-00016 01, acumulada con otras seis. Dicha decisión tuvo salvamento de voto de un magistrado, por considerar que la mayoría de la Sala *“Reconoce la decisión mayoritaria que el desplazamiento forzado de la peticionaria y, sobre todo, la muerte violenta de su hijo Carlos Nodier Guerrero Valencia, son imputables al accionar del desmovilizado Bloque Calima de las Autodefensas; sin embargo, estimó improcedente la apertura del trámite por cuanto, a la fecha, no se ha declarado la responsabilidad penal solidaria de los integrantes del precitado grupo ilegal.”*

⁵⁹ *“La condición de víctima se adquiere con independencia de que se identifique, aprehenda, procese o condene al autor de la conducta punible.”*



pero se compruebe el daño y el nexo causal con las actividades del grupo armado ilegal beneficiario por las disposiciones de la presente ley, el Tribunal directamente o por remisión de la Unidad de Fiscalía, ordenará la reparación a cargo del Fondo de Reparación.”

- 2°. Dicha norma tiene también fundamento en estándares internacionales que se encuentran en la Declaración Sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder⁶⁰, cuyo literal a) establece que “[P]odrá considerarse “víctima” a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima (...)” Así mismo en los principios 1, 31 y 32 del Conjunto de Principios actualizado para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha Contra la Impunidad, y los artículos 75 del Estatuto de Roma en concordancia con la regla 94 de las reglas de procedimiento y prueba de dicho Estatuto.
- 3°. Los legisladores que propusieron la inclusión de esa norma la sustentaron en instrumentos internacionales que expusieron en uno de los proyectos de ley que fueron acumulados para la discusión.
- 4°. Algunos legisladores propusieron la exclusión de dicha norma (como ya se dijo, con el apoyo de quien entonces ocupaba el cargo de Fiscal General de la Nación (e), pero, como se puede constatar en las Gacetas del Congreso números 77 del lunes 7 de marzo de 2005, 257 del viernes 13 de mayo de 2005, 273 del martes 17 de mayo de 2005, 286 del martes 24 de mayo de 2005 y 357 del lunes 13 de junio de 2005, los autores de esa propuesta fueron enfáticos en que el propósito era “...que haya reparación a las víctimas a cargo del Fondo de Reparaciones, cuando no se logre individualizar a quien cometió la conducta punible y se haya comprobado el daño y el nexo causal con las actividades del grupo armado organizado al margen de la ley”.

⁶⁰ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución No. 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

5°. En el caso analizado se encuentran demostrados los siguientes elementos: (i) la ocurrencia del homicidio generador del daño ocasionado a la peticionaria de medidas de reparación, (ii) la responsabilidad de un grupo armado organizado al margen de la ley, (iii) la ineficacia del recurso judicial establecido por el Estado colombiano porque la investigación adelantada no ha permitido lograr la identificación del autor ni su juzgamiento ni condena.

Por lo anterior, si no se decreta la reparación con fundamento en las normas citadas antes, el Estado podría ser demandado, como ha ocurrido en eventos similares en los que Colombia ha sido instada a realizar en un plazo razonable esas actividades de investigación y juicio, pero también condenada a pagar reparación a las víctimas. Tal es el caso de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, en los casos de las masacres de Ituango y Mapiripán.

La Sala de Casación Penal de la Corte resolvió el recurso en auto del 23 de mayo de 2008 con radicación 29642, confirmando la decisión de primera instancia, por considerar que “*para poder reclamar ante los tribunales de Justicia y Paz una indemnización o buscar la reparación integral de los perjuicios o daños recibidos por cuenta del accionar de los grupos armados ilegales es imprescindible (i) que se identifique o individualice el bloque o frente responsable del agravio, (ii) que exista relación causal entre el concierto para delinquir del grupo y el daño producido, (iii) que la banda se haya desmovilizado y sus miembros estén postulados a los beneficios consagrados en la Ley 975 de 2005; y (iv) que se agoten los procedimientos de ley por parte de la Fiscalía para individualizar al responsable o informe que no lo pudo hacer, para que sea viable la apertura del incidente de reparación.*”

Como se puede advertir sin dificultad alguna, la Corte excluyó la exigencia a la víctima de presentar “*la declaración judicial de responsabilidad penal de los miembros del grupo armado al margen de la ley (sentencia condenatoria o audiencia en la que se declare la legalidad de la aceptación de cargos), sin que sea necesario que la víctima identifique a un individuo en especial*”.



Lo anterior constituye una afortunada variación de la jurisprudencia toda vez que, insistir en dicho requisito para ordenar la iniciación de un trámite de reparación con fundamento en lo previsto en el artículo 42, inciso 2°, de la Ley 975 de 2005, hace inocua esta norma, contraría los estándares internacionales sobre la materia y reduce las posibilidades de intentar la obtención de reparación a la existencia de un proceso penal ordinario o a uno de Justicia y Paz (artículo 23 de la Ley 975 de 2005), donde un desmovilizado postulado haya confesado o admitido la conducta punible generadora del daño cuya reparación se pretende.

6.4 El incidente de reparación en el proceso de Wilson Salazar Carrascal

Sobre el incidente de reparación previsto en el artículo 23 de la Ley 975 de 2005, tan sólo se cuenta con la experiencia realizada ante la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá D.C., en el proceso adelantado contra Wilson Salazar Carrascal.

Se dio paso a este incidente mediante la decisión de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, fechada mayo 28 de 2008. El devenir procesal o la suerte de este postulado nos ha servido a todos los intervinientes en el proceso de Justicia y Paz como una guía o cartilla bajo la cual se han estructurado “las primeras letras” de nuestro aprendizaje.

Sin embargo, si se revisan las particularidades del caso no debería haberse iniciado con este postulado, puesto que dentro de la estructura del grupo armado al que pertenecía, no era más que un patrullero urbano sin jerarquía y de los que se les puede llamar integrantes rasos.

Para la iniciación del incidente se presentaron solicitudes por parte de los defensores públicos, con respecto a los homicidios de Luis Alberto Piña Jiménez, Ayda Cecilia Lasso Gemade y Cindy Paola Rondón Lasso. El primer caso presentaba una dificultad, pues sobre el mismo existía sentencia condenatoria ejecutoriada y la Corte Suprema había instruido a la judicatura para que, en caso de comprobarse la existencia de una sentencia condenatoria ejecutoriada por dicho homicidio, se debía

excluir tal conducta de la imputación realizada a Salazar Carrascal⁶¹. Por tanto no se incluyó en la formulación de cargos y ninguna referencia tenía la Sala de Justicia y Paz del Tribunal de Bogotá D.C. sobre este hecho.

Como cuestión preliminar, se impuso la obligación de argumentar la procedencia del incidente de reparación en relación con el homicidio de Piña Jiménez. En el Tribunal, el magistrado Ponente interrogó a la Fiscalía sobre las referencias que el postulado realizó en las versiones respecto de ese homicidio, e incluso, preguntó al postulado acerca de si era su voluntad adscribir dicha conducta al procedimiento de Justicia y Paz con fines de acumulación jurídica de penas e imposición de pena alternativa.

Ante estas situaciones el Ministerio Público solicitó a la Sala que revisara la carpeta que contenía de la actuación para verificar la incorporación de la sentencia correspondiente, y así, decidir sobre la admisión de las solicitudes de quienes se pretendían víctimas del hecho. Verificado lo anterior se admitieron dos grupos de víctimas con su representante legal, un grupo conformado por dos hijos de crianza de Piña Jiménez y el otro integrado por la compañera permanente y sus tres hijos biológicos.

Con respecto a los homicidios de Aida Cecilia Lasso y su hija menor Cindy Paola Rondón Lasso, se constituyeron dos representaciones de víctimas, el primero respondía al poder otorgado por la madre y abuela de las desaparecidas y, el segundo respondía al poder otorgado en su conjunto por los hermanos y tíos de las asesinadas.

Con las solicitudes se pretendía incorporar unos informes de expertos como si fueran dictámenes periciales, mostrando, por parte de los representantes de las víctimas, un desconocimiento de la técnica propia de la Ley 906 de 2004, de obligatoria aplicación en sede de la Ley 975 de 2005. Todas las solicitudes eran esencialmente indemnizatorias por lo que de “reparación integral” poco se debatiría en el desarrollo del incidente.

⁶¹ “...es menester acreditar, sin dudas, si el señor Wilson Carrascal Salazar está condenado por el homicidio del ciudadano Luis Alberto Piña, ocurrido el 23 de octubre de 1998. En este evento, y si prospera el curso procesal, no podrá imputarse este hecho, que puede ser atendido dentro la institución procesal de la acumulación jurídica de penas, de conformidad con el artículo 20 de la Ley de justicia y paz” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 8 de junio 2007, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Radicado 27484.



Igualmente resultó decepcionante la previsión legal sobre la etapa conciliatoria que debería surtirse con la presencia del Director de Acción Social, no sólo porque los magistrados no realizaron una labor adecuada y acorde con la etapa que se surtía, sino porque el delegado de Acción Social se presentó sólo con el fin de establecer la posición institucional en relación con las obligaciones que se derivarían para la entidad como consecuencia del fallo del incidente de reparación. Esa intervención dejó la impresión que la política gubernamental apunta a desconocer el fallo de la Corte Constitucional sobre el deber de reparar y sobre quiénes están obligados a tal efecto. En síntesis, que si el postulado no tenía bienes, bastante difícil resultaba para las víctimas obtener una reparación por parte del Estado.

Se menciona que los magistrados adelantaron una labor poco adecuada. Si bien quienes deben conciliar y entrar a proponer fórmulas conciliatorias son el declarado penalmente responsable y las víctimas del hecho, como partes en la relación jurídica acreedor-deudor, ello no excluye la intervención de la autoridad judicial para efectivizar ese mecanismo alternativo de solución de conflictos.

En materia civil, la autoridad judicial está obligada a intervenir para mediar en las diferencias que se suscitan en una etapa conciliatoria, desempeña un papel activo, no es un convidado de piedra. Si así se establece para asuntos civiles, en el incidente de reparación, que es esencialmente un debate sobre relaciones de derecho civil, la autoridad jurisdiccional no se puede mostrar ajena a los deberes que se le imponen legalmente.

En cuanto a la actividad probatoria es pertinente reseñar que varias de las pruebas ordenadas y practicadas fueron decretadas de oficio, sin tener en cuenta que, en sede de la Ley 975 de 2005 y en aplicación del principio acusatorio consagrado en la Ley 906 de 2004, las facultades probatorias del juez están vedadas, circunstancia de plena aplicabilidad al caso examinado. Sin embargo, se entiende la actitud de la Sala debido a que estaba orientada por la sana intención de llevar a feliz término el primer incidente de reparación en procesos de Justicia y Paz.

Una vez se agotó la etapa probatoria se concedió el uso de la palabra a los intervinientes para manifestar sus conclusiones sobre las pretensiones de los incidentantes y las pruebas practicadas.

El agente del Ministerio Público manifestó que con respecto a los dictámenes periciales existían una serie de irregularidades, sobre todo en la producción de las conclusiones, por lo que NO podrían servir de material idóneo para tomar una decisión sobre las pretensiones de los incidentantes.

En cuanto a las víctimas del homicidio de Piña Jiménez, se indicó que la sentencia en firme sobre este hecho proferida por la justicia ordinaria en contra del hoy postulado, establecía, de manera clara la indemnización por todos los perjuicios causados con el hecho y la cuantía de la indemnización para todos los perjudicados con la realización del delito. Existiendo la imposibilidad de reformar dicha sentencia o remover la condición de cosa juzgada, debía acatarse dicho fallo y proceder a la ejecución del mismo.

En cuanto al homicidio de Aida Cecilia Lasso Gemade y su menor hija, el procurador judicial señaló que la solicitud de los representantes de las víctimas resultaba desproporcionada porque se pedía para cada uno de los apoderados mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es, el límite máximo establecido en la ley, lo cual implicaba equiparar los daños sufridos por los hijos y el compañero permanente a los experimentados por su madre y hermanos, a pesar de la salida de Aida Cecilia del entorno paterno filial hacía más de veinte años.

De otro lado, el Ministerio Público conceptuó que resultaba frustrante observar como el paradigma de la reparación no había cambiado, que seguía considerándose como única forma de reparación la indemnización y que, estando dentro de un proceso de justicia transicional, resultaba totalmente inadecuado considerar que los objetivos de la Ley 975 de 2005, en cuanto a la obtención de la reconciliación nacional y la paz, se definieran en un asunto puramente monetario.

Durante los dos días de audiencia únicamente se abordó del tema de la rehabilitación en relación con uno de los peticionarios, y en ningún



momento se discutieron cuestiones relacionadas con otras medidas de reparación como la satisfacción o compensación. En el mismo sentido, también brilló por su ausencia el debate sobre reparación simbólica para efectos de garantizar la no repetición de las conductas victimizantes o la conservación de la memoria histórica en los entornos locales donde se produjeron las conductas punibles.

En suma, si este primer incidente de reparación debía ser ejemplo a seguir, que lo fuera por lo que se dejó de hacer tanto por los representantes de las víctimas, como por los victimarios e incluso por la judicatura y no por lo que realmente se había hecho.

Esperamos que estas consideraciones se tengan en cuenta para futuros desarrollos y que se adelanten labores informativas adecuadas para víctimas y victimarios en torno a los objetivos de la Ley de Justicia y Paz, para que escenarios como el antes descrito no se repitan, para mostrar a la comunidad internacional, tan pendiente de los desarrollos de este proceso, unos resultados más acordes con la justicia transicional.

7. PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Compilación de Martha Choperena Vásquez, Procuradora 45 Judicial Penal II de Barranquilla

7.1 Presentación del tema

Nunca como ahora en Colombia se habían materializado los derechos de las víctimas en el contexto del proceso penal y administrativo, si se tiene en cuenta que hasta hace pocos años la persona que ostentaba la calidad de víctima directa o indirecta de una conducta punible, apenas si era escuchada, debiendo enfrentar un prolongado proceso para lograr el resarcimiento -sólo económico- de los perjuicios causados con las conductas delictivas generadoras del daño.

Tal panorama ha variado, acorde con los estándares internacionales, por lo que hoy son reconocidos formal y materialmente los derechos de las víctimas frente al infractor de la ley penal, en tanto ha dejado de ser un sujeto extremadamente pasivo, casi inerme y silente en el proceso penal.

Para lograr la materialización de tal variación, ha jugado un papel de importancia la Procuraduría General de la Nación, y es por ello que en un contexto como el colombiano, en el Sistema Penal Acusatorio fue necesario mantener la figura del Ministerio Público, conservando las funciones que traía frente al sistema mixto, previstas en la Carta Política de 1991.

La población colombiana que ha sido víctima o afectada en cualesquiera de sus formas, siguió contando con el garante gracias a la voluntad del constituyente, y muy a pesar de los detractores que pretendieron suprimir del sistema penal acusatorio colombiano tan importantísima figura.

Los derechos de las víctimas y los afectados han sido delimitados en tres conceptos básicos que se tornan en indefectibles: i) *El derecho a la*



*verdad*⁶², ii) *El derecho a que en su favor se realice el valor justicia*⁶³ y, iii) *El derecho a la reparación del daño*⁶⁴.

No pocas han sido las críticas que ha soportado el ejecutivo de cara al manejo de la política criminal tratándose de la justicia transicional, en desarrollo de la cual deben ser concedidos algunos beneficios a los procesados en el marco de la Ley de Justicia y Paz. De ahí que en sentencia C-370 de 2006 la Corte Constitucional clarificara que, pese a la importancia de lograr acuerdos con los grupos al margen de la ley en aras de conseguir la paz nacional, no deben dejarse de lado, de manera alguna, los derechos que tienen las víctimas y los afectados a ser reparados integralmente.

Ahora bien, la víctima o el afectado⁶⁵ pueden aspirar a que en su favor opere la reparación integral, la justicia y la verdad. Falta mucho por hacer y no puede negarse que la aplicación de la normativa que propende por la efectivización de sus derechos ha encontrado escollos frente a los cuales el operador jurídico se ve impotente, si bien no pueden empañarse los retos asumidos y los logros obtenidos en la materia por las dificultades que han surgido.

Esos logros han avanzado gradualmente con la convergencia de los diferentes entes estatales encargados de aplicar y hacer valer los derechos de las víctimas y perjudicados, dentro de los cuales han jugado y continúan jugando un papel preponderante la Procuraduría General de la Nación y la Fiscalía General de la Nación, que durante el decurso de la investigación penal deben ir de la mano de la víctima, brindándole la protección necesaria y el acompañamiento que requiere para hacer valer sus derechos.

⁶² Entendido este derecho como la posibilidad de conocer las verdaderas circunstancias fácticas que determinaron la vulneración de los derechos de la víctima, derecho que tiene una dimensión tanto individual como social.

⁶³ Esto es, que se investigue adecuadamente, se individualice al responsable y se le imponga la sanción principal afflictiva de la libertad y las accesorias que correspondan, o, en otros términos, que no haya impunidad.

⁶⁴ Entendida como reparación integral, es decir que no hace referencia exclusiva al pago de una suma de dinero como compensación por el daño causado.

⁶⁵ Debe establecerse la diferencia entre ésta y aquél, pues la víctima es la persona en contra de la cual recae directamente el daño, mientras que el afectado es quien padece también las consecuencias de ese daño.

Por ello, mientras la Fiscalía General de la Nación ejerce la acción penal haciendo uso del recurso humano y logístico, la Procuraduría General de la Nación ejerce vigilancia e intervención activa y constante, que propenden en todo momento por la materialización de una verdadera justicia en favor de los afectados.

7.2 Fundamento normativo

El Acto Legislativo 03 de 2002, modificatorio del artículo 250 de la Constitución Política, elevó a mandato constitucional el concepto de justicia orientado a la protección de las víctimas, y precisamente en virtud de esa voluntad del constituyente, ha variado ostensiblemente la posición normativa⁶⁶ y jurisprudencial que garantizaba sólo la retribución económica de la víctima⁶⁷, expidiéndose un considerable número de disposiciones legales que tienden a facilitar a la víctima y el afectado el acceso a la justicia en aras de hacer valer sus pretensiones, con el valor justicia en su acepción más amplia.

En materia de justicia transicional, el artículo 5 de la Ley 975 de 2005 definió el concepto de víctima, disposición que luego del estudio de constitucionalidad fue declarada exequible, condicionando algunos de sus apartes. El texto de la ley dispone:

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

⁶⁶ Ley 906 de 2004, artículo 26 y Ley 975 de 2005, Decreto 3391 de 2006, entre otras.

⁶⁷ Ver sentencias C-293/95, C-475 de 1997, SU-717 de 1998, C-163 de 2000 y C-1711 de 2000, en las que se hace referencia a los limitados derechos que antes de la vigencia de la Constitución Política, poseían las víctimas en Colombia.



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

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

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

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

La Corte Constitucional en Sentencia C-370 de 2006 condicionó la exequibilidad de los incisos 2° y 5° del artículo transcrito por cuanto la definición excluía a familiares distintos a los del primer grado de consanguinidad⁶⁸.

⁶⁸ “(.) viola el derecho a la igualdad y los derechos de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a un recurso judicial efectivo las disposiciones de la Ley demandada que excluyen a los familiares que no tienen primer grado de consanguinidad con la víctima directa, de la posibilidad de que, a través de la demostración del daño real, concreto y específico sufrido con ocasión de las actividades delictivas de que trata la ley demandada, puedan ser reconocidos como víctimas para los efectos de la mencionada Ley. También viola tales derechos excluir a los familiares de las víctimas directas cuando éstas no hayan muerto o desaparecido. Tales exclusiones son constitucionalmente inadmisibles, lo cual no dista para que el legislador alivie la carga probatoria de ciertos familiares de víctimas directas estableciendo presunciones como lo hizo en los incisos 2 y 5 del artículo 5 de la ley acusada.” Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Treviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

En cuanto al inciso 4°, en Sentencia C-575 de 2006 se declaró su exequibilidad, al estimarse que no vulnera el artículo 3° común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo II, pues no resulta dable discriminar a las personas afectadas; tampoco vulnera el principio de distinción, ya que no es cierto que al asimilar a los miembros de la fuerza pública a los civiles se haga en desfavor de éstos sino que, por el contrario, reconoce a aquellos su carácter de víctima, para concluir que es una *“norma interna más garantista que las previstas en el ordenamiento internacional”*, sin que tal reconocimiento comporte indemnización adicional a las previstas en el régimen de seguridad social, pues se trata de protección que complementa los riesgos no cubiertos.

Además de ese desarrollo legal, el pronunciamiento jurisprudencial no ha sido ajeno a la situación, si se tiene en cuenta que han sido numerosos los fallos emitidos por las altas cortes, -Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado-, tendientes a lograr el cometido, en procura de la prevalencia de los derechos de las víctimas.

7.3 Participación de las víctimas en las diferentes diligencias judiciales

En las versiones libres

En términos materiales, antes del inicio de las versiones, los procuradores judiciales carecíamos de información de las víctimas, pues la Fiscalía no compartía la existente, por lo que no se tenía acceso a los reportes o registros y menos aún a los informes de Policía Judicial, aspecto que fue cediendo dadas las labores de acercamiento con los fiscales de Justicia y Paz.

Fue una fase donde la ciudadanía no tenía conocimiento de los derechos que le asistían con ocasión de la Ley de Justicia y Paz, y reinaba el temor a reconocerse y presentarse como víctimas frente a la sociedad o ante la autoridad; los pocos que lo hacían enunciaban el hecho de manera somera, por lo que pudimos apreciar que las víctimas no querían visibilizarse.

Por ello debimos emprender una labor de pedagogía frente a la Fiscalía, las víctimas e incluso con los abogados de la Defensoría Pública,



quienes bajo la creencia errada sobre que su relación contractual sólo era para defensa de los imputados o procesados, les brindamos nuestro concurso para facilitarles el cambio de rol. En ese orden de ideas, estuvimos atentos a que las víctimas que concurrían estuvieran representadas, para que su derecho de acceso a la justicia no se viera amenazado ni vulnerado.

Desde diciembre de 2006, la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz con sede en Barranquilla inició las versiones libres de los postulados a la Ley 975 de 2005, en concreto con el desmovilizado Wilson Salazar Carrascal alias “El Loro”, diligencia en la que el acercamiento con las víctimas se cumplió de manera personalizada.

En dicho trámite, la Procuraduría advirtió que el citado postulado tenía registradas pocas víctimas, pero aún así el Ministerio Público hizo presencia en la Sala dispuesta para éstas, en la que se encontraban tan sólo siete víctimas y un gran número de representantes de víctimas, de organismos internacionales y apoderados de colectivos.

Ante la imposibilidad de que el Procurador que intervenía en la diligencia de versión tuviese acceso directo a las inquietudes de las víctimas y probables representantes de las mismas, se optó, por la delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales, por la asistencia de un Procurador a la sala de víctimas, surgiendo así esta figura que cobró importancia en el transcurso del tiempo en la medida en que contribuyó a afianzar la credibilidad en nuestra institución y obtener una narración que consultaba la realidad de la ocurrencia de las conductas desplegadas por los perpetradores, lo cual, como ya dijimos, había sido omitido en los reportes por el temor que persiste en las víctimas.

Al respecto, debe destacarse que todas las procuradurías judiciales penales de Barranquilla participaron en el proceso, pues siempre que se verificaba una versión había un Procurador atento en sala de víctimas. Es evidente que las consecuencias de la presencia de la Procuraduría en esa Sala fueron altamente positivas para las víctimas, pues el manejo que daba la Fiscalía no era uniforme, dada la multiplicidad de actos administrativos⁶⁹ que

⁶⁹ El Fiscal General de la Nación a través de Resoluciones y el Jefe de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz mediante memorandos.

al inicio se expidieron al interior de esa entidad reglamentando, entre otras, la concurrencia de las víctimas a las diligencias de versión libre.

En las primeras versiones⁷⁰, se detectaron falencias en detrimento de los derechos de las víctimas, v. gr. las relacionadas con la escasa infraestructura con que se contaba para recibir a las víctimas que querían asistir a las versiones, los excesivos controles que se realizaban para permitir su ingreso a la Sala, así como el insuficiente personal con que se disponía para ejercer esos controles.

Podemos citar como ejemplo que en algunas de esas versiones fue necesario acudir a espacios que por gestión de la Fiscalía facilitó la Dirección Ejecutiva de la Rama Judicial, congregándose un número que superaba las 500 víctimas, repartidas en dos salas, al punto que los servidores públicos que concurrían, los abogados de la Defensoría y los representantes de los organismos internacionales carecían de sitio donde ubicarse, debiendo hacerlo en el piso.

El ingreso de víctimas a la Sala iba precedido de un registro por parte de servidores de la Fiscalía quienes debían constatar si aquellas estaban registradas en la base de datos. Esta labor resultó dispendiosa, demorada y atentatoria al acceso a la justicia pues se prolongaba en el tiempo de manera tal que la versión se iniciaba y afuera aún existían largas filas de personas esperando para ingresar.

En ejercicio de la labor de complementariedad y del compromiso de obtener la verdad, procuramos que las víctimas realizaran un relato claro y completo de los hechos, toda vez que vislumbrábamos que en los relatos consignados en los formatos de la Fiscalía, no aparecían los detalles relativos a la víctima directa y se omitían circunstancias necesarias para la tipificación de la conducta o las que rodearon su ocurrencia, así como las que permitieran establecer agravantes o concursos.

Las víctimas que en esa primera fase concurren personalmente a los estrados judiciales y que posteriormente lo hicieron a través de las

⁷⁰ En especial la de Rodrigo Tovar alias Jorge 40; Hernán Giraldo alias El Patrón, el Viejo o El Taladro; José Gregorio Mangónez Lugo alias Carlos Tijeras y Juan Francisco Prada Márquez alias Juancho Prada.



transmisiones, bajo la dirección de la Fiscalía General de la Nación y con la intervención constante y permanente del Ministerio Público, escucharon las extensas exposiciones de los versionados en las que narraron paso a paso cómo se desarrolló la empresa criminal que culminó con la formación de diferentes frentes de grupos paramilitares operantes en Colombia, así como la forma en que han venido perpetrando un considerable número de delitos.

Los afectados, a pesar del dolor y los más variados sentimientos que van de la ira a la tristeza, también se reconfortan al saber lo realmente acontecido con sus familiares y confirman, en buena parte de los casos, que realmente han fallecido a manos de la delincuencia armada.

Algunos logran establecer en qué lugar se encuentra enterrado su hijo, padre, hermano o cónyuge, pero muchos, si bien conocen que fue asesinado a manos del versionado o del grupo paramilitar al que perteneció, no reciben información sobre el sitio donde se encuentran ubicados sus restos.

A lo anterior debe sumarse que muchos han sido los bienes pertenecientes a los sometidos a la Ley 975 que han sido incautados, habiéndose declarado la extinción de dominio con el ánimo de resarcir económicamente a los afectados, varios de los cuales ya han logrado acceder a las respectivas indemnizaciones.

Es incuestionable que falta mucho por hacer en favor de las víctimas en Colombia, es largo el recorrido que resta para poder hablar de una verdadera reparación, pero puede afirmarse que los logros hasta ahora obtenidos han sido importantes en la medida en que a la víctima ya no le es indiferente al Estado, a la administración de justicia y a los infractores de la ley penal. Ahora es escuchada, tiene voz, está representada dentro del proceso y además la institucionalidad ha ido recuperando credibilidad gracias a la tarea y empeño de los servidores públicos comprometidos en la justicia transicional.

En ese recorrido hemos enfrentado las más diversas experiencias, destacándose la carencia del concurso de otras disciplinas como la psicología y la medicina para el apoyo de las víctimas, y es posible extraer algunas vivencias que dejan al descubierto falencias que

afectan el proceso de Justicia y Paz, sin que con ello se demerite la labor realizada.

En una de las múltiples versiones rendidas por alias “H.H.”⁷¹, éste ingresó a la Sala en la cual iba a ser escuchado, y dentro de la misma se hallaba una de las víctimas previamente citadas –mujer humilde de considerable edad-, quien al observarlo de inmediato perdió el conocimiento. Con los precarios recursos logísticos y humanos con que se contaba –no había un médico ni un psicólogo que atendiese a la víctima–, se logró su reincorporación y cuando se le indagó sobre los motivos por los cuales había sufrido tal impacto, ésta manifestó que la persona que acababa de ingresar al recinto –se refería al versionado– era una de las personas que en asocio de otros individuos había asesinado a todos los miembros de su familia, y que luego él, con siete individuos más, la habían accedido sexualmente como única sobreviviente. Cuando se le puso de presente al versionado lo narrado por la víctima, con alto grado de insensibilidad contestó: “*si eso le pasó era porque le tenía que pasar*”.

En otra oportunidad, esta vez con el versionado Carlos Mario Pamplona alias “Arbolito”, en su cruenta narración sobre el asesinato de tres personas en el suroeste antioqueño, describió con minucia algunas de las características de las víctimas de quienes además afirmó que, luego de haberseles privado de sus vidas, fueron arrojadas al río Cauca sin que jamás se volviese a saber de ellas.

En el recinto donde el versionado describía la macabra escena se encontraban las madres de las víctimas. El versionado solicitó entrevistarse con ellas con el ánimo de pedirles perdón, tal como lo exige la Ley de Justicia y Paz. Las madres fueron puestas en presencia de quien afirmaba haber asesinado a sus hijos, éste les pidió perdón y sólo una de ellas atinó a manifestarle con evidente expresión de dolor: “*Yo no lo puedo perdonar, el único que lo puede perdonar es Dios, que él lo perdone, yo no lo puedo perdonar por haber asesinado a mis hijos*”. La otra madre, en la emotividad del momento se desmayó, sin que se hubiese contado para ese instante con un médico o un psicólogo que la atendiese.

⁷¹ Hebert Veloza García, comandante del bloque Calima.



En la ciudad de Barranquilla se contaba con una psicóloga de la CNRR, quien con profesionalismo y entereza apoyaba a las víctimas en su catarsis, pero dado el número de concurrentes, la mayoría de las veces resultaba insuficiente para satisfacer la demanda requerida. Ese apoyo psicológico necesario para las víctimas, también resulta serlo para los operadores y restantes servidores públicos que participamos en el proceso, que en ocasiones no hemos podido reprimir nuestros sentimientos ante los macabros y sucesivos relatos.

Y qué decir de los contrastes. Cuando Freddy Rendón Herrera, alias “El Alemán”, llegó a rendir versión al Centro Administrativo “La Alpujarra” de la ciudad de Medellín, la puerta de ingreso a la edificación y sus alrededores se encontraba obstaculizada por personas que apoyaban al versionado cual líder comunal, con un despropósito tal, que se hacían acompañar de una “papayera” o grupo musical nativo de las costas colombianas.

Dentro de las arengas que se escuchaban se hacía alusión al “salvador”, “pacificador” y otros calificativos equivalentes que en nada se compadecían con el contexto de la realidad, e incluso, hubo un momento en que éste se asomó por uno de los ventanales dirigiéndose a la concurrencia, a los que calificó como “mis amigos invisibles” y les dirigió algunas breves palabras.

Por obvias razones, de inmediato el Ministerio Público intervino en la situación haciendo un vehemente llamado a las autoridades policivas y a la Fiscalía para evitar esta clase de escenas, en la medida que, tal como se advirtió, el proceso de Justicia y Paz no puede convertirse en un espectáculo a través del cual se exalte a quienes son sujeto pasivo de la acción penal por su probable responsabilidad en la comisión de conductas tan graves.

Obviamente, la situación fue enderezada por la intervención del Ministerio Público, pues en lo sucesivo se implementaron los correctivos de rigor y ahora las versiones se efectúan con la medida y el manejo que la compleja situación amerita. No obstante, aún no se ha podido lograr la total asistencia para las víctimas, pero en camino de ello estamos.

Se destacan igualmente las versiones rendidas por Rodrigo Tovar Pupo, alias “Jorge 40”, y Hernán Giraldo Serna, alias “El Patrón”, a las cuales

concurría un gran número de víctimas, las que, una vez concluida la sesión diaria, expresaban en voz alta su rechazo y rabia, desahogándose con epítetos insultantes en contra de los postulados. No obstante Giraldo Serna atraía muchos adeptos, indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta con sus rasgos morfológicos, mujeres muy jóvenes, la mayoría entre 14 y 18 años, quienes esperaban paciente y silenciosamente en las afueras del Palacio de Justicia, y una vez advertían la salida del postulado lo aclamaban.

En la ciudad de Barranquilla, una de las víctimas de Rodrigo Tovar Pupo solicitó como reparación simbólica entrevistarse directamente con el perpetrador, lo que ocurrió en presencia de la Fiscalía, el Ministerio Público y el defensor, y en la recreación de los hechos la víctima, en medio del llanto expresó su perdón, ante lo cual el postulado manifestó que ese era el perdón que le interesaba. Este fue un caso aislado con relación al postulado Tovar Pupo, pues la ira, la impotencia y la frustración eran los sentimientos que reinaban en sus versiones, dada su tendencia evasiva y la displicencia con la que respondía a los interrogantes.

El apoyo del Ministerio Público en estas versiones fue fundamental, no sólo en la labor de complementariedad, sino en la necesidad de reiterarle al postulado que su actuar fue al margen de la ley y que las conductas desplegadas por el grupo que regentó estaban previstas como punibles en nuestra legislación, sin que pudiera legitimarse por razón alguna dicho actuar.

Fue tarea permanente, ardua pero productiva, la preocupación de los procuradores judiciales en cuanto al lenguaje utilizado por los perpetradores, quienes bajo el convencimiento erróneo de actuar legítimo –los comandantes- o de que desarrollar un “trabajo” –los subalternos- se expresaban de manera indigna frente a las víctimas e irrespetuosa frente a la institucionalidad.

En audiencias preliminares

La Comisión Colombiana de Juristas, en su condición de representante de víctimas, solicitó audiencia preliminar tendiente a obtener la nulidad de la versión libre de Wilson Salazar Carrascal, alias “El Loro”, por cuanto consideraba que la Fiscalía había impedido a las víctimas



el ingreso a la Sala de Versión para interrogar directamente al postulado. También peticionaron, entre otros, se autorizara expedición de copias de las diligencias, la transmisión de las mismas y el ingreso de ayudas técnicas.

En esa oportunidad, el Ministerio Público se pronunció de manera negativa pues estimamos que los principios de acceso a la justicia y publicidad no estaban afectados ni amenazados, y en el evento de haber ocurrido irregularidades, lo procedente era corregirlas más no acudir al extremo pretendido. Si bien la Fiscalía y el defensor del postulado argumentaron ausencia de legitimidad por activa de la Comisión de Juristas para solicitar la audiencia, la Procuraduría expuso que los apoderados de la organización no gubernamental podían considerarse víctimas potenciales de dicho postulado, por lo que su participación resultaba admisible hasta este momento.

Los planteamientos y argumentos de la Procuraduría fueron acogidos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisión del 2 de octubre de 2007⁷² en segunda instancia.

Posteriormente, en la audiencia de imputación del postulado Édgar Ignacio Fierro Flórez, alias “Don Antonio”⁷³, el magistrado con funciones de Control de Garantías manifestó que las víctimas no tenían participación en esa audiencia, pues hasta ese momento la magistratura desconocía quiénes ostentaban tal calidad y sólo después de culminada esa diligencia se podría establecer con claridad cuáles son las víctimas, esto es, la condición de víctima se conocía una vez la Fiscalía concluyera la imputación.

Ante tal manifestación, el Ministerio Público expuso que el artículo 2 de la Constitución Política establece, entre los fines esenciales del Estado, garantizar la efectividad de los derechos, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten y que en tal virtud la Corte Constitucional en varios pronunciamientos realizó un análisis ponderado de

⁷² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 2 octubre de 2007, MP Augusto Ibáñez Guzmán. Radicado 27484.

⁷³ Comandante del Frente José Pablo Díaz del bloque norte, que operó en el Departamento del Atlántico.

los derechos de las víctimas, haciéndose especial énfasis en la sentencia C-209 de 2007⁷⁴, según la cual “*la víctima podrá estar presente en la audiencia de formulación de la imputación*”.

También citamos la decisión de la Sala Penal de Corte Suprema de Justicia del 2 de octubre de 2007⁷⁵, en la que se analizan los derechos de las víctimas en el procedimiento de Justicia y Paz, afirmándose que *siempre* hay que considerar a las “*potenciales víctimas*” y sólo después de la formulación de la imputación cuando se concretan los hechos, cuando se pueda inferir razonablemente que el desmovilizado es autor o partícipe de los delitos que se investigan y se pueda establecer las consecuencias producidas, es que se determina las personas que resultaron afectadas, esto es, las que adquieren ya la condición de víctimas, conforme al artículo 5 de la Ley 975 de 2005.

Por ello, expusimos al magistrado que las víctimas deben ser citadas, que pueden concurrir a la audiencia y, para el caso concreto de Justicia y Paz, intervenir a través de sus representantes judiciales. En respuesta a la intervención del Ministerio Público, la magistratura manifestó que no estaba desconociendo los derechos de las víctimas, pero a su juicio, sólo después de la audiencia de imputación se conoce con certeza quiénes son las víctimas y a partir de ahí pueden intervenir, por lo cual una vez realizada la imputación de cada uno de los hechos, corrió traslado de la misma al Ministerio Público, al postulador y al defensor, después de lo cual se procedió a la solicitud de medida de aseguramiento, momento en el cual sí concedió el uso de la palabra a la representación de las víctimas.

7.4 Representación de las víctimas

Recordemos que la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006, precisó que la participación de las víctimas en todas las etapas del proceso comporta un auténtico derecho constitucional, pues un Estado democrático debe ser eminentemente participativo, lo cual se materializa con el acceso a la justicia sin limitación alguna.

⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia C-209 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

⁷⁵ Adoptada en el procedimiento seguido en contra del postulador Wilson Salazar Carrascal, alias El Loro, en el radicado 27484 ya citada.



La mayoría de las víctimas que concurrieron al inicio del procedimiento no contaban con un profesional del derecho que les asistiera y en tal razón acudían a los abogados de la Defensoría Pública presentes en la Sala, quienes de manera oportuna les brindaban la asesoría que en el momento requerían.

Sin embargo, teniendo en cuenta que un número importante no había diligenciado los formatos diseñados para obtener la representación judicial se acudió, por parte de la Defensoría, a desplazar hasta el Palacio de Justicia a judicantes para que diligenciaran dichos formatos, lo que agilizó el trámite y permitió que las personas, sin más gastos que los ya asumidos en su desplazamiento, pudieran formalizar su petición de asistencia judicial.

Si bien se satisfizo la demanda de servicios de manera adecuada y con compromiso, la experiencia advertida nos permitió hacer algunas recomendaciones tanto a la Defensoría como a la Fiscalía para que se adecuara un espacio idóneo para la atención de víctimas simultáneamente con las versiones.

Víctimas determinadas

Al iniciarse las versiones se advirtió concurrencia de víctimas de localidades distantes, en especial procedentes de los departamentos del Magdalena y del Cesar, quienes manifestaron su inquietud en cuanto a la asignación de abogados de la Defensoría Pública, pues a pesar de haber otorgado poderes y entregado documentos con antelación ante la Defensoría de su departamento, desconocían el trámite impartido, y en especial, qué defensor los representaba.

Por ello, se gestionó ante las Defensorías del Pueblo del Cesar, La Guajira y Magdalena para que remitieran el listado de víctimas a quienes aún no se había asignado defensor público, lo cual sirvió para solicitar ante la Regional Atlántico las respectivas asignaciones, obteniéndose que las víctimas del Bloque Norte y del Frente Resistencia Tayrona obtuvieran la representación judicial solicitada.

Algo diferente ocurrió respecto a las víctimas de los departamentos de Bolívar, Sucre y Córdoba, pues no obstante nuestra gestión en aras de la designación de los representantes judiciales de víctimas por parte de

la Defensoría Pública⁷⁶, fue necesaria la intervención de la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales ante el nivel central de la Defensoría Pública, para que las personas ubicadas en dichos territorios obtuvieran la representación.

Sin embargo, el panorama está lejos de ser resuelto, pues cada abogado de la Defensoría Pública representa centenares de víctimas, y a pesar de sus esfuerzos, profesionalismo y compromiso, tal cantidad de representados impide el ejercicio de sus derechos de manera idónea.

Víctimas indeterminadas

Al inicio de las versiones y de las audiencias no existía controversia alguna en torno a la representación judicial de las víctimas indeterminadas, por cuanto la Defensoría Pública asumió tal representación.

Sin embargo, con ocasión del pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte de 3 octubre de 2008, con ponencia del magistrado Alfredo Gómez Quintero, surgió la controversia en torno al rol del Procurador Judicial, pues existía reglamentación expedida por el señor Procurador General de la Nación que imponía tal deber a la Defensoría Pública.

En efecto, el Procurador General de la Nación en ejercicio de las facultades que le confieren los artículos 118, 275 y 281 constitucionales, 7° y 36 del Decreto 262 de 2000 y 8° del Decreto 3391 de 2006, expidió la Directiva 008 de junio 5 de 2007 a través de la cual impartió instrucciones, entre otras, a la Defensoría del Pueblo para que ejerciera la representación de las víctimas indeterminadas en el proceso de la Ley 975 de 2005.

Por ello, en cada ocasión pertinente, los procuradores judiciales hacían conocer a los operadores e incluso a la Defensoría, la reglamentación

⁷⁶ En reiteradas ocasiones expusimos ante la Defensoría la imposibilidad que tenían las víctimas de desplazarse hasta las ciudades capitales para gestionar la representación, por lo que sugeríamos la realización de jornadas de víctimas en la zona para que se recaudara información y documentación que les permitiera el acceso, jornadas que sólo se realizaron en el año 2009 una vez se acudió al nivel central.



expedida por el Procurador General como supremo director del Ministerio Público para garantizar los derechos de las víctimas en todas las etapas del proceso, instando al Defensor del Pueblo para que dispusiera lo necesario para garantizar la defensa material de las víctimas indeterminadas.

Adicionalmente, se consideraba que la facultad de ejercer la representación de las víctimas, en términos de la Ley 906 de 2004, sólo podría realizarse cuando mediara manifestación expresa de la víctima para que su representación la asumiera el procurador judicial penal, pero al no tenerse conocimiento de quienes son, individualmente, las víctimas, resulta imposible satisfacer este requisito de la intervención del Agente del Ministerio Público. Sin embargo, los magistrados de control de Garantías han insistido en que los Procuradores Judiciales Penales ejercen la representación legal de las víctimas indeterminadas.

El Ministerio Público resalta que en sus funciones está la de intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales, en tal sentido corresponde a los procuradores judiciales penales de Justicia y Paz velar por que se cumplan las garantías y derechos de las víctimas de las cuales se tenga conocimiento que han recibido un daño como consecuencia del delito, para ello la necesidad de establecer cuál es el contexto en que se encuentran esas víctimas, como también conocer siquiera sumariamente de la vulneración del derecho conculcado a las mismas, por lo cual tiene la responsabilidad de vigilar para que la Fiscalía General de la Nación realice la indagación necesaria que permita llegar al esclarecimiento de los hechos con la determinación de las personas afectadas.

7.5 Comentarios adicionales

Paradójicamente, nuestro acercamiento con las víctimas se ha visto afectado con las transmisiones a los lugares de residencia o cercanías, pues ya no comparecen personalmente a las versiones, por lo que en su momento recomendamos nuestra presencia en las jornadas de víctimas que realizan la Fiscalía y la Defensoría para adquirir la información de primera mano, insumo indispensable para nuestra intervención.

Ese contacto en el pasado nos permitía conocer los pormenores del hecho, del actuar de las autodefensas en la zona, sus relaciones en la localidad y en la región, las pretensiones de las víctimas en materia de reparación, si contaban o no con representación judicial; en suma, ejercer de manera cercana a la víctima nuestra función.

Por razón de las transmisiones de las versiones, hemos solicitado se autorice la intervención de Procurador en el municipio o lugar donde se vaya a transmitir la versión libre por parte de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz y/o de las audiencias a celebrarse en el Tribunal de Justicia y Paz, dado que la experiencia ha enseñado la importancia de la presencia de la Procuraduría en dichos lugares para el apoyo y orientación a las víctimas en el desarrollo de la diligencia, pues resulta frecuente la ausencia de un servidor judicial en los lugares donde se transmiten las diligencias.

No podemos dejar de mencionar a dos protagonistas que reclamaron nuestra atención por circunstancias disímiles. De una parte, los representantes de la Misión de Apoyo al proceso de paz de la OEA (MA-PP-OEA, comprometidos con su misión de seguimiento y apoyo a las víctimas. El otro protagonista, no muy afortunado, que a propósito mencionamos al final, fueron los niños y niñas presentes en las versiones, quienes escucharon lo que no debían oír, revivieron lo que no debieron vivir, con revictimización propia y transmitida por sus padres, los perpetradores y todos los adultos que estábamos allí. No fue tarea fácil convencer a quienes los acompañaban que su presencia en ese sitio resultaba innecesaria y perjudicial para su desarrollo adecuado o su rehabilitación como víctimas del conflicto.

DISCUSIONES ACTUALES DENTRO DEL PROCEDIMIENTO PENAL DE LA LEY 975 DE 2005 Y EL ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. TEMPORALIDAD DE LA LEY 975 DE 2005 Y LOS DELITOS SUSCEPTIBLES DE ALTERNATIVIDAD PENAL

*Mauricio Amaya Martínezclark,
Procurador 46 Judicial Penal de Barranquilla*

1.1 Presentación del tema

Por virtud de lo dispuesto en el artículo 72⁷⁷ de la Ley 975 de 2005, los beneficios que se otorgan a los desmovilizados de los grupos armados al margen de la ley que decidan colaborar con la paz, sólo cobijan los hechos ocurridos con anterioridad a la fecha en que la Ley entró en vigencia.

En efecto, la citada norma determinó que la Ley sólo se aplica a los hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia y que entra en vigor con el acto de su promulgación, la cual se produjo el día 25 de julio de 2005⁷⁸. Por lo anterior, parecería obvio concluir que los delitos cometidos desde esa fecha no pueden ser cobijados por los beneficios que reconoce la Ley 975 de 2005.

⁷⁷ Artículo 72. Vigencia y derogatorias. La presente ley deroga todas las disposiciones que le resulten contrarias. Se aplicará únicamente a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia y rige a partir de la fecha de su promulgación.

⁷⁸ Producida el día 25 julio de 2005 cuando fue publicada en el Diario Oficial No. 45.890 de esa fecha.

Sin embargo, comoquiera que muchos grupos armados al margen de la ley se desmovilizaron con posterioridad al 25 de julio de 2005, es pertinente preguntarse ¿qué tratamiento deben recibir los delitos cometidos por los miembros de los grupos armados al margen de la ley, durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado, que fueron realizados con posterioridad a la fecha de vigencia de la Ley 975 de 2005, pero con anterioridad al acto de desmovilización?

Aún cuando el problema puede ser examinado desde varias perspectivas, en esta oportunidad sólo se abordará desde la experiencia de los Procuradores de Justicia y Paz en el marco del juzgamiento de los desmovilizados postulados por el Gobierno Nacional.

1.2 El problema jurídico

El problema jurídico que se plantea tiene su origen en el manejo normativo diferenciado que se le ha dado a dos fenómenos del proceso de pacificación negociada en que se encuentra sumido el país: a) la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley, y b) los beneficios de rebaja de pena que se reconocen por el sometimiento voluntario a la institucionalidad, el cual se inicia con la desmovilización.

El tratamiento normativo de estos dos fenómenos no fue uniforme, ya que para el primero -las desmovilizaciones- no se fijó un límite temporal, mientras que para la aplicación de los beneficios de rebaja de pena, sí se estableció un término. Por tanto, los beneficios no podían ser aplicados a los delitos cometidos por el desmovilizado hasta el momento de su reincorporación a la civilidad, si ésta se había producido con posterioridad al 25 de julio de 2005.

De manera que el problema jurídico se refiere exclusivamente a la aplicación o inaplicación del artículo 72 de la Ley 975 de 2005 donde señala que los beneficios de la ley sólo cobijarán los hechos delictivos perpetrados antes de la fecha en que ella entró en vigencia.

Lo anterior porque con la aplicación de tal disposición se excluirían de cualquier beneficio las conductas punibles que fueron confesadas



y cometidas después de la vigencia de la Ley por los desmovilizados de los grupos armados al margen de la ley, durante y con ocasión de su militancia, a pesar de que, para la desmovilización o sometimiento, -posterior a la vigencia de la ley- se ha mantenido vigente la política y normatividad de pacificación *premier* concertada que motivó los acuerdos de reincorporación.

Algunas preguntas ilustran las dimensiones del problema jurídico.

- 1°. ¿Debe aplicarse estrictamente el artículo 72 de la Ley 975 de 2005, en cuanto afirma categóricamente que los beneficios de la Ley sólo se aplican a delitos cometidos antes de la fecha en que entró en vigencia la misma? o por el contrario, ¿pueden aplicarse esos beneficios a hechos cometidos por los postulados a Justicia y Paz que se adecúan al marco fijado por el artículo 2° de esa normatividad, pero realizados con posterioridad al 25 de julio de 2005 y con antelación al acto de desmovilización?

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisión del 24 de febrero de 2009 proferida dentro del radicado 30.999, resolvió el problema atribuyendo plena legitimidad al texto y plena aplicabilidad al contenido del artículo 72 de la Ley 975 de 2005, y por tanto, negando la posibilidad de reconocer beneficios por los delitos cometidos por los integrantes de los grupos armados al margen de la ley que, a pesar de adecuarse a las exigencias del artículo 2°, hayan sido perpetrados después del 25 de julio de 2005.

No obstante lo anterior, en el plano académico aún subsisten múltiples inquietudes, no sólo respecto de la legitimidad de la norma, sino de las consecuencias que se derivan de la interpretación acogida por la judicatura.

Por tanto, aún nos preguntamos:

- 2°. ¿Al afirmar que los beneficios de la Ley de Justicia y Paz no cobijan hechos perpetrados con posterioridad a la vigencia de la Ley pero anteriores a la desmovilización, también debe tomarse en consideración que el beneficio de la alternatividad exige, como condición resolutoria impuesta al postulado, la obligación

de satisfacer plenamente el compromiso adquirido de confesión completa y veraz?

Surge entonces, obligadamente la pregunta de si ¿la verdad total y completa que se exige para acceder a la alternatividad de la pena incluye el deber de confesar los delitos no amparados por la alternatividad punitiva?

Si la respuesta fuere negativa -bajo la lógica de que al no cobijarlos y no reconocerles beneficios, tampoco puede imponer obligaciones-, ¿dónde quedarían los derechos de las víctimas de estos delitos y de la sociedad en general?

Si la respuesta fuere afirmativa -bajo la lógica de que el sometimiento a la institucionalidad no puede ser parcial y por tanto la confesión debe ser completa y veraz-, ¿dónde quedaría el beneficio pretendido por la renuncia al derecho a la no auto incriminación? y, lo que es más importante, ¿dónde quedaría la coherencia misma del sistema que pondría a concurrir la pena alternativa con penas ordinarias, ambas provenientes de delitos realizados durante y con ocasión del conflicto?

3º. ¿Tienen valor probatorio, por fuera del proceso de Justicia y Paz las confesiones realizadas dentro de él?

Si la respuesta fuere positiva, de acuerdo con el valor de testimonio que contra los otros perpetradores del hecho podrían tener las confesiones, ¿podrían utilizarse en contra de los propios confesantes, en los procesos que deben adelantarse en la justicia permanente respecto de los delitos confesados pero no cobijados por el beneficio de pena alternativa, esto es, los ocurridos en el período que va de la fecha de la vigencia de la Ley 975 de 2005 hasta el momento de la desmovilización?

Si la respuesta fuere negativa, ¿estaríamos prohiendo una forma de impunidad, no sólo para el postulado, sino también para los demás coautores del hecho no acogidos a Justicia y Paz?



1.3 Alternativas en la solución del conflicto

Ya hemos visto que la Corte Suprema de Justicia tomó partido acogiendo la interpretación que excluye beneficios a los delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

No obstante lo anterior, se han expuesto dos posiciones que aún subsisten. La posición de la Sala de Casación Penal de la Corte y la posición acogida por casi todos los intervinientes del proceso, Procuraduría, Fiscalía y defensores, tanto de víctimas como de postulados. La Corte en su providencia resumió los fundamentos que sustentan cada una de las posturas, por ello, para no ser repetitivos recomendamos el análisis de la anotada providencia.

Dado que la posición derrotada fue la avalada por la mayoría de los intervinientes del proceso y, en ese grupo se encontraba el Ministerio Público, resulta importante resaltar algunos aspectos de la argumentación expuesta por la Procuraduría Judicial Penal.

Para esta postura, una interpretación sistemática y teleológica de las normas expedidas con el fin de pacificar la nación nos condujo a concluir que los beneficios de la Ley 975 deben extenderse a todos los hechos delictivos cometidos antes de la desmovilización, si éstos tienen relación temporal y causal con el accionar del grupo armado al margen de la ley, sin importar que la fecha de perpetración del mismo fuera posterior a la de la vigencia de la Ley.

La interpretación es sencilla: para garantizar el derechos de las víctimas y de la sociedad a conocer la verdad, toda la verdad y no simplemente una parte de ella, los beneficios deben hacerse extensivos a todos los hechos realizados hasta el momento de la desmovilización, así ésta se hubiese producido con posterioridad a la vigencia de la Ley.

El fundamento de esa interpretación también es simple, en la medida en que, desde la perspectiva del conflicto armado y del mecanismo de solución del mismo adoptado por el Estado colombiano -sometimiento voluntario a cambio beneficios punitivos-, todos los delitos cometidos con ocasión y durante la militancia en el grupo armado al margen de

la ley obedecen a la misma dinámica y circunstancias, por lo que no resulta lógico utilizar una fecha establecida por el legislador como un elemento de diferenciación de esos delitos, los que en términos del conflicto resultan ser iguales.

Tal interpretación basada en una fecha precisa conllevaría a una clasificación discriminatoria de las víctimas del conflicto armado, dado que, le reconoce a un grupo de ellas⁷⁹ el medio expedito para arribar a la verdad -que es el proceso y beneficios de Justicia y Paz-, y a otras les niega ese derecho⁸⁰, obligándolas a soportar los medios tradicionales de justicia cuya ineficacia para acceder a la verdad ya ha sido ampliamente probada.

En el anterior análisis debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la gran profusión de leyes, decretos, resoluciones o directivas, que se han expedido con miras a obtener la paz y que culminó con la ley 975 de 2005, la cual incorpora el concepto de justicia transicional⁸¹, potenciaron los derechos de las víctimas y de la sociedad, minimizándose en extremo la sanción de los perpetradores, sólo en razón de la satisfacción de los intereses de verdad y reparación para víctimas y sociedad.

En segundo lugar, a pesar de la antigüedad y degradación del conflicto, los mecanismos de justicia permanente han sido absolutamente insuficientes e ineficaces para asegurar la vigencia razonable del valor superior de la justicia, generando no sólo altos niveles de impunidad, sino también un espeso, extenso e intolerable manto que le impide a las víctimas y a la sociedad reconocer las dimensiones de la barbarie a que estábamos sometidos, la verdad sobre la identidad y compromiso delictual de los servidores públicos y personajes de la sociedad que auspiciaban o apoyaban la barbarie.

En tercer lugar, nada parece indicar que por fuera de los mecanismos de la justicia premial transicional adoptada pudieran satisfacerse los derechos individuales, colectivos y sociales a la verdad, la justicia y la

⁷⁹ Victimizadas antes del 26 de julio de 2005.

⁸⁰ Las que fueron victimizadas después del 25 de julio de 2005.

⁸¹ Que busca la solución del conflicto social mediante el mecanismo de: a) Reparar las consecuencias del delito, b) Flexibilizar las normas penales sustantivas.



reparación. De tal suerte que, sin las confesiones de los hechos anteriores a la desmovilización pero posteriores a la vigencia de la Ley 975, se afectarían gravemente los derechos de la sociedad en cuanto a esos hechos. Esa afectación de derechos no se limita al acceso a la verdad, sino que incluso, podría estimarse como una forma de impunidad.

Y por último, porque desde las perspectivas anteriores, el fin de pacificación, con verdad, justicia y reparación, a cambio de bajas penas, no debería fraccionarse utilizando la fecha de vigencia de la Ley para dejar por fuera del contexto de verdad, de justicia y de reparación, hechos anteriores a la desmovilización, la cual debería ser el límite temporal en un contexto de sometimiento a la justicia o de retorno a la civilidad y legalidad.

Ello en el entendido que todos los delitos cometidos por un grupo armado al margen de la ley que se produzcan antes de su desmovilización pero que tengan relación causal y temporal con la militancia a ese grupo, necesariamente tienen la misma lógica y dinámica, aún cuando sean posteriores a la vigencia de la Ley de Justicia y Paz o involucren diferentes perpetradores o partícipes.

Además el propósito de las normas de pacificación, y en especial el de la Ley 975, es llegar a la paz por vía del acuerdo, y en éste se incluyó, tanto sometimiento a la institucionalidad como flexibilización de la sanción para los delitos causal y temporalmente vinculados al conflicto, a cambio de que la sociedad y las víctimas sepan toda la verdad respecto de esos delitos y sean debidamente reparados por los daños causados por ellos. De tal manera que, si no existe diferencia en cuanto al contexto de comisión de los hechos delictivos, tampoco debe existir diferencia en el mecanismo estatal utilizado para su sanción.

Por tanto, a juicio de la anterior interpretación, la discriminación realizada en el texto del artículo 72 de la Ley 975 de 2005 respecto de delitos cometidos después de la entrada en vigor de la ley, resulta contraria al valor superior de la justicia acogido por nuestra Constitución.

1.4 Fundamento normativo

Las normas, en aparente o real conflicto son, tal como ya se ha señalado, por una parte, el artículo 72 de Ley 975 de 2005, el cual es muy claro y enfático en señalar que los beneficios de la Ley sólo cobijan hechos ocurridos antes de su vigencia, es decir, antes del día 26 de julio de 2005, de acuerdo con lo establecido en los artículos 52 y siguientes de la Ley 4 de 1913, Código de Régimen Político y Municipal.

En el otro extremo se encuentran los artículos 1° de la Ley 975 de 2005 y 2° del Decreto reglamentario 3391 de 2006, referidos al objeto de esa normatividad especial, destacando que su propósito es facilitar los procesos de paz y lograr la reincorporación a la vida civil de los miembros de grupos armados al margen de la ley garantizando los derechos de las víctimas.

Igualmente, el artículo 2° de la Ley 975, concretamente sus incisos primero y segundo. El primero, en cuanto determina el ámbito de aplicación de la Ley, circunscribiéndolo a los delitos cometidos por los desmovilizados de los grupos armados al margen de la ley, siempre y cuando esos delitos guarden relación temporal y causal con la militancia al grupo, y el desmovilizado contribuya decisivamente a la reconciliación nacional.

El segundo, en cuanto exige, a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, que la aplicación e interpretación de las normas de Justicia y Paz se realice de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia, en los que prevalecen los derechos de las víctimas.

Además de las citadas normas, también se pueden mencionar las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002 y 1106 de 2006 que prorrogaron la vigencia de la Ley 418 de 1997 hasta el año 2010.

La Ley 418 de 1997, prorrogada por la Ley 1106 de 2006, tiene por objeto, en primer lugar, dotar al Estado colombiano de instrumentos eficaces para asegurar la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho y garantizar la plenitud de los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución Política y aprobados



por los tratados internacionales suscritos por Colombia, y en segundo lugar, lograr la paz, que es un valor fundamental y un fin esencial del Estado, un derecho fundamental de los seres humanos y un deber de los ciudadanos.

Finalmente, la Ley 782 de 2002 -prorrogada por la Ley 1106 de 2006-, que fue ampliada y complementada por la Ley 975 de 2005 en la medida en que ambas implican flexibilización del derecho penal con miras a lograr la paz nacional, tal como se infiere del contenido de los artículos 2º inciso 3º, 9º, 10º y 62 de la Ley de Justicia y Paz.

1.5 Confesión de hechos cometidos con posterioridad a la vigencia de la Ley 975 de 2005

En las diligencias de versión libre los postulados venían realizando confesiones sin límite cronológico alguno. Las confesiones se referían a todos los hechos delictivos en los que participaron y que fueron perpetrados durante y con ocasión de su vinculación al grupo armado ilegal. La expresión “*todos*”, inhibía cualquier discriminación temporal y por tanto se refería a los cometidos desde el momento de la vinculación al grupo hasta el momento de la desmovilización, sin consideración alguna a la fecha en que ésta hubiese ocurrido.

El problema se genera en que la desmovilización de 25 frentes o bloques⁸² se produjo con posterioridad al 25 de julio de 2005, y por tanto, el concertado sometimiento a la institucionalidad y los actos de contribución a la paz nacional, incluyeron hechos no cobijados por la posibilidad de recibir la pena alternativa prevista en la Ley 975 de 2005.

Sumado a lo anterior debe recordarse que esas confesiones se realizaron bajo el entendido de que serían amparadas por el beneficio de alternatividad penal, atendiendo la interpretación que a la temática le dábamos la mayoría de los intervinientes del proceso –Fiscalía, Ministerio Público, defensores de víctimas y de postulados–.

⁸² Por ejemplo el bloque norte se desmovilizó el 6 y 7 de marzo de 2006 en La Mesa y Chimila jurisdicción de Valledupar (Cesar).

Esta práctica se modificó con ocasión de la decisión proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el día 24 de febrero de 2009 dentro del radicado 30.999 en la que determinó, con meridiana claridad, que los beneficios sólo cobijaban los hechos perpetrados antes de la vigencia de la Ley, es decir, los perpetrados hasta el día 25 de julio de 2005.

Hoy los perpetradores sometidos a Justicia y Paz, al realizar sus confesiones y responder las preguntas que les formulan las víctimas, tienen en cuenta la fecha de entrada en vigor de la Ley y excluyen los hechos que no quedan cobijados por ella. Entienden los postulados que si esos delitos no están cobijados por los beneficios de la Ley, por obvias razones, tampoco están cobijados por las obligaciones que ésta les impone.

Frente a esa circunstancia surge en consecuencia la necesidad de buscar una alternativa que satisfaga los derechos de las víctimas y de la sociedad, garantizando el derecho a la verdad, a la reparación y a la justicia con relación a esos delitos.

A juicio del Ministerio Público, dada la interpretación de inaplicabilidad de beneficios para los delitos cometidos con posterioridad a la fecha de vigencia de la Ley 975 de 2005, pero con anterioridad a la desmovilización, que ha impuesto la judicatura, debe garantizarse el derecho de las víctimas y de la sociedad a conocer la verdad, pero al mismo tiempo debe garantizársele a los postulados el derecho de no auto incriminación que es propio de todo procesado. Esa garantía debe operar con mayor fuerza frente a los hechos confesados bajo la convicción errada de que sería objeto del beneficio de pena alternativa.

1.6 Valor probatorio de las confesiones

136

Confesar es auto atribuirse hechos punibles realizados en circunstancias de las que se deriva responsabilidad penal para quien se las auto atribuye. Ahora bien, acorde con nuestra jurisprudencia y doctrina, para que en Colombia las confesiones tengan valor probatorio deben superar los controles formales y materiales. En el plano formal, las confesiones deben haberse realizado ante funcionario judicial, con la



asistencia previa y concomitante de un defensor, previa advertencia sobre el derecho a la no auto incriminación, de manera libre, consciente y voluntaria.

A su turno, en el plano material, debe superar los rigores del sistema de valoración probatoria imperante en Colombia que es el de la sana crítica. Adicionalmente, acorde con lo dispuesto en el inciso 6°, artículo 5° del Decreto 4760 de 2005, en el proceso de Justicia y Paz las confesiones producidas en la versiones tendrán plenos efectos probatorios.

De tal manera que, si en los trámites de Justicia y Paz los postulados han confesado la realización de hechos delictivos cometidos por ellos, y en tales confesiones se reunieron los requisitos establecidos por la ley y la jurisprudencia para admitirles valor probatorio, resulta obvio concluir que esas confesiones, al interior del proceso de Justicia y Paz, tienen pleno valor de acreditación.

Por supuesto, a pesar de que en Colombia la ley procesal penal permite la libertad probatoria, la mayoría de los hechos confesados, por su objetividad y/o complejidad, no podrán acreditarse integralmente con la confesión, en la medida en que en la mayoría de los casos concurrirá también la denuncia o el reporte de la víctima directa o indirecta, pero habrá casos en los cuales la confesión tendrá que ser el único medio de prueba, como en eventos de desapariciones forzadas con imposibilidad del hallazgo del cadáver –por ejemplo, si fue arrojado a un río-.

Ahora bien, comoquiera que no todos los ex miembros de los desmovilizados grupos armados al margen de la ley se sometieron al proceso de Justicia y Paz, resulta bastante fácil afirmar que las confesiones de los que sí se sometieron deben ser remitidas a la justicia permanente donde, previo el trámite propio de la prueba trasladada, deberán ser valoradas como testimonio, entendiendo que el mecanismo de valoración siempre será el de la sana crítica imperante en Colombia.

De tal manera que, en principio, todas las confesiones producidas al interior del proceso de Justicia y Paz tienen vocación probatoria en cualquier otro proceso. Esto es, podrán valorarse como tal, si reúnen las condiciones establecidas por la ley y la jurisprudencia para

hacerlo. La razón es elemental ya que el proceso de Justicia y Paz, a pesar de su especialidad, no deja de ser un proceso judicial y, por tanto, similar a cualquier otro producido en la justicia permanente, de tal suerte que las pruebas producidas en él –incluyendo la confesión– pueden ser trasladadas.

En el mismo sentido, en el proceso de Justicia y Paz, el reconocimiento o la negación del derecho a recibir una pena alternativa, es una de las opciones decisorias del proceso. Por ello, si un proceso de tal naturaleza ha sido tramitado respetando plenamente las garantías del debido proceso, y en él, al valorar la conducta del procesado, se concluye que no cumplió con las obligaciones que la ley le exige para acceder a la pena alternativa, la negación del beneficio no afectará la validez del proceso.

Por tanto, las pruebas producidas en él, serán plenamente válidas –incluyendo la confesión– y por ende podrán ser trasladadas a otro proceso y valoradas en él, si en este nuevo proceso se cumple con los requisitos necesarios para trasladar válidamente una prueba.

No obstante lo anterior, el Ministerio Público estima que si un postulado recibe los beneficios de la Ley 975 de 2005 y el hecho cometido con posterioridad a su vigencia de la Ley 975 de 2005 ha sido confesado con el fin de contribuir a la paz nacional, pero por razón de la fecha de su ocurrencia no puede quedar cobijado por los beneficios de la pena alternativa, la confesión no puede ser utilizada en contra del propio postulado en la justicia permanente, sin que ello implique la pérdida de las facultades estatales de investigar y sancionar al postulado por la realización de ese delito.

Si bien es cierto la confesión de hechos cometidos después de la vigencia de la Ley 975 de 2005 y antes de la desmovilización, resultaría ser una obligación del postulado de conformidad con los incisos 1° y 3° del artículo 17 de la Ley, por cuanto aquella debe ser completa y veraz, la confesión de tales hechos no podría ser utilizada por la justicia ordinaria por cuanto no se cumpliría con los requisitos formales para su conocimiento, por lo menos en cuanto hace al conocimiento exacto sobre las consecuencias de la renuncia al derecho de no auto incriminación,



pues en sede de justicia ordinaria las consecuencias de la renuncia a esta garantía no son las mismas del proceso transicional bajo estudio.

Ahora bien, si dentro del proceso reglado por la Ley 975 se realiza la confesión o reconocimiento de participar en la comisión de una conducta que no se cobijaría por los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, las víctimas de tal hecho no pueden excluirse del trámite correspondiente, si se tiene en cuenta que la calidad de víctima se establece con independencia de la identificación, aprehensión, procesamiento o condena del autor de la conducta punible, por lo que correspondería el trámite y fallo del incidente de reparación a favor de la víctima de tal hecho, la garantía a conocer la verdad de lo ocurrido y el correlativo deber del postulado en revelar esa verdad o contribuir a su establecimiento.

La conducta a desarrollar por parte de la justicia ordinaria, que por competencia debe conocer de la acción penal por este hecho, es adelantar el proceso por el rito procesal vigente a la época de comisión del hecho y restablecer todas las garantías y beneficios legales del procesado, reconociendo incluso el ejercicio de reparación integral a las víctimas de dicha conducta adelantado al interior del proceso de Justicia y Paz, elemento que incide en la dosificación de la pena que deduzca el juez ordinario. El restablecimiento de las garantías incluye la posibilidad de generar un espacio para que se adelante la confesión del procesado o indiciado y no tomar por tal la realizada en Justicia y Paz, la que de trasladarse no cumpliría con los requisitos formales, como se dijo.

2. PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

*Hernando Aníbal García Dueñas,
Procurador 9º Judicial Penal II de Bogotá D.C.*

2.1 Presentación del tema

La menor vulneración de los bienes jurídicos tutelados por la ley penal por delitos de poca gravedad o de reducido impacto social, indican la posible solución del caso al interior de la propia dinámica social con mecanismos jurídicos alternativos. Precisamente este tipo de conductas punibles fueron las que dieron origen a la solución entre las partes por medio de la aplicación del principio de oportunidad, instrumento jurídico que tiene por finalidad⁸³ que la Fiscalía General de la Nación suspenda, interrumpa o renuncie a la persecución penal.

Sin embargo ya no es sólo la menor gravedad del delito lo que genera su aplicación, pues el desarrollo de la política criminal del Estado ha ampliado las situaciones que pueden ser cobijadas por el principio comentado. Tal es el caso de delitos graves cometidos por quienes han pertenecido a un grupo armado organizado al margen de ley, utilizado ilegalmente uniformes e insignias y portado ilícitamente armas y municiones, y luego desmovilizado y manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad.

De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia “...*el principio de oportunidad reclama como condición básica inexcusable que la conducta penal se reporte típica, antijurídica y culpable, pues, sobraría mencionar; si sucede que falta alguno de estos atributos, lo adecuado no es acudir a esa potestad del fiscal, incluso sometida a bastantes condiciones, en punto de garantizar los derechos de las víctimas, que deben actualizarse*

⁸³ “La filosofía de este principio de oportunidad radica en la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidad; y, en contraprestación, se evitarían efectos criminógenos de las penas cortas de privación de la libertad, estimula la pronta reparación a la víctima; y se le otorga la oportunidad de inserción social al que cometió la conducta punible” Corporación Excelencia en la Justicia, Reforma Constitucional de la Justicia Penal, Tomo I, página 211.



*porque se parte de un principio de responsabilidad penal del procesado, sino solicitar la preclusión o pedir absolución*⁸⁴.

Por esta razón, en cumplimiento del principio de obligatoriedad, la Fiscalía tiene que investigar y acusar a los presuntos autores o partícipes del delito cuando tenga fundamento probatorio para hacerlo.

No obstante, la Fiscalía tiene también la facultad constitucional para aplicar el principio de oportunidad por razones de política criminal en las causales definidas en la ley, actuación que debe garantizar la participación de las víctimas para que puedan hacer valer sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, para lo cual está sometida al control de legalidad ante el Juez de Control de Garantías.

2.2 Fundamento normativo

El artículo 2º de la Ley 1312 de 2009⁸⁵ dispone que los desmovilizados de un grupo armado organizado al margen de la ley tienen la posibilidad de no ser perseguidos penalmente cuando no hayan sido postulados por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005, siempre que en su contra no cursen investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización.

Por la trascendencia de esta disposición, se exige la observancia de una serie de requisitos que buscan impedir que su aplicación sea generadora de impunidad. Lo anterior teniendo en cuenta que la procedencia del principio de oportunidad en relación con casos por delitos graves implica una excepción al principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, el cual es un desarrollo del principio de legalidad, que a su vez se encuentra soportado en la obligación a cargo del Estado de investigar y sancionar a los presuntos autores o partícipes de delitos graves.

No puede perderse el norte en cuanto a que el proceso de desmovilización es de integrantes de grupos organizados al margen de la ley que

⁸⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 13 mayo de 2009, Salvamento de voto del magistrado Sigifredo Espinosa Pérez, M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca. Radicado 31362.

⁸⁵ Modificatorio del numeral 17 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004.

han cometido delitos graves y tienen la obligación de confesarlos para acceder a los beneficios previstos en la Ley 975 de 2005. Por lo tanto es una ilusión pensar que los cerca de 29.000 desmovilizados que el Gobierno Nacional no postuló al proceso de Justicia y Paz no hayan cometido delitos graves, y que por esa razón la Fiscalía tuviera que dictar resoluciones inhibitorias a favor de más de 10.000 y que ahora se pretenda la aplicación del principio de oportunidad para los restantes 19.000.

Por esta razón, para evitar la impunidad en casos por delitos graves, al aplicar el principio de oportunidad, la Fiscalía tendrá que efectuar el trámite garantizando la participación de las víctimas para que tengan la posibilidad de presentar sus elementos probatorios con la finalidad de controvertir las consideraciones expuestas por la Fiscalía o manifestar su conformidad en su aplicación.

Pensar que 10.749 desmovilizados fueron beneficiados con resoluciones inhibitorias sustentadas en simples motivos que justifican la comisión del delito de sedición y conexos, sin haber contado con la participación de las víctimas, es poner en riesgo la posibilidad de garantizar la verdad, la justicia y la reparación. De ahí la importancia de la decisión de la Corte Suprema de Justicia⁸⁶ al resolver que no se estaba ante la comisión de un delito político sino de uno de mayor gravedad, el concierto para delinquir, razón por la que no resultaba viable reconocer beneficios a los desmovilizados, cuando lo procedente era iniciar las investigaciones penales para lograr esclarecer los hechos.

De connotada preocupación resulta el informe presentado por la Fiscalía en el marco del Foro "*Camino Jurídico aplicable a los procesos de Paz y Desmovilización Presentes y Futuros*"⁸⁷, no como presupuesto de justificación para la aplicación del principio de oportunidad, sino por la demostración de lo que puede significar la impunidad por delitos cometidos por miembros de grupos organizados al margen de la ley.

Las fechas presentadas por el ente acusador son inquietantes, ya que para la fecha de presentación del informe existían 31.804 desmovilizados, de los cuales sólo 3.538 fueron postulados a la Ley de Justicia y Paz por el

⁸⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 11 de julio de 2007, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, Julio Enrique Socha Salamanca. Radicado 26945.

⁸⁷ Congreso de la República, 9 de octubre de 2008.



Gobierno Nacional, 28.100 escuchados en versión libre al momento de la desmovilización, y que un número de 10.749 hayan recibido, sin compromiso adicional, beneficios como las resoluciones inhibitorias, no obstante que actualmente en 205 casos la Fiscalía no ha resuelto los recursos de apelación en su mayoría propuestos por el Ministerio Público.

El anterior panorama toma mayor relevancia para que al momento de efectuar el control de legalidad en la aplicación del principio de oportunidad a favor de los casi 19.000 desmovilizados, se garantice la participación activa de las víctimas y la oportuna intervención del Ministerio Público, y de esta forma se garantice que en cada caso resuelto se atienda a la finalidad real contemplada en la Ley 1312 de 2009.

2.3 Postura del Ministerio Público

Con anterioridad a la expedición de la Ley 1312 de 2009, la Corte Suprema de Justicia⁸⁸ consideró que disponer del delito de sedición a favor de miembros de grupos organizados al margen de la ley adolecía de serios vicios de inconstitucionalidad por vulnerar los derechos de la víctima y la imposibilidad de conocer la verdad afectando el derecho de reparación, de suerte que con la sedición no podía solucionarse la situación de los desmovilizados colectivamente.

Por esta razón, la Procuraduría General de la Nación en búsqueda de una salida expuso la necesidad de darle contenido a la *suspensión del ejercicio de la acción penal o procedimiento a prueba* conforme a lo previsto en el artículo 326 de la Ley 906 de 2004.

Sumado a lo anterior llamó la atención sobre la necesidad de garantizar los siguientes aspectos:

- (i) la reparación a las víctimas, con el establecimiento de planes de reparación -pecuniaria o simbólica-,
- (ii) la garantía de no repetición que requeriría, entre otros, de la asistencia de los desmovilizados beneficiados a programas de resocialización, reinserción y reconstrucción del tejido social,

⁸⁸ Ibíd. Corte Suprema de Justicia Radicado No. 26945

- (iii) la imposibilidad de hacer proselitismo político mientras el desmovilizado beneficiado se encuentre cumpliendo las condiciones de suspensión a período de prueba,
- (iv) la intervención de los jueces de Control de Garantías, quienes tendrían la responsabilidad de pronunciarse sobre la extinción de la acción penal y, finalmente,
- (v) la imposibilidad de obtener el beneficio cuando exista la comisión de delitos de tráfico de estupefacientes o constitutivos de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario.

La expedición de la Ley 1312 de 2009 abrió la puerta para que el Ministerio Público, de manera preferente, intervenga en todas aquellas actuaciones en las que la Fiscalía pretenda aplicar el principio de oportunidad a favor de quienes se han desmovilizado de grupos armados organizados al margen de la ley, con la finalidad de garantizar que su aplicación corresponda a los casos donde existan elementos de juicio razonables y suficientes para afirmar que se cumple con el mínimo de los requisitos exigidos⁸⁹ e igualmente garantizar que las víctimas sean informadas y reconocidas como intervinientes legítimos durante el desarrollo de la actuación.

En su aplicación, los jueces o magistrados de Control de Garantías tendrán la responsabilidad de impartir legalidad a la aplicación del principio de oportunidad en los casos que la Fiscalía lo solicite a favor de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, y con la finalidad de no desconocer los derechos de las víctimas, garantizar el debido proceso y evitar la impunidad de violaciones graves de derechos humanos y derecho internacional humanitario.

El Ministerio Público tendrá que intervenir con el propósito de velar por el cumplimiento de las condiciones para su otorgamiento, y en este sentido se debe tener presente que el principio de oportunidad: “...*(i) es una*

⁸⁹ “Igualmente amplían los requisitos y obligaciones de quienes puedan ser beneficiados con esta herramienta jurídica, cuyo único objeto es la desarticulación de las bandas criminales, la erradicación del delito, la eficacia respecto de los postulados de verdad, justicia y reparación a las víctimas y el respeto por los derechos humanos como ejes de la política criminal de Estado”. Informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley no. 342/2008 Cámara 261/2008 Senado.



figura de aplicación excepcional mediante la cual se le permite al fiscal suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal; (ii) las causales de aplicación del principio de oportunidad deben ser establecidas por el legislador de manera clara e inequívoca; (iii) debe ser aplicado en el marco de la política criminal del Estado; y, (iv) su ejercicio estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.”⁹⁰

Son varias las situaciones que deben tenerse en cuenta para la aplicación del principio de oportunidad, por ello nos ocuparemos de reflexionar sobre algunas de ellas.

Definición de los jueces de control de garantías

En principio, puede sostenerse que la competencia para la aplicación del principio de oportunidad está en los magistrados de Control de Garantías de la jurisdicción de Justicia y Paz, en atención a que la misma fue creada para facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley, tal como lo consagra el artículo 1° de la Ley 975 de 2005. La génesis de la normatividad de Justicia y Paz fue precisamente lograr una paz sostenida en nuestro territorio nacional, atendiendo a la consagración como derecho fundamental de todos los asociados de este valor, de conformidad con el artículo 22 de la Constitución.

El artículo 2° de la Ley 1312 de 2009, que modifica el artículo 324 de la Ley 906 de 2004, establece en el numeral 17 como beneficiarios del principio de oportunidad a los desmovilizados de grupos armados organizados al margen de la ley que no hayan sido postulados por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005, pero que también hayan manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad; esto es, facilitar los procesos de paz y contribuir a la reconciliación nacional, objetivos de la Ley 975.

Ahora bien, para efectos de lograr una efectiva aplicación del principio de oportunidad por parte de los jueces de Control de Garantías, es necesaria

⁹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-673 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

la designación de nuevos funcionarios, no sólo para viabilizar su materialización sino para evitar la congestión en la justicia ordinaria.

Además, debe concretarse si el conocimiento se va a realizar en todo el territorio nacional y ante las autoridades judiciales correspondientes al lugar de la comisión del delito, o sí por el contrario se tomará como estrategia la ubicación de los jueces de Control de Garantías y Fiscales correspondientes conforme a la distribución de los despachos judiciales de los fiscales y magistrados de Distrito Judicial encargados de la aplicación de la Ley 975 de 2005.

La segunda estrategia permitiría un mejor ejercicio de coordinación y seguimiento en la aplicación del principio de oportunidad, ya que los fiscales y los jueces competentes podrán acceder de mejor manera a la información que se tiene en el proceso de Justicia y Paz.

Igualmente, es importante advertir que con el número de funcionarios que intervienen directamente en la aplicación de la Ley 975 de 2005 no podría atenderse la aplicación del principio de oportunidad porque se generaría un nuevo factor para profundizar la poca celeridad del proceso de Justicia y Paz.

La existencia de constancias sobre antecedentes penales

Con el fin de contar con información relacionada con actividades delictivas o delitos cometidos por los desmovilizados, distintos a los contenidos en la Ley 1312 de 2009 o cometidos con posterioridad a su desmovilización es necesario que cada solicitud de aplicación del principio de oportunidad conste de los siguientes documentos:

- Certificado de antecedentes penales expedido por el DAS.
- Constancia de la Fiscalía conforme al sistema o base de datos del CISAD⁹¹, donde se registran las medidas de aseguramiento y condenas existentes.
- Certificación librada por la Fiscalía conforme al SIJUF⁹², sistema de información sobre procesos activos y su estado, que se siguen por la Ley 600 de 2000.

⁹¹ Centro de Información sobre Actividades Delictivas.

⁹² Sistema de Información Judicial de la Fiscalía.



- Reporte expedido por la Fiscalía de acuerdo con el SPOA⁹³, sistema de información sobre procesos activos y su estado conforme a la Ley 906 de 2004.
- Constancia de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz respecto a la información delictual que se pueda tener de los desmovilizados que se beneficiarán de la aplicación del principio de oportunidad, si se tiene en cuenta que los postulados en varios casos han delatado los nombres de autores y partícipes del delito, y;
- Certificación de los centros de servicios del Consejo Superior de la Judicatura con relación a los procesos a cargos de jueces y tribunales.

La suscripción de la declaración juramentada no sustituye la investigación a cargo de la Fiscalía

Para la procedencia de la causal de aplicación del principio de oportunidad, el desmovilizado deberá firmar una declaración bajo la gravedad de juramento⁹⁴ en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta norma, so pena de perder el beneficio dispuesto.

No obstante, la suscripción de la aludida acta no sustituye la responsabilidad del ente acusador en cuanto a la verificación de los antecedentes o anotaciones criminales existentes en contra del potencial beneficiado. Es así como la manifestación jurada tendrá un valor complementario a la actividad investigativa a cargo de la Fiscalía.

Téngase en cuenta que el riesgo que se corre por las deficiencias en las investigaciones está relacionada con la generación de impunidad y con una mayor gravedad cuando la aplicación del principio de oportunidad tenga como sustento la incapacidad de la Fiscalía para investigar delitos graves no confesados y ocultados por los desmovilizados no postulados y acreedores a un beneficio que resultaría perjudicial para la construcción de la verdad.

⁹³ Sistema de Información sobre Procesos Activos.

⁹⁴ A la que se refiere el inciso final del numeral 17 del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal.

Procedencia de las audiencias colectivas de control de garantías sustentadas en los programas metodológicos

Si bien se pueden hacer citaciones individuales o colectivas para la aplicación del principio de oportunidad, el criterio para la convocatoria tiene que obedecer a las circunstancias relacionadas con la participación del desmovilizado en un determinado grupo, frente o patrulla. Por lo tanto, son improcedentes las citaciones que se hagan en listados sin correspondencia a la lógica de un bloque, frente o patrulla a la que pertenecían los desmovilizados.

Hacerlo en distinta forma es poner en riesgo su finalidad, pues su aplicación no solamente va dirigida a la renuncia de la Fiscalía para ejercer la acción sino también al cumplimiento de las condiciones derivadas de la suspensión a período de prueba, como por ejemplo, viabilizar desde la responsabilidad individual de los desmovilizados la reparación de las víctimas, la cual sólo es posible y comprensible dentro del marco de una comunidad determinada y afectada por las actividades criminales de los desmovilizados, o garantizar que las víctimas puedan acudir y ejercer su derecho de oposición a la aplicación de principio de oportunidad cuando identifiquen a los presuntos autores o partícipes de delitos graves o se encuentre cualquier otra circunstancia que impida impartir la legalidad de su aplicación.

Convocatoria a las audiencias de legalización a la aplicación del principio de oportunidad

Si se trata de desmovilizados respecto de quienes se desconoce su paradero, pero que adquirieron el compromiso de comparecer cuando fueren citados, es recomendable que con anterioridad a la citación se efectúe una campaña de divulgación con fechas límite para que informen a las autoridades judiciales su lugar de ubicación y de este modo viabilizar su presencia en las audiencias. En iguales términos de divulgación deberá convocarse a las víctimas para garantizar su participación durante la actuación.

Participación de las víctimas

El trámite debe ser informado a las víctimas, debido a que ellas son parte central del proceso, y por vía de integración o complementariedad han de tenerse en cuenta las sentencias C-454 de 2006, C-209 y C-516



de 2007 de la Corte Constitucional⁹⁵, las cuales van en dirección de garantizar su participación durante toda la actuación, para lo cual tienen que estar debidamente informadas desde el inicio del trámite.

De acuerdo con lo anterior, debe generarse la suficiente publicidad por los diferentes medios para que las víctimas puedan participar en las audiencias y así logren intervenir en la actuación con el fin de aportar elementos probatorios para oponerse a la impartición de legalidad, o hacer sus reclamaciones desde la perspectiva de la reparación, o mostrar conformidad con la actuación, e incluso conocer la identidad e individualización de los desmovilizados que se beneficiarán del principio de oportunidad.

Vale recordar que la Comisión Constitucional redactora de la Reforma Penal en el 2002 consagró lo que podría denominarse el *principio de acceso de las víctimas a la administración de justicia*⁹⁶. En ese sentido, la víctima tiene derecho a recibir durante todo el procedimiento un trato humano y digno, a la protección de su intimidad y la garantía de su seguridad, la de sus familiares y testigos a favor a obtener una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a ser oída y a que se le facilite el aporte de pruebas, a recibir información pertinente para la protección de sus intereses, a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual ha sido víctima y a que sus intereses sean considerados al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del delito.

Precisamente el artículo 327 de la Ley 906 de 2004 establece que el Juez de Control de Garantías deberá efectuar el control de legalidad de las solicitudes individuales o colectivas a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad.

Este control será obligatorio y automático en audiencia especial donde la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía para sustentar la decisión, y si bien el juez resolverá de plano, la decisión es susceptible de recursos.

⁹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-454 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño; sentencia C-209 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; sentencia C-516 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁹⁶ Proyecto de Código de Procedimiento Penal, Comisión Constitucional para la Reforma Penal, 15 de abril de 2002.

Una de las razones de oposición a la aplicación del principio de oportunidad está relacionada con el desconocimiento del principio de legalidad, pues si bien el Fiscal tiene la potestad para su aplicación, incluso para determinar las condiciones a cumplir por el beneficiado desmovilizado durante el período de prueba, el mismo tiene que obedecer a la realidad de la situación que relaciona a la víctima con el desmovilizado.

De esta forma, el Fiscal no podrá bajo criterios de autonomía, con desconocimiento del derecho de las víctimas y del principio de legalidad, abstenerse de someter al beneficiario a la obligación de reparar integralmente a las víctimas; a la realización de actividades a favor de la recuperación de las víctimas; a la colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas cuando medie su consentimiento; a la manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa; a la obligación de observar buena conducta individual, familiar y social; a la dejación efectiva de las armas y la manifestación expresa de no participar en actos delictuales; a la cooperación activa y efectiva para evitar la continuidad en la ejecución del delito, la comisión de otros delitos y la desarticulación de bandas criminales, redes de narcotráfico, grupos al margen de la ley, o aquellas organizaciones vinculadas con los delitos a los que hace referencia el parágrafo 2° del artículo 324 de la Ley 906 de 2004⁹⁷.

De las decisiones inhibitorias y preclusiones de la investigación adoptadas con anterioridad al 11 de julio de 2007

Para sustentar los recursos contra las resoluciones inhibitorias y preclusiones de investigación proferidas por la Fiscalía, el Ministerio Público en Asuntos Penales recordó que de acuerdo con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en decisión del 11 de julio de 2007⁹⁸, los paramilitares no actuaban en contra del Estado sino en complicidad con él.

Esta relación ha sido ventilada en tribunales internacionales que han condenado al Estado Colombiano por masacres y crímenes donde los paramilitares actuaron protegidos o conjuntamente con militares y

⁹⁷ Condiciones, entre otras, previstas en el artículo 326 ibídem.

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 11 de julio de 2007, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, Julio Enrique Socha Salamanca. Radicado 26945.



policías. De esta forma, es posible afirmar que parte de las motivaciones de tales grupos armados al margen de la ley no eran políticas sino económicas y no buscaban derrocar un régimen político, pero sí ayudar a mantener la institucionalidad.

En consecuencia, el Ministerio Público señaló que era aplicable por complementariedad⁹⁹ la causal del principio de oportunidad previsto en el numeral 15 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 y la figura de suspensión a prueba, conforme a las consideraciones del Procurador General de la Nación en búsqueda de una salida jurídica y coherente para los desmovilizados no postulados por el Gobierno Nacional.

Lo anterior, porque si bien contra estos desmovilizados no postulados se procede por el delito de concierto para delinquir agravado, la persecución penal comporta problemas sociales más significativos en la medida que judicializar a más de veinte mil desmovilizados constituiría un obstáculo para alcanzar los fines de la Ley de Justicia y Paz, la imposibilidad de obtener la reconciliación nacional y erradicar el conflicto armado, de tal modo que con la aplicación de la causal 15 *ibidem* y la suspensión del procedimiento a prueba con la finalidad de lograr la reparación integral de las víctimas resultaba apropiado imponer al beneficiario las obligaciones y condiciones por un término definido, encaminadas a garantizar los derechos de las víctimas para luego una vez cumplidas proceder al archivo de la actuación.

La Fiscalía, al resolver los recursos interpuestos ha venido sosteniendo como núcleo, que no es procedente aplicar el principio de complementariedad por cuanto el mismo hace relación a situaciones no previstas en la Ley 975 de 2005 que no tienen alcance a las normas sobre el proceso de desmovilización, las cuales deben atender las previsiones del artículo 9º de la Ley 782 de 2002, por la cual se rige el proceso de desmovilización. De tal modo no estima procedente la revocatoria por las decisiones que dan fin a las investigaciones por el delito de sedición y niega proceder por el delito de concierto para delinquir agravado.

⁹⁹ En virtud de lo dispuesto por el artículo 62 de la Ley 975 de 2005.

Así las cosas, para el ente investigador, la decisión de la Corte Suprema de Justicia del 11 de julio de 2007 no tiene cabida, por cuanto la Fiscalía está resolviendo en consideración a la aplicación del principio de favorabilidad, en seguimiento a la misma línea jurisprudencial frente al delito de sedición. Para ello, refiere la providencia del 7 de febrero de 2006 radicado 25010 y del 13 de junio de 2007 radicado 27153 de la misma Corte.

No obstante, las resoluciones inhibitorias y de preclusión de la investigación pendientes de notificar no pueden desconocer lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en providencia del 11 de julio de 2007, por lo que la Fiscalía debería proceder a la revocatoria de tales decisiones y analizar la viabilidad en la aplicación del principio de oportunidad, no hacerlo es desatender lo resuelto por la Corte.

Ahora, para el caso es preciso tener en cuenta que la aplicación del principio de oportunidad es posible desde la vigencia del Acto Legislativo 03 de 2003, lo cual significa que lo es para delitos cometidos en vigencia de las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, esto es a partir de diciembre de 2002 lo que viabiliza el estudio a cargo de la Fiscalía.

Finalmente, el Ministerio Público tendrá que garantizar que la aplicación del principio de oportunidad no implique el desconocimiento de los derechos de las víctimas, ni que se convierta en un mecanismo de consolidación de la impunidad.

También debe propender porque en su aplicación se cumpla con su finalidad, con el querer del legislador que no fue otro que establecer requisitos para que en el evento de ser viable su aplicación en un caso en particular no sea por una postura simple y residual, sino con una correspondencia de garantías, especialmente para garantizar la participación de las víctimas con el propósito de generar un espacio de reconciliación, donde tengan cabida los presupuestos de verdad, justicia y reparación. Propósito que puede observarse en el contexto de la Ley 1312 de 2009, al advertirse, por un lado los requisitos formales que tienen que cumplirse para su procedencia, y por otro, las condiciones que debe observar el beneficiario durante el período de suspensión a prueba.



3. CONTENIDO DE LAS AUDIENCIAS EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

*Miguel Antonio Carvajal Pinilla,
Procurador 1° Judicial Penal II de Bogotá D.C.*

3.1 Presentación del tema

Una mirada desprevenida a la normatividad contenida en la Ley 975 de 2005 nos ofrece el panorama de una compilación eminentemente procesal, con una orientación político criminal, encaminada a la investigación y sanción de determinadas conductas punibles, que constituyen graves violaciones al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, por medio de un procedimiento “abreviado” negocial.

Dicha orientación político criminal tiene una vinculación sustancial con el sistema procesal de corte acusatorio, con implementación oral de la gran mayoría de sus fases, por lo que resulta de especial trascendencia desentrañar los contenidos de cada una de las audiencias que de manera sucesiva conducen a la decisión final.

3.2 Fundamento normativo

Las audiencias que se deben llevar a cabo dentro del procedimiento de Justicia y Paz están previstas tanto en la Ley 975 de 2005 como en la Ley 906 de 2004¹⁰⁰. Las contempladas en el primer cuerpo normativo están contenidas en los artículos 18, sobre la imputación, el término para desarrollar labores de verificación y la solicitud de la formulación de cargos; y 19, sobre la formulación de los cargos y su aceptación por parte del postulado, la verificación por la Sala de Justicia y Paz sobre la legalidad de la formulación y aceptación de cargos.

En cuanto a la Ley 906 de 2004 deben mencionarse los artículos 286 y 287 sobre el concepto de imputación y las situaciones que determinan

¹⁰⁰ En virtud del principio de complementariedad consagrado en el artículo 62 de la Ley 975.

la formulación de la misma, 288 sobre formalidades en la formulación de la imputación; 336 y 337, sobre el fundamento de la acusación y el contenido del escrito, 339, 340 y 341 sobre el trámite de la audiencia de formulación de acusación, el reconocimiento de las víctimas su representación y las medidas de protección a que haya lugar; inciso 4º, artículo 351, sobre las obligaciones del juez de conocimiento al revisar la legalidad de los preacuerdos y negociaciones.

3.3 Audiencia de formulación de imputación

Teniendo en cuenta la decisión del 12 mayo de 2009, en la actuación seguida en contra del postulado Cesar Augusto Botero, proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 31150, se hace necesario estudiar cuál es el contenido de cada una de las diligencias que se adelantan ante los magistrados de Control de Garantías establecidos por la Ley 975 de 2005.

En la providencia citada, la Corte se pronunció sobre un recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y la defensa, en contra de la decisión adoptada por el magistrado de Control de Garantías de improbar la formulación de imputación respecto de cuatro de los siete hechos por los que se solicitó la audiencia preliminar.

La decisión de improbar la formulación de imputación se fundamentó en que la Fiscalía no suministró información suficiente con base en la cual el magistrado de Control de Garantías pudiese comprobar que, efectivamente, existe una inferencia lógica sobre la participación del postulado en la comisión de las conductas punibles descritas en la imputación.

Igualmente se argumentó que el artículo 286 de la Ley 906 de 2004, impone a la Fiscalía una carga mínima para efectos de la imputación, consistente en enunciar los elementos materiales probatorios y la información legalmente obtenida que le permiten o posibilitan formular la imputación. En ese sentido se sostuvo que frente a los siete homicidios constitutivos de los primeros cuatro hechos imputados, la Fiscalía se limitó a señalar el sitio y fecha de ocurrencia, y en algunos casos indicó quiénes participaron de manera directa e indirecta, sin referirse a las pruebas que cuenta para demostrar que las muertes ocurrieron.



“Es decir, no señaló si cuenta con las diligencias de levantamiento de cadáver se practicaron o no, si cuenta con estas y con el protocolo de necropsia y el registro civil de defunción”.¹⁰¹ Sin embargo, frente a las conductas imputadas de concierto para delinquir agravado, fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones (tanto de uso privativo de las FF.AA., como de defensa personal), y utilización ilegal de uniformes e insignias la Sala impartió aprobación a la imputación imponiendo medida de aseguramiento por la conducta de concierto para delinquir agravado, al ser ésta de conocimiento de los Jueces Penales de Circuito Especializados.

Aquí se hace necesaria una aclaración, ya que revisada la actuación no se encuentra diferencia entre las imputaciones correspondientes a los cuatro primeros hechos y las tres últimas que resultaron aprobadas. Esto es así porque los elementos materiales probatorios, la información legalmente obtenida o la evidencia resultan de una única fuente: la confesión del postulado, a menos que se considere la exhibición o enunciación de la comunicación sobre su postulación como un elemento adicional o evidencia suficiente para contrastarla con la confesión.

Ahora bien, nótese que dentro de la argumentación para rechazar la imputación de los homicidios la crítica del magistrado se dirigía en contra de la materialidad de la conducta y de la autoría o participación del postulado en dicha conducta, luego resulta bastante contradictorio, que no se arribara a la misma conclusión con respecto a las conductas imputadas que sí fueron aprobadas.

Por su parte, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, comienza por destacar que, frente a la diligencia de formulación de imputación, no pueden hacerse las mismas exigencias establecidas en la Ley 906 de 2004. Esto porque dichas exigencias resultan incompatibles con los fines político criminales de la Ley 975 de 2005 consagrados en el artículo 2º, inciso 1º, Decreto 3391 de 2006, concordando con el artículo 18 de la Ley 975 de 2005, preceptiva de la que destaca la versión libre, como fuente de información para realizar la inferencia razonable sobre materialidad de la conducta, autoría y participación.

¹⁰¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 12 de Mayo de 2009, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán, radicado 31150.

Agrega que la Sala ha definido la labor del magistrado de Control de Garantías en cuanto a la formulación de imputación. En primer lugar está en el deber de constatar que, el desmovilizado por imputar, haya sido postulado por el Gobierno Nacional, que se haya desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley y que los hechos por imputar hayan tenido ocurrencia con ocasión y dentro del tiempo de militancia en dicho grupo.

En segundo lugar, corresponde al magistrado de Control de Garantías revisar la legalidad material de los cargos imputados sobre “...*los motivos fundados que permiten la inferencia razonable de la probable autoría o participación del procesado en los hechos imputados.*”¹⁰² Posteriormente pasa a examinar la implicación probatoria de la confesión, no sólo dentro del contexto de la Ley 975, sino que, igualmente se examina la reglamentación de la confesión en el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000 acotando que dichos estatutos procesales difieren de la Ley 906 de 2004 en cuanto a la permanencia de la prueba. Y en relación con la Ley 975 la divergencia es aún más profunda, ya que se parte de un presupuesto esencialmente diferente: la renuncia del indiciado a la garantía fundamental de la no autoincriminación.

Frente a los requisitos de legalidad formal y material de la confesión, la Sala establece que es aplicable lo dispuesto por los artículos 296 del Decreto Ley 2700 de 1991 y 280 de la Ley 600 de 2000. En cuanto al aspecto formal las dos normas establecen una serie de condicionamientos que deben ser observadas y respecto del aspecto material los dos estatutos coinciden en el análisis de la confesión con base en las reglas de la sana crítica y los criterios establecidos para la valoración de la prueba testimonial.

Teniendo en cuenta que este análisis normativo establece que la confesión del postulado en la Ley de Justicia y Paz, como sustento de la imputación, impone al Fiscal la obligación de argumentar pertinencia, profundidad y eficacia de la confesión, ejercicio en el que debe mediar el examen de “*coherencia interna y externa del relato, el objeto percibido, su nivel de descripción y, por tratarse de hechos que fueron cometidos*

¹⁰² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal auto del 8 de junio de 2007, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón Radicado 27484.



*con ocasión y durante la militancia del postulado en el aparato ilegal armado de poder, verificar si el modus operandi se corresponde con el patrón delictivo del grupo, para lo cual deberá auscultarse la razón de la victimización y si fuere del caso, su sistematicidad”.*¹⁰³

Luego de esta conclusión la Corte determina que los estándares probatorios de la Ley 975 deben identificarse con los utilizados por organismos internacionales de protección de los derechos humanos. Además indica que para efectos de la labor de fiscales y magistrados de Justicia y Paz, el patrón de sistematicidad criminal resulta ser un elemento fundante, tanto de la materialidad de la conducta, como de la autoría y participación del desmovilizado.

Aquí cabe hacer una reflexión sobre lo que determina la providencia como elemento o nota que distingue la especialidad del procedimiento establecido en la Ley 975 en materia probatoria, a saber: la suspensión de la “*presunción de inocencia*”. Ahora bien, no puede considerarse que la renuncia a la no autoincriminación, base de la confesión en versión libre, la renuncia a un juicio público, concentrado y contradictorio, eliminen la garantía citada. Si ello fuere así, resulta innecesario que la confesión sea valorada o examinada por medio de la sana crítica testimonial.

Aunado a lo anterior no existe sistema procesal sancionatorio que admita la declaratoria de responsabilidad basado única y exclusivamente en la confesión del procesado, salvo el sistema adoptado en el tribunal del santo oficio.

Por lo tanto, según la providencia, aun existiendo esa confesión simple y llana, debe acudirse a la constatación sobre la correspondencia del relato al modus operandi del grupo al que pertenecía el imputado, es decir, se debe determinar si la conducta descrita responde a esa sistematicidad de conductas realizadas por los grupos armados desmovilizados.

Para el efecto tendrá la Fiscalía el imperioso deber de, por lo menos, comparar esa versión con las de otros desmovilizados, acudir a investigaciones sobre el conflicto armado, relato de víctimas de éste, con

¹⁰³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 12 de mayo de 2009, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán Radicado 31150.

el fin de establecer ese modo de operar y toda esa información resulta ser adicional al relato- confesión del procesado. En consecuencia, si el postulado ha confesado, pero su confesión no resulta suficiente para imponerle una sanción, es porque todavía opera plenamente la garantía de la presunción de inocencia, en los términos del artículo 29, inciso 4° de la Constitución Política.

Aspectos probatorios y pruebas de oficio

Posteriormente la Sala afirma que el papel del magistrado de Control de Garantías en la Ley 975 de 2005, difiere del normado para el Juez de Control de Garantías de la Ley 906 de 2004, porque el primero tiene vocación probatoria a diferencia del segundo. En virtud de esta facultad puede interrogar ampliamente al postulado y recibir los testimonios que le soliciten las víctimas y el Ministerio Público, e incluso, ordenar pruebas de oficio; refiere que se puede escuchar a expertos, funcionarios de entidades públicas y solicitar a los intervinientes la aportación de información o evidencia. Sin embargo, renglones más adelante expresa que el funcionario de control de garantías se excede en cuanto reclama que la confesión esté asistida de otros medios de prueba.

No se encuentra razón de mérito para hacer esta distinción, si bien es cierto que frente a la formulación de la imputación, en un sistema adversarial, el juez no tiene facultades probatorias en estricto sentido. En cambio frente a la imposición de la medida de aseguramiento si puede solicitarse la exhibición de la evidencia o información en la cual se sustenta la solicitud de la misma, es más, la misma Corte ha reconocido la vocación probatoria del Juez de Control de Garantías, diferenciando esta situación de manera clara frente al Juez de Conocimiento.

Por consiguiente, no resulta claro cómo podría ordenar la práctica de pruebas el magistrado de Control de Garantías, frente a la formulación de imputación, cuando ese acto es de mera comunicación. Es así como tales afirmaciones terminan por descuadernar y hacer ininteligible el procedimiento establecido en la Ley 975 de 2005, peor aún cuando llama exceso a la facultad que considera otorgada al funcionario de control de garantías para contribuir a la construcción de la verdad.



La providencia concluye que el impugnante no tiene razón al aducir que la confesión del postulado es suficiente para sustentar la formulación de imputación y que la Fiscalía incumplió con su deber de acreditar de manera completa el juicio de probabilidad sobre la participación o autoría del postulado, con respecto a las conductas por las que se procedía, limitándose a establecer que la conducta se identificaba con una política sistemática y generalizada de los grupos armados desmovilizados, aserto sustentado exclusivamente en la confesión del postulado.

De igual manera consideró que el magistrado de Control Garantías se excedió al examinar la imputación a la luz de los parámetros de la Ley 906 de 2004 e “improbando los cargos formulados”, desconociendo por esta vía el relato del postulado y los derroteros de la Ley 975 de 2005, ordenando que se realice una nueva audiencia para que el magistrado revise la “legalidad” de las conductas imputadas que fueron objeto de rechazo.

El efecto de una decisión como la antes reseñada no puede ser otro que la confusión y perplejidad del magistrado correspondiente, en cuanto al rol que debe desempeñar en la actuación que se repuso, esto es la nueva audiencia de imputación.

Consideramos, entonces, que en la audiencia de formulación de imputación, la labor del magistrado de Control de Garantías se debe circunscribir a la revisión de la claridad de las conductas imputadas, al sustento de la inferencia lógica sobre autoría o participación, con el fin de cumplir con el objeto de la diligencia, esto es servir de acto de comunicación al imputado-postulado, sin desconocer que a la Fiscalía corresponde la valoración de la confesión y de la información obtenida, como sustento de la inferencia razonable que da origen a la imputación de una conducta.

3.4 Audiencia de formulación de cargos

La audiencia de formulación de cargos establecida en la Ley 975 de 2005 se presenta una vez se ha agotado el término otorgado para que la Fiscalía realice las verificaciones correspondientes, recopile las

informaciones y evidencias necesarias para delimitar los hechos que fueron imputados y logre una adecuada calificación jurídica, con miras a la aceptación de los cargos formulados por parte del postulado y establezca los fundamentos de la sentencia en cuanto a la declaratoria de responsabilidad penal.

Competencia de los magistrados de control de garantías

Luego de la primera experiencia en relación con la formulación de cargos, en el caso de Wilson Salazar Carrascal, en la ciudad de Barranquilla, se presentó una situación bastante particular respecto de la competencia de los magistrados de control de garantías para conocer de la formulación de cargos y la correspondiente diligencia. Lo anterior porque surgió una dualidad, en razón de interpretaciones divergentes de las normas correspondientes.

Uno de los magistrados de garantías radicados en Barranquilla y un sector de Defensores Públicos de la ciudad estimaban que las normas que regulaban la competencia de los magistrados de Control de Garantías, para realizar la audiencia de formulación de cargos, eran contrarias a la Constitución Política y por ende aplicaron o invocaron excepción de inconstitucionalidad.

Por el contrario, otro magistrado de las mismas calidades, los Procuradores de Justicia y Paz, los Fiscales, los defensores privados y los defensores públicos de otras ciudades, estimamos que no había tal inconstitucionalidad.

En esencia el problema se desarrolló por cuanto la magistrada de Control de Garantías se declaró incompetente, aplicando la excepción de inconstitucionalidad de los apartes pertinentes del artículo 13-6, inciso 3° del artículo 18, inciso 2° del artículo 19 y último párrafo del artículo 22 de la Ley 975 de 2005.

La inconstitucionalidad se fundamentó en consideración a los artículos 18 y 19 de la Ley de Justicia y Paz que regulan, entre otras figuras, la diligencia de formulación de cargos, la cual equivale a la acusación a que alude el artículo 250-4 de la Constitución Política, el cual establece



que la acusación debe formularse ante el Juez de Conocimiento. Los artículos 18 y 19 de la Ley 975 de 2005 establecen que la acusación –formulación de cargos - se realiza ante el magistrado de Control de Garantías, luego entonces, la audiencia de formulación de cargos –léase acusación– prevista en los artículos 18 y 19 y demás normas de la Ley 975 contrarían flagrantemente el mandato de competencia en cabeza del Juez de Conocimiento, prevista en el artículo 250-4 de la Constitución Política, reformado por el Acto Legislativo 03 de 2002.

Adicionalmente, señaló que la audiencia de formulación de cargos también resulta contraria al artículo 29 constitucional, y, por vía del artículo 93 de la Carta, a los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia que consagran el principio de celeridad y el de acceso a la justicia sin dilaciones injustificadas, en razón a que la audiencia de formulación de cargos prevista en los artículos 18 y 19 y demás normas inaplicadas resulta repetitiva frente a la audiencia de control de legalidad de la aceptación de los cargos que se realiza ante la Sala de Justicia y Paz por mandato del artículo 19, parcialmente inaplicado.

Por último, consideró vulnerado el artículo 13 constitucional, pues la Ley 975 de 2005 contempla una audiencia inexistente en la Ley 906 de 2004, en detrimento de los derechos del postulado frente a los infractores de la ley penal vinculados a la justicia ordinaria. Reiteró la magistrada que cada una de las vulneraciones constitucionales mencionadas, afectan los derechos de las víctimas en cuanto al acceso a la administración de justicia y plazo razonable en la solución de los asuntos.

En otra audiencia, a cargo del otro magistrado de Control de Garantías radicado en Barranquilla, los defensores de víctimas, con fundamento en el artículo 250-4 constitucional, impugnaron la competencia del funcionario, afirmando que la acusación debe formularse ante el Juez de Conocimiento y no ante el de Control de Garantías.

Sostuvieron de igual forma que la audiencia de formulación de cargos se equipara a la audiencia de acusación prevista para el proceso ordinario y que, para el proceso de Justicia y Paz, resulta dilatorio por cuanto el procedimiento de esta audiencia debe repetirse en la de control de legalidad de formulación y aceptación de los cargos ante la Sala de conocimiento.

La Magistratura no accedió a la impugnación de competencia, admitiendo que existe legitimidad por activa para que los defensores de víctimas propongan la aludida excepción, pero considera que los magistrados de Garantías sí tienen competencia con base en el artículo 18 de la Ley 975.

Para fundamentar tal decisión se apoyó en la decisión del 8 de junio de 2007, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el radicado 27.848, también citó la sentencia C-370 de 2006 de la Corte Constitucional, esgrimiendo que en la misma se hizo examen de los artículos 17, 18 y 19 de la Ley 975 de 2005, en especial, al referirse al inciso tercero del artículo 19 que destaca una especie de control de legalidad que la ley radicó en el juez de conocimiento. Expresó que este control debe entenderse como control material de la aceptación de cargos, es decir, debe controlar la calificación jurídica de los hechos, la garantía de efectividad de las víctimas, el derecho de acceso a la justicia por parte de las víctimas, por lo que no es dable propiciar la inaplicación de una norma cuando ha sido objeto de control de constitucionalidad.

El Ministerio Público tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la improcedencia de la excepción de inconstitucionalidad que propusieron los apoderados de víctimas y al respecto expuso que Colombia es un Estado Social de Derecho y por tanto resulta imperioso presumir la constitucionalidad de sus leyes. A pesar de dicha presunción, la propia Constitución Política autoriza a distintos órganos a controlar la constitucionalidad de las leyes, esto implica una fuerte carga, pues debe destruir de manera clara y objetiva la presunción ya anotada.

La excepción de inconstitucionalidad, autoriza la inaplicación de una norma para el caso en particular, ya sea porque la norma es abiertamente contraria a la Constitución o porque en algún evento su interpretación o su aplicación, según el caso, se opone a la Carta. En el primer caso, es decir, cuando la norma es abiertamente contraria a la Constitución, el control bien podría ejercerse por vía de acción y el resultado positivo conduciría al retiro del ordenamiento jurídico de la norma demandada.

En el segundo evento, esto es, cuando la norma a pesar de no ser manifiestamente violatoria de la Constitución tiene aplicaciones o



interpretaciones que contrarían la Carta, una demanda de inconstitucionalidad, de resultar positiva, generaría una decisión de constitucionalidad modulada o relativa. Lo anterior resulta relevante frente a casos en los cuales ya se han dado acciones de inconstitucionalidad, puesto que, cuando la decisión adoptada por vía de acción es la de exequibilidad, presupone que la norma no contraría groseramente la Constitución, aún cuando deja a salvo la posibilidad que algunas de sus interpretaciones o aplicaciones sí lo hagan.

Entonces, resulta lógico negar la posibilidad de aplicar excepción de inconstitucionalidad por incompatibilidad absoluta de la norma con la Constitución, pues, por obvias razones esa incompatibilidad absoluta ya fue genéricamente descartada por el supremo guardián de la Constitución que es la Corte Constitucional respecto a las leyes o el Consejo de Estado frente a los decretos reglamentarios.

Se cuestionó la constitucionalidad de varios artículos de la Ley 975 de 2005, pero en esencia la de los artículos 18 y 19. La excepción se ha propuesto desde la perspectiva que existe una incompatibilidad absoluta de esas normas frente al artículo 250-4 de la Constitución. Se insiste, se ha propuesto inconstitucionalidad absoluta, no inconstitucionalidad frente algunos casos, o frente algunas lecturas o interpretaciones de esos artículos.

A juicio de la Procuraduría, comoquiera que en reiteradas providencias la Corte Constitucional ya ha declarado que ni la Ley 975 de 2005 ni los artículos 18 y 19 de la misma, son por sí mismos contrarios a la Constitución¹⁰⁴, es obvio que nadie está autorizado para afirmar válidamente lo contrario.

Los artículos 18 y 19 de la Ley 975 de 2005 no resultan contrarios al numeral 4 del artículo 250 de la Constitución pues por una parte, en ellos se respeta la cláusula de competencia prevista en la norma constitucional y, por la otra, porque la discrecionalidad legislativa en el diseño de los trámites procesales no puede ser cuestionada por razones de conveniencia o de utilidad, so pretexto de invocación de una excepción

¹⁰⁴ Sentencias C-370 de 2006, C-719 de 2006, entre otras.

de inconstitucionalidad, en la cual la contrariedad debe ser manifiesta con respecto a las normas constitucionales.

Para arribar a la conclusión de que los artículos 18 y 19 de la Ley 975 de 2005 no violan de manera flagrante el numeral 4 del artículo 250 constitucional en cuanto se refiere a la competencia del funcionario ante quien debe presentarse el escrito de acusación, deben hacerse las siguientes precisiones. El numeral 4 del artículo 250 constitucional exige, en el plano formal la existencia de un escrito de acusación y la presentación de éste ante el Juez de Conocimiento. Por su parte la finalidad del escrito y su presentación es el de dar inicio a un juicio público y garantista en el sentido de poner límites al debate en el juicio y servir de marco para la sentencia.

Pues bien, sobre el punto no cabe duda de que en la Ley 975 de 2005 la formulación de cargos es el presupuesto del juicio y de la sentencia. El Juez de Conocimiento no se sustrae del control correspondiente pues en la etapa subsiguiente realiza el control de los cargos aceptados por el postulado, por lo que podrá afirmarse que los actos previos realizados ante el magistrado de Garantías son innecesarios, repetitivos, superfluos, o de cualquier otra naturaleza, pero en manera alguna podrá afirmarse que suprimen la competencia que la ley y la Constitución le atribuyeron al Juez de Conocimiento en Justicia y Paz para controlar la acusación.

Debe destacarse que el modelo procesal penal adoptado en la Ley 906 de 2004 no respetó, en su integralidad, los postulados de modelos procesales extranjeros revisados y utilizados para el diseño. Por ejemplo, en el punto de la acusación el control respecto de ésta, tanto en Chile como en Estados Unidos radica en el funcionario que podríamos asimilar al Juez de Control de Garantías, para garantizar la imparcialidad del funcionario encargado del juicio, lo que solamente se logra si no tiene contacto con las cuestiones preliminares al mismo.

Ahora bien, la discrecionalidad legislativa en el diseño de los trámites procesales no puede ser cuestionada por razones de conveniencia o de utilidad so pretexto de una excepción de inconstitucionalidad. De tal manera que los diversos controles de constitucionalidad que la misma Carta diseñó operan en un plano jurídico y no en uno político. Por tal



razón la decisión legal de establecer una o más audiencias como requisito previo para la iniciación de un juicio público garantista, al constituir un mero asunto de conveniencia, hace parte de la discrecionalidad de configuración legislativa y por ende no puede ser controvertida por vía de inconstitucionalidad.

Traslado del escrito a los intervinientes

Para efectos de la definición del contenido de esta audiencia se analizarán las providencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia fechadas en mayo 28 de 2008 y julio 31 de 2009, dentro del radicado N° 31539, seguido contra Wilson Salazar Carrascal.

Frente a los requisitos del escrito contentivo de los cargos, la Sala ha determinado que deben ser los mismos establecidos en la Ley 906 de 2004 para el escrito de acusación, por la coincidencia entre los sistemas de enjuiciamiento previstos en aquella y en la Ley 975 de 2005.

También ha señalado la Sala que el escrito contentivo de los cargos debe comprender:

- 1°. La descripción del grupo armado al margen de la ley o facción de este del cual se desmovilizó el imputado, cuándo y dónde se realizó la desmovilización.
- 2°. La individualización del postulado, las zonas o áreas donde ejerció la militancia, las funciones desempeñadas y quiénes fueron sus comandantes o subalternos.
- 3°. Una relación sucinta y clara de los hechos jurídicamente relevantes, los que no pueden ser otros que los imputados en la diligencia precedente. Obviamente debe establecerse la relación de estos hechos con la militancia en el grupo armado organizado al margen de la ley, situación que requiere del establecimiento de un patrón de perpetración de las violaciones graves a los derechos humanos o las infracciones al DIH.

Frente a este asunto no puede ocultarse que la mayoría de los escritos de cargos presentados por la Fiscalía de Justicia y Paz carecen de este

señalamiento y, al parecer, la Fiscalía busca agotar dicho requisito con el señalamiento de la fecha de ocurrencia del hecho relacionándolo con la fecha de desmovilización.

- 4°. Se deben señalar los daños causados por el grupo, dentro de los límites temporales y espaciales en los que el postulado desarrolló su militancia. Esta situación guarda relación con las atribuciones de la Fiscalía en los términos de los incisos 6° y 8° del artículo 114 de la Ley 906 de 2004 y, tal vez, con la posibilidad de ejercer los derechos que se habían consagrado en el inciso 2°, artículo 42, Ley 975 de 2005.
- 5°. Deben relacionarse los bienes entregados o afectados con fines de reparación, situación que responde a la propia dinámica del proceso negociado consagrado en la Ley 975, puesto que verificada la audiencia de formulación de cargos, aceptados éstos por el postulado y verificada la legalidad de esta actuación, la etapa que sigue es el incidente de reparación y la correspondiente sentencia.
- 6°. La determinación de la defensa del postulado, para efectos de su citación o convocatoria. Por último, se deben relacionar los medios de convicción que permitan “inferir razonadamente” que cada uno de los hechos constitutivos de los cargos formulados, se cometieron con ocasión y durante la militancia en el grupo armado ilegal.

Frente a lo expresado por la Sala debe señalarse que respecto al escrito de cargos, equiparable al escrito de acusación de la Ley 906 de 2004, la exigencia argumentativa no puede ser de una simple inferencia razonable, ya que a estas alturas del procedimiento debe exigirse igualmente una “*afirmación con probabilidad de verdad*”, en los términos del artículo 336 de la Ley 906 de 2004.

Esto por una razón fundamental, el procedimiento establecido en la Ley 975 corresponde con los mecanismos de terminación anticipada del proceso penal o institutos de justicia negocial establecidos en la Ley 906 de 2004 por lo que, para el momento de presentación del escrito, ya se debe haber agotado la recolección de información y evidencia, no sólo por medio de la versión, sino igualmente por el transcurso del término de instrucción. Además, como no existe posibilidad de práctica



probatoria y contradicción de la misma pues no hay lugar a etapa del juicio, en estricto sentido, en la Ley 975 de 2005, la Fiscalía solamente dispone de esta información y de la evidencia, sin que pueda pensarse que en la etapa subsiguiente, el Ministerio Público o la defensa puedan aportar medios de conocimiento, se reitera, por cuanto la concreción del “preacuerdo o negociación” impide la intervención en tales términos.

Ahora bien, la relación de medios de conocimiento debe igualmente cubrir los aspectos relacionados con el establecimiento del patrón de violación de los derechos humanos o de infracciones al DIH, pues de ello depende el factor de relación entre las conductas punibles individualmente consideradas y la exigencia de la comisión de los mismos *con ocasión y durante la militancia en el grupo armado organizado al margen de la ley*. Como ya se mencionó, esta circunstancia se nota ausente en varios de los escritos de cargos que se ha tenido ocasión de examinar. Por su parte, la exigencia de la relación de los bienes ofrecidos, entregados o afectados con fines de reparación resulta obvia si se tiene como meta la verificación de uno de los requisitos de elegibilidad para el otorgamiento de la pena alternativa.

En otro sentido, en algunas ocasiones se ha planteado que los cargos por formular y que fundan la solicitud de llevar a cabo la diligencia, no deben hacer parte de la solicitud y de ella no hay que aportar copias con fines de traslado para las víctimas y sus representantes o para el Ministerio Público.

Frente a semejante posición sostenida por algunos Fiscales de la Unidad Nacional para la Justicia y la Paz, debe argumentarse que la complementariedad consagrada en el artículo 62 de la Ley 975, impone el deber de proceder en tal sentido, por tanto no puede concebirse participación de estos sujetos procesales sin que exista un conocimiento previo de la solicitud y objeto de la audiencia (artículo 337 de la Ley 906 de 2004 inciso final) debido a que sólo de esta manera podrían manifestar observaciones sobre el escrito, en relación con la observancia de la Fiscalía de los requisitos legal y jurisprudencialmente establecidos para proceder a formular cargos.

La relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes no se debe contraer a la versión del postulado, ya que para el momento en que

se presenta el escrito de cargos la Fiscalía cuenta con información de otras fuentes y ha recolectado evidencias que permiten una concreción del “*factum*” que soporta la calificación jurídica de las conductas por las que se acusa.

Esta resulta ser una razón de más para concluir que la Fiscalía debe disponer la entrega de copias del escrito contentivo de los cargos, para que víctimas, representantes de las mismas, agente del Ministerio Público, defensor y postulado puedan manifestarse sobre lo que constituirá el eje central de la sentencia sobre la responsabilidad penal y las consecuencias que en materia de reparación se establecen en virtud de tal declaratoria.

Dada la presencia del Procurador Judicial Penal en las diferentes sesiones de versión, el contacto con las víctimas y la recolección de información que hacen los representantes de las víctimas, resulta esencial conocer cuáles son los hechos jurídicamente relevantes que pretende enrostrar la Fiscalía al postulado.

Ahora bien, la exigencia de consignar el daño generado por el colectivo no tiene una explicación diferente a la de proporcionar a las víctimas una protección especial y posibilitar la participación en un eventual incidente de reparación respecto de los casos en que no se ha logrado individualizar al perpetrador o ejecutor material de la conducta, cuando éste no se encuentra postulado al procedimiento de la Ley 975 de 2005, ha sido excluido o ha fallecido, hechos por los cuales deberán responder solidariamente los postulados del grupo armado desmovilizado en punto a la reparación y sobre los cuales ha de darse alguna respuesta a las víctimas en punto a la verdad, para contribuir a la reconciliación y la paz nacional.

La determinación de la estructura del grupo, la posición del postulado dentro de dicha estructura, los lugares en que desplegó su actividad, la relación de superiores y subordinados, direcciona la estructuración de la forma de participación en la conducta por la que se formula el cargo, debido a que no puede desconocerse la existencia de una organización, más o menos jerarquizada, que detentaba el poder de las armas para adelantar las graves violaciones de los derechos humanos y transgresiones al DIH de que se tiene noticia.



En consecuencia, el grado de participación que se atribuya dependerá de estas condiciones establecidas en las diversas versiones adelantadas y la información que se obtenga de víctimas, potenciales testigos y documentos provenientes de las autoridades de seguridad estatal, toda esta información debe reposar en manos de la Fiscalía para poder asegurar, con probabilidad de verdad, el grado de participación del postulado en el hecho.

Calificación jurídica. Control por parte de los intervinientes

Frente a la audiencia de formulación de cargos, la Sala advierte que la labor del magistrado de Control de Garantías es meramente formal, limitada a la verificación de los requisitos del escrito de formulación de cargos e igualmente que se realice el descubrimiento probatorio y el interrogatorio al postulado sobre la aceptación de los mismos.

Ya en el segundo pronunciamiento que nos sirve de marco dentro de este acápite, la Sala advierte de manera clara que la parcialidad de las imputaciones no puede permanecer en el tiempo de manera indefinida, por lo que es en esta etapa procesal cuando la Fiscalía está en el deber de completar las conductas que haya confesado el postulado y las que la investigación reflejó.

Este control meramente formal impone una conclusión con respecto al contenido del escrito de cargos, de conformidad con la naturaleza de la audiencia y lo expresado por la Sala Penal de la Corte en auto de fecha 15 de julio de 2008: *“La acusación es un acto de parte, de la Fiscalía, y por tanto el escoger que delito se ha configurado con los hechos jurídicamente relevantes consignados en el escrito de acusación supone precisar el escenario normativo en que habrá de desarrollarse el juicio, el cual se promueve por excitación exclusiva de la Fiscalía General de la Nación a través de la radicación del escrito de acusación (razón por la que el único autorizado para tipificar la conducta punible es la Fiscalía, de acuerdo con lo planteado en el artículo 433); acto que como se dijo no tiene control judicial, y en cambio sustenta todo el andamiaje de la dinámica y la lógica argumentativa y probatoria que se debatirá en el juicio”*¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 15 de julio de 2008, M.P. José Leonidas Bustos Martínez. Radicado 29994.

Si bien se niega al juez la posibilidad de “disputar” el ejercicio de la acción penal a la Fiscalía, los demás intervinientes tienen la posibilidad de manifestar al ente investigador lo concerniente a los probables encuadramientos típicos de los hechos jurídicamente relevantes consignados en el escrito; al igual que el título o categoría de intervención del postulado en la conducta.

Sin embargo, estas manifestaciones de los intervinientes en la audiencia no implican *per se* el cambio de lo consignado en el escrito, simplemente se considerarán un antecedente de lo que se debatirá en la etapa subsecuente del denominado acto complejo, pues se reitera, el ejercicio de la acción penal y la función de acusación corresponde exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación.

En el auto fechado julio 31 de 2009, la Sala establece que en la audiencia de formulación de cargos se realiza una valoración jurídica que debe satisfacer “*el presupuesto de tipicidad estricta de las conductas punibles*”, concretando la imputación fáctica y las categorías de atribución subjetivas, requerimientos necesarios para proceder a la aceptación de los cargos por parte del postulado.

De lo contrario no podría estimarse que la aceptación es informada y voluntaria, pues la falta de claridad o una fundamentación ambigua atentarían contra esas dos condiciones necesarias para estimar que la aceptación de los cargos es legal, sólo lo será cuando se rodee al postulado de las garantías establecidas legal y constitucionalmente.

El concepto de tipicidad estricta supone que se deben establecer, en el escrito y en el acto de formulación, todas las circunstancias modales que concurren en la comisión de la conducta, precisiones que se hacen necesarias en el momento de dosificar la pena a imponer. De igual manera esas circunstancias sirven para adecuar la conducta a las diferentes categorías que la normatividad internacional¹⁰⁶ establece, pues de otra forma la transicionalidad del proceso desaparecería. En suma, las conductas deben adscribirse al contexto del conflicto armado que se pretende superar.

¹⁰⁶ Estatuto de Roma, que creó la Corte Penal Internacional.



En cuanto hace a la atribución del grado de participación en las conductas punibles por las que se procede, en principio la Fiscalía ha formulado cargos atribuyendo a los postulados la comisión de las conductas a título de coautor impropio de manera indiscriminada, sin atender las relaciones de subordinación propias de la organización armada ilegal en la que militaban.

Frente a esta postura de la acusación, el Procurador Judicial ha solicitado se precisen los elementos en que funda tal atribución, expresando que el ente acusador no ha sido riguroso en el manejo del elemento del co-dominio del hecho, figura que resulta extraña a eventos donde existe una organización jerarquizada, mediada por relaciones de dependencia o verticalidad. En este orden de ideas, la figura de la coautoría es propia de relaciones de carácter horizontal, en las que los intervinientes en la conducta se encuentran en un mismo plano, el aporte es concertado entre los ejecutores de la conducta y no responde a una directriz u orden perentoria de quien se considera cabeza del plan criminal.

Comoquiera que las precisiones solicitadas no han sido efectuadas por la Fiscalía, el asunto se definirá en la audiencia de control de legalidad de la formulación y aceptación de cargos. Sin embargo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación fechada septiembre 2 de 2009, fijó como directriz para la justicia transicional, el establecimiento del grado de participación a título de *coautoría por cadena de mando*, figura que podría encontrar correspondencia con la denominada autoría mediata en aparatos organizados de poder.

Sin embargo parece ser que conforme con la tradición jurídico penal colombiana, no es posible aceptar la expresión de autor mediato, puesto que siempre hemos reconocido la no responsabilidad del *autor inmediato* y frente a los hechos objeto de juzgamiento en punto a la Ley 975 de 2005, esa ausencia de responsabilidad de los perpetradores no resultaría aceptable.

Conforme con la tesis expuesta por la Corte, la *coautoría por cadena de mando* resulta ser un “...fenómeno de intervención plural de personas en principio articuladas de manera jerárquica y subordinada a una organización criminal, quienes mediante división de tareas y

*conurrencia de aportes (los cuales pueden consistir en órdenes en secuencia y descendentes) realizan conductas punibles...”*¹⁰⁷

Por consiguiente, este fenómeno se configura cuando los protagonistas de la conducta se enlazan como eslabones de una cadena, donde ocurre, con frecuencia, que quien da la orden inicial no conoce a quien la ejecuta. Aquí resulta que el hombre de atrás, primer anillo de la cadena, establece un designio delictuoso que se realiza por un autor material, que se encuentra articulado a la organización como subordinado.

Estos presupuestos para determinar el grado de participación de los postulados en las conductas por las cuales se les formulan los cargos, no deben desconocer los principios de responsabilidad individual y de los jefes y otros superiores, consagrados en los artículos 25 y 26 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, para poder hacer una diferenciación en cuanto a patrulleros rasos y comandantes.

Aceptados los cargos se ordenará la suspensión de los procesos que adelante de manera paralela la justicia ordinaria por las conductas aceptadas. En relación con estas conductas se debe verificar por el magistrado de Control de Garantías que el postulado realizó una confesión completa y veraz de las mismas, actuaciones que luego serán acumuladas, para el trámite subsiguiente.

3.5 Audiencia de legalización de la formulación y aceptación de cargos

Para el estudio del contenido de esta diligencia se hace necesario revisar lo expresado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la providencia del 21 de septiembre de 2009, radicado 32022, seguido contra Gian Carlo Gutiérrez Suárez.

La decisión recuerda, en primer lugar, lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006 en cuanto al sentido de esta

¹⁰⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 2 de septiembre de 2009, M.P. Yesíd Ramírez Bastidas. Radicado 29.221.



audiencia, determinando la exigencia de un control de legalidad sobre la formulación y aceptación de cargos. Además precisa que ese control debe ser material, a diferencia del control formal de la audiencia anterior.

El examen de legalidad se concreta en la calificación jurídica de los hechos y su correspondencia con los supuestos fácticos que obran en la tramitación, como expresión de la garantía de efectividad de los derechos de las víctimas a la justicia y a la verdad. No puede contraerse el examen a la voluntariedad, libertad, espontaneidad y conocimiento del postulado al aceptar los cargos, esa etapa se surte ante el magistrado de Garantías.

Ya en auto del 28 de mayo de 2008, la Sala Penal de la Corte señaló que el control material de legalidad se hace frente a los siguientes elementos: la verificación de los requisitos de elegibilidad, que las conductas se cometieron con ocasión y durante la militancia en el grupo armado ilegal desmovilizado, la constatación de la representación legal de las víctimas, por cuanto esta audiencia y la que le precede constituyen el eje central del proceso transicional. Proceso en el que la historia por revelar debe ser declarada judicialmente y por ende no se circunscribe la verdad a lo expuesto por el postulado en la versión. Así las cosas, las dos audiencias constituyen un acto complejo, pues de lo expuesto y controvertido en las dos audiencias dependerá la sentencia que se debe proferir; igualmente se reconoce la identidad del procedimiento establecido en la Ley 975 de 2005 y el consagrado en la Ley 906 de 2004.

En torno a este punto deben rescatarse los conceptos vertidos por la Sala Penal de la Corte en sentencia de octubre 27 de 2008 radicado 29.979, proveído dentro del cual se establecen los efectos de los preacuerdos y el control que debe ejercer el Juez de Conocimiento frente a los mismos. En cuanto al primer aspecto señala la Corte:

“2.1 En el sistema de derecho procesal de los Estados Unidos de Norteamérica, las manifestaciones de culpabilidad por parte del acusado (conocidas coloquialmente como plea guilty) eran acogidas por los funcionarios judiciales, en un principio, sin obligación ni contraprestación formal alguna (...)

2.2. Ahora bien, el principal reparo que, desde la doctrina (y en particular desde la teoría del garantismo penal), se le ha

hecho al sistema de justicia consensuada estadounidense radica en el hecho de que la ausencia total de un control distinto a la verificación de la aquiescencia del imputado riñe con uno de los fundamentos democráticos de la legitimación del poder judicial, consistente en la función de averiguar la verdad procesal conforme a las garantías del debido proceso (...)

Así mismo, se ha señalado que el acuerdo sin ningún control de tipo jurídico tiende más a reflejar el criterio que haya logrado imponer una de las partes que la verdad real de lo acontecido (...)

En este orden de ideas, ningún procedimiento penal con fundamento en el respeto de la dignidad humana y orientado a la búsqueda de un orden justo, como lo sería el de todo Estado Social y Democrático de Derecho que se precie de serlo, podría condenar a una persona bajo el presupuesto de una verdad meramente formal, sustentada tan solo en el consenso que tanto el organismo acusador como el procesado manifiesten ante el juez de conocimiento, sin que este último tenga la posibilidad de verificar que no se hayan afectado derechos y garantías fundamentales."¹⁰⁸

La pertinencia de los conceptos antes señalados radica, fundamentalmente, en que el procedimiento establecido en la Ley 975 de 2005 resulta ser, frente al establecido en la Ley 906 de 2004, un procedimiento abreviado, un preacuerdo o negociación y encontrándose en semejante situación analógica debe procederse a la integración normativa, respetando la teleología de la ley de justicia transicional.

Así las cosas, la audiencia de control de legalidad de la formulación y aceptación de cargos, resulta ser una audiencia en donde se debe realizar el control judicial de lo actuado por la Fiscalía y, al igual que en sede del procedimiento de la Ley 906 de 2004, el juez está en la obligación de revisar no sólo las condiciones en que se da la manifestación pre acordada de culpabilidad, sino también el fundamento fáctico de

¹⁰⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de octubre de 2008, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Radicado 29979.



los cargos admitidos. Es decir, las evidencias e informaciones con que cuenta el acusador para soportar los cargos y, por sobre todo, la calificación jurídica de los hechos a la que arriba la Fiscalía, su conformidad con el ordenamiento legal, para cumplir los postulados de verdad y justicia, que en la Ley 906 también son fines esenciales del procedimiento establecido allí.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en el citado fallo, trajo a colación la sentencia C-1260 de 2005 de la Corte Constitucional en la cual, revisando la exequibilidad del artículo 351 y siguientes de la Ley 906 de 2004, reiteraba el concepto expuesto, en cuanto a la función del juez de conocimiento al momento de tramitar la sentencia anticipada, imponiendo al juez el deber de rechazar toda manifestación de culpabilidad frente a cualquier error fáctico o jurídico que implique menoscabo a los derechos y garantías fundamentales.

Para nuestro caso y respetando la finalidad de la Ley 975 de 2005, tanto frente al postulado-procesado como a las víctimas, la Corte Constitucional reseñaba en el fallo citado: “...*En consecuencia, resulta obvio afirmar que la aceptación además de voluntaria, es decir, sin presiones, amenazas o contraprestaciones, debe ser cierta y estar respaldada en el material probatorio recaudado. El funcionario competente, en cada caso, puede desvirtuar la confesión, por existir vicios en el consentimiento el implicado, por pruebas deficientes, por error, fuerza o por cualquiera otra circunstancia análoga que aparezca probada en el proceso*”.¹⁰⁹

El control de legalidad igualmente se debe hacer sobre la adecuación o encuadramiento jurídico de los hechos revelados por los medios cognoscitivos allegados a la investigación. Respecto a esta materia la Sala Penal de la Corte Suprema, ha expresado que tratándose de preacuerdos, de conformidad con la Ley 906 de 2004, el acta de preacuerdo constituye la acusación y como tal debe tener un contenido mínimo en materia de imputación en cumplimiento del presupuesto de estricta jurisdiccionalidad del proceso, citando a Ferrajoli ha expresado:

¹⁰⁹ Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

“... en las actuaciones penales la resolución de acusación (o su equivalente) no sólo debe contener, en materia de lenguaje, la misma rigurosidad orientada hacia la definición y delimitación del caso concreto con la que, en un sentido general y abstracto, el legislador denota dentro de las normas jurídico penales las acciones que considera punibles, sino que además “debe formularse en términos unívocos y precisos, idóneos para denotar exactamente el hecho atribuido y para circunscribir el objeto del juicio y de la sentencia que le pondrá fin.”¹¹⁰

Teniendo en cuenta estas bases del procedimiento, resulta evidente que el Juez de Conocimiento al encontrar en el escrito contentivo del acuerdo una incongruencia entre la imputación fáctica y la jurídica, estará ante el quebrantamiento de la garantía fundamental del debido proceso; frente a este precedente en materia de preacuerdos o negociaciones, igualmente debe regir el principio acusatorio que se traduce en la separación de las funciones de juicio y acusación, por lo que:

“El juez no debe tener ningún interés, ni general ni particular, en una u otra solución de la controversia que está llamado a resolver, al ser su función la de decidir cuál de ellas es verdadera o cual es falsa. Al mismo tiempo, no tiene por qué ser un sujeto “representativo”, puesto que ningún interés o voluntad que no sea la tutela de los derechos subjetivos lesionados debe condicionar su juicio, ni siquiera el interés de la mayoría, o incluso el de la totalidad de los asociados lesionados...”¹¹¹

Este principio acusatorio, que rige de igual manera dentro del trámite de la Ley 975 de 2005, implica una rígida separación entre el juez y las partes, por lo que al advertir un error en la adecuación jurídica de la conducta, entendiendo por esto la selección equivocada del *nomen iuris* de la conducta, o la modalidad de co-participación criminal, o la imputación al tipo subjetivo, o el reconocimiento de una circunstancia

¹¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de octubre de 2008, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Radicado 29979.

¹¹¹ FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, Editorial Trotta 2005, pág. 580. Citado en Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 4 de febrero de 2009, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Radicado 29415



de agravación, o el desconocimiento de una atenuante, el juez debe rechazar el acuerdo para propiciar la realización de otro que respete la consonancia predicable entre la imputación fáctica y la imputación jurídica. La intervención directa del juez de conocimiento, para provocar la modificación, altera, de manera grave, el equilibrio procesal entre la acusación y la defensa.

Variación de la calificación jurídica

Así las cosas, resulta extraña la conducta adoptada por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá D.C, que al momento de adelantar la audiencia de legalización de formulación y aceptación de cargos del postulado Gian Carlo Gutiérrez Suárez, nada dijo sobre las inquietudes formuladas por los intervinientes en la diligencia, razón por la cual la Sala Penal de la Corte resolvió anular el pronunciamiento de legalidad de la actuación, precaviendo que la decisión por tomar debe ajustarse a los parámetros establecidos por la Sala Penal de la Corte, en materia de parcialidad, por lo que no habrá lugar a pronunciamiento alguno, si se está frente a imputaciones o formulaciones de cargos parciales.

De alguna manera resulta esencial entender que este acto procesal no puede constituirse en un diálogo de sordos, que no observe la finalidad del procedimiento establecido en la Ley 975 de 2005 de establecer la verdad y el concepto jurisprudencial sobre la manera en que se debe construir la verdad no pueden resultar soslayados por la autonomía funcional de la Fiscalía, por el argumento sobre titularidad del ejercicio de la acción penal o por el prurito de establecer que las conductas endilgadas sólo pueden sancionarse por la colaboración espontánea y bondadosa de los postulados, quienes son poseedores de la verdad de estas graves infracciones. De hecho, la presencia de las víctimas, sus representantes y del Ministerio Público no es gratuita, no tienen la condición de invitados o de simples observadores, ya que desde la formulación de los cargos se establece una participación activa en punto a la calificación jurídica de los hechos, en su visión integral.

En espacios de justicia negocial, comoquiera que se renuncia al juicio oral y concentrado, el contradictorio se establece en la audiencia de control de legalidad del acuerdo, contradictorio que ya no es entre

acusación y defensa exclusivamente, al Ministerio Público le corresponde establecer el respeto del orden jurídico de los derechos y garantías fundamentales, tanto de víctimas como de postulados. A las víctimas les interesa que la decisión definitiva contenga un mínimo de justicia en cuanto a la sanción que se deba imponer, que se les repare integral y adecuadamente, es decir, de acuerdo al contexto real de lo ocurrido, a saber la verdad, que ésta se haga pública y se reconozca en el contexto nacional como garantía de no repetición de estos hechos.

En la providencia de la Sala Penal de la Corte con respecto al radicado en contra de Gutiérrez Suárez, se señala de manera clara que los hechos deben ser construidos por todos los intervinientes, permitiendo la intervención de los magistrados de la Sala de conocimiento del Tribunal Superior. Alrededor de este punto se señala “...*en esa construcción conjunta de la verdad está en la obligación de verificar, ya sea por iniciativa propia o en virtud de la controversia que planteen los intervinientes, en especial las víctimas y el Ministerio Público, no sólo que los estándares mínimos de verdad, dentro del contexto del grupo armado, se han respetado, sino que lo definido típicamente se corresponde con la realidad.*”¹¹²

De manera que a la Sala de conocimiento del Tribunal Superior le corresponde revisar la actuación adelantada ante el magistrado de Control de Garantías, para establecer si desde la audiencia precedente existían solicitudes de los intervinientes con respecto a la calificación jurídica de los hechos; si frente al escrito de cargos formulados por la Fiscalía, víctimas, representantes de las mismas, Procurador Judicial Penal, formularon observaciones, solicitaron aclaraciones o modificaciones y las razones para que la fiscalía se haya opuesto o negado a ellas.

Además de lo anterior, está en la obligación de revisar dicha audiencia para establecer la conformidad de la calificación jurídica de los hechos, con el relato claro y sucinto que consta en el escrito de acusación y formular las observaciones que considere adecuadas para que, si es del caso, la Fiscalía reformule la calificación jurídica del cargo, respetando los derechos y garantías del postulado y de las víctimas.

¹¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 21 de septiembre de 2009, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Radicado 32022.



Frente a una aceptación de reformulación por parte de la Fiscalía existe la posibilidad de que esta nueva circunstancia sea aceptada por el postulado siempre que pueda constatarse como imputado el fundamento fáctico de la conducta y las víctimas de tal hecho se encuentren debidamente reconocidas y representadas en la audiencia, de lo contrario deberá retrotraerse la actuación a las etapas previas.

En este aspecto ha surgido una controversia bien importante, concerniente al establecimiento de la calificación jurídica de hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la ley 599 de 2000, Código Penal vigente que consagró el Título sobre los delitos contra las personas y bienes protegidos por el DIH y algunas conductas categorizadas como delitos de lesa humanidad en el estatuto de la Corte Penal Internacional. Al respecto se debe considerar que la respuesta punitiva en materia de la Ley 975 de 2005 debe corresponder con los estándares internacionales en materia de graves violaciones a los derechos humanos, sin desconocer el principio fundamental de legalidad de la pena y de la conducta.

A manera de ejemplo se puede tomar el tipo del homicidio en persona protegida, que sólo existe a partir de la Ley 599 de 2000. Pues bien, si se revisa la codificación sustantiva penal anterior, Decreto Ley 100 de 1980, el homicidio agravado, poniendo a la víctima en circunstancias de indefensión o aprovechándose de estas, se corresponde con la finalidad de protección del bien jurídico establecida para el homicidio en persona protegida. Adicionalmente si se revisan las circunstancias de mayor punibilidad o de agravación genéricas del anterior estatuto, el ejercicio de individualización de la pena se correspondería con valores de justicia y verdad, presentes en la estructuración del tipo de homicidio en persona protegida.

Un ejercicio semejante, la adecuación de un homicidio agravado al contexto de protección y reproche de las normas de Derecho Internacional de los derechos humanos o de Derecho Internacional Humanitario, resultaría más que válido frente a los organismos internacionales de supervisión de los mismos, por sobre todo, respetaría a la par el ordenamiento interno pues la pena a imponer sería la vigente para el momento de ocurrencia de la infracción.

Requisitos de elegibilidad

En estricto sentido la Ley 975 señala los requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva y la de carácter individual -artículos 10 y 11-; sin embargo en el artículo 3º y a nivel jurisprudencial se establecen unos requisitos para el otorgamiento de la pena alternativa que también se han considerado como requisitos de elegibilidad.

En la práctica, tanto los magistrados de Control de Garantías como los integrantes de la Sala de conocimiento han dirigido su actividad a la verificación de los requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva.

En la providencia de la Sala Penal de la Corte, fechada 31 de julio de 2009, se establece que los magistrados de control de garantías y los de la Sala de conocimiento, están en el deber “...de promover las distintas etapas del proceso de desmovilización, conforme a los presupuestos formales y materiales que, en términos de razonabilidad, conduzcan a determinar con claridad, si el desmovilizado se hace acreedor a la pena alternativa, gracias a su colaboración con la justicia, el esclarecimiento de la verdad, la garantía de no repetición y la reparación a las víctimas.”

Por tanto, en cada una de las diligencias preliminares y, sobre todo, en la audiencia de legalización de la formulación y aceptación de cargos, se debe verificar el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad, no sólo de la desmovilización, sobre manera, de los requisitos de elegibilidad para el otorgamiento de la pena alternativa.

Frente a esta posición jurisprudencial surge otra que atiende más al contexto del procedimiento de la Ley 975 de 2005, al contexto de un proceso de justicia negocial o premial. Si frente a la aceptación de responsabilidad, negociada con el ente acusador, el procesado o postulado recibe un premio o beneficio de carácter punitivo, esto solamente puede ser posible en la medida en que esa aceptación de responsabilidad responda o sirva para la concreción de los fines establecidos para el procedimiento penal en general.

Así las cosas, en términos de la Ley 975 la pena alternativa es un beneficio o premio establecido legalmente, como efecto no sólo de la aceptación de la responsabilidad en las conductas investigadas, sino también,



de la contribución al esclarecimiento de la verdad, la reparación de las víctimas, la colaboración con la justicia, que no se reduce a simplemente evitar la realización del juicio y la confesión de los hechos, también se hace necesario entregar información sobre los hechos de que se tenga conocimiento y sus probables responsables y la garantía de no repetición de los hechos por los que se ha procedido.

Teniendo en cuenta este contexto, podría establecerse que los requisitos de elegibilidad consagrados en los artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005, únicamente son exigibles para el momento de la desmovilización, por lo que serán requisitos que el Gobierno Nacional debe tener en cuenta para poder realizar la postulación al procedimiento de Justicia y Paz. Es decir, para el desarrollo de lo que se ha denominado como la etapa administrativa del proceso establecido en la Ley 975 de 2005.

Esta ley, que se observa como corolario de toda la reglamentación precedente en el tema de la Paz, contiene en los artículos 10 y 11 instrucciones para el Ejecutivo, una regulación sobre con que grupos adelantar procesos de paz, a quienes admitir en un proceso de corte transicional para obtener la paz y la reconciliación nacional, más no una serie de requisitos que incidan en el otorgamiento de un beneficio punitivo dentro de un procedimiento judicial negociado.

Los requisitos determinados en los apartados 10.5 y 11.6 de la Ley 975 de 2005, sólo pueden entenderse como criterios político criminales establecidos por el Legislador y que buscan controlar la actividad del Ejecutivo en punto a la solución del conflicto armado interno.

En virtud de tales criterios, el Ejecutivo no podría pactar o negociar con grupos de narcotraficantes o delincuentes comunes, que arropados en la fachada de grupos armados al margen de la ley, se han lucrado con las actividades ilegales o que han obtenido protección armada para facilitar las rutas del narcotráfico, la producción de narcóticos y la protección de las propiedades adquiridas producto del ilícito.

Tampoco podrá postular a un procedimiento semejante a miembros de bandas criminales dedicadas al hurto de vehículos, atracos a bancos, distribución y comercialización de estupefacientes y oficinas de cobro por medio de la actividad sicarial, so pretexto de su eventual colaboración en el exterminio o combate de la subversión.

Sin embargo, se debe reconocer que si estos requisitos de los artículos 10 y 11 de la Ley 975 son los que permiten la postulación de un desmovilizado, corresponde a la Fiscalía y a la judicatura realizar un examen sobre la legalidad de tal postulación.

Por tanto, dentro de la actividad de la Fiscalía y el procedimiento adelantado ante los magistrados de Control de Garantías o de la Sala de conocimiento, se debe revisar, además de la existencia de la postulación, el cumplimiento de los requisitos legales para proceder a tal postulación, los cuales no se satisfacen con afirmaciones simples como las que se estilan en estas audiencias, *“dentro de las informaciones de las autoridades de militares, de policía y, en general de los organismos de seguridad estatal, no se encuentra evidencia alguna de que el grupo... se haya organizado para el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito..”*

Esta afirmación únicamente puede surgir del contraste entre las informaciones sobre los integrantes del grupo, las versiones de los postulados y la información reportada por las víctimas o de instituciones privadas que hayan adelantado estudios sobre el fenómeno criminal de los grupos armados organizados al margen de la ley.

En sede de un procedimiento de justicia transicional, repudia el sentido común y el más mínimo valor de justicia el permitir que delincuentes comunes o narcotraficantes trasciendan este umbral para convertirse en *contribuyentes* de la paz y la reconciliación nacional. En este orden de ideas, esta clase de procedimiento no puede convertirse en mecanismo de control o sometimiento de la delincuencia común, ya que la Ley 975 de 2005 está inmersa en una política criminal para la solución del conflicto armado, generado por las posiciones extremas frente a lo que debe ser la organización estatal, con el objetivo de poner fin a las graves violaciones de los derechos humanos y al DIH.

Ahora bien, en cuanto al requisito concerniente al desmantelamiento o desarticulación del grupo armado, o la entrega de información que contribuya en tal sentido, poco o nada se ha hecho para la verificación del tal requisito de postulación. No se verifica sobre la desmovilización



de todos los miembros del grupo, no se interroga sobre la identidad de todos los miembros del grupo, desmovilizados y no desmovilizados, todo ello se hace necesario para mostrar resultados efectivos en contra de la impunidad.

A nivel de ejemplo puede citarse la situación de “Diego Vecino” y “Juancho Dique” a quienes se les formularon cargos por la denominada masacre de Mampuján¹¹³, hecho en el cual participaron más de cien miembros del grupo de autodefensas ilegales que dirigían los acusados, ¿podrá entenderse que el enjuiciamiento y condena de estos dos desmovilizados- comandantes resulta suficiente para considerar que se contrarresta la impunidad?, ¿qué se ha hecho frente a los otros cien y más perpetradores? Reitero, el control de la judicatura y la indagación de la Fiscalía al respecto ha sido poca o ineficaz.

Ahora bien, frente a los requisitos de elegibilidad para el otorgamiento de la pena alternativa, artículo 3º, Ley 975 de 2005, la contribución a la consecución de la paz nacional, no puede resolverse en la simple desmovilización del postulado, también debe examinarse si la contribución del postulado ha sido efectiva en punto a la desarticulación de los grupos armados organizados al margen de la ley, la información sobre la identidad de los miembros, la entrega de todas las armas y la información sobre la generación de nuevos grupos, la que puede ser entregada por comandantes, también por patrulleros y mandos medios, pues no resulta extraño que accedan a estas informaciones en los centros de reclusión, esta información resulta necesaria para la consecución de la paz y para luchar contra la impunidad, presupuesto de aquella.

En cuanto a la colaboración con la administración de justicia, la simple confesión de los hechos en los que se ha participado y la aceptación de cargos, que evita el desgaste del aparato judicial por la no celebración de un juicio contradictorio y concentrado, no son los únicos elementos a considerar. Esto debido a que la información sobre la ubicación de víctimas de desaparición forzada, ubicación de fosas comunes, la información sobre bienes de la organización o de miembros de ella, resulta

¹¹³ Audiencias del 27 de abril de 2009 y 27 de agosto de 2009, respectivamente. Magistrado de Control de Garantías de Barranquilla.

ser un elemento de trascendencia para identificar la real colaboración de un postulado con la administración de justicia.

En el caso de Wilson Salazar Carrascal, se reclamaba precisamente que en su condición de escolta, por muchos años, del comandante del bloque o frente del que se desmovilizó, estaba en posibilidad de entregar información sobre los bienes inmuebles utilizados por su ex jefe, bienes respecto de los cuales no se ha brindado información por parte del comandante desmovilizado. Igualmente tenía acceso a la información sobre reuniones en las que participaran autoridades públicas, situación frente a la cual guardó silencio en sus diversas jornadas de versión, situación que, confrontada con la de otros postulados resulta evidente pues en condiciones diferentes a las de Salazar Carrascal, si han brindado información sobre estos temas.

Por último, la reparación a las víctimas resulta en directa conexión con los antes analizados; la revelación de la *verdad* por medio de la confesión no basta para considerar que se han realizado actos de reparación a favor de las víctimas, los continuos pedimentos de perdón en el escenario de las versiones rendidas, tampoco puede agotar el cumplimiento de este requisito.

Esas solicitudes de perdón deben contrastarse con la actitud desplegada durante el desarrollo de la versión, el lenguaje con que se trata a la víctima directa, las explicaciones que se brindan sobre los móviles del hecho, en fin, sobre el reconocimiento de la gravedad del comportamiento y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas, como ejercicio preparatorio para la catarsis que deben realizar todos los intervinientes en el proceso y la sociedad entera para reconducirse a escenarios de real reconciliación, esta situación evidenciaría un principio de resocialización del postulado sobre el cual deberá trabajar dentro del período de reclusión y del período de prueba.

Por último, las defensas técnicas deben propender porque los postulados no consideren que el único ejercicio de reparación es la indemnización económica, los defensores en consonancia con la representación de las víctimas deben realizar una aproximación conciliadora para permitir la reparación adecuada del daño infringido, las posibilidades de realizar actos de reparación previo al incidente son muchas y los extremos del



incidente de reparación se han negado la posibilidad de construir paz desde las diligencias preliminares del proceso.

Aspectos probatorios

En este acápite corresponde analizar si dentro de la audiencia de legalización de la formulación y aceptación de cargos, hay lugar a la práctica de pruebas. En estricto sentido no puede hablarse de una posibilidad tal, estando frente a un procedimiento negociado no puede considerarse la existencia de una audiencia en la que, como en el juicio oral, se practiquen pruebas, puesto que, en este escenario se suprime el ejercicio de la etapa del juicio por la renuncia que a él hace el procesado- postulado cuando acepta los cargos formulados por la Fiscalía.

Lo que si no se puede desconocer es la carga establecida para los magistrados de la Sala de conocimiento de Justicia y Paz, quienes deben verificar los medios de convicción y evidencias relacionadas por la Fiscalía en el escrito de formulación de cargos, los que obviamente deben soportar la calificación jurídica de los hechos constitutivos de la acusación, deber ineludible cuando se presentan posiciones encontradas por parte de víctimas, representantes de las mismas o por parte del Ministerio Público, bien sea frente a la calificación jurídica de los hechos, el grado de participación o la acreditación de los requisitos de elegibilidad para el otorgamiento de la pena alternativa.

Aquí se debe resaltar lo que ha constituido una práctica de la Sala de conocimiento del Tribunal Superior de Bogotá D.C, en el desarrollo de esta audiencia, ha estimado la Sala que debe darse paso a la intervención de testigos expertos, funcionarios del área de inteligencia de algunos organismos de seguridad estatal y funcionarios involucrados en la desmovilización, con la finalidad de realizar un ejercicio académico de contextualización del actuar del grupo desmovilizado, análisis del conflicto armado interno.

Respecto de esta práctica debe manifestarse el rechazo total a su reiteración, en primer lugar, por cuanto a los magistrados de la Sala de Conocimiento les está vedado invadir la esfera funcional de la Fiscalía y su labor dentro de la audiencia es de verificación o examen de la legalidad

de lo actuado por el ente de acusador respecto de los cargos formulados y aceptados por el postulado.

El examen debe contraerse de manera exclusiva a los medios de convicción relacionados y recopilados por la fiscalía, la Sala no puede pretender complementar la labor de verificación realizada por la Fiscalía, pues esta labor es el único soporte de los cargos aceptados por el postulado, la intervención de los magistrados en este sentido desequilibra la balanza en contra del postulado y niega la imparcialidad que debe tener el juez de conocimiento que revisa la legalidad de un acuerdo o negociación.

Si el juez de conocimiento considera que los cargos formulados y aceptados no se encuentran debidamente soportados con los medios de conocimiento aducidos por la Fiscalía, debe rechazar el acuerdo y retrotraer la actuación a la etapa antecedente para que se fortalezca la “acusación” en tal sentido.

Si la Sala advierte que el ente acusador no cuenta con información o evidencia suficiente en torno al proceso de desmovilización y postulación del “acusado”, así se lo debe destacar al Fiscal para que complemente la formulación de cargos, lo mismo en cuanto a la contextualización del accionar del grupo armado o la información sobre la estructura y zonas donde se actuó.

No debe olvidarse que este es un proceso de justicia transicional, pero no por transicional debe soslayarse el carácter jurisdiccional del procedimiento: la excepcionalidad del procedimiento establecido en la Ley 975 de 2005 no resulta ser tanta, como ya se ha establecido en acápites precedentes, más bien resulta ser un procedimiento negocial con una estructura bastante reconocible en la Ley 906 de 2004 y jurisprudencialmente decantado.

Ahora bien, en la decisión tomada por la Sala Penal de la Corte con respecto a Gutiérrez Suárez se expresó: “*En consecuencia, si lo buscado es introducir nuevas circunstancias o incluso hechos dejados de considerar, o se pretende hallar un mejor encuadramiento legal de lo descubierto, corresponde a la parte o interviniente, dígame víctimas y Ministerio Público, entregar elementos de juicio y argumentos suficien-*”



tes para el efecto, pues, no basta la simple controversia teórica o las especulaciones argumentales interesadas que nada aporta a esa que se pretende construcción de la verdad.”.

Tales elementos de juicio referidos por la Corte Suprema de Justicia no pueden ser elementos de convicción nuevos o desconocidos por la Fiscalía, puesto que, se reitera, la audiencia tiene como finalidad revisar la legalidad de la formulación de cargos realizada por la fiscalía, la cual depende del ejercicio de verificación realizado por ésta, por lo que el examen y controversia debe versar sobre los elementos de convicción y evidencias recaudados por ésta, de lo contrario se estaría sorprendiendo al postulado que ha aceptado unos cargos teniendo en cuenta el soporte de los medios de convicción reportados al momento de formular los cargos y no otros.

Así entonces corresponde al interviniente señalar el medio de convicción recaudado por la Fiscalía que soporta su argumentación o contradicción de lo formulado por la fiscalía y aceptado por el postulado, para el efecto se puede recurrir al documento contentivo de la entrevista, al registro de la versión del mismo postulado o de otros pertenecientes al mismo bloque o frente, la exhibición y evaluación de la evidencia demostrativa recopilada por la fiscalía.

Este resulta ser el panorama actual del proceso de Justicia y Paz, no sobra exponer que frente a la parcialidad de algunas formulaciones de cargos, realizadas antes de la decisión sobre que la parcialidad no podría ir más allá de la formulación de cargos, el Ministerio Público ha considerado que se puede adelantar la verificación de la legalidad de la formulación y aceptación de cargos, pero que la Sala no puede pronunciarse sobre el punto, hasta tanto no se completen los cargos que se han de formular al procesado, teniendo en cuenta lo decidió en el proveído con respecto a Gian Carlo Gutiérrez Suárez.

4. CONSIDERACIONES SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DURANTE LAS AUDIENCIAS DEL PROCEDIMIENTO DE JUSTICIA Y PAZ

*Diana María Cadena Lozano y Martha Choperena Vásquez,
Procuradoras 43 y 45 Judiciales Penales II de Barranquilla*

4.1 Presentación del tema

Como se anotó en aparte precedente, la participación activa de las víctimas en las diligencias de versión se obtuvo de manera gradual, de la mano del afianzamiento de la confianza de éstas en las diferentes instituciones comprometidas en el proceso a través del trabajo realizado por los servidores públicos intervinientes en dicha actuación.

En contraste, en las audiencias públicas es poca la asistencia de las víctimas, al parecer por la dinámica misma de estas diligencias. No obstante, el Ministerio Público siempre ha estado atento para velar por su representación judicial que en derecho les corresponde cuando así lo han solicitado y vigilar para que sus derechos no sean conculcados. Igualmente respecto de la tipicidad que enrostre la Fiscalía a los postulados en la medida que queden comprendidas la totalidad de las conductas que surjan de los supuestos fácticos, así como los agravantes y las circunstancias de mayor punibilidad.

4.2 Fundamento normativo

Desde la perspectiva constitucional, sirven de apoyo, entre otros, los artículos 2º, 229 y 250 de la Carta Política, desarrollados por la Ley 975 de 2005 en el artículo 5º que, conjuntamente con las decisiones de la Corte Constitucional, definen el concepto de víctima y sus derechos.

El Decreto 4760 de 2005, se ocupó de la intervención de la víctima, confiriéndole derecho a ser oída, a que se le facilite el aporte de pruebas,



a cooperar con las autoridades judiciales, a conocer y controvertir las decisiones que se adopten dentro del mismo.

Concretamente, el artículo 11 establece en varios de sus numerales:

“3. Tendrán derecho a ser oídas, a que se les facilite el aporte de pruebas, a recibir desde el primer contacto con las autoridades judiciales información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias de la conducta punible de la cual han sido víctimas; (...)

7. Las víctimas tendrán derecho a la reparación de los daños sufridos por las conductas punibles. Para tal efecto podrán participar en el incidente de reparación integral de que trata el artículo 23 de la misma, el cual se surtirá a petición de la víctima, sea directamente o por conducto de la Procuraduría judicial, o a solicitud del fiscal del caso y en él tendrán derecho a presentar sus pretensiones.

8. A ser informadas sobre la decisión definitiva adoptada por las autoridades judiciales competentes con ocasión de la investigación y juzgamiento de que trata la ley 975/2005, y a controvertir las decisiones que las afecten”.

En armonía con lo dispuesto en el numeral 7º transcrito, el artículo 14 de la misma obra, establece que la víctima en el incidente de reparación podrá solicitar la restitución del bien del cual haya sido despojada ilícitamente.

Tales derechos fueron reiterados en el artículo 8º del Decreto 3391 de 2006 que garantiza la participación judicial de las víctimas desde el inicio del proceso, con el fin de efectivizar sus derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición. La misma norma regula la intervención de víctimas indeterminadas, cuyo análisis se hizo en otro capítulo de este documento.

Por su parte, el Decreto 315 de 2007 reglamenta la intervención de las víctimas durante la etapa de investigación en los procesos de Justicia

y Paz, facultándolas a acceder en forma personal y directa, o a través de apoderados o representantes, a las diligencias de versión libre, formulación de imputación, formulación de cargos y en general en todas las etapas procesales que se realicen en el marco de dicha ley.

Se destaca el artículo 7° que remite a la Ley de la Infancia y la Adolescencia (1098 de 2006) para efectos de la participación y representación de los menores víctimas, en cuanto a la garantía y apoyo de sus derechos que debe brindarle el Estado en su acepción más amplia.

4.3 Participación de las víctimas en las audiencias

Dada la escasa participación de las víctimas en las audiencias, pues generalmente no concurren, y su intervención está a cargo de sus apoderados judiciales, la labor del Ministerio Público debe fortalecerse en torno a la prevalencia de sus derechos.

En cumplimiento de ese postulado, destacamos dos audiencias concretas realizadas ante magistrado de Control de Garantías de la Sala Penal de Justicia y Paz de Barranquilla, así:

Caso Jhonatan Sepúlveda¹¹⁴

En esa audiencia la Procuraduría solicitó aplazamiento de la diligencia toda vez que se estaban afectando los derechos de las víctimas de acceso a la justicia, verdad e igualdad. Así mismo, porque al Ministerio Público se le impedía su intervención, de tal manera que cumpliera con su función acorde con la Constitución y la ley.

Ello porque al instalarse la audiencia, con transmisión virtual a la ciudad de Cúcuta, una vez presentadas las víctimas en esa ciudad, así como dos (2) profesionales que representaban algunas de ellas, se dejó constancia por la mayoría de los asistentes que hasta la noche anterior se habían enterado de la diligencia, algunas vía telefónica, y a muy pocas les alcanzó a llegar la citación respectiva.

¹¹⁴ Desmovilizado del Frente Fronterizo, Bloque Catatumbo.



Ante tales manifestaciones y teniendo en cuenta que al Ministerio Público no se le había entregado el escrito de formulación de cargos por parte de la Fiscalía, se interrogó a las víctimas y a los profesionales que representaban algunas de ellas para que precisaran si tal escrito les había sido enviado, recibiendo respuesta negativa.

Seguidamente la magistratura interrogó al señor Fiscal en torno a la correspondencia entre la identidad de las víctimas de los hechos que iría a imputar y las asistentes a la Sala de transmisión virtual. La respuesta del representante del ente acusador fue la siguiente: *“más que decir si las víctimas que se hicieron presentes son o no de los hechos a imputar, a medida que se vayan formulando los cargos se darán a conocer las víctimas de cada hecho y además por cuanto oportunamente se suministró el nombre de las víctimas”*.

Dadas las circunstancias descritas, y ante la evidente vulneración de los principios de acceso a la justicia y debido proceso, el Ministerio Público solicitó a la magistratura que suspendiera la diligencia, hasta tanto se garantizara la participación de las víctimas y demás sujetos intervinientes. En otras palabras, hasta se diera cumplimiento por parte de la Fiscalía de los requisitos de los artículos 337 y siguientes de la Ley 906 de 2004, para que los representantes de víctimas y el Ministerio Público pudieran descorrer el traslado a que se refiere el artículo 339 *ibídem*, es decir, se manifestara acerca de causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades y, sobre todo, para formular observaciones al escrito de cargos.

El Ministerio Público señaló que al no haberles llegado oportunamente las citaciones a la totalidad de víctimas y que adicionalmente no se les dio traslado del escrito de formulación de cargos, se les estaba cercenando el derecho de participación, tratado en extenso en la sentencia C-209 de 2007, así como las sentencias C-293 de 1995, C-1149 de 2001, todas relativas a la participación de las víctimas. Además del tratamiento normativo previsto en la Ley 600 de 2000 como en la Ley 906 de 2004, y por supuesto en el procedimiento de Justicia y Paz, cuando, como se sabe, la víctima es la principal protagonista del proceso de la jurisdicción especial.

El Procurador Judicial expuso que la vulneración se hizo extensiva al Ministerio Público, pues no obstante su condición de representantes del

colectivo afectado, tampoco recibió el escrito de formulación de cargos. Por eso consideró el Ministerio Público que la audiencia no debía realizarse, y para apoyar tal solicitud se citó la decisión del 28 de mayo de 2008 en el radicado 29.650 proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹¹⁵ con ponencia del magistrado Augusto Ibáñez Guzmán, que contiene los derroteros, entre otros, de la acusación en materia de Justicia y Paz, aunado a que, conforme la libertad de configuración del legislador, ha dicho la Sala de Casación Penal, la audiencia de formulación de cargos es una etapa que resulta imperativa en el trámite de la justicia transicional.¹¹⁶

En dicha providencia la Corte Suprema de Justicia se ocupó, entre otros asuntos, de las exigencias de la formulación de cargos, precisando que además de los requisitos del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, la Fiscalía debe agotar exigencias acordes con la finalidad de la ley de Justicia y Paz -detalladas en 8 ítems-.

Por ello, no resulta dable que en la formulación de cargos la Fiscalía se limite a entregar el escrito, con cinco minutos de antelación, pues como se sabe, el trámite de Justicia y Paz versa sobre una multiplicidad de hechos, cada uno con su propia narrativa, en diferentes circunstancias modales y espacio-temporales. Esto impone un análisis detallado para formular las observaciones a que haya lugar, en materia de tipicidad, concursos, agravantes, inferencia de autoría o participación, entre otros, todo ello concerniente al establecimiento de la verdad.

En el caso concreto, el ente acusador omitió la aplicación del inciso final del artículo 337 del Código de Procedimiento Penal impidiendo a las víctimas y a la Procuraduría conocer con antelación los cargos a formular, negándoles así la posibilidad de revisar y pronunciarse conforme a lo previsto en el artículo 339 de la Ley 906 de 2004. Esto es, para que las víctimas puedan ejercer, en esta etapa, el derecho que les asiste de acceder a la justicia, como claramente se decidió en la sentencia C-209 de 2007, pues al no cumplirse esas disposiciones se harían nugatorios los

¹¹⁵ Decisión modulada proferida en la actuación seguida a Wilson Salazar Carrascal, alias “El Loro”.

¹¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 31 de marzo de 2009, M.P. Alfredo Gómez Quintero. Radicado 31491.



derechos de las víctimas y los del Ministerio Público como representante de la sociedad colombiana, que si bien no fue víctima directa o indirecta de un hecho concreto, si se vio afectada por la situación de zozobra que vivió el país, por lo que su derecho no puede ser desconocido.

La magistratura, previo traslado a los restantes intervinientes¹¹⁷, no accedió a la solicitud del Ministerio Público, ordenando continuar la audiencia con fundamento en lo resuelto por la Sala de Casación Penal en decisión del 31 de marzo de 2009, dentro del radicado 31491, con ponencia del magistrado Alfredo Gómez Quintero.

Afirmó la magistratura que la audiencia de formulación de cargos es una audiencia preliminar ante el magistrado de Garantías quien es el garante de la manifestación de aceptación de cargos que haga el postulado, por lo tanto debe velar porque su consentimiento esté libre de vicio, sea espontáneo, voluntario y asistido por su defensor.

Por tanto, no puede confundirse con la audiencia de acusación prevista en la Ley 906 de 2004, pues en el presente estadio no puede hablarse de escrito de acusación, cuando se trata de audiencia de formulación de cargos, para concluir que en esta diligencia no resulta dable impartir el trámite de los artículos 337 y siguientes de la Ley 906 de 2004, ya que el escrito de acusación no es exigencia legal para la audiencia de formulación de cargos.

Así mismo, recalcó que el escrito de acusación debe presentarse ante la Sala de conocimiento, la que sí está obligada a realizar la audiencia conforme a las previsiones de los artículos 337 y siguientes de la Ley 906 de 2004, y por ello es en la audiencia de control de legalidad donde se le da traslado a todos los sujetos intervinientes.

Argumentó que en el caso concreto las víctimas fueron citadas, al punto que concurrieron 23 de ellas, sin que sea factible remitirle el escrito a todas las víctimas, no sólo por el lugar remoto donde residen, pues así nunca se celebraría la audiencia, sino y sobre todo, porque el traslado del escrito no es requisito legal para esta audiencia preliminar.

¹¹⁷ El defensor del postulado admitió que recibió el escrito de formulación de cargos por parte de la Fiscalía; posteriormente el Fiscal precisó que ello se dio porque el apoderado concurrió hasta su oficina no porque él se lo enviara.

En cuanto a la cita que hizo el Ministerio Público a la decisión modulada en el procedimiento de Wilson Salazar, según la magistratura tal proveído estuvo dirigido a reprochar lo actuado por la Sala de conocimiento, no lo actuado por un juez de garantía, y en ella censura a la Sala de conocimiento porque no examinó el escrito de acusación. Concluye señalando que es la Sala de conocimiento la que debe acudir a la Ley 906 de 2004, porque es donde se revisa el escrito de acusación.

En contra de la decisión, el Ministerio Público interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, argumentando que de realizarse la audiencia de formulación de cargos, además de afectar los principios de legalidad y debido proceso, también se vulnera el principio de igualdad, pues el traslado de cargos únicamente se le hizo al apoderado del postulado lo cual constituye un tratamiento discriminatorio para las víctimas.

Adicionalmente, la Procuraduría Judicial expuso que difería de la lectura dada por el Tribunal a las decisiones adoptadas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 31 de marzo de 2009¹¹⁸ y 28 de mayo de 2008¹¹⁹.

Enfatizó que mientras a la defensa técnica sí se le dio traslado de la formulación de cargos, no se hizo lo propio respecto al Ministerio Público, ni a las víctimas ni a sus apoderados. Para el efecto se citó la sentencia C-454 de 2006, relativa a los derechos de las víctimas, que para el caso concreto de Justicia y Paz, resulta de la mayor importancia porque la víctima es la protagonista del proceso transicional.

En esa decisión la Corte Constitucional precisó que en el nuevo esquema procesal penal, de corte adversarial, los derechos de las víctimas superan la concepción limitada en el pasado a pretensiones indemnizatorias, ya que se ajustan a los estándares internacionales en materia de verdad, justicia y reparación de los derechos de víctimas.

¹¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 31 de marzo de 2009, M.P. Alfredo Gómez Quintero. Radicado 31491. Actuación seguida en contra del Postulado Omar Enrique Martínez Ossías alias “Maicol”.

¹¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 28 de mayo de 2008, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. Radicado 29650.



En atención a esta nueva concepción de los derechos de las víctimas, se reconoce la potestad de su intervención en todas las fases de la actuación, y se permite acceder a la justicia en condiciones de igualdad en procura de sus derechos, no sólo los de contenido civil, sino también para conocer la verdad de cómo ocurrieron los hechos y propugnar porque se haga justicia. Así las cosas, la víctima es protagonista activa, acorde con los principios de protección, promoción de los derechos humanos y lucha contra la impunidad.

El Ministerio Público señaló que si ese argumento de autoridad resulta válido para el proceso penal ordinario, es de mayor fuerza tratándose de la jurisdicción especial de Justicia y Paz, donde por un lado la víctima es protagonista, tiene prelación y privilegios, por el otro el desmovilizado imputado, atendiendo que se trata de una justicia rogada, se sometió voluntariamente, es decir, no hay adversariedad.

Entonces, durante todas las etapas debe proporcionarse a la víctima información de sus derechos, garantía que le permite conocer paso a paso toda la actuación, pues no sólo el postulado tiene ese derecho.

En la balanza deben primar los derechos de las víctimas conforme a lo sostenido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema en las decisiones proferidas el 9 de febrero¹²⁰, el 31 de marzo de 2009¹²¹, y en la primera decisión en la actuación adelantada contra Wilson Salazar. Providencias que nos han enseñado el camino a seguir en aras de que las víctimas tengan sus derechos protegidos por todos quienes operamos en el sistema transicional.

De acuerdo con lo expuesto, la Procuraduría reclamó el traslado previo del escrito de formulación de cargos, lo solicita para sí y para los apoderados de las víctimas, a quienes exigimos compromiso, pues no sólo se trata de derechos indemnizatorios como lo dice la sentencia C-454, dado que también es derecho a saber, derecho a acceder, derecho a no repetición.

¹²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 9 de febrero de 2009, M.P. Augusto José Leonidas Bustos Martínez. Radicado 30.955. Actuación seguida en contra del Postulado Juvenal Álvarez Yepes.

¹²¹ Radicado 31491, ya citado.

Como argumento principal se expuso entonces el trato discriminatorio a las víctimas con vulneración de los estándares internacionales que regulan procesos de justicia transicional, derechos humanos y derecho internacional humanitario, que enfatizan en la protección de los derechos de las víctimas.

El artículo 62 de la Ley 975 de 2005 contempla la complementariedad, lo cual significa que debe aplicarse la Ley 906 de 2004 siempre que el instituto sea compatible, entonces, ¿cuál es el instituto compatible con la Ley 975 de 2005 para realizar la formulación de cargos acorde con ese derrotero que nos ha trazado la jurisprudencia? ¿Cómo vamos a desarrollarlo?

Concluye la Procuraduría Judicial Penal que la audiencia de formulación de cargos no está diseñada para que la Fiscalía concorra a exponer unos hechos y su relevancia jurídica, sin participación alguna de las víctimas, sus apoderados, ni del Ministerio Público ante una magistratura pasiva, pues a ésta le compete el control constitucional, dado que esa es precisamente la función del magistrado con funciones de Control de Garantías.

Los derechos de las víctimas son de la mayor importancia, al punto que la Sala de Casación Penal de la Corte utilizando un criterio modulador, previsto en el artículo 27 de la Ley 906 de 2004, en la decisión del 28 de mayo de 2008, hizo prevalecer los derechos de las víctimas sobre el procedimiento, ordenando se corrigieran los yerros para el futuro, pero que la actuación siguiera para no dilatar los resultados que deprecaban las víctimas ya reconocidas por el postulado Wilson Salazar.

La misma posición la tuvo la Sala de Casación en proveído del 9 de febrero de 2009, radicado 30955, ya citado, según la cual *“estando en tensión la expectativa de las víctimas con el debido proceso del desmovilizado, el test de proporcionalidad impone la ponderación del sacrificio del debido proceso frente a las consecuencias del privilegio concedido a las víctimas”*.

Por ello, mal puede afirmarse que en la audiencia de formulación de cargos no existe acusación y por eso de manera absoluta no resulta aplicable la Ley 906 de 2004. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema



de Justicia se abstuvo de desatar el recurso, por cuanto estimó que la decisión adoptada por el a quo era de trámite y por ende no susceptible de recurso alguno. No obstante, en decisión adoptada en radicado 32022¹²² del 21 de septiembre de 2009 enfatizó acerca del cumplimiento, en la audiencia de formulación de cargos, de los artículos 337 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

Caso Úber Banquez Martínez

En audiencia de formulación de cargos al postulado Úber Banquez Martínez¹²³, el Ministerio Público solicitó la suspensión de la diligencia para garantizar la representación judicial de cinco víctimas presentes en la sala de audiencias, quienes manifestaron verbalmente a la Procuraduría que habían otorgado poder desde noviembre de 2008 a la Defensoría del Pueblo de Cartagena, pero que a pesar del tiempo transcurrido aún no se les había asignado el profesional del derecho que las representaría judicialmente.

Una vez instalada la diligencia el señor magistrado solicitó a la Fiscalía que señalara la representación judicial de las víctimas acreditadas, ante lo cual la señora Fiscal respondió que en múltiples ocasiones acudió a la Defensoría del Pueblo con ese propósito, empero que a la fecha no se ha allegado poder alguno. En este orden de ideas se reiteró la presencia de víctimas en la sala de audiencias que han solicitado a la Defensoría los represente sin respuesta alguna.

Seguidamente el magistrado dio traslado a los presentes para que expresaran causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades, siendo respondido de manera negativa dicho traslado por los intervinientes que concurrieron.

Adicionalmente, el Ministerio Público precisó que, conforme al artículo 337 de la Ley 906 de 2004, recibió con antelación el escrito de formulación de cargos, que revisada la carpeta respectiva constaba

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

¹²³ Alias “Juancho Dique”, quien fuera comandante del Frente Canal del Dique del Bloque Héroes de los Montes de María.

que ese trámite se había surtido, oportunamente, respecto del postulado, su defensor, cuatro abogados de la Defensoría Pública y de las víctimas a través de las Personerías de los municipios de María La Baja y San Juan Nepomuceno. También expresó la Procuraduría que en la carpeta constaban las comunicaciones oportunamente libradas por la secretaria de la Sala a la Defensora del Pueblo Regional del Atlántico, así como a la Coordinadora de Gestión y al Coordinador Académico de dicha Defensoría.

No obstante, al arribar a la Sala y percatarse la Procuraduría de la ausencia de representación judicial para las víctimas de la masacre de Mampuján, que cinco de ellas estaban presentes en la Sala manifestando haber otorgado poder en la Defensoría de Cartagena, la agente del Ministerio Público procedió a comunicarse telefónicamente con el Coordinador Académico de la Defensoría para Justicia y Paz, quien de inmediato atendió el llamado contactando a uno de los defensores adscritos a las víctimas del Bloque Héroes de los Montes de María, quien telefónicamente manifestó que no se le había asignado poder alguno de las víctimas de Mampuján¹²⁴, razón por la cual no había concurrido a la diligencia.

Nuevamente la Procuraduría expuso su inquietud al Coordinador Académico, quien expresó que los defensores se desplazarían hasta la diligencia; con fundamento en lo anterior la Procuraduría solicitó a la magistratura un receso -suspensión- hasta tanto se hicieran presentes los defensores públicos e igualmente se le diera oportunidad de descorrer el traslado ya surtido para los restantes intervinientes, petición a la que se accedió por el presidente de la diligencia.

La diligencia se continuó en horas de la tarde con la presencia de tres profesionales de la Defensoría Pública, quienes apoderaron a las víctimas presentes en la sala.

¹²⁴ La formulación de cargos versó sobre dos hechos, uno de ellos conocido como Masacre de Mampuján, cuyas víctimas concurrieron desde el inicio del procedimiento, y el segundo, como Secuestro Isla Múcura cuyas víctimas no se habían hecho presente hasta ese momento, a pesar de las múltiples citaciones libradas para tal fin por la Fiscalía.



4.4 Valoración probatoria del testimonio de las víctimas

A manera de introducción, transcribimos apartes del tema tratado por el doctrinante Alberto Bovino en su obra *la actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*¹²⁵, en los que se lee:

“La actividad probatoria constituye una actividad central en los procedimientos contenciosos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los cuales se demanda a un Estado-parte por la violación de uno o más derechos garantizados en la Convención Americana.

Tal actividad, por otra parte, presenta singularidades propias del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente debido al objeto y fin de esta rama del derecho.

Respetando el principio de contradicción, los elementos de prueba que ingresan a un caso concreto son aquellos ofrecidos por las partes en la demanda y en su contestación, respectivamente; los elementos de convicción relevantes ingresados en otras etapas procesales, y las pruebas que puede incorporar de oficio la Corte.

Los modos de incorporación de medios de prueba son más informales que los de los procedimientos del derecho interno. El criterio rector que informa la actividad probatoria es el descubrimiento de la verdad acerca de la probable violación de uno o más derechos garantizados en la Convención Americana.

La actividad probatoria presenta algunas singularidades propias del derecho internacional de los derechos humanos. Criterios tales como la gravedad de la violación, la necesidad de reparar el daño causado por la violación, el objeto procesal que consiste en atribuir responsabilidad internacional distingan al procedimiento ante la Corte de otros procedimientos propios del derecho interno”.

¹²⁵ BOVINO, Alberto. “La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Sur, Rev. int. direitos human. [online]. 2005, vol.2, n.3, pp. 60-83.

Por este motivo, sólo las reglas de la sana crítica permiten la consideración individualizada de cada declaración testimonial concreta, en sí misma, o un elemento de prueba, para que sea el juzgador quien realice un juicio sobre la credibilidad, confiabilidad y valor probatorio de cada declaración, según sus particulares características”.

Podría pensarse que tales criterios no resultarían aplicables para el caso colombiano, pues no sólo se trata de derecho interno sino que además se trata de responsabilidad individual y no estatal.

Sin embargo, somos partidarios de una teoría que permita flexibilizar el estándar probatorio en aplicación de la Ley 975, pues el número de víctimas y la época de ocurrencia de los hechos, permiten afirmar que el proceso de acreditación de cada uno de ellos, dificulta la terminación del proceso con el incidente de reparación, en materia de ofrecer una pronta justicia, reclamada por todas y todos, incluida la comunidad internacional.

Si bien en términos de Justicia y Paz la responsabilidad es personal, debemos recordar que se trata de un postulado sometido, que concurre voluntariamente y confiesa, por lo que, en nuestro concepto la confesión bastaría para la demostración del hecho, la aceptación de responsabilidad por parte del postulado y la acreditación de la calidad de víctima indirecta¹²⁶ para que se estimaran demostradas las exigencias de la materialidad del hecho, el nexo causal entre la conducta y el daño.

Recordemos que en materia penal el legislador ha previsto libertad probatoria, lo cual significa que a través del testimonio podrá acreditarse no sólo la ocurrencia de la conducta punible –ya confesada y soportada con información o evidencia por la Fiscalía– sino también las consecuencias que generó, el daño causado.

Ello no significa que desconozcamos la necesidad de la demostración del daño o la estimación de su valor, aspectos que bien pueden complementarse con otra clase de pruebas, entre ellos las experticias o los testimonios técnicos.

¹²⁶ Con prueba documental generalmente, excepcionalmente a través de testimonios.



Al punto, se trae a colación lo precisado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en decisión del 12 de mayo de 2009¹²⁷ cuando analiza el valor probatorio de la confesión en Justicia y Paz, al señalar que es idónea para probar los hechos si supera los juicios de legalidad material y formal.

La discusión radicaría, entonces, en la demostración de cada uno de los daños que, conforme lo dicho en precedencia, si se torna exigente haría interminable la actuación de la Sala de conocimiento, sin que ello signifique que la jurisdicción deba plegarse a lo expuesto por la víctima y lo acusado por la Fiscalía.

Aquí cabe resaltar que en el único ejercicio de reparación integral, el resultado frustrante para las víctimas no dependió de un comportamiento rigurosamente exigente de la Sala de conocimiento, pues la magistratura incluso ordenó la práctica de pruebas de oficio, supliendo en alguna manera, las deficiencias de las solicitudes de los representantes de las víctimas y, esas deficiencias en el sustento probatorio de las pretensiones indemnizatorias o de acreditación del daño, fueron las que originaron el resultado frustrante en materia de reparación.

Las exigencias probatorias respecto de las solicitudes de los representantes de las víctimas, no pueden ser objeto de flexibilización alguna, en atención a su condición de profesionales del derecho que les permite realizar solicitudes adecuadamente sustentadas. Por su parte la libertad probatoria facilita el establecimiento de los daños causados con la conducta punible, el ejercicio en esta materia debe ser creativo por parte de estos profesionales y no se debe reiterar el esquema del sistema inquisitivo donde las peticiones indemnizatorias, en la mayoría de los casos no se soportaban probatoriamente.

En reciente decisión, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹²⁸ trazó los derroteros en cuanto a la construcción de la verdad y la impartición de justicia, precisando que el último escenario –además de la versión– lo es la audiencia de legalización de cargos.

¹²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 12 de mayo de 2009, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. Radicado 31150.

¹²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 21 de septiembre de 2009, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Radicado 32022.

5. METODOLOGÍA PARA EL DESARROLLO DE LAS AUDIENCIAS

*Jairo Ignacio Acosta Aristizábal,
Procurador 357 Judicial Penal II de Bogotá D.C.*

Plantear una dinámica de intervención de las víctimas en la construcción de la verdad, en sede de las audiencias propias del proceso de Justicia y Paz, supone desentrañar la estructura de esta expresión de justicia transicional en donde el fin último de lograr una paz sostenible se encuentra supeditado no sólo al cese de las hostilidades sino a la no repetición de los hechos y la garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Por ello resulta completamente sano aprovechar la textura abierta de la Ley 975 de 2005 y sus decretos reglamentarios, en especial el 3391 de 2006 para cumplir los cometidos de un proceso judicial efectivo de investigación, juzgamiento, sanción y otorgamiento de beneficios penales a los desmovilizados de los grupos armados organizados al margen de la ley, dentro del cual las víctimas tienen la oportunidad de hacer valer sus derechos a conocer la realidad sobre las circunstancias que acompañaron los hechos punibles y a obtener reparación del daño sufrido.

De otra forma se validarían las constantes críticas efectuadas por parte de teóricos y representantes de la sociedad civil a los instrumentos legales y reglamentarios, cuando ven en el conjunto normativo que inspira el proceso de reconciliación un retroceso en materia de acceso a la justicia por parte de las víctimas. Su postura resultaría acertada desde una interpretación restringida de la norma, la cual no parece ser la recomendada en la regulación práctica de la participación de las víctimas en la integralidad del proceso.

En efecto, no sólo se ha registrado un cambio sustancial en la estructura del proceso penal en nuestro marco constitucional, al concebirlo en la actualidad como un espacio argumentativo propio de un modelo dialógico entre la víctima y el victimario con miras a resolver el conflicto. Dejando atrás el esquema en el que se reduce el proceso a una expresión



de garantía, sino que en el puntual caso de la Ley de Justicia y Paz aparece inconcebible la construcción de la verdad desde un solo extremo.

Esto implica una transformación esencial del método de la construcción de la verdad, por cuanto deja de ser una verdad como correspondencia en términos aristotélicos para pasar a ser una construcción jurídica conjunta, en la que víctima y victimario entregan, con argumentos valorables a través de una interacción dialógica, su versión y su visión de lo sucedido, hecho que supone entonces, para que sea lo más completo posible, la concurrencia activa de las dos partes.

Por tal razón, no guarda lógica sustraer a la víctima del escenario probatorio en el que se construye la verdad jurídica, a pesar de lo concluido por la Corte Constitucional en la sentencia C-454 del 7 de junio de 2006, cuando antepuso el principio de igualdad de armas y el adversarial, propio de la Ley 906 de 2004, a los derechos fundamentales de la víctima a conocer la verdad, a acceder a un espacio de garantía efectiva en su descubrimiento y a recibir la contraprestación de los argumentos o las explicaciones del otro.

De reconocerse estas premisas resulta entonces claro que las omisiones de la Ley 975 de 2005 en punto de la explícita participación de las víctimas en audiencias y diligencias se supera con creces acudiendo, en primer término a la naturaleza y fines del proceso de paz y reconciliación que direcciona esta Ley, el cual resulta perfectamente compatible con el nuevo modelo procesal de la construcción dialógica de la verdad y recoge por vía del artículo 62, que se refiere a la complementariedad, la totalidad de los institutos que los códigos de procedimiento penal aplicables desarrollen a favor de las víctimas.

La efectividad del proceso se encuentra entonces íntimamente ligada al espacio que se le propicie, permita y facilite a la víctima en la reconstrucción de lo sucedido, razón por la cual, de abajo hacia arriba, están llamados a ser constructores, en procura de una justicia material, los actores intervinientes, los magistrados de control de garantías y la Sala de conocimiento en la Ley de Justicia y Paz.

Trátase de audiencias preliminares (imputación o de formulación de cargos), legalización de la formulación y aceptación de cargos, o la

correspondiente al incidente de reparación integral, no podrán faltar en ningún caso, para comenzar, los actos de constatación que acreditan la calidad de víctima con la misma dinámica que impone el rigor demostrativo y argumentativo que supone el ejercicio reconstructivo de lo sucedido y que se hace cada vez más exigente en la medida en que se acerca al punto de solución del conflicto.

Esto se traduce en que la prueba sumaria que basta para el reconocimiento inicial de la condición de víctima, a lo largo del proceso debe ser robustecida, pues los actos de reparación, a diferencia de los de acceso al mecanismo judicial de protección efectiva, (Justicia) y a la reconstrucción de la verdad jurídica (verdad) suponen niveles superiores de convicción que pueden ser reconocidos por el victimario o por la autoridad judicial encargada de declarar derechos en punto de la reparación integral.

Ahora bien, si el proceso de Justicia y Paz aplica el principio de la permanencia de la prueba por su misma naturaleza reconstructiva y por enfrentarse a expresiones organizadas de poder que dificultan el acceso a los medios de conocimiento en términos de concentración e intermediación, lo correcto, metodológicamente hablando, es que las víctimas puedan participar en todo momento y lugar, desde el principio en el diálogo constructivo de la verdad procesal; de allí que resulten odiosas las discriminaciones a las que se les sometió en las fases previas a la imputación en este proceso de Justicia y Paz.

Estas limitaciones deben ser superadas con una labor conjunta, de acopio argumentativo a través de medios del conocimiento fiables y legalmente adquiridos por la Fiscalía y las víctimas, actividad que no se puede limitar, como en algunos casos sucede en la actualidad, a jornadas esporádicas de víctimas con fines de información superficial o de un censo.

Lo ideal es entonces hacer partícipe a la víctima del plan o programa metodológico del instructor para que de esa manera se organice y oriente también su propia labor. Debe ser aprovechado además ese espacio para ventilar y conjurar con la Fiscalía cualquier evento relacionado con factores externos al desarrollo del procedimiento, como amenazas e



intimidaciones o problemas logísticos que puedan afectar los derechos de las víctimas.

Dada su condición manifiesta de debilidad por la condición de la contraparte, se hace imprescindible además que, a las víctimas en estos procesos, en todo caso y lugar, se les represente por una defensa técnica calificada de confianza o de ser necesario de carácter público, y que dicha postulación guarde no sólo continuidad sino que mantenga contacto directo con la víctima. Lo anterior porque la mayoría de nuestras experiencias dan cuenta de defensas fragmentadas y distantes del lugar de asentamiento del afectado, incomunicación que se traduce en obstáculo en el ejercicio reconstructivo de la verdad argumentada.

No justifica la Ley de Justicia y Paz en su aplicación, descubrimientos precarios o sostenidos de los medios de conocimiento en poder del instructor hacia las víctimas, máxime cuando se centra el proceso en la entrega total de la verdad por parte de los victimarios a cambio de importantes prebendas en materia sancionatoria. Precisamente la dinámica del proceso invita al control horizontal de parte, de manera que los controles judiciales resulten apenas formales por el interés común que rodea el hallazgo real de lo sucedido.

Cuando las audiencias preliminares tengan como propósito excluir al postulado de la Ley de Justicia y Paz, deberá ser llamada la víctima a este escenario pues dependiendo de la causal invocada se vería legitimada para apoyar o controvertir la pretensión en la medida en que sus derechos se puedan ver afectados. En caso de muerte del postulado, por ejemplo, tendría el derecho a ser informado acerca de las posibilidades para que siga el ejercicio reconstructivo de la verdad, o cuando menos, para promover el incidente de reparación integral como parte del daño generado por el colectivo o grupo del cual se desmovilizó el postulado excluido.

En la audiencia preliminar de solicitud de medidas cautelares o de medida de aseguramiento, la legitimidad de intervención de la víctima se centra en la garantía de protección y la de reparación, razón por la cual se demanda del Fiscal competente no sólo la citación al víctima, sino en muchos casos la interacción previa con ella para poder fortalecer los argumentos de soporte.

Si se trata de la imputación, el control material del magistrado de Control de Garantías se extiende a la víctima como interviniente especial con derechos constitucionales a reivindicar, aunque se restringe su participación, pues con tal acto no se define aún el escenario de la verdad.

Esta es la razón para que se disponga de un plazo posterior de 60 días en términos del artículo 18 de la Ley 975 de 2005 para que la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, con el apoyo de su grupo de policía judicial, adelanten labores de investigación y verificación. Este lapso es de crucial importancia para la víctima pues a estas alturas, en principio, la totalidad de los cargos existentes deben estar suficientemente documentados.

La tendencia consensual de la Ley de Justicia y Paz en la construcción de la verdad jurídica, impone como método de participación de las víctimas en las audiencias intermedias y de control de legalidad, espacios privilegiados para glosar o impugnar cargos, para indicar vacíos en las labores de investigación y verificación, para formular objeciones al escrito de formulación de cargos, oportunidad en el cual los soportes de los mismos deben ser públicamente revelados por la Fiscalía para el conocimiento suficiente de la víctima y la sociedad, escenario que se traduce, ni más ni menos, que en el de la presentación oficial de la verdad construida, reivindicador de tal derecho a la víctima independientemente de las resultas del proceso.

De manera puntual y acerca de los derechos de las víctimas, el ordenamiento procesal de Justicia y Paz establece como función específica del Ministerio Público en todas estas audiencias indicadas, la de velar porque se les respeten sus garantías, así como la tarea de verificar su efectiva protección por parte del Estado y participar en todas las diligencias o actuaciones donde proceda la disponibilidad del derecho por parte de la víctima individual o colectiva.

Finalmente, con la declaración de la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial de la legalidad de la aceptación de los cargos, previa solicitud expresa de la víctima o del Fiscal o del Ministerio Público se abre el incidente de reparación integral. Aquí el método de intervención debe contemplar la búsqueda preferente del consenso o residualmente



la contenciosa para obtener del victimario la reparación y los derechos que le pertenecen.

A diferencia del reconocimiento que surge de parte del agresor en un proceso restaurador compositivo de su responsabilidad en los hechos y la necesidad de reparar, el incidente de reparación integral parte de la base de la declaratoria de culpabilidad una vez admitida la legalidad de los cargos aceptados

La iniciativa para promover el incidente de reparación integral puede provenir directamente de la víctima, o del Ministerio Público y de la Fiscalía, a instancia de aquella, y su importancia radica, precisamente en el momento procesal en el que se produce, esto es ante el juzgador de primer grado ante quien se persigue y previo al sentido del fallo inamovible, pues hace parte integral de la sentencia. El juzgador al aprobar o declarar la responsabilidad penal del acusado, debe concentrar su atención tanto en la fundamentación de su decisión de responsabilidad como en la declaración de sus consecuencias; es un momento crucial para reconocer la entrega, de parte del victimario y hacia la víctima, de los derechos que le pertenecen, como parte integral del tratamiento prescrito, esto es, del señalamiento del fin, la necesidad y las funciones de la pena.

Se tiene prevista una sola opción de conciliación procesal, razón por la cual se demanda preparación suficiente y técnica de la víctima y su representación jurídica para adelantar en caso de resultar necesaria la fase controversial de la prueba para fundamentar las pretensiones de reparación.

6. EFECTOS DE LA EXTRADICIÓN DE LOS “JEFES PARAMILITARES”

*John Jaime Posada Orrego,
Procurador 116 Judicial Penal II de Medellín*

6.1 Presentación: cronología del proceso de extradición y oposición mediante tutela

El 13 de mayo de 2008, el país despertó con la noticia de la extradición de los dirigentes de la organización armada al margen de la ley que agrupada bajo el nombre de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) habían logrado negociar con el Gobierno Nacional su “masiva” desmovilización.

Entre el grupo de los “jefes paramilitares” extraditados se encontraban Salvatore Mancuso alias “El Mono”, Diego Alberto Ruiz Arroyabe, Rodrigo Tovar Pupo alias “Jorge 40”, Diego Fernando Murillo alias “Don Berna”, Ramiro Vanoy alias “Cuco Vanoy”, Hernán Giraldo Serna alias “El Patrón”, Guillermo Pérez Álzate alias “Pablo Sevillano”, Javier Zuluaga Galindo alias “Gordo lindo”, Eduardo Enrique Vengoechea, Juan Carlos Sierra alias “El Tuso”, Nodier Giraldo Giraldo, este último sobrino de Hernán Giraldo, Martín Peñaranda alias “El Burro”, Edwin Mauricio Gómez Lara y Eduardo Enrique Vengoechea y Manuel Enrique Torregrosa; todos ellos reclusos en las cárceles de alta seguridad del INPEC¹²⁹.

Siete días antes, le habría correspondido el turno a Carlos Mario Jiménez Naranjo alias “Macaco”, destacado comandante del reconocido Bloque Central Bolívar que agrupaba el mayor número de mandos y perpetradores, superiores en número a todas las otras organizaciones que operaban paralelamente a la suya, y cuya extradición se logró luego de superar una intensa batalla jurídica promovida por las organizaciones que reunían a las víctimas de un hombre con el que partía la esperanza de alcanzar la verdad, justicia y reparación prometida con el acordado proceso.

¹²⁹ La Picota, Itagüí, Modelo en Barranquilla y Bogotá, entre otras.



Finalmente y en el primer semestre de 2009, se realizó la entrega en extradición de los comandantes paramilitares Hevert Veloza García alias “H.H.” y Miguel Ángel Melchor Mejía Múnera alias “El Mellizo”.

La reincidencia delictiva y con ella el incumplimiento a las obligaciones pactadas con el Gobierno Nacional durante la negociación tendiente a su desmovilización fue, en criterio del Ejecutivo, el motivo determinante de la efectivización de esa extrema medida suspendida de tiempo atrás para facilitar el camino hacia la pretendida y frustrada aspiración de paz buscada por esa expedita pero accidentada vía.

No obstante, hoy ningún proceso penal existe en Colombia que investigue siquiera la presunta recurrencia en el delito adjudicada a los “jefes paramilitares” extraditados, de hecho, el Fiscal General, Mario Iguarán, declararía, antes de la finalización de su período, que nunca se acreditó tal reincidencia, con lo que se consolidaría la tesis de que sólo razones arbitrarias, que no de la órbita de competencia del Ejecutivo, produjeron la inesperada medida, asumida no obstante las advertidas consecuencias nefastas para el negociado proceso.

En torno a las extradiciones podemos observar la siguiente cronología:

- **2 de abril de 2008:** La Corte Suprema de Justicia aprueba la Extradición.
- **4 de abril de 2008:** El presidente Álvaro Uribe autoriza la extradición de alias “Macaco” y consecuentemente suscribe la resolución de su extradición.
- **8 de abril de 2008:** El Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado interpone acción de tutela ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca para detener la extradición.
- **9 de abril de 2008:** Los jefes paramilitares desmovilizados solicitan al Presidente que suspenda la extradición de alias ‘Macaco’, argumentando que la extradición impediría cumplir con los procesos de Justicia y Paz que se están llevando a cabo en el país.
- **10 de abril de 2008:** Se hace efectivo el traslado de alias ‘Macaco’ de la cárcel de Itagüí a la de Cómbita.
- **11 de abril de 2008:** La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia afirma que no habrá extradición de los ex jefes paramilitares hasta

tanto no hayan cumplido con los procesos de reparación a las víctimas.

El Gobierno colombiano anuncia que utilizará todos los recursos legales para derrumbar la tutela contra la extradición.

- **21 de abril de 2008:** El Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca profiere fallo en el que se establece diferir la extradición del ex jefe paramilitar Carlos Mario Jiménez alias “Macaco” hasta que cumpla con los procesos de verdad, justicia y reparación de las víctimas, sea investigado y juzgado en Colombia por los delitos de lesa humanidad que cometió.
- **6 de mayo de 2008:** El Consejo Superior de la Judicatura revoca el fallo del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y declara improcedente el amparo constitucional por medio del cual se ordenó diferir la extradición de alias “Macaco”.
- **7 de mayo de 2008:** Se hace efectiva la entrega en extradición de alias “Macaco” a la justicia de Estados Unidos.
- **13 de mayo de 2008:** Se configura la extradición de 14 ex jefes paramilitares a Estados Unidos.
- **20 de mayo de 2008:** El Fiscal General de la Nación, Mario Iguarán viaja a EEUU para coordinar el acceso de la justicia colombiana a los ex paramilitares extraditados.
- **19 de agosto de 2009:** Corte Suprema de Justicia pone freno a las extradiciones de paramilitares acogidos a la ley de Justicia y Paz.

En cuanto a la oposición a través de la acción de tutela frente a procesos de extradición es importante relatar brevemente la experiencia relacionada con Carlos Mario Jiménez alias “Macaco”. El Movimiento Nacional de Víctimas interpuso en contra del Presidente de la República, el Ministro del Interior y Justicia y el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, una acción de tutela ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, con respecto a la decisión de extradición de Carlos Mario Jiménez, alias “Macaco”, quien fuera solicitado por las Cortes de Columbia y Florida por el delito de narcotráfico.

En la demanda mencionada, las víctimas del paramilitarismo en Colombia, buscaban reversar la decisión de extradición de quien, en el contexto de las versiones libres de Justicia y Paz, había confesado más de 300 de los miles de crímenes que se presumía había cometido como jefe del Bloque Central Bolívar.



El principal cometido del Movimiento Nacional de Víctimas con la interposición de esta acción era la contribución de “Macaco” a la consolidación y cristalización de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas y que, como consecuencia de ello, respondiera ante la justicia colombiana, previo a la configuración de su extradición.

El Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca detuvo el proceso de extradición hasta tanto fuere investigado y juzgado por los delitos cometidos en Colombia, evidenciada la relevancia superior de los crímenes de lesa humanidad, cometidos en el territorio nacional, sobre el delito de narcotráfico desplegado en el extranjero. En la sentencia se ratificó la decisión de extradición, sin embargo se advirtió que la misma debería efectuarse de manera diferida, previa garantía de observancia de los derechos de las víctimas, de cara a los delitos perpetrados por Carlos Mario Jiménez alias “Macaco” como miembro de las autodefensas.

No obstante, el fallo fue impugnado por el Gobierno Nacional argumentando la posibilidad de la concreción de los derechos de las víctimas mediante la reparación económica sin que sea necesaria la permanencia de los desmovilizados en Colombia. Adicional a ello el Gobierno argumentó invasión en la órbita de sus funciones por parte del magistrado del Consejo Seccional, así como también en las de la Corte Suprema de Justicia pues, en otros eventos de extradición, esta Corporación no se ha opuesto a lo querido por el Gobierno.

En segunda instancia, el Consejo Superior de la Judicatura¹³⁰, ordenó continuar con el trámite de extradición de “Macaco” luego de declarar improcedente el fallo de tutela que inicialmente, en aras de proteger los derechos de las víctimas, ordenó la espera de dicha extradición hasta tanto sea investigado y juzgado en Colombia.

El juez de segunda instancia manifestó que los derechos que le asisten a las víctimas no se ven desdibujados con la decisión de extradición, pues se encuentran plenamente garantizados otros mecanismos de reparación y, adicional a ello, el Estado entra a garantizar la correspondiente indemnización a que tienen derecho.

¹³⁰ Consejo Superior de la Judicatura, sentencia del 6 de mayo de 2008, MP. Angelino Lizcano. Radicado 110011102000200801403.

6.2 Fundamento normativo

La extradición, como instrumento de cooperación internacional en la lucha contra la criminalidad, se encuentra cimentada principalmente en el artículo 35 de la Constitución Política colombiana, modificado por el Acto Legislativo 01 de 1997, el cual advierte que las conductas punibles pueden ser cometidas también en el exterior.

Por su parte el artículo 189.2 de la Carta, faculta al Gobierno para determinar la vigencia o aplicabilidad de instrumentos internacionales en cuanto a los principios que la informan, los cuales están plasmados en los artículos 4, 9, 13, 95 (inciso 2°) y 101 de la Constitución y los artículos 13 y 15 del Código Penal, los que, según el tribunal constitucional, han de leerse de manera conjunta en la medida en que ellos constituyen un sistema.

El Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004) regula esta figura en el capítulo II del libro V referido a la cooperación internacional, artículos 490 a 514. Así es como en el artículo 493 se establecen los requisitos sobre los cuales puede concederse la extradición, esto es, que el hecho que la motiva también haya sido previsto como delito en Colombia y comporte como sanción, la pena privativa de la libertad no inferior a cuatro años; así mismo requiere que al menos se haya proferido en el exterior resolución de acusación o su equivalente.

El artículo 504 de la ley 906 de 2004, tiene su correlativo en el artículo 522 de la ley 600 de 2000, estas normas se refieren a la entrega diferida del por extraditar, previendo que cuando éste haya cometido delitos en territorio colombiano, previo al requerimiento del extranjero, el Gobierno tiene la facultad de diferir la entrega del por extraditar hasta tanto se resuelva lo concerniente por las autoridades jurisdiccionales nacionales.

La Corte Constitucional ha manifestado que cuando proceda la entrega de un ciudadano colombiano en extradición y exista en el otro país la pena de muerte para el delito que la motiva, sólo se hará efectiva dicha extradición bajo la condición de la conmutación de la pena, e igualmente, también a condición de que al extraditado no se le someta



a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni a las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, conforme a lo dispuesto por los artículos 11, 12, y 34 de la Constitución Política.

6.3 Pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos a raíz del pronunciamiento en torno al incumplimiento del Estado colombiano de la sentencia que lo declara responsable por la masacre consumada en el municipio de Mapiripán¹³¹, tuvo la oportunidad de manifestarse de cara al proceso de extradición de un numeroso grupo de ex jefes paramilitares colombianos a los Estados Unidos, en su mayoría por los delitos de narcotráfico y lavado de activos.

Resaltaba el órgano citado que es necesario comprender que siempre tendrán prevalencia y mayor relevancia las graves violaciones a los derechos humanos por encima de los delitos de narcotráfico. Así mismo, la Corte ordena al Estado colombiano exponer y explicar aquellos mecanismos que se utilizarán para permitir que los ex jefes paramilitares extraditados colaboren con la justicia y se vea así mismo asegurada la continuidad y efectividad de la responsabilidad penal de estos sujetos en Colombia.

La extradición es un mecanismo que da al traste con los derechos de las víctimas a la reparación y reconstrucción de la verdad por los crímenes de lesa humanidad, torturas, desplazamiento forzado, delitos sexuales y desapariciones forzadas cometidos por los grupos de autodefensa en Colombia, toda vez que se instituyen barreras para el acceso de las víctimas a la justicia, pues la entrega a gobiernos extranjeros de los postulados a la ley de Justicia y Paz implica mayores costos en el desplazamiento y limitación en razón del idioma, para acceder de manera directa a las versiones de los postulados.

¹³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resolución de 8 de julio de 2009, Caso masacre de Mapiripán Vs. Colombia, Supervisión de Cumplimiento de sentencia.

Al respecto la Corte Interamericana manifiesta con preocupación que no existe un verdadero y sólido acuerdo de cooperación y apoyo en materia judicial que se traduzca en la garantía de continuidad de los procesos penales adelantados en Colombia y la no obstrucción de las investigaciones y enjuiciamientos de los responsables de los atroces crímenes.

En conclusión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado su rechazo absoluto de la impunidad respecto de hechos que comporten graves violaciones al derecho internacional de los derechos humanos, de igual forma rechaza cualquier circunstancia que conlleve a la frustración de los intereses de las víctimas del paramilitarismo en Colombia.

De otro lado, a través del comunicado de prensa número 21 del 14 de mayo de 2008 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos advirtió sobre los efectos nocivos que tiene la extradición de paramilitares frente a los derechos que le asisten a las víctimas, los cuales comportan consecuentemente la obligación para el Estado, de garantizarlos. Así manifestó la Comisión:

“La extradición impide la investigación y el juzgamiento de graves crímenes por las vías establecidas por la Ley de justicia y paz en Colombia y por los procedimientos criminales ordinarios de la justicia colombiana. También cierra las posibilidades de participación directa de las víctimas en la búsqueda de la verdad sobre los crímenes cometidos durante el conflicto y limita el acceso a la reparación del daño causado. Así mismo, este acto interfiere con los esfuerzos por determinar los vínculos entre agentes del Estado y estos líderes paramilitares”.

6.4 El acuerdo de apoyo judicial para la continuación de las versiones libres

214

Luego de que el Gobierno colombiano, hubiera defendido ante la jurisdicción la tesis de que la extradición de los jefes paramilitares no comportaría la afectación de los derechos de las víctimas en Colombia, admitió la inexistencia de un acuerdo de cooperación judicial con Estados



Unidos que permitiera la continuación de las diligencias judiciales por los delitos cometidos en Colombia y que resultaban ser objeto de investigación y juzgamiento por la jurisdicción especial de Justicia y Paz.

Mucho se ha dicho acerca de la posibilidad de negociar acuerdos de cooperación judicial entre Colombia y Estados Unidos con el ánimo de impedir que los procesos de extradición terminen por cristalizar la impunidad de los jefes paramilitares frente a los crímenes cometidos en Colombia y con ello la consecuente violación de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Sin embargo, poco o nada se ha concretado al respecto, mientras que el derecho de las víctimas y de la nación entera a conocer la verdad se encuentra cada vez más desdibujado, toda vez que, desde su extradición, los ex jefes paramilitares no han podido continuar con la confesión de los crímenes por ellos cometidos.

La falta de cooperación judicial internacional que permita la continuidad del proceso, la imposible participación de las víctimas en el desarrollo de las versiones y su burlada reparación, hacen pronta mella en su credibilidad, el Gobierno ha acabado de un tajo y a partir de la masiva extradición de los comandantes “paras” con la esperanza generada desde el escenario de la ley de Justicia y Paz de alcanzar por esa vía y, contando con su concurso activo, la verdad, la justicia y la reparación pretendida.

Sin embargo en relación con la reparación ya era ilusorio su alcance, puesto que cargaron a las víctimas la obligación de denunciar bienes en cabeza de los testaferros de sus victimarios -Decreto 3391 de 2006- cuando tempranamente se advirtió que lo entregado era una suma irrisoria, con la cual el Fondo de reparación no podría en manera alguna satisfacer en mínima medida las aspiraciones de las víctimas.

6.5 Efectos de la extradición respecto del trámite de los procesos penales de justicia y paz

Ya en suelo estadounidense los extraditados centraron su atención en la defensa de los cargos que por narcotráfico habrían de enfrentar, meses

después de su salida se emitirían algunas condenas tras declaratorias de culpabilidad “negociadas” con las autoridades judiciales americanas, y con ello comenzaba a difuminarse cualquier expectativa cierta de participación en el escenario de Justicia y Paz que abandonaron por la intransigente voluntad del Gobierno colombiano, que ni siquiera hoy ha logrado consolidar un convenio de colaboración que permita el desentramado del proceso.

La premonición de las víctimas y del colectivo nacional habría de cumplirse: ninguno de los jefes paramilitares extraditados pudo mantener activa su ya accidentada participación en el proceso de Justicia y Paz. La responsabilidad que enfrentaban en suelo norteamericano de cara a los cargos por narcotráfico, las trabas del sistema carcelario, la rigurosidad de las autoridades que direccionan sus juicios, bien pronto evidenciaría la absoluta imposibilidad de avanzar exitosamente en el desarrollo de sus versiones, truncadas desde entonces por esos y otros motivos como por ejemplo el avance creciente de los grupos emergentes que coparon las zonas dejadas por estos bloques desmovilizados y, con sus jefes extraditados les despojaron de bienes y atentaron contra amigos y familiares cercanos como ocurrió en el caso de Ramiro Vanoy Murillo a quien le asesinaron a su hijo Vladimir Vanoy Cifuentes en el mismo año de su extradición. Otros extraditados denunciarían amenazas y hostigamientos semejantes.

Falta de garantías argüirían los victimarios extraditados para la continuación en su proceso, Rodrigo Tovar Pupo alias “Jorge 40” y Carlos Mario Jiménez, alias “Macaco” han sido absolutamente indiferentes frente a sus responsabilidades con el mismo, en tanto Diego Fernando Murillo Bejarano, alias “Don Berna” y Salvatore Mancuso alias “El Mono” hacen inminente su retiro, todo ello mientras al resto de los extraditados se les dificulta cada día más el reinicio de sus versiones libres, y lejos está la posibilidad de llegar a una instancia de imputación parcial o total e íntegra de hechos y de cargos.

Con la presencia de los “jefes paramilitares” en Colombia ya de por sí era casi imposible el avance de sus versiones, los obstáculos puestos para situarlos en espacios compartidos con sus mandos medios y perpetradores hacían inviable la recolección de información suficiente y oportuna para facilitar la expresión real de su compromiso en los



extraditados judiciales de Justicia y Paz, ahora, con su extradición esa pretensión es quimera inalcanzable.

Algo más significativo ocurría mientras tanto, sabido del abandono obligado en el que les sumieron sus antiguos comandantes –extraditados- al dejar de proveerles medios de subsistencia y garantizarles el pago de sus defensores contractuales, sus hombres, mandos medios en la estructura de los grupos de autodefensa, aún recluidos en cárceles nacionales, desconcertados e inseguros de su futuro jurídico, replantearían su actitud y compromiso original con el proceso, en tanto, los perpetradores, repensaban su futuro ante tan incierto panorama, –de seguridad para sus vidas y de indefinición jurídica de su situación- regresarían a empuñar las armas, -muchos de ellos como en el caso de los desmovilizados de los Bloque Mineros, Héroe de Granada y otros- esta vez al servicio de organizaciones ilegales armadas que surgían bajo el tenebroso nombre de las Bandas Emergentes y se dedicaban al narcotráfico como base esencial de su actividad criminal.

La extradición se diría fue un extremo alarde de severidad de un Gobierno incapaz de controlar la reincidencia delictiva, si acaso ese era el motivo de la medida, con el que sancionó más que a los hombres objeto de la medida a las víctimas del paramilitarismo en Colombia.

Lo anterior porque se aseguró definitivamente la impunidad respecto de los hechos delictivos cometidos por los jefes paramilitares extraditados, pues la Ley Antinarcoóticos de los Estados Unidos de América se convirtió en el objetivo político supremo de los dos Gobiernos, que prefirieron el logro de una sanción negociada por narcotráfico a la represión de los delitos de lesa humanidad que en Colombia cometieron estos Comandantes de las AUC.

El Salado, La Gabarra, Naya, Unión Patriótica, Chengue, Comuna 13, serán nombres que se fundirán para siempre en el recuerdo nostálgico de las víctimas de las atrocidades “paras”, porque su legítimo derecho a la Justicia, que es principio fundante de esta democracia y Estado Social de Derecho cuya vigencia apenas si se pregona, cedió otra vez ante otro modo de barbarie, la revictimización de quienes quedarán mirando en lontananza la frustración de un sueño perdido, el logro de la verdad prometida por un Gobierno que terminó en su sentir, traicionando los

valores primigenios de todo Estado que se erija en Democrático, quizás por ello, la confrontación armada continúa y ni víctimas ni victimarios creen en convenios basados en la mentira y la traición.

6.6 Consecuencias derivadas de la extradición de paramilitares sometidos al proceso de Justicia y Paz, según la decisión del 19 de agosto de 2009

Con anterioridad a la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia el día 19 de agosto de 2009¹³², este órgano mantenía como línea decisoria conceputar favorablemente a la extradición en los casos en que el solicitado se encuentre sometido al trámite de la ley de Justicia y Paz y haya, o se encuentre confesando, los delitos cometidos como miembro de la organización criminal, con la solicitud al Ejecutivo de condicionar la entrega a que el Estado reclamante garantizara los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición, atendiendo los compromisos internacionales de Colombia en materia de derechos humanos

Sin embargo, como respuesta a los permanentes incumplimientos por parte del Gobierno a los llamados de atención efectuados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, este alto Tribunal profirió la decisión del 19 de agosto de 2009, en el radicado No. 30451, mediante la cual cambió su posición.

Lo anterior porque rindió concepto adverso a la entrega del postulado, dándole preponderancia a la justicia nacional y en procura de respetar los tratados internacionales suscritos y ratificados por el país en materia de derechos fundamentales, y de obtener su efectividad, motivada en la falta de eficacia de dichos condicionamientos debido a que el Gobierno Nacional en las resoluciones por medio de las cuales venía concediendo la extradición, no los estaba sujetando a su cumplimiento.

218

Precisó que además de los requisitos legales y constitucionales para verificar la procedencia de la extradición, está obligada a estudiar el

¹³² Dentro del Radicado 30451 de la Corte Suprema de Justicia.



alcance que los derechos fundamentales tienen en nuestro ordenamiento jurídico, y que la decisión no resulte contraria a normas constitucionales, incluido el bloque de constitucionalidad, y demás normas legales que impregnan de legalidad y legitimidad a las decisiones judiciales.

Por lo tanto, el concepto de extradición debe tener en cuenta los tratados internacionales no sólo de extradición sino también los referentes a los derechos y garantías fundamentales tanto de los extraditables como de los restantes asociados, entre ellos los de las víctimas: la efectiva reparación del daño sufrido, la obligación del Estado de buscar que se conozca la verdad de lo sucedido, y el acceso expedito a la justicia.

Conceptuó adversamente a la entrega porque conceder la extradición generaría las siguientes consecuencias negativas: (i) implicaría un desconocimiento de los derechos de las víctimas, (ii) conllevaría un traumatismo del funcionamiento de la administración de justicia colombiana, y (iii) el delito de narcotráfico por el cual es requerido es de menor entidad y gravedad que las conductas punibles imputadas en Colombia, que en su mayoría son delitos de lesa humanidad.

En relación con el espíritu de la Ley 975, argumentó que por tratarse de un propósito nacional, la paz no debe tener obstáculos, de manera que debe existir equilibrio entre la justicia y ella, motivo por el cual se estructuró un proyecto que tuviera como ejes centrales la verdad, la justicia y la reparación, otorgando especial importancia a los derechos de las víctimas; propósitos obstaculizados con la extradición de los paramilitares sometidos al proceso de Justicia y Paz, pues han generado que en los procesos se paralice el conocimiento de la verdad, ya que los postulados no han podido seguir confesando los crímenes cometidos, quedando las víctimas sin saber la verdad y la sociedad sin garantía de no repetición.

Adujo también, que además de la relativa impunidad generada por la Ley no se puede permitir que se socave la verdad al impedir que los postulados narren los crímenes cometidos y pidan perdón a las víctimas, como que las autoridades ofrezcan garantías de no repetición y se repare adecuadamente a las víctimas.

En cuanto a la obstrucción a la justicia colombiana, la Corte estima necesario que las personas pedidas en extradición y que se desmovilizaron,

y están confesando los delitos cometidos personalmente o por medio de su organización criminal, terminen sus exposiciones para que la justicia nacional emita el fallo correspondiente.

También es imprescindible que la sociedad conozca o juzgue a todas las personas que intervinieron en esa actividad criminal, propósito posible de alcanzar si los postulados permanecen a disposición de las autoridades judiciales colombianas.

El cumplimiento de los términos procesales también sería obstaculizado de seguirse concediendo la extradición de estas personas.

En lo que atañe a la gravedad de los delitos, considera que pese a que el delito de narcotráfico atribuido en esa ocasión es sancionado con una pena drástica, los comportamientos imputados a los miembros de los grupos paramilitares constituyen delitos de lesa humanidad cuya gravedad superlativa justamente ha llevado a la humanidad a crear tribunales internacionales para su juzgamiento. Además, priorizar la justicia nacional protege al Estado de la posibilidad de intervención de la Corte Penal Internacional.

Finalmente, precisó la Corte, la extradición procederá en los siguientes casos: cuando el postulado no contribuya con el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas que de él se reclama; cuando incurra en causal de exclusión del trámite y beneficios de la ley de Justicia y Paz; cuando resulte absuelto por los delitos que se le imputen; cuando incumpla las obligaciones y compromisos derivados de la pena alternativa, u ocurra cualquier supuesto similar a los anteriores.

La concurrencia de cualquiera de estas hipótesis legitimará a las autoridades extranjeras para pedir nuevamente la extradición.

En cuanto a los argumentos presentados por la Sala Penal de la Corte Suprema, a nivel de los Procuradores Judiciales Penales que intervienen en Justicia y Paz, se discutieron las razones para proceder y los efectos de la extradición de comandantes desmovilizados, sin embargo ninguno de estos funcionarios participaron del trámite de extradición, pues esta función corresponde a los Procuradores Delegados ante la Corte para la instrucción y el juzgamiento penal.



El resultado de los ejercicios de discusión se equipara a las razones que determino la Sala Penal de la Corte para negar la extradición en el último evento y principalmente en lo que se refiere a la entidad de los delitos por los cuales se adelantaba la acción penal en el territorio extranjero, por lo que no se podía cercenar, el derecho del Estado colombiano a investigar y juzgar delitos tan graves como los ejecutados por los comandantes de grupos armados organizados al margen de la ley, el derecho de las víctimas y de la sociedad colombiana a conocer la verdad de lo ocurrido, para satisfacer intereses en la persecución penal de comportamientos, que como el narcotráfico y conductas asociadas con él, no revisten la gravedad y masividad de los delitos cometidos en Colombia.

7. PENA ALTERNATIVA: REQUISITOS DE ELEGIBILIDAD Y ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA

*Jaime Castro Ortíz, Miguel Antonio Carvajal Pinilla
y Hernando Aníbal García Dueñas,
Procuradores 140, 1° y 9° Judiciales Penales II de Medellín y Bogotá D.C.*

7.1 Presentación del tema

La alternatividad penal es un régimen sancionatorio que comporta la concesión de prerrogativas punitivas a favor de aquellos miembros de las organizaciones ilegales constituidas al margen de la ley, que decidan desmovilizarse y deponer las armas con el fin de iniciar un proceso de reintegración a la vida civil. En Colombia la negociación que el Gobierno Nacional adelantó con los grupos de autodefensa se vio plasmada en el texto de la Ley 975 de 2005.

Los efectos de la llamada alternatividad penal se traducen en una pena inquestionablemente más laxa que la prescrita en la legislación penal ordinaria. En estricto sentido la pena alternativa no se constituye en una amnistía así como tampoco obedece a las características del indulto, toda vez que la acción penal no se extingue y con ello la pena debe hacerse efectiva.

Así lo manifestó la Corte Constitucional al valorar la exequibilidad de la Ley de Justicia y Paz por conducto de su Sentencia C-370 de 2006 en la que advirtió que la concesión de un beneficio punitivo no se traduce consecuentemente en un sacrificio desmedido de los derechos de las víctimas.

Lo anterior, en atención a la garantía del estricto y riguroso cumplimiento de la sanción sustituida en el evento en que el desmovilizado llegue a incumplir los compromisos que le resulten impuestos en la aplicación derivada de esta ley transicional, igualmente cuando no se acreditan los requisitos de elegibilidad para la concesión de la pena alternativa.



7.2 Fundamento normativo

El fundamento jurídico de la pena alternativa lo constituye principalmente la Ley 975 de 2005 y los Decretos reglamentarios 4760 de 2005, artículo 8°, Decreto 3391 de 2006 a los cuales se suman variados pronunciamientos de la Corte Constitucional que han permitido concretar e integrar tal cuerpo normativo a los principios emanados de la Carta.

En la sentencia C-370 de 2006 se expresa que en la Ley 975 de 2005:

“... no se dispone la extinción de la acción penal en relación con los delitos que puedan ser imputados a miembros de grupos armados que decidan acogerse a aquella, razón por la cual resulta claro que el Estado no decidió mediante esta ley olvidarse de las acciones delictuosas, por lo que en rigor jurídico-constitucional la afirmación según la cual dicha ley concede una amnistía, no es de recibo.

Por lo que hace a la supuesta concesión de un indulto, tampoco se encuentra que alguna de las normas contenidas en la ley acusada disponga que la pena con la cual culmine un proceso iniciado contra los miembros de grupos armados ilegales que decidan acogerse a esa ley una vez impuesta por sentencia judicial, deje de ejecutarse. Es decir, no contiene la Ley 975 de 2005 una disposición que exonere al delincuente del cumplimiento de la sanción penal. Si bien es verdad que se le hace objeto de un tratamiento jurídico penal menos riguroso que el existente en el código penal -si se cumplen por el infractor unos requisitos determinados en relación con las víctimas y por la colaboración con la administración de justicia-, lo cierto es que, aun así, no desaparece la pena. Esta se impone, pero el procesado puede -con estricta sujeción a los requisitos y condiciones que el legislador señaló- hacerse acreedor a un beneficio que podría reducirle la privación de la libertad por un tiempo, sin que ésta desaparezca”¹³³.

¹³³ Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

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

7.3 Presupuestos para acceder a la pena alternativa

La Ley 975 de 2005 en el artículo 3° define la alternatividad como un beneficio que consiste en la suspensión de la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia para ser reemplazada por otra sanción de menor magnitud concedida como consecuencia de la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización.

Por su parte, el artículo 29 de la Ley de Justicia y Paz prescribe que para tener derecho al beneficio de la pena alternativa se requiere:

- a. Que el beneficiario adquiera el compromiso de colaborar con su proceso de resocialización, ya sea a través del desarrollo de actividades laborales o académicas durante su permanencia bajo restricción de la libertad.
- b. Que el beneficiario impulse actividades que comporten la desmovilización del grupo armado del que hizo parte.

Sin embargo, estas previsiones normativas más bien parecen ser los compromisos adicionales o deberes a cumplir por el postulado sentenciado en el período de ejecución de la pena alternativa, por tanto se concluye que los requisitos o condiciones para acceder al beneficio son los establecidos en el artículo 3°. Excepto en lo relativo a la resocialización



del beneficiario, que es uno de los fines reconocidos legalmente para la pena de prisión, por tanto, una consecuencia de su ejecución.

La Corte Constitucional ha manifestado con base en el artículo 10 de la Ley 975 de 2005 que a las prerrogativas de rebaja punitiva, pueden tener acceso aquellos miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que voluntariamente se vinculen a un proceso de reincorporación a la vida civil.

Así mismo, para que los delitos queden contemplados dentro del beneficio es necesario que los delitos que se le imputan hayan sido cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a estos grupos, atendiendo la previsión del artículo 72 ídem, sobre la vigencia y la decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema sobre el ámbito temporal de aplicación de los beneficios.

Otro condicionamiento existente para la concesión del privilegio es la búsqueda de la satisfacción de los derechos que le asisten a quienes ostentan la calidad de víctimas, esto es, los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

Ejerciendo el examen de constitucionalidad con referencia al artículo 3° de la Ley 975 de 2005 la Corte Constitucional, en la providencia ya citada, señaló: *“Así acontece con la expresión del artículo 3° que condiciona la suspensión de la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, a la “colaboración con la justicia”. Esta exigencia formulada en términos tan genéricos, despojada de contenido específico, no satisface el derecho de las víctimas al goce efectivo de sus derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición. Esta colaboración podría limitarse a suministrar alguna información sobre las conductas de otros miembros de un grupo armado ilegal, en lugar de consistir en revelar de manera plena y fidedigna los hechos dentro de los cuales fueron cometidos los delitos por los cuales se aspira a recibir el beneficio de la alternatividad. Así entendida, la colaboración no respetaría el derecho de las víctimas a la verdad. Lo mismo podría decirse del derecho a la reparación. La colaboración con la justicia podría consistir en entregar los bienes ilícitos producto de la actividad delictiva, lo cual sería manifiestamente insuficiente para asegurar el goce efectivo del derecho de las víctimas a la reparación.*

La alternatividad penal parecería una afectación desproporcionada de los derechos de las víctimas si la “colaboración con la justicia” no comprendiera la integralidad de los derechos de tales víctimas, y si no exigiera de parte de quienes aspiran a acceder a tal beneficio acciones concretas encaminadas a asegurar el goce efectivo de estos derechos, que parecen enunciados en la propia Ley 975 de 2005”.

De otro lado la indicación certera de los bienes garantiza la efectiva reparación patrimonial a las víctimas. Así como el compromiso serio de abandonar la actividad delictiva garantiza el principio de justicia y de la no repetición de los hechos.

7.4 Estructura de la sentencia

Para proceder a dictar sentencia se requiere haber agotado el presupuesto concerniente a la legalización de la formulación y aceptación de cargos, por lo que, frente a las conductas por las que se procede, la Fiscalía habrá dotado a la Sala correspondiente de un conocimiento más allá de toda duda acerca de la materialidad de las conductas y la responsabilidad del postulado.

Tal conocimiento surge de los medios de convicción recopilados por la Fiscalía, los mismos que soportan su “acusación”. Igualmente, se tendrá acreditado el cumplimiento de los requisitos o condiciones para el otorgamiento de la pena alternativa, una vez realizado el ejercicio de reparación integral, que sucede a la legalización de la formulación y aceptación de cargos.

Como toda sentencia en materia penal, debe contener la individualización del sentenciado postulado, el relato de los hechos punibles aceptados por el mismo, la valoración de los medios de conocimiento que acreditaron la formulación de los cargos, un resumen de las alegaciones presentadas por los diversos intervinientes, la respuesta a esas alegaciones, la calificación jurídica de los hechos, los fundamentos jurídicos y probatorios de la reparación integral que se impone al postulado sentenciado, las penas principales y accesorias ordinarias, la pena alternativa y los recursos que proceden contra la sentencia (artículo 170 Ley 600 de 2000 y 162 de la Ley 906 de 2004).



Por la especialidad del procedimiento señalado en la Ley 975, la sentencia que culmina dicho procedimiento, debe contener todos los aspectos concernientes a la finalidad de la normatividad, situación que se enmarca dentro de lo que la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema ha establecido como los requisitos del escrito de formulación de cargos, para guardar la debida congruencia.

Individualización de la pena

La individualización de la pena hace referencia al establecimiento de los límites mínimos y máximos dentro de los cuales fluctúa la pena a imponer, el establecimiento de los cuartos de movilidad en los términos de la Ley 599 de 2000 y la pena finalmente deducida, habida cuenta de los criterios señalados en el inciso 3°, artículo 61, ídem.

Este ejercicio, sobre lo que hemos denominado pena ordinaria, requiere de una fundamentación adecuada por parte de la Fiscalía al momento de formular los cargos al postulado, se requiere que las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se perpetraron las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, se encuentren acreditadas y calificadas jurídicamente, bien como circunstancias de mayor punibilidad (en Decreto Ley 100 de 1980 de agravación genéricas), bien como circunstancias de menor punibilidad (en Decreto Ley 100 de 1980 de atenuación punitiva).

Establecidos los cuartos de movilidad punitiva, por el estudio de las circunstancias concurrentes de mayor o menor punibilidad, corresponde determinar el quantum punitivo o la cantidad de pena que finalmente se impone. Para poder determinarla el sentenciador debe valorar la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agravan o atenúan la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintencional o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella debe cumplir en el caso concreto.

Para el caso específico de la Ley de Justicia y Paz, se considera de trascendencia para este proceso de individualización la posición que desempeñaba el postulado sentenciado dentro del grupo armado organizado al margen de la ley.

Es decir, si ostentaba la calidad de comandante, mando medio o de simple patrullero, atendiendo los lineamientos expuestos por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia cuando establecía, a manera de directriz para los procesos de Justicia y Paz, la atribución de responsabilidad conforme con el esquema de la denominada “coautoría por cadena de mando”¹³⁴. Según la cual se debería reducir el significado de la responsabilidad del autor directo -y por ende el reproche punitivo-agravando la responsabilidad del hombre de atrás, en la medida que se asciende en la jerarquía del denominado aparato organizado de poder. Por consiguiente este debería ser un aspecto que se analizaría en el momento de examinar la “intensidad del dolo” y establecer finalmente la pena a imponer.

Como quiera que en los procesos de la Ley 975 de 2005, se procede por una serie de conductas punibles, concursantes con el denominado delito base de concierto para delinquir agravado, una vez se han individualizado cada una de las penas a imponer por cada conducta se debe atender la preceptiva del artículo 31 de la Ley 599 de 2000 (artículo 26 Decreto Ley 100 de 1980), en cuanto hace al establecimiento de la “pena más grave” de las que se han individualizado, no la que se estime como establecida para la conducta más grave.

A manera de ejemplo, la Ley 599 de 2000 contempla una pena de prisión para el homicidio agravado que oscila entre los 25 y 40 años de prisión, para el homicidio en persona protegida se establece una pena de prisión que oscila entre los 30 y 40 años, multa de dos mil a cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 15 a 20 años. Entonces, en principio, podríamos establecer como la pena más grave la establecida para el homicidio en persona protegida, pues además de la pena principal de prisión contempla la de multa y la inhabilitación de derechos y funciones públicas.

Así las cosas, la mayoría de las veces se estima como calificante de la gravedad de la pena, en el concurso, los límites máximos y mínimos de la pena de prisión, por lo que en el ejemplo, el resultado sería estimar

¹³⁴ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de septiembre de 2009, M.P. Yesíd Ramírez Bastidas Radicado 29221.



como la pena más grave la del homicidio en persona protegida. Sin embargo, puede ocurrir que para un homicidio agravado concurren sólo circunstancias de agravación punitiva y eso nos ubica en el cuarto máximo, por lo que la pena podría superar los 36 años de prisión, mientras que si la misma conducta se calificara como homicidio en persona protegida no superaría los 32 años 6 meses de prisión.

En este orden de ideas resultaría ser la pena más grave, para efectos del concurso, la finalmente deducida para el homicidio agravado y no, como se advertía en principio, la establecida para el homicidio en persona protegida.

Si bien el párrafo del artículo 29 de la Ley 975 de 2005 señala que en ningún caso se podrá aplicar beneficio, rebaja de pena o subrogado “complementario” a la pena alternativa, de conformidad con el inciso 5°, de la norma en cita, cuando no se cumple con las condiciones u obligaciones a cumplir en el período de libertad a prueba, se ejecuta la pena inicialmente determinada, la denominada pena ordinaria, sin perjuicio de aplicar en su ejecución los subrogados correspondientes previstos en el Código Penal.

Un ejercicio sistemático de interpretación nos lleva a concluir que la complementariedad de la que habla el párrafo del artículo 29 es más bien un asunto de “conurrencia”, por lo que al beneficio de pena alternativa no puede aplicarse rebaja de pena, subrogado penal o beneficio alguno adicional, siendo ésta el único beneficio a obtener producto del acuerdo concretado en la diligencia de formulación y aceptación de cargos.

El reconocimiento de la pena alternativa a favor de un postulado y, para la cual no existe beneficio adicional alguno, no significa que al individualizar la pena ordinaria no se proceda a reconocer los beneficios a que tendría derecho el procesado postulado si estuviese vinculado a un proceso ante la justicia ordinaria, pues la pena ordinaria debe respetar las garantías otorgadas a todos los procesados, una postura contraria iría en contra del derecho al trato igualitario por parte de la administración de justicia. Pena ordinaria impuesta, hechas las deducciones o rebajas reconocibles al postulado procesado, toda la pena queda suspendida hasta que se cumpla con la pena alternativa, la cual no tendría beneficios adicionales o complementarios,

por tanto en el evento en que se revoque la pena alternativa, cobraría ejecutabilidad la pena ordinaria.

Así las cosas resulta esencial que la Sala de conocimiento del Tribunal Superior se pronuncie, al momento de determinar la pena ordinaria, sobre los derechos de los procesados postulados a beneficios ordinarios de rebaja de pena, por la aceptación de los cargos formulados, la cual se identifica plenamente con la aceptación de cargos para sentencia anticipada, los beneficios de rebaja por confesión establecidos en el artículo 283 de la ley 600 de 2000.

Es decir, para efectos de la pena ordinaria a imponer, la Sala de conocimiento debe comportarse como juez ordinario y en esta medida reconocer la pena establecida para las conductas en el Código Penal, individualizarlas de acuerdo con sus reglas y reconocer los beneficios a que hubiere lugar, para que, en una eventual revocatoria de la pena alternativa o en un eventual incumplimiento de los requisitos para acceder a ella se le reconozcan las garantías a que tendría derecho el procesado postulado, en sede de la jurisdicción ordinaria.

Un ejercicio semejante no contraría la reglamentación establecida en la Ley 975 de 2005 por cuanto, una vez determinada la pena en los términos antes señalados, para efectos del reconocimiento e imposición del beneficio de pena alternativa se ordena la suspensión de la ejecución de la pena ordinaria y con ello de los beneficios “ordinariamente reconocidos”. Esta situación se asemeja al instituto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, (artículo 63 y siguientes ley 599 de 2000), pues en términos del inciso 5°, artículo 29 ídem, cumplidas las obligaciones impuestas en el período de libertad a prueba, que hace parte de la pena alternativa, se declara extinguida la denominada “pena ordinaria”.

La Ley 975 de 2005, es clara al prescribir que la pena alternativa no será, bajo ninguna circunstancia, inferior a 5 años ni superior a 8 años, la cual se deberá cumplir con privación efectiva de la libertad durante todo el período establecido, en el establecimiento de reclusión que el Gobierno Nacional determine (artículo 30).

Adicionalmente sí el desmovilizado cumple y colabora con los requerimientos para contribuir a su resocialización a través del trabajo, estudio



o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, le será otorgada la libertad a prueba, la cual será de la mitad del tiempo de la pena impuesta.

En este período el postulado sentenciado se compromete a no reincidir en conductas delictivas y a presentarse ante la Sala de conocimiento del Tribunal correspondiente e informar cualquier cambio de residencia. En ese sentido se puede estimar que, tanto el período de privación efectiva de la libertad, como el de libertad a prueba, hacen parte de la denominada pena alternativa, pues el cumplimiento de uno y otro es la causa de la declaratoria de extinción de la pena ordinaria inicialmente impuesta.

Frente a la individualización de la pena alternativa, la Ley 975 de 2005, inciso 2°, artículo 29, señala que esta será “tasada” de acuerdo con la gravedad de los delitos y la colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos. Pues bien, resultan poco claros los elementos normativos a tener en cuenta para la individualización de la pena alternativa.

La gravedad de los delitos, es un criterio ya tenido en cuenta al momento de establecer la punibilidad en sede de la pena ordinaria, por lo que reiterar el análisis para efectos de la pena alternativa resultaría una contradicción al principio fundamental del “*non bis in idem*”.

Además el contexto de investigación, enjuiciamiento y sanción de la Ley 975 de 2005 no es otro que las “*graves violaciones al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario*”, resultando redundante e imposible definir cuáles son las conductas que se consideraran como graves, ya que un criterio semejante forzaría la determinación de imponer a todos los postulados sentenciados una pena alternativa de ocho (8) años, sin distinguir entre promotores, comandantes y simples perpetradores, situación que contraría el valor justicia que debe incorporarse en todas las decisiones jurisdiccionales.

El otro elemento, concerniente a la colaboración efectiva al esclarecimiento de las conductas por las que se procede, es un requisito de elegibilidad para acceder al beneficio de la pena alternativa, no puede ser un criterio para la “*tasación*” de la misma.

El procedimiento para la individualización de la pena alternativa debe responder a la definición del quantum de pena ordinaria, es decir, debe respetar los parámetros establecidos al momento de determinar la punibilidad para el concurso de conductas punibles. De manera que, establecida la pena más grave para las conductas por las que se procede, la ubicación en el cuarto de movilidad punitiva determinada para esa conducta (base para determinar la punibilidad en el concurso), debe replicarse para la pena alternativa.

Por vía de ejemplo, si determinamos que la conducta con pena más grave es un homicidio en persona protegida, respecto de la cual nos ubicamos en el cuarto mínimo de movilidad o primer cuarto, para efecto de la individualización de la pena alternativa nos ubicaremos en ese primer cuarto que oscilaría entre los cinco (5) años y los cinco (5) años nueve (9) meses de privación de la libertad. Si para el caso de un homicidio agravado nos ubicamos en el cuarto máximo de movilidad y, esta resulta ser la conducta con la pena más grave, el resultado será que la pena alternativa se individualice entre los siete (7) años tres (3) meses y los ocho (8) años de privación de la libertad.

Para efectos de la determinación final del quantum de pena a imponer, el sentenciador deberá tener en cuenta criterios como la posición que detentaba el sentenciado postulado dentro de la organización armada al margen de la ley, puesto que resulta de elemental equidad que no sea la misma pena que deba cumplir un simple patrullero a un comandante de zona, un miembro negociador o un comandante político.

Igualmente deberá tener en cuenta el tiempo de permanencia o militancia dentro de la organización armada desmovilizada, pues no podría ser la misma pena la que se impusiera a quien durante décadas realizó esta clase de comportamientos a quien tan sólo por unos meses militó en la organización y resultó privado de la libertad al poco tiempo de su incorporación en el grupo armado ilegal del cual se desmoviliza estando privado de la libertad.

Otro criterio a tener en cuenta podría ser el número de conductas aceptadas por las que se procede, criterio que estaría en relación directa con el tiempo de militancia. Igualmente correspondería analizar la gravedad



del daño irrogado a las víctimas, cuando estas tienen un marco constitucional de protección más relevante (niños, adultos mayores, indígenas).

7.5 Acumulación de penas

La acumulación de penas, figura establecida para lo que hemos denominado pena ordinaria, es un procedimiento aceptado por el artículo 20 de la Ley de Justicia y Paz, cuando el desmovilizado haya sido condenado, por parte de la justicia ordinaria, por hechos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la ley. En este caso, dicha pena se acumulará a la que la Sala de conocimiento del Tribunal Superior de Distrito Judicial determine una vez se hayan agotado los trámites antes señalados. Por consiguiente, queda excluida la posibilidad de acumular aquellas penas impuestas por conductas desplegadas sin vínculo alguno con la organización ilegal, ni en razón de su pertenencia a ella.

El artículo 10 del Decreto 3391 de 2006, al igual que la Ley 975 de 2005, señala que para efectos de la acumulación de penas se debe tener en cuenta la reglamentación del Código Penal sobre acumulación jurídica de penas. Ahora bien, estas dos normas incurren en una impropiedad, ya que la acumulación jurídica de penas existe en el Código de Procedimiento Penal, pero para efectos de la determinación de la pena que finalmente se debe ejecutar, se remite a la reglamentación establecida en el Código Penal para efectos de la determinación de pena en el concurso de conductas punibles, artículos 470, Ley 600 de 2000 y 460, Ley 906 de 2004.

No sobra advertir que deben acumularse penas respetando la naturaleza de las mismas, por ende resulta improcedente acumular la pena de prisión impuesta cuando su ejecución está suspendida por la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, o la pena de multa acumularla a la pena de prisión. De igual manera *“No podrán acumularse penas cometidas por delitos cometidos con posterioridad al proferimiento de sentencia de primera o única instancia en cualquiera de los procesos, ni penas ya ejecutadas, ni las impuestas por delitos cometidos durante el tiempo que la persona estuviere privada de la libertad”* (artículo 470, Ley 600 de 2000).

7.6 Análisis de la sentencia de Wilson Salazar Carrascal alias “El Loro”

Wilson Salazar Carrascal alias “El Loro”, se convirtió en el primer desmovilizado sentenciado dentro del trámite consagrado en la Ley 975 de 2005. Alias “El Loro” fue militante durante doce años del frente Héctor Julio Peinado Becerra o Autodefensas Campesinas del Sur del Cesar, Bloque Norte de las AUC¹³⁵.

Frente a la decisión adoptada por la Sala de conocimiento del Tribunal Superior de Bogotá D.C, se puede reseñar, en primer término, lo referente a la acreditación de los requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva, respecto de los cuales se dieron por acreditados sin realizar un análisis real de su cumplimiento; en cuanto a los requisitos establecidos en los numerales 10.1 y 10.4 de la Ley 975 de 2005 la Sala contradice sus propios argumentos al realizar advertencias sobre el decimosegundo informe trimestral de la MAPP/OEA en donde se constata la presencia de facciones armadas ilegales en el sur del Cesar. Según este informe se pone en duda la real desarticulación de las estructuras paramilitares en el país, ya que muchos de los desmovilizados han vuelto a rearmarse o a fomentar la creación de bandas que atentan contra los derechos humanos.

En relación con la situación del sur del Cesar el informe precisa *“al temor generado por la presencia de facciones armadas ilegales se le suma el control que tienen sobre instancias la familia Prada y el grado de control social. Especialmente en San Martín, las víctimas relatan que en el momento de diligenciar los formatos de hechos atribuibles, los funcionarios municipales se rehúsan a escribir los nombres de posibles perpetradores – miembros de la familia Prada”*.

La Sala frente a estas advertencias requiere a la Fiscalía para que por medio de su actividad investigativa compruebe, en un futuro, la realidad de estas afirmaciones, aspecto a todas luces contradictorio con la necesidad de identificar el cumplimiento de este requisito de elegibilidad para efectos de la sentencia contra alias “El Loro”.

¹³⁵ Sobre la actuación seguida en contra de este postulado se hizo referencia en el acápite correspondiente a las experiencias en torno al incidente de reparación.



La Ley 975 impone la obligación de desmovilizarse y dismantelar efectivamente sus estructuras a los grupos armados y a sus miembros. Este dismantelamiento hace referencia a la cesación de toda actividad ilícita y al desmonte de todas las estructuras ilegales.

Si bien el postulado se desmovilizó colectivamente, no es claro si en realidad el grupo al cual pertenecía efectivamente se dismanteló y cesaron las actividades ilícitas en la región en donde actuaban. Las precisiones que realiza la Sala sobre el informe de la MAPP/OEA donde se señala que en el sur del Cesar aún hacen presencia grupos armados ilegales y que estos están relacionados con la omisión por parte de funcionarios públicos de recibir denuncias en contra de miembros de la familia Prada¹³⁶, crea un velo de duda sobre el dismantelamiento real del grupo ilegal.

Si probatoriamente se le da credibilidad al informe de una misión internacional de la Organización de Estados Americanos que verifica la continuación de la actividad delincinencial relacionada con la estructura paramilitar en el sur del César, este requisito de carácter colectivo¹³⁷, debió declararse incumplido y no conceder el beneficio de pena alternativa al postulado.

En cuanto al requisito establecido en el numeral 10.5, si bien el requisito de manera literal hace referencia a que no podrán acceder a los beneficios de la Ley 975 los miembros de grupos que se hubiesen conformado con el objetivo de realizar actividades de narcotráfico o de enriquecimiento ilícito, la interpretación del mismo no debe realizarse de manera textual. Existe un límite tenue entre el objetivo de conformación del grupo y las actividades reales desarrolladas por el mismo.

¹³⁶ Juan Francisco Prada Márquez, alias “Juancho Prada” era el antiguo comandante del bloque Héctor Julio Peinado Becerra, al cual pertenecía el postulado.

¹³⁷ Es necesario aclarar que el no dismantelamiento efectivo del grupo es un asunto que compete a todos los desmovilizados colectivos, razón por la cual no es aplicable el inciso 4° del artículo 5° del Decreto Reglamentario 3391 de 2006, según el cual: *“las conductas aisladas o individualmente consideradas de alguno de los desmovilizados que, en concordancia con lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 1° de la Ley 975 de 2005 y el párrafo 1° del artículo 3° de la Ley 782 de 2002, no correspondan a la organización en su momento bajo la dirección del mando responsable, no tendrán la vocación de afectar el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad del grupo desmovilizado colectivamente al cual pertenecía, sin perjuicio que en el caso concreto el responsable de las mismas pierda la posibilidad de acceder a los beneficios consagrados por la Ley 975 de 2005”*.

Debe entenderse que este requisito cobija a aquellas agrupaciones que, pese a no haber sido conformadas exclusivamente para actividades de narcotráfico, efectivamente se financian con ellas.

En el caso concreto se dio por probado en la sentencia que, como forma de financiación, el frente Héctor Julio Peinado utilizaba la práctica del “gramaje”¹³⁸, es decir el cobro de un porcentaje de dinero sobre las ganancias de las actividades ilegales del narcotráfico a las personas que la practicaban en la región.

Si bien en este proceso no es posible afirmar que este frente se conformó con la exclusiva intención de realizar el tráfico de estupefacientes, quedó demostrado que todo su actuar se financiaba con esa actividad ilegal, por lo que podría estimarse que sus miembros obtenían una remuneración procedente de actividades ilícitas. Lo cual nos lleva al establecimiento de otro de los requisitos de elegibilidad concerniente a la entrega de los bienes que tienen esta procedencia con destino a la reparación de las víctimas, razón esta para determinar que en el caso específico de Wilson Salazar Carrascal, el bien inmueble que poseía debió ser entregado para efectos de la reparación de las víctimas.

En cuanto al requisito determinado en el numeral 10.6, que hace referencia a la liberación de las personas secuestradas que se hallen en poder de la organización armada ilegal, es necesario recordar las consideraciones realizadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006, en el entendido de que la información debe tender no sólo a la liberación de secuestrados sino la ubicación de restos de personas desaparecidas forzosamente.

La interpretación sobre el cumplimiento de este requisito debe ampliarse en ese sentido, dada la práctica generalizada de los grupos paramilitares de desaparecer forzosamente a sus víctimas y luego ejecutarlas extrajudicialmente. El postulado no entregó información en ninguno de los dos sentidos antes mencionados. Aquí, como en otros aspectos la Sala de conocimiento dio por establecido el requisito ante la ausencia de prueba en contrario, es decir no hubo un análisis real y soportado en la información o evidencia allegada por la Fiscalía.

¹³⁸ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia de 19 de marzo de 2009, M.P. Eduardo Castellanos Rosso. Radicado 11001600253200680526. Párrafo 62.



En relación a los requisitos de elegibilidad para el otorgamiento del beneficio de pena alternativa, la Sala de conocimiento del Tribunal estableció que se encontraban acreditados. En este sentido respecto a la reparación para las víctimas el postulado a lo largo del procedimiento, y especialmente en el incidente de reparación, manifestó su falta de voluntad de reparar económicamente a las víctimas¹³⁹.

En concordancia con esta falta de voluntad, la Sala probó que el postulado transfirió la propiedad de su único inmueble a su compañera después de la fecha de su desmovilización. La Sala consideró que el postulado no estaba obligado a entregar el bien para la reparación de las víctimas en etapas previas del procedimiento, dado que el mismo no era producto de actividad ilegal.

Si bien en párrafos anteriores se hizo referencia al origen de este bien, no sobra señalar que la procedencia lícita del bien se encuentra en tela de juicio, a la luz de la información entregada por la Fiscalía y por el propio postulado dentro del proceso. La ilicitud del bien fácilmente puede derivarse de la actividad ilegal realizada por el postulado: si su única fuente de ingresos y actividad económica durante el tiempo en que adquirió el bien tenía un origen delictivo, y por tanto ilícito, se puede presumir que sus ingresos lo eran de igual manera.

En consecuencia, si el postulado adquirió un bien con los ingresos producto de su actividad ilegal, ese bien transferido tiene origen ilícito, y debió haber sido entregado al inicio del procedimiento, ya que de no hacerlo, no podría darse por cumplido el requisito de reparar a las víctimas. A estas consideraciones debe añadirse la probada maniobra de distracción de bienes que efectuó el postulado, con el fin de declararse insolvente para el pago de las reparaciones.

Para efectos del reconocimiento del beneficio de pena alternativa, la Corte Constitucional ha señalado: *“En este sentido, la verdad, la justicia y la reparación se erigen como bienes cardinales de toda sociedad que*

¹³⁹ En la audiencia se constataron las diversas manifestaciones del postulado a lo largo del incidente de reparación integral, en el sentido de que aquél *“no tenía por qué reparar a nadie”*; y que si cumplía con lo exigido por la Ley, *“las verdaderas víctimas del proceso serían sus familiares pues ser verían entonces desprotegidas”*, en referencia a la entrega de su casa de habitación.

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”¹⁴⁰.

Así las cosas, en cuanto a la verdad aportada por el postulado Salazar Carrascal puede decirse que su colaboración con la justicia, a juicio de la Sala y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales (C-370 de 2006), se materializa en la confesión de todos los hechos en los cuales el desmovilizado haya tenido participación o conocido con motivo de su militancia en el grupo armado ilegal.

El contenido de la confesión debió ser claro, preciso, circunstanciado, motivado y, en general, rico en detalles para que sirviera a la Fiscalía como medio de prueba para precisar la ocurrencia de los hechos y sus circunstancias, así como para atribuir la responsabilidad criminal. La Sala consideró cumplidos todos estos requisitos en la versión libre de alias “El Loro” puesto que éste confesó su participación en los homicidios Aida Cecilia Lasso Gemade, la menor Cindy Paola Rondón Lasso y Luis Alberto Piña Jiménez.

Con referencia a la investigación adelantada, la aceptación de la responsabilidad hecha por el postulado no aporta nada distinto a lo que ya la justicia ordinaria, tanto en primera¹⁴¹ como en segunda instancia¹⁴²,

¹⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-775 de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería. Véase, además, la sentencia C-454 de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño, en la que reitera la misma posición de interdependencia.

¹⁴¹ Ver Juzgado Penal del Circuito Especializado de Valledupar, sentencia de 31 de marzo de 2005, radicado 2003 – 0211-00, en la que se condenó a Daniel Tolosa Contreras alias “El Cura” y Rodolfo Pradilla García alias “El Tuerto” por el homicidio de Aida Cecilia Lasso Gemade y por concierto para delinquir agravado; Juzgado Penal del Circuito Especializado de Valledupar, sentencia de 12 de enero de 2006, en la que se condenó Javier Zarate Ariza, Gerardo Jaimes Ortega y Juan Francisco Prada Márquez alias “Juancho Prada” por el homicidio de Aida Cecilia Lasso Gemade y por concierto para delinquir agravado.

¹⁴² Ver Tribunal Superior de Distrito Judicial de Valledupar, Sala Penal, sentencia de 6 de marzo de 2007. M.P. Rafael Díaz Meza, que confirma la sentencia en contra de Daniel Tolosa Contreras alias “El Cura” y Rodolfo Pradilla García alias “El Tuerto” por el homicidio de Aida Cecilia Lasso Gemade y por concierto para delinquir agravado; Tribunal Superior de Distrito Judicial de Valledupar, Sala Penal, sentencia de 17 de abril de 2007. M.P. Rafael Díaz Meza, que confirma la sentencia en Javier Zarate Ariza, Gerardo Jaimes Ortega y Juan Francisco Prada Márquez alias “Juancho Prada” como codeterminadores del homicidio de Aida Cecilia Lasso Gemade y coautores de concierto para delinquir agravado.



había establecido en relación con los móviles políticos del crimen, las armas utilizadas, la responsabilidad del comandante de alías “El Loro” y de políticos de la región que actuaron como determinadores del hecho. Sobre los dos homicidios cometidos el postulado se limitó a reconocer su responsabilidad y a relatar algunas de las circunstancias del momento en el que se perpetró la acción criminal.

En el caso del homicidio de la señora Lasso Gemade y su hija, la información aportada por el postulado en la versión libre resultó contradictoria acerca de las personas que hicieron presencia en el lugar donde se perpetró el delito -cuatro según afirman víctimas y no dos como afirmó en la versión-, así como de las lesiones infringidas a la víctima -utilización de garrotes para ejecutar el delito, que generaron lesiones en el cuerpo de la occisa Lasso Gemade-.

No obstante lo advertido por las autoridades judiciales de Valledupar, la Sala tomó la decisión de no decretar el incumplimiento de este requisito dado que lo surtido en la jurisdicción ordinaria no era suficiente para desvirtuar el dicho del postulado; es decir, que declaraciones y dictámenes de Medicina Legal no fueron suficientes para desmentirlo y probar la contradicción de su dicho.

Más allá del margen de valoración probatoria que corresponde en derecho a los magistrados, esta decisión podría ser discutible dado que las piezas procesales estudiadas cuentan con la legalidad procesal y fuerza probatoria necesarias para demostrar que el postulado ha ocultado la verdad sobre las reales circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos. La necesidad de acudir a otro proceso para verificar la poca información que entregó el postulado a justicia y paz y la contradicción en la información sobre los hechos que se encuentran en los fallos citados deja un interrogante abierto acerca de la colaboración eficaz con la justicia del postulado en el caso concreto.

Adicionalmente, y en relación con el homicidio del señor Luís Alberto Piña Jiménez -que ya contaba con sentencia ejecutoriada en la jurisdicción ordinaria- no se realizó absolutamente ningún aporte adicional al proceso en materia de información por parte del postulado. El Tribunal de Justicia y Paz se limitó a “ratificar” la condena impuesta en la jurisdicción ordinaria y no realizó ningún análisis sobre el particular bajo

el argumento de la “intangibilidad de la cosa juzgada”. En este caso la colaboración decidida en relación con los móviles, las motivaciones y las razones para que este homicidio se hubiera realizado quedó por fuera del análisis de los sentenciadores.

De otro lado, dentro del proceso determinado en la Ley 975 de 2005, la sentencia debe expresar contenidos que restituyan la dignidad de las víctimas, en el fallo analizado se puede observar que, al momento de realizar la descripción de las características del bloque y del grupo al cual pertenecía el postulado Salazar Carrascal, la Sala de Justicia y Paz utilizó como fuente única y principal el dicho del postulado y los “estatutos” disciplinarios y de constitución del bloque, repitiendo su contenido casi de manera exacta¹⁴³. Es claro que el accionar de los grupos paramilitares ha sido legitimado por ellos mismos dada la aparente ideología sobre acciones “antisubversivas” en contra de las víctimas.

La Sala debería extremar el cuidado en la forma como se utiliza el discurso de los grupos armados al margen de la ley, a fin de evitar que la transcripción de estos documentos pueda ser interpretada como una revictimización de los afectados, dadas las calificaciones que estos hacían de sus víctimas y las justificaciones que según su discurso les permitían realizar, entre otras atrocidades, las torturas y los homicidios selectivos.

Estas interpretaciones podrían evitarse si a continuación de dichas transcripciones se reprocha el daño social e institucional que las actividades delincuenciales de los grupos han generado en las regiones, lo mismo que las justificaciones que tales grupos esgrimieron al realizar su actuación delictiva.

Adicionalmente, es conveniente que en el marco de las audiencias de formulación de cargos y de verificación de la legalidad de la aceptación de los cargos, se permita que las víctimas relaten su versión de los hechos, a fin de que puedan contrastar la versión rendida por el postulado y manifestar su interés de reivindicar su dignidad o la de sus familiares,

¹⁴³ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia de 19 de marzo de 2009, M.P. Eduardo Castellanos Rosso. Párrafos 46, 55 y 56, entre otros. radicado 11001600253200680526.



esto es, reivindicar que no tenían vínculo alguno con la subversión, ni como pertenecientes ni como auspiciadores o colaboradores de tales grupos armados.

El Procurador Judicial que intervino en el trámite, interpuso recurso de apelación contra la sentencia. La petición principal se hizo en el sentido de revocar el acápite correspondiente a la concesión del beneficio de pena alternativa, en el entendido que la decisión del 28 de mayo de 2008 le señalaba de manera clara a la Sala de conocimiento del Tribunal Superior de Bogotá D.C, la necesidad de pronunciarse al respecto solo en tanto se allegara la actuación que se ordenaba seguir por cuerda paralela y sucesiva, considerando que semejante orden respondía a la necesidad de imponer la pena alternativa cuando se encontrara satisfecho el requisito de legibilidad de la verdad y colaboración con la administración de justicia, por medio de la confesión completa y veraz que debe realizar todo postulado a la Ley 975 de 2005.

Esta interpretación del fallo aludido se puso en conocimiento de la Sala de conocimiento del Tribunal Superior de Bogotá D.C, la que al proceder en contrario desconocía lo previsto en segunda instancia respecto del postulado Salazar Carrascal.

En el caso analizado observamos que “El Loro”, patrullero del bloque “Héctor Julio Peinado Becerra” confesó tres homicidios, una extorsión, un porte ilegal de armas y una falsificación en documento público, a pesar de estar vinculado a un grupo paramilitar por más de 12 años.

Así, resulta poco creíble que por carecer de estudio o no tener un mando importante dentro de la jerarquía del frente al que pertenecía, el postulado –escolta personal de alias “Juancho Prada”, comandante del frente– no haya conocido las relaciones de su grupo armado con las autoridades civiles y militares de la zona y con los gremios económicos como las empresas de palma de cera, ganaderos y agricultores que financiaron las actividades de ese grupo armado al margen de la ley.

Si bien es claro que la Corte Suprema de Justicia autorizó la expedición de una sentencia parcial para subsanar graves yerros procesales, con esta decisión se produjeron dos consecuencias negativas, desde el punto de vista del derecho a la verdad de la sociedad. La primera permitirle al

postulado evadir la responsabilidad de brindar una confesión completa y veraz, oportunidad que éste aprovechó para “fragmentar” su relato, a pesar de haber manifestado que ya había terminado de contar todo lo que sabía en la versión libre.

La segunda, que producto de esa fragmentación se perdió la oportunidad para identificar varios de los patrones de actuación delictiva del frente “Héctor Julio Peinado Becerra”, así como las distintas responsabilidades que podrían haberse endilgado a otros miembros de ese bloque, y en especial a sus comandantes por los delitos cometidos.

Se trata en este caso de la contextualización que el imputado debió hacer sobre el origen, desarrollo y actuación de los grupos paramilitares en esa zona de la geografía nacional, aspecto que hubiera permitido descubrir otra parte fundamental de la historia del país y que otorgaría nuevos elementos para la construcción de la memoria histórica. Prueba de lo anterior es que la Fiscalía tenga hoy evidencia de 29 hechos delictivos adicionales a los inicialmente confesados por el desmovilizado.

Ahora bien, en cuanto al relato de los hechos que realizara el postulado y los hechos reconocidos por la Sala de conocimiento, se llamó la atención de la Sala Penal de la Corte Suprema, en punto al agravante específico determinado para el homicidio de Aida Cecilia Lasso Gemade: la sevicia.

Este agravante fue reconocido por la sentencia del Tribunal, pero solamente se hizo referencia a que el postulado disparó en dos oportunidades en contra de la humanidad de Lasso Gemade. Mientras que en el relato de las víctimas contenido en el proceso ordinario adelantado en contra de alias “El Cura” y “Juancho Prada”, se establecían órdenes de acabar con la candidata “a palo” para desorientar cualquier investigación, sin embargo el postulado guardó silencio sobre todo ello y la confesión que efectuó al respecto carecía de riqueza descriptiva, ni abundaba en razones para llevar a cabo esta conducta.

LINEAMIENTOS INSTITUCIONALES DE ACTUACIÓN DE LOS AGENTES DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA SU INTERVENCIÓN EN LOS PROCESOS PENALES DE JUSTICIA Y PAZ

ACTUACIONES E INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

*Gabriel Ramón Jaimes Durán,
Procurador Delegado para el Ministerio Público en Asuntos Penales*

Como consecuencia del aprendizaje adquirido por parte de los representantes del Ministerio Público -Procuradores Judiciales Penales II-, que continúan interviniendo en los procesos penales de Justicia y Paz, conforme al artículo 28 de la Ley 975 de 2005 y en cumplimiento del mandato establecido en el artículo 277 de la Constitución Política de Colombia, a continuación se presentan algunas recomendaciones dirigidas a los agentes del Ministerio Público, encaminadas a potenciar su intervención judicial de cara a sus labores como representantes de la sociedad y el mantenimiento y garantía de los derechos fundamentales.

Frente a la actuación del Ministerio Público en general

Respecto del programa metodológico a cargo de la Fiscalía General de la Nación y la obtención de la información

El Procurador Judicial deberá siempre velar porque la Fiscalía elabore, actualice y ejecute el programa metodológico. En este sentido, solicitará al ente investigador el acceso a la información que reposa dentro de los archivos a cargo de las Fiscalías Delegadas para la Justicia y la Paz, con el fin de fortalecer la intervención en las diferentes fases del

proceso y contribuir a la creación de los archivos que soportarán la memoria histórica¹⁴⁴.

Así mismo, estará pendiente de que todos los intervinientes reconocidos dentro del proceso judicial tengan efectivamente acceso a dicha información.

Los agentes ministeriales que intervengan en los procesos de Justicia y Paz solicitaran a sus homólogos que intervienen ante las otras unidades de la Fiscalía la información necesaria acerca de los hechos delictivos presuntamente cometidos por los postulados y sobre los cuales se haya adelantado o se esté adelantando una investigación al respecto.

Frente a la finalidad de garantizar la participación y representación judicial de las víctimas

El agente del Ministerio Público que participe en las jornadas de víctimas adelantadas por la Fiscalía, velará porque se realicen debidamente las convocatorias para garantizar una mayor participación de las víctimas y se les brinde la atención adecuada mediante servicios prestados por equipos interdisciplinarios.

En cuanto a las entrevistas que se realicen en las jornadas de víctimas, el Procurador Judicial vigilará porque aquellas sean completas, conducentes y recojan la información conforme a las manifestaciones expresadas por las víctimas.

Respecto al proceso judicial propiamente dicho, el agente ministerial velará porque las víctimas sean informadas de manera clara y completa sobre sus derechos, contenido y alcance del proceso de Justicia y Paz y sobre

¹⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia T-43017 del 23 de julio de 2009, MP: María del Rosario González de Lemos: “... si las víctimas o personas afectadas con las conductas punibles, acuden al representante del Ministerio Público, como garante de la sociedad, en ejercicio del control de gestión de la administración de justicia, no es admisible la tesis de las Fiscalías accionadas para impedirle su actuación, pues, en cumplimiento de una u otra función –judicial o administrativa–, tiene derecho a acceder a la información que reposa en las carpetas de las investigaciones, puesto que, la aparente actuación restringida ha sido superada, no sólo en el desarrollo e implementación del sistema acusatorio, sino por vía jurisprudencial tal como se puntualizara en esta decisión.”



las funciones de las autoridades que intervienen en el mismo; igualmente, verificará que dentro del curso de las actuaciones se garantice la representación judicial de las víctimas y que el sistema nacional de Defensoría Pública asigne los profesionales que ejercerán dicha representación.

El Ministerio Público estará primordialmente atento a que se haga efectivo el derecho a la reparación integral de las víctimas y a que el acceso a la administración de justicia por parte de ellas incluya el uso de apoyos tecnológicos cuando el desplazamiento de las víctimas al lugar donde se realiza la diligencia se dificulte. Así mismo, estará atento el Procurador Judicial para que los apoyos tecnológicos escogidos garanticen la participación directa y efectiva de las víctimas en las diligencias.

En cuanto al proceso de ofrecimiento, entrega y restitución de bienes

El agente del Ministerio Público velará porque se realice por parte de las autoridades judiciales el control material sobre el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad, concretamente frente a la entrega de bienes producto de la actividad ilegal conforme el numeral 10.6 del artículo 10 de la Ley 975 de 2005.

Teniendo en cuenta que los postulados deben reparar a las víctimas de su actuar delictivo, por lo que se obligan a entregar incluso los bienes obtenidos lícitamente, los Procuradores Judiciales deberán solicitar a las autoridades competentes la información completa tendiente a establecer que el ofrecimiento y posterior entrega de los mismos contenga su identificación plena y se constituyan en garantía real para la reparación de las víctimas.

Con este propósito, intervendrán ante la Fiscalía para que solicite las medidas necesarias respecto los bienes con el fin de proteger los intereses de las víctimas y les informarán sobre el derecho que tienen para solicitar tales medidas como garantía del derecho a la reparación.

Respecto a la participación de menores de edad en los grupos armados organizados al margen de la ley

El agente del Ministerio Público estará vigilante con el fin de que el representante del ente investigador se informe adecuadamente sobre el

proceso de desmovilización y reinserción de los menores de edad realizado ante el ICBF; participará activamente en la consecución de la información necesaria para establecer las prácticas de reclutamiento ilícito y el cumplimiento del procedimiento para la desmovilización de menores de edad.

No obstante, vigilará que la Fiscalía determine la participación de menores de edad en la comisión de conductas objeto del proceso y requerirá de ella que se adopten los procedimientos especiales para las conductas punibles cometidas por tales.

Frente a la violencia de género

Los Procuradores Judiciales velarán porque la Fiscalía, en desarrollo de la investigación, constate la existencia de patrones de conducta que constituyan violencia de género. Así mismo, dentro de las investigaciones que por esos hechos se adelanten, velarán porque se respete la dignidad de las víctimas, el derecho a la intimidad, se garantice el carácter reservado de la información; oponiéndose a cualquier manifestación de los postulados y demás intervinientes que tienda a la revictimización.

Los agentes del Ministerio Público encaminarán su intervención para que los postulados en la versión libre informen y admitan la existencia de hechos constitutivos de violencia de género, destacando la importancia de visibilizarlos y las consecuencias de callar o negar información al respecto.

Así mismo, evaluarán la información de las organizaciones de víctimas para presentar a la Fiscalía la información o evidencia necesaria con el fin de realizar la construcción de patrones de violencia de género en los diferentes bloques, frentes y demás facciones de los grupos armados organizados al margen de la ley.

Con relación a la aplicación del principio de oportunidad

El agente del Ministerio Público verificará que esté adecuadamente demostrado por la Fiscalía que el beneficiario de la aplicación del principio de oportunidad se haya desmovilizado de un grupo armado al margen de la ley de los considerados en la Ley 975 de 2005.



Igualmente, de presentarse por parte del ente investigador una solicitud colectiva de aplicación de este principio, el Procurador Judicial velará porque la Fiscalía señale de manera clara y circunstanciada la militancia de los desmovilizados en un mismo bloque, frente o grupo, en consideración a un área geográfica establecida.

Verificará también que se cuente con la información suficiente y adecuada respecto de las anotaciones penales en contra del potencial beneficiario para lo cual deberán revisarse al menos las certificaciones de antecedentes expedidas por el DAS, los registros de la Fiscalía General de la Nación en sus diferentes bases de datos y las certificaciones expedidas por los centros de servicios judiciales del Consejo Superior de la Judicatura.

El Procurador Judicial constatará que el juez de Control de Garantías verifique que la manifestación juramentada realizada por el beneficiario del principio de oportunidad con respecto a no haber cometido delito distinto a los relacionados en la causal 17 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, sea consciente, informada y voluntaria.

Respecto de la garantía de los derechos de las víctimas, el agente del Ministerio Público procurará que éstas puedan oponerse a la legalidad del principio de oportunidad promovido, como consecuencia del desconocimiento o vulneración de sus derechos. Así mismo, verificará que se incorporen en las solicitudes de control de legalidad, las citaciones que por distintos medios haya efectuado la Fiscalía a las víctimas como medida de garantía del derecho que ellas tienen a participar en la actuación¹⁴⁵.

Frente al desarrollo de trabajo en equipo

Los Procuradores Judiciales penales establecerán canales de comunicación, asesoría permanente y participación efectiva de las Procuradurías Judiciales Ambientales y Agrarias, de las Procuradurías Judiciales para la Defensa de los derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, en sus ámbitos de competencia.

¹⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-209 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, sentencia C-516 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño

Así mismo, desplegarán labores conjuntas y acordes con la política institucional desarrollada por la Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos y de las demás dependencias del orden nacional, regional o distrital de la Procuraduría General de la Nación.

Requerirán la información necesaria a las entidades públicas comprometidas con el desarrollo de la Ley 975 de 2005 por medio de las dependencias de la Procuraduría General de la Nación, principalmente las Delegadas Preventiva y Disciplinaria de Derechos Humanos.

Frente a las intervenciones a realizar en las etapas procesales en particular

Respecto al desarrollo de la versión libre

Al interior y durante el desarrollo de la diligencia de versión libre los agentes del Ministerio Público deberán:

- a. Verificar que la confesión de los postulados sea libre, voluntaria, espontánea y asistida por un defensor y con pleno conocimiento del ámbito temporal para la aplicación de la Ley 975 de 2005. De ser necesario solicitarán a la Fiscalía la adopción de medidas que garanticen un relato libre y fidedigno del versionado y vigilarán que el ente investigador constate plenamente los requisitos contenidos en los artículos 10 y 11 de la Ley 975.
- b. Frente a los bienes, el Procurador Judicial verificará igualmente que los postulados entreguen la mayor cantidad de información sobre aquellos pertenecientes a la organización así como a los bienes de sus integrantes que deban entregarse para garantizar la reparación de las víctimas y advertirá a los versionados sobre las consecuencias derivadas de ocultar información.
- c. Propender porque en el desarrollo de la diligencia, la Fiscalía interrogue a los postulados en forma amplia y suficiente, con el fin de obtener información efectiva sobre todos los aspectos necesarios para asegurar el esclarecimiento de las conductas punibles.



- d. Frente a la eventual renuncia del postulado al procedimiento de Justicia y Paz, el representante del Ministerio Público velará porque el versionado tenga un adecuado conocimiento de las consecuencias de la misma y expondrá, de no hacerlo la Fiscalía, la posibilidad de ser vinculado dentro de las diferentes versiones libres como partícipe en algún hecho específico así como el hecho de que la responsabilidad no es únicamente del autor material.
- e. En cuanto a la participación de menores de edad en hechos delictivos cometidos por las organizaciones armadas, vigilarán que la Fiscalía en la diligencia de versión libre obtenga la información suficiente sobre esos hechos, así como la verificación de la entrega de menores de edad al ICBF y el tratamiento que se la haya dado a los menores de edad desmovilizados.
- f. Respecto a la participación de las víctimas, el agente ministerial vigilará que los funcionarios de policía judicial que estén en las salas de víctimas informen a éstas sobre la necesidad de elaborar un relato claro y completo de los hechos, indicando el lugar y fecha de los mismos, nombre o alias y ocupación de la víctima directa y demás circunstancias que permitan llegar al esclarecimiento de los hechos. Si las víctimas deciden interrogar directamente al postulado, el Procurador Judicial velará porque aquellas tengan completa información sobre el contenido y alcance de la versión libre, se les brinde el apoyo psicológico necesario para confrontar directamente al postulado; y que tengan la oportunidad de exponer libremente la información que poseen con tan sólo el límite que impone el respeto por la dignidad humana.
- g. Frente a la participación o connivencia de funcionarios públicos con las organizaciones armadas, el agente del Ministerio Público solicitará a la Fiscalía la verificación de la información que brinde el postulado e informará a la dependencia de la Procuraduría General de la Nación competente para que se ejerza el poder disciplinario preferente y, una vez individualizados los probables partícipes -servidores públicos-, se solicite el inicio de la acción penal que corresponda.

Medidas cautelares

Frente a las solicitudes e imposición de medidas cautelares sobre bienes el Procurador Judicial encaminará su actuación a:

- a. Solicitar a la Fiscalía ante la que actúe, que allegue a las carpetas los avalúos catastrales de los bienes inmuebles ofrecidos con su respectiva actualización por parte de las entidades competentes, así como los avalúos de los bienes muebles, antes de presentar la solicitud de medida cautelar sobre los bienes y su entrega al Fondo de reparación de víctimas.

De igual forma, solicitará al ente investigador que requiera la información necesaria a las Comisiones Regionales de Restitución de Bienes sobre las labores realizadas con respecto a las víctimas del bloque o frente correspondiente.

- b. Comunicar a la Procuraduría Delegada en Asuntos Ambientales y Agrarios los hallazgos sobre bienes inmuebles que requieran de medidas de protección especial o que hayan sido objeto de ellas dentro de los procesos donde ha intervenido.
- c. Solicitar la imposición de medidas cautelares sobre bienes que informen las víctimas y propender por la entrega provisional de los mismos en caso de proceder la restitución como medida de reparación.

Formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento

En la audiencia de formulación de imputación y dentro del desarrollo de la misma, así como de cara a la solicitud e imposición de medida de aseguramiento contra el postulado, los representantes del Ministerio Público:

250

- a. Velarán porque la Fiscalía realice la imputación fáctica y jurídica correspondiente a la legislación vigente para la época de los hechos, dejando constancia de aquellas situaciones en que se observe incongruencia entre la imputación fáctica y jurídica, y que de ser posible se incluyan las circunstancias de mayor o menor punibilidad.



También vigilarán que la Fiscalía formule la imputación completa de cargos y de no ser posible, que exponga razonadamente las causas para proceder a la formulación parcial, situación diferente a la necesidad metodológica de adelantar la diligencia de manera parcelada, cuando la complejidad de los hechos así lo requiera.

- b. Constarán que las víctimas sean informadas de manera efectiva y oportuna sobre la celebración de la audiencia y el contenido de la misma con el fin de garantizar su participación en el fortalecimiento de la investigación a realizarse dentro de los 60 días siguientes a la imputación¹⁴⁶.
- c. Respecto de la imposición de medida de aseguramiento, presentarán las consideraciones pertinentes acerca de la procedencia y necesidad de la medida y vigilarán que la decisión del magistrado de Control de Garantías contenga una adecuada motivación. De lo contrario, interpondrán los recursos correspondientes.

Audiencias de formulación de cargos y de control de legalidad a la aceptación de la formulación de cargos

Del escrito de acusación

Frente al escrito de acusación el representante del Ministerio Público:

- a. Verificará que el escrito de cargos contenga la individualización completa del acusado y la relación de la totalidad de hechos imputados, así como un relato claro de los hechos y que exista congruencia entre la imputación fáctica y la calificación jurídica de los hechos.

También constatará que en el escrito de acusación se encuentren amplia e integralmente relacionados todos los medios de convicción

¹⁴⁶ Artículo 18, inciso 3º Ley 975 de 2005: “A partir de esta audiencia y dentro de los sesenta (60) días siguientes, la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, con el apoyo de su grupo de policía judicial, adelantará las labores de investigación y verificación de los hechos admitidos por el imputado, y todos aquellos de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia. Finalizado el término, o antes si fuere posible, el Fiscal del caso solicitará al magistrado que ejerza la función de control de garantías la programación de una audiencia de formulación de cargos, dentro de los diez (10) días siguientes a la solicitud, si a ello hubiere lugar”.

recolectados por la Fiscalía o aportados por los intervinientes que soporten la formulación de cargos y que de los mismos se haga la entrega al magistrado de Control de Garantías.

- b. Confirmará que en el escrito de formulación de cargos por parte de la Fiscalía se haga una relación clara y sucinta de los daños individuales y colectivos generados por el postulado y el bloque frente o grupo del cual se desmovilizó, así como sobre la identificación de las víctimas directas e indirectas según cada uno de los hechos objeto de formulación de cargos.
- c. Velará el representante del Ministerio Público porque se realice el reconocimiento de las víctimas y su representación legal -contraccional o a través de la Defensoría Pública- y en tal sentido verificará que se haya comunicado la celebración de la audiencia respectiva con la debida antelación. Igualmente propenderá porque las víctimas y sus representantes tengan conocimiento del escrito de formulación de cargos.
- d. En desarrollo de su intervención, el Procurador Judicial formulará a la Fiscalía las peticiones de corrección, aclaración o adición necesarias al escrito de formulación de cargos, habida cuenta que el mismo debe ser considerado como el acto procesal que fundamenta la reconstrucción de la memoria histórica y es el elemento característico para cumplir con el principio de congruencia entre la formulación de cargos y la sentencia. Así mismo, vigilará porque el acusado se pronuncie sobre la aceptación o no de cada uno de los cargos, atendiendo las correcciones, aclaraciones y adiciones que se hayan efectuado en el desarrollo de la diligencia.

De la legalización de la formulación de cargos

Dentro de la audiencia de legalización de la aceptación de cargos el Ministerio Público a través de sus agentes dirigirá su actuación a:

- a. Solicitar a la Sala de conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial que respete el orden legal de la intervención de las partes e intervinientes.



- b. Propender porque se posibilite dentro de la audiencia el debate con respecto a la construcción de los cargos formulados y aceptados, la verificación de los medios de convicción que los soportan, confrontando las constancias realizadas por el Ministerio Público y los demás intervinientes con el resultado final de la diligencia de formulación de cargos.
- c. Velar porque la decisión de la Sala de Justicia y Paz se adecúe a la verificación del soporte probatorio de los cargos formulados y aceptados y su correspondencia con el ordenamiento jurídico. En cuanto hace a los requisitos de elegibilidad o al daño colectivamente causado por el postulado, frente o bloque del grupo armado ilegal, si la sala requiere de mayor sustento probatorio y requiere a la Fiscalía para tal efecto, el Ministerio Público manifestará su oposición a la introducción de versiones o dichos que no se constituyan en medios de convicción para adoptar las determinaciones correspondientes.
- d. Solicitar la suspensión de la audiencia cuando del debate realizado aparezca un hecho nuevo, para que la Fiscalía proceda a la imputación y formulación del cargo correspondiente, a fin de garantizar que se proceda por la totalidad de los hechos y la imposición de una sola pena alternativa. Así mismo, vigilará que los cambios de adecuación jurídica y la aceptación de los mismos se realicen dentro de la misma diligencia siempre que no se afecten garantías del postulado o los derechos de las víctimas.
- e. Solicitar a la Sala de Justicia y Paz que rechace o declare la ilegalidad de la audiencia de formulación y aceptación de cargos cuando establezca que se viola el debido proceso por cuanto la adecuación jurídica de la conducta *-nomen iuris*, grado de participación, concurrencia de circunstancias de mayor o menor punibilidad-, no se corresponde con la imputación fáctica soportada en los medios de convicción.

Incidente de reparación integral

Los Procuradores Judiciales en desarrollo del incidente de reparación integral deberán:

- a. Velar porque dentro del desarrollo del incidente se allegue la información correspondiente a los actos de reparación adelantados previamente, especialmente la restitución de bienes y cualquier acto de reparación simbólica.
- b. Vigilar que se desarrolle de manera adecuada y efectiva la fase de conciliación prevista en la ley. Para el efecto, podrán presentar fórmulas de arreglo y de acercamiento entre los intereses de las víctimas y el postulado y exigirán la intervención de la Sala de Justicia y Paz en el mismo sentido.
- c. Propender porque la Sala de Justicia y Paz al momento de decidir sobre la reparación colectiva determine de manera clara las obligaciones o contribuciones que deberá hacer el postulado -sentenciado- a los programas que sobre este aspecto estructure y desarrolle el Gobierno nacional, en cumplimiento del artículo 49 de la Ley 975 de 2005.
- d. Intervenir de manera activa en la práctica probatoria del incidente de reparación integral para garantizar que las indemnizaciones respondan a lo realmente probado.

Conforme estas precisiones respecto de la intervención de los agentes del Ministerio Público ante las autoridades judiciales de Justicia y Paz en desarrollo de los procesos adelantados bajo la Ley 975 de 2005, consideramos que se realizará una excelente representación y defensa de los derechos de la sociedad y de los derechos fundamentales de las víctimas y del postulado, competencia asignada por mandato Constitucional.

Este libro se terminó de imprimir en la ciudad de Bogotá, D.C.
el 15 de marzo de 2010 en los talleres de Opciones Gráficas Editores Ltda.

En desarrollo del proceso de Justicia y Paz, que nació a partir de la Ley 975 de 2005, el Ministerio Público debe cumplir con la función primordial de representar a la sociedad mediando el cumplimiento de los postulados constitucionales de garantía de los derechos fundamentales, defensa del orden jurídico y del patrimonio público. Durante casi cinco años de aplicación de esta ley, los procuradores judiciales de Justicia y la Paz han tenido que cumplir este papel en medio de un procedimiento novedoso pero a la vez imperfecto. Por esto, sus experiencias sobre la implementación de la ley no sólo dan luces sobre la actividad de los actores judiciales en estos procedimientos excepcionales sino que también son un aporte esencial que permite realizar un diagnóstico de la ley con el fin de revisar los procedimientos y plantear directrices para futuras actuaciones. Este trabajo tiene como referente temporal lo actuado y recopilado en los cuatro primeros años de vigencia de la ley dando a conocer la experiencia en los primeros pasos del proceso desde el ámbito de intervención del Ministerio Público.

Para la realización de esta recopilación se acudió a los procuradores judiciales penales agrupados en tres regiones: Barranquilla, Medellín y Bogotá, ciudades que la judicatura estableció como sedes para sus funcionarios. En cada una de estas regiones, los procuradores estructuraron una crónica de los albores del proceso de Justicia y Paz, teniendo como referente temas tales como versiones libres, medidas cautelares, formulación de imputaciones y cargos, incidentes de reparación y participación de víctimas, entre otros.

Sin duda, este texto se convertirá en una hoja de ruta para los procuradores judiciales, así como para los demás operadores judiciales de este proceso penal especial, quienes pese a las vicisitudes de aplicación de la ley continúan trabajando para garantizar la efectividad de los derechos de las víctimas y los ciudadanos.

Con el apoyo de



Con el auspicio de

