

Representación judicial de las víctimas en Justicia y Paz

Guía institucional



DEFENSORÍA DEL PUEBLO
Derechos humanos, para vivir en paz

Representación judicial de las víctimas en Justicia y Paz

Guía institucional



DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Derechos humanos, para vivir en paz



© 2009 DEFENSORÍA DEL PUEBLO

CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Oficina Bogotá, D.C., Colombia

Carrera 5 No. 67-01

Telefax: +571 3450046

www.ictj.org/es

Coordinación editorial:

Camilo Ernesto Bernal Sarmiento

Comité editorial:

Camilo Ernesto Bernal Sarmiento, María Cristina Rivera, Juan José Cantillo,
Pedro Berdugo Saucedo, Gloria María Dávila.

Autor:

Gabriel Arias Hernández

Edición:

María José Díaz- Granados M.

ISBN: 978-958-9353-97-4

Impreso en Colombia

Mayo 2009

Producción gráfica e impresión:

Opciones Gráficas Editores Ltda.

www.opcionesgraficas.com

Tel. 2241823 Bogotá

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

Vólmar Pérez Ortiz

Defensor del Pueblo

Alfonso Chamie Mazzille

Director del Sistema Nacional de Defensoría Pública

Gloria María Dávila Vinuesa

Coordinadora de la Unidad de Control,
Vigilancia de Gestión y Estadísticas

Gabriel Arias Hernández

Asesor – Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ)

Tabla de Contenido

Presentaciones	
<i>Vólmar Pérez Ortiz</i>	11
Defensor del Pueblo	
<i>Javier Ciurlizza Contreras</i>	13
Centro Internacional para la Justicia Transicional	
Director Adjunto del Programa Américas	
Introducción	17
Primera parte	
Rol del representante judicial de víctimas	21
La Defensoría Pública en el marco de la Ley 975 de 2005	25
1. Relaciones intrainstitucionales en la Defensoría del Pueblo	25
1.1 Sistema Nacional de Defensoría Pública	25
1.2 Unidad Operativa de Investigación Criminal (UOIC)	26
1.3 Unidad Nacional de Justicia y Paz de la Defensoría del Pueblo	28
1.4 Dirección Nacional de Atención y Trámite de Quejas	28
1.5 Dirección Nacional de Promoción y Divulgación de los Derechos Humanos	29
1.6 Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales	30
1.7 Coordinación Nacional para la Atención a la Población Desplazada por la Violencia	30
1.8 Defensoría Delegada para la evaluación del riesgo de la población civil como consecuencia del conflicto armado	30
1.9 Defensorías del Pueblo Regionales y Seccionales	31
2. Relaciones interinstitucionales de la defensa pública	32
2.1 Fiscalía General de la Nación. Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz	32
2.2 Sala de Justicia y Paz de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial	33
2.3 Magistrado de control de garantías	34
2.4 Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia	35
2.5 Procuraduría General de la Nación	35
2.6 Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR)	35
2.7 Comisiones Regionales de Restitución de Bienes	36
2.8 Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional (Acción Social)	37

2.9	Superintendencia de Notariado y Registro	37
2.10	Policía Nacional	37
2.11	Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)	38
2.12	Ministerio del Interior y de Justicia	38
2.13	Vicepresidencia de la República	38
2.14	Oficina del Alto Comisionado para la Paz	38
2.15	Departamento Nacional de Planeación	38
2.16	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)	39
2.17	Ministerio de la Protección Social	39
	La participación de las víctimas en el proceso penal	40
1.	Contexto histórico	40
2.	Definición de víctima	43
3.	Algunos principios que se deben considerar para la garantía de los derechos de las víctimas	51
3.1	Dignidad	51
3.2	Igualdad	54
3.3	<i>Pro homine</i>	56
	Derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación	60
1.	Derecho a la verdad	61
2.	Derecho a la justicia	65
3.	Derecho a la reparación	68
	Participación de la víctima en sentido amplio y estricto	70
1.	Participación en sentido amplio	71
1.1	Información	71
1.2	Asistencia	72
1.3	Protección	74
1.4	Reparación	76
1.5	Participación	77
2.	Participación en sentido estricto	79
	Los derechos y las facultades de las víctimas en el proceso penal especial de la Ley 975 de 2005	80

Segunda Parte

Representación en justicia y paz	85
Investigación y juzgamiento	88
Actuación previa a la recepción de versión libre	93
Audiencia de versión libre y confesión	96
Publicidad y reserva de las diligencias de versión libre en los procesos de justicia y paz	101
Programa metodológico	108
Audiencia para la formulación de imputación	109
Detención preventiva	121
Audiencia de solicitud de medidas cautelares sobre bienes	122

Audiencia de formulación de cargos	124
<i>Formulación parcial de cargos</i>	129
Audiencia de control de legalidad de la aceptación de cargos	130
Incidente de reparación integral	133
1. Incidente de reparación ordinario (art. 23 de la Ley 975 de 2005)	137
2. Incidente de reparación excepcional (art. 42 inciso 2 de la Ley 975 de 2005)	139
3. Actividad probatoria en el incidente de reparación	141
3.1 El daño	141
3.2 El nexo causal	148
Audiencia para sentencia e individualización de pena	149
Ejecución de la sentencia	150
Recursos ordinarios en el procedimiento de la Ley 975	151

Tercera Parte

Algunas consideraciones sobre elementos dogmáticos, probatorios y prácticos para tener en cuenta en el proceso de justicia y paz

.....	153
Consideraciones sobre el régimen de autoría y participación	155
<i>Posibles opciones dogmáticas</i>	160
Consideraciones sobre el carácter generalizado o sistemático de una violación de los derechos humanos	164
1. Genocidio	169
2. Crímenes de lesa humanidad	170
3. Crímenes de guerra	172
Delitos más reiterados - confesados en el marco del proceso de justicia y paz	174
1. Homicidio	176
2. Desaparición forzada	180
3. Desplazamiento forzado	186
4. Delitos contra la libertad, integridad y formación sexual	189

Bibliografía	197
---------------------------	-----

Anexos	201
---------------------	-----

Presentaciones

VÓLMAR PÉREZ ORTIZ

Defensor del Pueblo

La Defensoría del Pueblo, a través del Sistema Nacional de Defensoría Pública y la Unidad Especial de Atención a Víctimas del Proceso de Justicia y Paz, viene cumpliendo con el compromiso de asistirles, orientarlas y representarlas judicialmente, de acuerdo con lo dispuesto en la ley 975 de 2005, aclarada en su alcance por la Corte Constitucional en las sentencias C-370, C-454 y C-575 de 2006.

Un grupo importante de defensores públicos ubicados principalmente en Bogotá, Medellín y Barranquilla, y en otras ciudades donde se ha determinado la realización de versiones libres de los postulados en el proceso, vienen representando judicialmente a las víctimas, dentro de las limitaciones fijadas por la misma ley, para garantizar a éstas su derecho a la verdad, la justicia y la reparación.

En muy buen momento, con la cooperación y participación del Centro Internacional para la Justicia Transicional ICTJ – Área de Justicia, como producto de la experiencia acumulada de los defensores públicos, en la medida en que se ha ido desarrollando el proceso penal en el marco de esta ley, se elaboró la Guía institucional “Representación judicial de las víctimas en Justicia y Paz”.

Nos proponemos con esta GUIA convertirla en un instrumento que le servirá de apoyo a los representantes judiciales para obtener una visión general sobre cómo adelantar la asistencia judicial para lograr objetivos, tales como: el acercamiento a la verdad y la justicia; lograr la reparación integral de las víctimas, quienes de ninguna otra manera habrían tenido la oportunidad de indagar directamente con sus victimarios la razón de su tragedia personal, la suerte final de sus seres queridos, o escuchar en la mayoría de los postulados frases que denoten verdadero arrepentimiento y que requieren perdón; todo en aras de encontrar un camino quizás largo pero certero hacia la reconciliación nacional.

Y que mejor para la sociedad que encontrar mecanismos idóneos que le brinden confianza en la justicia y legitimidad a quienes la administran, a pesar de que estos resultados no se puedan vislumbrar como cercanos en el tiempo ni resulta fácil su consecución, pero su seguro triunfador será la verdad y todas las víctimas que por tanto tiempo fueron ignoradas.

Aprovecho la oportunidad para expresar mis más sinceros agradecimientos al Centro Internacional para la Justicia Transicional ICTJ-Área de Justicia, por su compromiso en esta nobilísima tarea.

JAVIER CIURLIZZA CONTRERAS

Centro Internacional para la Justicia Transicional.

Director Adjunto Programa Américas

Esta Guía para la representación judicial de las víctimas amparadas por la Ley 975 es una contribución que el Centro Internacional para la Justicia Transicional presenta a consideración de los defensores públicos de Colombia, así como de otras personas e instituciones interesadas en conocer las mejores prácticas disponibles para garantizar el derecho de toda víctima a contar con asesoría y patrocinio en los procesos derivados de la denominada Ley de Justicia y Paz.

La presente Guía explica el concepto de víctima tanto desde el punto de vista del derecho internacional como de las regulaciones constitucionales colombianas, tal y como han sido interpretadas por los órganos jurisdiccionales, en particular la Corte Constitucional. Conforme a esta regulación, la víctima es aquella que sufre detrimento en sus derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones del Estado, incluyendo aquellas provocadas por organizaciones armadas ilegales.

Corresponde a esta víctima, por el solo hecho de serlo, el más pleno acceso a la verdad de lo que le ocurrió, incluyendo, cuando sea pertinente, determinar el paradero de sus seres queridos. El derecho a la verdad no se limita al resultado de las indagaciones procesales, entendidas como pasos formales y rituales. Tal como lo ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en jurisprudencia recogida por la sentencia C-370 de la Corte Constitucional, la verdad más amplia posible es aquella que permite saber qué pasó, las condiciones en las cuales se produjeron los hechos, la identificación plena de todas las víctimas, y la determinación de los perpetradores.

Otro derecho de las víctimas es el de alcanzar reparación, la más integral posible, a los daños causados. El principio jurídico básico es la íntegra restitución y, de no ser ésta posible, la adecuada compensación a través

de los diversos mecanismos que la práctica internacional y la experiencia comparada ofrecen. No hablamos aquí sólo de reparaciones en dinero (indemnizaciones), sino de la satisfacción (incluyendo la reparación simbólica), la restitución de bienes, la atención preferente en programas sociales del Estado y la creación de servicios especialmente diseñados para atender el drama de la victimización.

Por otro lado, toda víctima es titular del derecho a la justicia, comprendido como correlato natural de la obligación del Estado de investigar y sancionar toda violación de los derechos humanos ocurrida bajo su jurisdicción, sea por sus agentes, por quienes actuaron contando con la aquiescencia oficial, o por actores no estatales. El derecho a la justicia comprende el acceder en condiciones satisfactorias a ella, así como ser escuchado en plenas condiciones por un tribunal competente, independiente e imparcial.

Finalmente, las víctimas tienen el derecho a recibir por parte del Estado garantías de no repetición de los hechos violentos. Estas garantías comprenden las reformas legales, institucionales y de procedimiento que sean necesarias para asegurar la recuperación de la confianza cívica de las víctimas en su estado de derecho.

Estos derechos no constituyen meras referencias sustantivas. El Estado debe brindar las condiciones para su correcto ejercicio.

Lamentablemente, nuestros sistemas legales tardan en acomodar y desarrollar estos derechos con mecanismos prácticos. Así como en el siglo XVI los derechos individuales empezaron a ser incorporados alrededor de la "*petitio*", hoy se requiere que las víctimas tengan acceso material y adjetivo a recursos legales que le permitan, por vías coercitivas, reivindicar sus derechos.

La defensa pública fue constituida como un servicio del Estado para garantizar el patrocinio legal de aquellos que eran acusados de la comisión de un delito. Sin embargo, la institución ha cambiado mucho en América Latina y hoy cubre una amplia gama de servicios que van mucho más allá del papel de "abogado de oficio" o "abogado de tribunal" que era la característica central de su función. La institucionalidad de la defensa pública pasa a asumir tareas de atención

y protección de sectores especialmente vulnerables (niños y adolescentes, mujeres), pero en circunstancias excepcionales, se requiere que atienda los derechos de las víctimas de crímenes especialmente complejos.

En esta tarea no se puede improvisar. Hace falta transformar progresivamente estructuras funcionales y, principalmente, desarrollar una cultura institucional que asuma a la víctima como un beneficiario del servicio público que presta y no como un cliente más.

Por eso, el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) confía en que esta Guía sirva para impulsar un proceso de reflexión institucional sobre el rol de la Defensoría Pública en los procedimientos derivados de la Ley 975. En realidad, dicho proceso se inició cuando el señor Defensor del Pueblo y la Dirección Nacional de Defensoría Pública nos abrieron sus puertas para dialogar con sus funcionarios, con quienes elaboramos parte sustancial de lo que aquí se escribe y propone. Queremos expresar nuestro agradecimiento a la Institución y a los señores representantes judiciales de las víctimas, quienes colaboraron con valiosas sugerencias y con su invaluable experiencia, en perfeccionar lo que al principio sólo eran un conjunto de ideas y teorías.

Finalmente, queremos agradecer al Gobierno de Suecia el cual, a través de su Agencia para el Desarrollo Internacional, hace posible esta publicación y las múltiples actividades que el ICTJ desarrolla en el campo del fortalecimiento de la justicia en Colombia.

Entregamos, pues, esta Guía a todos y todas, con la esperanza de trabajar juntos en procura de un servicio eficaz de representación judicial de las más de 170.000 víctimas que esperan verdad, justicia y reparación y, sobre todo, para que nunca más se repitan los horrendos hechos que se debaten hoy en los estrados judiciales.

Agradecimientos:

Para la realización de esta guía se contó con la participación sustantiva y la experiencia de Juan José Cantillo, Pedro Berdugo Saucedo, Gloria María Dávila y de los representantes judiciales de víctimas de las distintas barras de la Defensoría Pública de Bogotá, Barranquilla y Medellín. Camilo Bernal Sarmiento, Michael Reed Hurtado, Lily Andrea Rueda, Marta Maya y Nicolás Arana Saganome del área de justicia del ICTJ, programa Colombia, apoyaron el proceso de construcción de la guía y de revisión del texto final. A todos muchas gracias.

Introducción

Por disposición del artículo 37 de la Ley 975 de 2005, las víctimas tienen derecho a ser asistidas durante el juicio por un abogado de confianza o por la Defensoría Pública. No obstante, de acuerdo con la Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006,

(...) el hecho de que la norma impugnada establezca explícitamente el derecho de las víctimas a tener representación judicial durante el juicio, no puede interpretarse como exclusión de ejercer el derecho de postulación en otras fases del proceso. Tal reconocimiento explícito del derecho a constituir representante letrado en el juicio, debe entenderse sin perjuicio de que designen representante judicial en otras fases del proceso.

En este contexto, mediante la Resolución 1113 de 2006, de la Defensoría del Pueblo, se organiza la prestación del servicio de defensoría pública para víctimas de la conducta delictiva en el marco de la Ley de Justicia y Paz.

Con el propósito de apoyar el proceso de fortalecimiento de los representantes judiciales de los derechos de las víctimas, el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ, por su sigla en inglés), en el marco de la ejecución de un proyecto de cooperación financiado por la Agencia Sueca para el Desarrollo Internacional (ASDI), en coordinación con la Dirección Nacional de Defensoría Pública, y los representantes judiciales de víctimas adscritos a las regionales Bogotá, Medellín y Barranquilla, ha elaborado esta *Guía institucional. Representación judicial de las víctimas en Justicia y Paz*.

La *Guía* pretende ser un instrumento de trabajo para la importante misión que deben cumplir los representantes judiciales dentro de un proceso histórico que procura la reconciliación y la reincorporación a la vida civil de los miembros de grupos armados ilegales, sobre la

premisa fundamental del respeto de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de los que son titulares las víctimas y la sociedad en su conjunto.

Como estrategia para la elaboración de la *Guía* se consultó permanentemente a los representantes judiciales de víctimas respecto de los ejes temáticos que debería incluir dicha herramienta. Con tal finalidad, se llevaron a cabo varias reuniones con el equipo de asesores del orden nacional de la Dirección de Defensoría Pública y se realizaron tres talleres con los defensores de las ciudades de Bogotá, Medellín y Barranquilla. Los talleres se concibieron y ejecutaron con dos objetivos claramente diferenciados: en primer lugar, una jornada de capacitación dinamizada por abogados del ICTJ respecto al marco normativo y las situaciones prácticas del proceso de justicia y paz y, en segundo lugar, un ejercicio de consulta sobre los contenidos de la *Guía*. En este sentido, se puede afirmar categóricamente que las líneas temáticas en ella expuestas fueron producto del consenso entre los representantes judiciales de las víctimas y el ICTJ.

Luego de que la *Guía* fue elaborada bajo el esquema reseñado, fue examinada por el área de justicia del ICTJ, y el producto final fue sometido a una última validación por un grupo de representantes judiciales de las regionales indicadas.

Se acordaron tres ejes fundamentales en la *Guía*. En primer lugar, se desarrollan temas relacionados con la definición de víctima, algunos principios rectores que orientan el proceso de justicia y paz, los tres derechos sustanciales sobre los que gira ese proceso y, finalmente, lo que implica la participación de la víctima en sentido amplio y en sentido estricto. En segundo lugar, se despliega el procedimiento penal especial de la Ley 975, vale decir, lo atinente a las distintas audiencias, al incidente de reparación y los recursos ordinarios. En tercer lugar, se realiza un análisis del tema de autoría y participación, para finalizar con los conceptos de generalidad y sistematicidad en la violación de los derechos humanos, con una mirada a las conductas delictivas más confesadas en el proceso de justicia y paz.

Por último, a la *Guía* se anexa todo el marco normativo y jurisprudencial del proceso de justicia y paz, junto con las reglamentaciones de la

Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo.

Se espera que este instrumento sirva de apoyo al trabajo de los actuales y, principalmente, de los futuros representantes judiciales, con el propósito esencial de fortalecer su misión de defensa de los derechos e intereses de las víctimas del conflicto armado interno que se vive en el país.

Primera parte

Rol del representante judicial de víctimas

Bajo el marco general del proceso oral acusatorio establecido por la Ley 906 de 2004, se plantea un esquema en el que se encuentran enfrentadas dos posiciones: la que acusa y la que se defiende de la acusación. La primera es representada por la Fiscalía General de la Nación, la segunda está en cabeza de la defensa, libremente designada por el imputado o, en su defecto, por la asignación que le haga el Sistema Nacional de Defensoría Pública. En este orden, el representante judicial que interviene en la contienda judicial tendrá siempre en la Fiscalía a su oponente, a quien debe superar argumentativa y probatoriamente.

Bajo el proceso de la Ley 975 de 2005, podemos apreciar la actuación de la Defensoría Pública desde dos perspectivas: en primer lugar, desde la defensa del postulado y, en segundo lugar, desde la representación judicial de los derechos e intereses de las víctimas.

En cuanto a la actuación del representante judicial de los intereses de las víctimas, la estructura de oposición férrea entre el fiscal y el representante no es tan marcada. En primer lugar, por las características particulares del proceso de justicia y paz que, entre otros aspectos disímiles con el ordinario, parte de un presupuesto distinto: no hay captura del presunto responsable de una conducta ilícita sino que hay entrega voluntaria por parte del victimario quien se postula para ser beneficiario de una pena alternativa. En segundo lugar, porque el fiscal no parte de un hecho punible para investigar sino de un sujeto postulante que confiesa unos delitos a partir de los cuales debe desplegar toda su actividad instructiva. Así las cosas, a la Fiscalía le corresponde corroborar los hechos confesados y todos aquellos no confesados que se le imputen al postulado. Es en este escenario judicial, con matices bien diferenciados con relación al proceso ordinario acusatorio de la Ley 906, en el que entra a intervenir el representante judicial de las víctimas.

Por esas particularidades esbozadas, este representante no necesariamente estará siempre en oposición firme a la actuación de

la Fiscalía sino que, eventualmente, encontrará en el fiscal un aliado para la mejor defensa de los intereses de su abanderado, sobre todo en aquellos casos en los que el postulado, voluntaria o involuntariamente, ha omitido confesar algún delito del cual se tengan elementos probatorios por parte de la víctima.

De esta manera, encontramos que el representante judicial designado para la defensa de los derechos de las víctimas tiene un nuevo rol que cumplir en el proceso de justicia y paz, que reclama de él una visión integral pues debe defender a una población altamente vulnerable como son las víctimas. Dicho de otra forma, el representante judicial de víctimas debe ir más allá de la actuación como un representante judicial de procesos penales ordinarios, para asumir la postura de un defensor de derechos humanos de manera integral con relación a la víctima que apodera.

Este defensor debe advertir, en primer lugar, que no sólo hace parte de la Dirección Nacional de la Defensoría Pública sino de la Defensoría del Pueblo, institución que por virtud del mandato constitucional (art. 282) le corresponde la defensa y la promoción de los derechos humanos de todos los residentes en el territorio colombiano. Este mandato institucional se debe ver reflejado en una actuación integral que a todas luces tenga más cobertura que la que ejercen los defensores de confianza, no sólo por la riqueza técnica de la defensa material, sino por el alto sentido humanitario propio de un defensor de derechos humanos.

Lo anterior nos conduce a resaltar que esa pertenencia a la Defensoría del Pueblo se tiene que hacer valer en la defensa de los derechos de

Recuerde que...

El representante judicial que ha sido designado para la defensa de los derechos de las víctimas tiene un nuevo rol que cumplir en el proceso de justicia y paz, que reclama de él una visión integral pues debe defender a una población altamente vulnerable como son las víctimas.

las víctimas pues no es sólo el esfuerzo de un profesional del derecho, sino que detrás de él existe toda una estructura institucional que lo respalda y en la que se tiene que apoyar, razón por la cual debe conocerla y relacionarla permanentemente con su actividad.

La Defensoría Pública en el marco de la Ley 975 de 2005

En el siguiente acápite se abordarán las distintas relaciones institucionales que el representante judicial debería considerar en el ámbito del proceso de justicia y paz, con el propósito de potenciar su misión de defensa de los derechos e intereses de las víctimas.

1. Relaciones intrainstitucionales en la Defensoría del Pueblo

En la Defensoría del Pueblo existe un número importante de dependencias, con misiones variadas y específicas, que eventualmente pueden ser un soporte valioso para que el trabajo del representante judicial no sea el esfuerzo aislado de un profesional del derecho sino que, a través de él, todo un organismo defensor de los derechos humanos se vea comprometido de manera integral con el propósito de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, razón última de la Ley 975 de 2005.

1.1 Sistema Nacional de Defensoría Pública

El artículo 1 de la Ley 941 de 2005 establece que la finalidad del Sistema Nacional de Defensoría Pública es promover el acceso de las personas a la administración de justicia en materia penal, en condiciones de igualdad, y en los términos del debido proceso, con respeto de los derechos y las garantías sustanciales y procesales. Dicha ley crea, entre otros aspectos, el cuerpo de *investigadores y técnicos del sistema nacional de defensoría pública* (art. 36), es decir, aquellos servidores públicos adscritos a la planta de la Defensoría del Pueblo y los contratados que colaboran con los representantes judiciales en la consecución de la información y el material probatorio necesario para el ejercicio real y efectivo del derecho de defensa.

Sobre esto es preciso advertir que todas las autoridades judiciales y administrativas están obligadas a facilitar a los investigadores y peritos del Sistema Nacional de Defensoría Pública el acceso a la información

que requieran para el cumplimiento de su función en los términos y las oportunidades previstas por el Código de Procedimiento Penal y que, como órgano técnico-científico del Sistema Nacional de Defensoría Pública, pueden acudir al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, y a los laboratorios forenses de los organismos de policía judicial para recibir apoyo técnico-científico en las investigaciones que adelanten (art. 55 de la citada ley).

De otro lado, conviene que el defensor de víctimas estimule por parte de la barra de abogados el análisis jurídico de las situaciones procesales que en la práctica entrañan más dificultades para la mejor representación, de tal suerte que se vaya creando un conjunto de “lineamientos de representación defensorial”, propio del proceso de justicia y paz, del que se puedan enriquecer todos los profesionales comprometidos con esta misión.

Por último, es preciso poner de relieve lo prescrito por el artículo 10 de la citada ley, en el sentido de que el Sistema Nacional de Defensoría Pública debe velar por la prevalencia en el orden interno de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, de acuerdo con lo previsto en los artículos 93 y 94 de la Constitución Política. Esta expresa disposición sobre el carácter imperativo del derecho internacional de los derechos humanos frente al marco normativo interno debe conducir a los representantes judiciales a apropiarse de la jurisprudencia proferida por los órganos del sistema universal y, principalmente, del sistema interamericano como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, máximo órgano de aplicación y consulta acerca del alcance de la Convención Americana de Derechos Humanos. En consecuencia, los distintos alegatos, consideraciones, observaciones y escritos de los representantes judiciales deberían estar apoyados en los criterios hermenéuticos de los organismos de control y vigilancia de los tratados.

1.2 Unidad Operativa de Investigación Criminal (UOIC)¹

Mediante la Ley 941 de 2005 se organiza el Sistema Nacional de Defensoría Pública y se crea la Unidad Operativa de Investigación

¹ En los anexos se encuentra el Portafolio de Servicios elaborado por la Unidad Operativa de Investigación Criminal de la Defensoría del Pueblo Regional Bogotá.

Criminal (UOIC) adscrita a la Dirección Nacional del Sistema. De manera particular, en la Defensoría Regional de Bogotá, la UOIC se crea mediante Resolución 1014 de 2007, suscrita por el Defensor del Pueblo, estableciendo un grupo de trabajo integrado por investigadores, peritos y auxiliares cuya misión fundamental es brindar apoyo a la defensa pública a través del recaudo de material probatorio y por conducto de una asesoría técnico-científica brindada a los representantes judiciales. Sobre el particular, la Ley 941 de 2005 puntualiza:

Artículo 18. Investigadores, técnicos y auxiliares. El Sistema Nacional de Defensoría Pública podrá vincular investigadores, técnicos, auxiliares y organizaciones científicas de investigación criminal para que presten servicios de recaudo de material probatorio, asesoría técnica y científica necesarios para la defensa.

Conviene advertir, sin embargo, que los investigadores y peritos de la defensa carecen de funciones de policía judicial y, en consecuencia, no tienen atribuciones judiciales. Tan sólo pueden desarrollar las labores solicitadas mediante misión de trabajo por el representante judicial.

Los propósitos de dicha unidad, de acuerdo con lo señalado en el portafolio de servicios elaborado por la Defensoría Regional Bogotá, se pueden sintetizar así:

- Apoyar el trabajo defensorial dirigido y coordinado por el representante judicial, a quien le fue asignado el caso.
- Confirmar o desvirtuar la versión inicial de la policía judicial y la hipótesis o teoría del caso de la Fiscalía General de la Nación.
- Sustentar probatoriamente la hipótesis o teoría del caso del representante judicial.
- Confirmar o desvirtuar la versión de los testigos de cargo, o lograr la impugnación de su credibilidad ante el estrado judicial.
- Confirmar o desvirtuar los demás elementos materiales probatorios presentados en las audiencias.
- Confirmar la versión del usuario que se estima como verdadera.
- Asesorar al representante judicial en la formulación de una hipótesis susceptible de ser comprobada, mediante el diseño del programa metodológico.

1.3 Unidad Nacional de Justicia y Paz de la Defensoría del Pueblo

En el marco de la Ley 975 de 2005, el Defensor del Pueblo creó, adscrita a su Despacho, la Unidad Nacional de Justicia y Paz y, por medio de la Resolución 438 de mayo de 2007, reglamentó el procedimiento para la orientación y atención a las víctimas. Se establecen entonces unas etapas para la atención, comenzando por la entrevista previa que adelantan los asesores en las distintas sedes regionales de la institución con el objeto de inferir la calidad y condición de la víctima, y brindarle la orientación pertinente. Acto seguido, se profundiza en la entrevista para conocer mayores detalles de la condición de la víctima, y se le orienta en la documentación que debe acompañar para acreditarse como tal ante la Fiscalía General de la Nación. Luego de obtenida la acreditación se diligencia una ficha socioeconómica y se designa el representante judicial que la defenderá.

Esta unidad tiene una misión especial encaminada a asistir psicológicamente a la víctima con el objeto de prepararla para su intervención procesal y, en particular, para lo que será su actuación en las distintas audiencias. Es importante que el representante judicial esté en permanente comunicación con la víctima que apodera a fin de conocer su estado emocional y, de ser el caso, reclamar la actuación de esta Unidad. Paralelamente, el representante debe apoyarse en esa dependencia para que la víctima tenga una atención psicosocial que le ayude a ella y a su comunidad a encaminar los esfuerzos y las estrategias para la reconstrucción del tejido social roto por la violencia.

Por último, resulta oportuno que frente a esta Unidad los representantes judiciales reclamen para sí una asistencia psicológica periódica, individual y grupal, a efectos de superar los traumas, la mayoría de las veces imperceptibles, que el tratamiento diario con víctimas deja en las personas que las asisten y atienden.

1.4 Dirección Nacional de Atención y Trámite de Quejas

A partir de 1992, año en que inicia funciones la Defensoría del Pueblo y principios de la década en la que se consolidaron en todo el país los grupos paramilitares, la Dirección Nacional de Atención y Trámite de Quejas, a nivel nacional, y las defensorías regionales y

seccionales en los planos locales, comenzaron a recibir gran cantidad de quejas que daban cuenta de las violaciones cometidas por esas organizaciones criminales, lo que significa, en otros términos, que en esa dependencia de la Defensoría existe un archivo histórico de más de quince años sobre el desarrollo, la expansión y la actuación de tales grupos.

En consecuencia, la Dirección Nacional de Atención y Trámite de Quejas debe ser un soporte esencial para los representantes judiciales que apoderan víctimas, con el propósito de ayudarlos en su tarea de conocer los patrones de comportamiento de los distintos bloques y frentes de las autodefensas con respecto de los cuales intervendrán sus defendidos. Pero no sólo de los patrones de conducta sino de tantos hechos delictivos que muy seguramente no fueron denunciados ante la Fiscalía o la Procuraduría, pero sí fueron puestos en conocimiento de la Defensoría por ser ésta una institución de mayor confianza para el común de la gente.

Por consiguiente, el representante judicial debe hacer acopio de la inmensa información que reposa en los archivos de esa dependencia y, a su vez, la Dirección de Quejas debería trasladar copia de esa información a la Dirección del Sistema Nacional de Defensoría Pública, con la finalidad de tener una fuente histórica de apoyo para la mejor representación de los derechos y los intereses de las víctimas.

1.5 Dirección Nacional de Promoción y Divulgación de los Derechos Humanos

En esta dependencia, el representante judicial puede encontrar un apoyo invaluable para las jornadas de atención e información que realiza con grupos de víctimas a las que no sólo debería ilustrar sobre los alcances de la Ley 975 sino aprovechar, con el concurso de los asesores de esa dependencia, para instruir en los aspectos básicos de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Desde 1992, esta Dirección viene produciendo una serie de publicaciones sobre derechos humanos dirigidas a públicos diversos y, por consiguiente, el representante judicial encuentra allí valiosas herramientas pedagógicas que puede distribuir entre las víctimas en las jornadas de divulgación sobre el proceso de justicia y paz.

1.6 Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales

El representante judicial puede usar esta dependencia en dos aspectos sustanciales: como primera medida, del acopio jurisprudencial de la Corte Constitucional que en materia de interpretación de derechos fundamentales viene realizando desde los orígenes mismos de esa alta corporación. No cabe duda que esa Dirección está en condiciones de apoyar la labor de los defensores en materia hermenéutica y en materia de garantías jurídicas procesales, lo que puede representar una herramienta valiosa en la defensa de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas.

En segundo lugar, desde esa dependencia, la Defensoría del Pueblo preside la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas. De acuerdo con ello, el representante judicial puede valerse de información que allí se encuentre con el fin de cotejar testimonios que sobre personas desaparecidas aporten los familiares de estas víctimas y los postulados en las diligencias de versión libre.

1.7 Coordinación Nacional para la Atención a la Población Desplazada por la Violencia

Esta oficina posee valiosa documentación relacionada con la movilidad humana forzosa como consecuencia del conflicto armado interno que vive el país. Dicha información, nacional y regional, puede eventualmente apoyar la labor de documentación del caso para acreditar la condición de víctima, y puede propiciar la participación de las víctimas en las distintas audiencias a efecto de que la Fiscalía indague sobre conductas no confesadas por los postulados, y que pueden ser probadas con base en la información suministrada por esta dependencia.

Así las cosas, es recomendable una coordinación permanente entre la Dirección del Sistema Nacional de Defensoría Pública y la Oficina de Atención al Desplazamiento con el objetivo de cruzar la información pertinente para la mejor representación judicial por parte de los defensores de víctimas.

1.8 Defensoría Delegada para la evaluación del riesgo de la población civil como consecuencia del conflicto armado

Esta defensoría delegada tiene bajo su coordinación el Sistema de Alertas Tempranas (SAT) que ha sido creado como instrumento para

la prevención de violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. Desde su creación a comienzos de la presente década, se ha convertido en la herramienta institucional para el análisis del riesgo de las poblaciones persistentemente asediadas por los grupos armados al margen de la ley. De esta manera, se ha provisto de información de primer orden, a nivel local y regional, produciendo una geo-referenciación del accionar criminal de tales grupos. Estos insumos, sin duda, pueden ser de gran utilidad para los representantes judiciales a fin de cumplir más eficazmente de su misión.

1.9 Defensorías del Pueblo Regionales y Seccionales

En todas las capitales de departamentos y en algunas regiones como Urabá y el Magdalena Medio, se encuentran Defensorías Regionales y Seccionales que reproducen en lo local la competencia institucional de la Defensoría del Pueblo. En este sentido, se desarrollan actividades de promoción y divulgación de derechos humanos, de interposición de recursos judiciales, de coordinación de la defensoría pública, y de atención y trámite de quejas. Muchas cuentan, además, con funcionarios dedicados específicamente a la atención de la población en riesgo de desplazamiento o en condición de desplazada, y al análisis de factores de riesgo de violaciones graves de los derechos humanos o infracciones al derecho humanitario, con el objeto de producir alertas tempranas para su atención.

Todas estas funciones que se desarrollan desde lo local implican un conocimiento muy cercano y preciso de las dinámicas de violencia regionales, y un acopio valiosísimo de información pertinente, razones que invitan a que los representantes judiciales mantengan una relación muy cercana con esas oficinas, y obtengan de allí la información necesaria para el mejor desarrollo de su misión judicial.

Recuerde que...

El representante judicial hace parte de la Defensoría del Pueblo, institución defensora de los derechos humanos en la que existe un número importante de dependencias, con misiones variadas y específicas, que

eventualmente pueden ser un soporte valioso para la defensa integral de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

2. Relaciones interinstitucionales de la Defensa Pública

Desde una perspectiva interinstitucional, el Sistema Nacional de Defensoría Pública y la Unidad de Justicia y Paz de la Defensoría del Pueblo, en general, y el representante judicial de víctimas, en particular, están llamados a propender por la efectiva protección de los derechos de las víctimas bajo el principio de colaboración armónica establecido en el artículo 113 de la Constitución, y en armonía con lo dispuesto por el artículo 37 de la Ley 975 de 2005, en cuanto a que el acceso de las víctimas a la administración de justicia es un derecho que se reclama del Estado en su conjunto.

Bajo estos entendidos, conviene precisar las competencias que tienen otros organismos gubernamentales o estatales en el mismo ámbito con el fin de estrechar estrategias de coordinación y de trabajo asociado y, funcionalmente, evitar duplicidad de esfuerzos institucionales.

Se presenta a continuación un listado de las competencias de otras entidades concernidas con la ley de justicia y paz, con las cuales resultaría provechoso establecer acuerdos para potenciar el cumplimiento de la misión.

2.1 Fiscalía General de la Nación. Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz

- Investigar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron las conductas punibles; las condiciones de vida, sociales, familiares e individuales del imputado o acusado, y su conducta anterior; los antecedentes judiciales y de policía, y los daños que individual o colectivamente haya causado de manera directa a las víctimas, tales como lesiones físicas o psicológicas, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de derechos fundamentales².

² Artículo 15, Ley 975 de 2005.

- Velar por la protección de la intimidad y la seguridad de las víctimas³.
- Emplazar públicamente a las víctimas indeterminadas de las conductas punibles cometidas por los miembros de los grupos armados organizados al margen de la Ley que se encuentren postulados, a fin de que participen y ejerzan sus derechos dentro de los procesos penales⁴.
- Solicitar a la Defensoría del Pueblo la asignación de un representante judicial, previa solicitud y comprobación sumaria de la necesidad para la representación legal de las víctimas⁵.
- Adoptar las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos⁶.
- Llevar a cabo la formulación de cargos, luego de la versión libre, ante los magistrados de justicia y paz⁷.
- Adelantar las labores de investigación y verificación de los hechos admitidos⁸.
- Realizar la búsqueda de desaparecidos o de las personas muertas, identificarlas y volverlas a inhumar de acuerdo con las tradiciones familiares y comunitarias⁹. Para esta labor se coordina con el Sistema de Información Red de Desaparecidos y Cadáveres (Sirdec), del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, establecimiento público adscrito a la Fiscalía General de la Nación.

2.2 Sala de Justicia y Paz de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial

- Adelantar la etapa de juzgamiento de los procesos de justicia y paz y vigilar el cumplimiento de las penas y obligaciones impuestas a los condenados¹⁰.
- Convocar a audiencia pública para examinar si la aceptación de cargos ha sido libre, voluntaria, espontánea y asistida por su defensor. De encontrarla ajustada a derecho cita a audiencia de sentencia e individualización de pena¹¹.

³ Artículo 11, numeral 5, Decreto 4760 de 2005.

⁴ Artículo 8, Decreto 3391 de 2006.

⁵ Artículo 1, Decreto 315 de 2007.

⁶ Artículo 12, Decreto 315 de 2007, y Decreto 3570 de 2007.

⁷ Artículo 19, Ley 975 de 2005.

⁸ Artículo 18, Ley 975 de 2005.

⁹ Artículo 49,2, Ley 975 de 2005.

¹⁰ Artículos 16 y 32, Ley 975 de 2005.

¹¹ Artículo 19, Ley 975 de 2005.

- Declarar la legalidad o no de la aceptación de cargos de postulado a la pena alternativa¹².
- Fijar la pena principal y las accesorias, la pena alternativa, los compromisos de comportamiento por el término que considere, las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas, y la extinción de dominio de los bienes que se destinarán a la reparación¹³.
- Ordenar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada con el objeto de proteger a la víctima o testigo, o permitir la práctica de testimonio a través de sistema de audio vídeo para permitir su contradicción por las partes¹⁴.
- Conservar los registros de la actuación procesal¹⁵.

2.3 Magistrado de control de garantías

- Ante su despacho se desarrollan las audiencias preliminares de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 975 de 2005, vale decir:
 - La práctica de una prueba anticipada que por motivos fundados y de extrema necesidad se requiera para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio.
 - La adopción de medidas para la protección de víctimas y testigos.
 - La solicitud y la decisión de imponer medida de aseguramiento.
- A disposición de su despacho queda el desmovilizado una vez rinda la versión libre y confesión, quien vigilará lo correspondiente a su centro de reclusión¹⁶.
- Señala y realiza la audiencia de formulación de imputación de cargos previa solicitud de la Fiscalía, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 975.
- Ante su despacho el imputado o acusado asistido por su defensor podrá, oralmente o por escrito, aceptar los cargos consignados en la resolución que le impuso medida de aseguramiento, o en la formulación de imputación, o en la resolución o escrito de acusación, según el caso¹⁷.

¹² Artículo 11, Ley 975 de 2005.

¹³ Artículo 24, Ley 975 de 2005.

¹⁴ Artículo 39, Ley 975 de 2005.

¹⁵ Artículo 12, Ley 975 de 2005.

¹⁶ Artículo 17, Ley 975 de 2005.

¹⁷ Artículo 22, Ley 975 de 2005.

2.4 Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia

- Decidir los recursos de apelación que se interpongan contra asuntos de fondo proferidos durante las audiencias y contra las sentencias¹⁸.
- La sala plena de la Corte conoce de la acción extraordinaria de revisión, de acuerdo con lo previsto por el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004).

2.5 Procuraduría General de la Nación

- Impulso de mecanismos para la participación de las organizaciones sociales para la asistencia a las víctimas¹⁹.
- Adopción de medidas para atender de forma adecuada las necesidades especiales de las mujeres, las niñas, los niños, las personas mayores de edad y los discapacitados que participen en los procesos²⁰.
- Programas de divulgación, promoción, información general, asesoría jurídica y orientación sobre los derechos de las víctimas²¹.
- Instrucciones para salvaguardar la participación judicial de las víctimas y emplazar públicamente a las víctimas indeterminadas de las conductas punibles cometidas por los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley²².
- Implementación del programa de protección a víctimas y testigos en el marco de la Ley 975 de 2005, y participación en el subcomité de protección a víctimas y testigos²³.

2.6 Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR)

- Disponer las medidas para garantizar a las víctimas su participación en procesos de esclarecimiento judicial, y la realización de sus derechos²⁴.
- Presentar recomendaciones para los programas de divulgación, promoción e información general de los derechos de las víctimas que elabore el Ministerio Público²⁵.

¹⁸ Artículo 26, Ley 975 de 2005.

¹⁹ Artículo 36, Ley 975 de 2005.

²⁰ Artículo 41, Ley 975 de 2005; Artículo 11.6, Decreto 4760 de 2005.

²¹ Artículos 9 y 10, Decreto 4760 de 2005.

²² Artículo 8, Decreto 3391 de 2006; Procuraduría General de la Nación (2007): Directiva 0008 del 5 de junio de 2007. Instrucciones para la garantía de la participación judicial de las víctimas en el marco de la Ley 975 de 2005 y sus decretos reglamentarios.

²³ Artículo 9, Decreto 3570 de 2007.

²⁴ Artículo 52.1, Ley 975 de 2005.

²⁵ Artículo 9, Decreto 4760 de 2005.

- Diseñar un mecanismo idóneo, transparente y ágil para la recepción de solicitudes, peticiones o quejas de las víctimas, y remitir a las autoridades competentes²⁶.
- Red Nacional de Atención a Víctimas (RNAV), atención a través de la mesa de trabajo municipal²⁷.

2.7 Comisiones Regionales de Restitución de Bienes

- Asesoría a las víctimas en la formulación de solicitudes de medidas cautelares ante la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, sobre los bienes que entreguen los desmovilizados en cualquiera de las etapas del proceso²⁸.
- Asesoría a las víctimas en la formulación de solicitudes de medidas cautelares ante la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, sobre los bienes que los desmovilizados anuncien que serán entregados con destino a la reparación de las víctimas, así como sobre aquellos cuya titularidad real o aparente corresponda a miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley²⁹.
- Poner a disposición de las víctimas la información sobre los bienes vinculados a investigaciones penales y acciones de extinción del derecho de dominio, transferidos al Fondo para la Reparación de las Víctimas en los términos de los artículos 54 de la Ley 975 de 2005 y 133 de la Ley 1152 de 2007³⁰.
- Asesoría a las víctimas con el objeto de que ejerzan el derecho a denunciar los bienes no enlistados ni entregados por los desmovilizados, y recomendar a las autoridades judiciales competentes el impulso de los procesos de extinción del derecho de dominio sobre los mismos³¹.
- Asesoría a las víctimas en la formulación de solicitudes de entrega provisional de los bienes sobre los que se decreten medidas cautelares, en aras de garantizar el derecho a la restitución³².

²⁶ Artículo 21,3 Decreto 4760 de 2005.

²⁷ Annette Pearson, "La Red Nacional de Atención a Víctimas (RNAV): una propuesta que impulsa la CNRR y que ahora cuenta con vida propia en las regiones". En Boletín CNRR. Edición 1, noviembre, Bogotá, Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, 2007, pp. 7 y 8.

²⁸ Artículo 23, numeral 6, Decreto 176 de 2008.

²⁹ *Ibíd.*, numeral 7.

³⁰ *Ibíd.*, numeral 13.

³¹ *Ibíd.*, numeral 14.

³² *Ibíd.*, numeral 15.

- Asesoría a las víctimas para que ejerzan sus derechos en los casos en que la Fiscalía General de la Nación aplique el principio de oportunidad en los términos del artículo 14 del Decreto 3391 de 2006³³.
- Proporcionar a las autoridades judiciales la información y las pruebas que tengan sobre el cumplimiento o no de la entrega de bienes en los términos de los artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005³⁴.
- Informar a las autoridades judiciales sobre los actos pre-procesales de restitución de bienes efectuados por los desmovilizados directamente a las víctimas que se adelanten en su jurisdicción, para efectos de que sean o no tenidos en cuenta como parte de la reparación ordenada en las sentencias, en los términos del Decreto 3391 de 2006³⁵.

2.8 Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional (Acción Social)

- Publicidad del listado de bienes entregados para la reparación de las víctimas³⁶.
- Publicación de edictos emplazatorios y notificaciones.
- Ayuda humanitaria a las víctimas.
- Atención psicosocial a víctimas por conducto del Ministerio de la Protección Social.

2.9 Superintendencia de Notariado y Registro

- Sistema de información sobre bienes inmuebles rurales y urbanos que han sido objeto del despojo realizado por miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley³⁷.

2.10 Policía Nacional

- Implementación del programa de protección a víctimas y testigos en el marco de la Ley 975 de 2005, y participación en el grupo técnico de evaluación del riesgo³⁸, y en el subcomité de protección a víctimas y testigos³⁹.

³³ *Ibíd.*, numeral 17.

³⁴ *Ibíd.*, numeral 21.

³⁵ *Ibíd.*, numeral 22.

³⁶ Artículo 16, Decreto 4760 de 2005.

³⁷ Artículo 4, Decreto 3391 de 2006.

³⁸ Artículos 6 y 7, Decreto 3570 de 2007.

³⁹ Artículo 9, Decreto 3570 de 2007.

- Apoyo para la protección de víctimas, testigos y peritos⁴⁰.

2.11 Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)

- Implementación del programa de protección a víctimas y testigos en el marco de la Ley 975 de 2005, y participación en el grupo técnico de evaluación del riesgo⁴¹, y en el subcomité de protección a víctimas y testigos⁴².
- Apoyo para la protección de víctimas, testigos y peritos⁴³.

2.12 Ministerio del Interior y de Justicia

- Coordinación del programa de protección a víctimas y testigos en el marco de la Ley 975 de 2005, y participación en el grupo técnico de evaluación del riesgo⁴⁴, y en el subcomité de protección a víctimas y testigos⁴⁵ (Dirección de Derechos Humanos).
- Distribución de los recursos para la ejecución del programa de protección a víctimas y testigos⁴⁶.

2.13 Vicepresidencia de la República

- Implementación del programa de protección a víctimas y testigos en el marco de la Ley 975 de 2005, y participación en el subcomité de protección a víctimas y testigos⁴⁷ (Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario).

2.14 Oficina del Alto Comisionado para la Paz

- Remite el listado de las personas postuladas a la pena alternativa de justicia y paz al Ministerio del Interior y de Justicia⁴⁸.

2.15 Departamento Nacional de Planeación

- Orientar, evaluar y hacer seguimiento a la implementación del programa de protección a víctimas y testigos en el marco de la

⁴⁰ Artículo 25, Decreto 4760 de 2005.

⁴¹ Artículos 6 y 7, Decreto 3570 de 2007.

⁴² Artículo 9, Decreto 3570 de 2007.

⁴³ Artículo 25, Decreto 4760 de 2005.

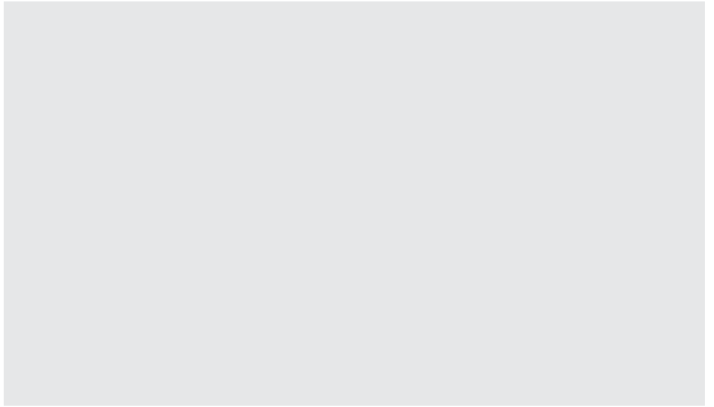
⁴⁴ Artículos 6 y 7, Decreto 3570 de 2007.

⁴⁵ Artículo 9, Decreto 3570 de 2007.

⁴⁶ Artículo 30, Decreto 3570 de 2007.

⁴⁷ Artículo 9, Decreto 3570 de 2007.

⁴⁸ Artículo 10, Ley 975 de 2005; artículo 3, Decreto 4760 de 2005.



- Atender los comentarios de las víctimas sobre su salud emocional, y requerir el apoyo psicosocial a las entidades encargadas.
- Utilización permanente de los instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana como soporte de sus argumentaciones jurídicas.
- Incidir sobre la metodología de la Fiscalía General de la Nación a efecto de que se recojan los elementos probatorios y las observaciones de las víctimas que representa.
- Apoyarse en el cuerpo de investigadores y peritos del Sistema Nacional de Defensoría Pública.
- Estudiar el contexto de conflicto armado del grupo, frente o bloque al que pertenece el postulado respecto del cual se hace parte la víctima.
- Promover la recolección de pruebas y la valoración de los daños.
- Invocar recursos constitucionales y ordinarios para la defensa de los derechos de las víctimas.
- Participación activa en las audiencias.
- Utilización de información que reposa en las distintas dependencias de la Defensoría del Pueblo.
- Establecer estrategias de comunicación permanente con los procuradores judiciales, con los fiscales, jueces de conocimiento y control de garantías para potenciar la misión de defensa de los derechos de las víctimas.

La participación de las víctimas en el proceso penal

1. Contexto histórico

La participación de la víctima en los procesos penales no siempre ha sido reconocida, por el contrario, su intervención generalmente ha sido desestimada y, en el mejor de los casos, relegada al papel de testigo.

No obstante ello, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8 y 25) a nivel regional, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14) a nivel universal, han reconocido que todas las personas tienen derecho a ser oídas, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o

tribunal competente, independiente e imparcial para la determinación de sus derechos.

De manera particular, en 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y abuso del Poder, la cual traza una definición general de “víctima”, y plantea pautas para su intervención en los procedimientos de justicia penal y para su resarcimiento, indemnización y asistencia⁵⁰.

A su vez, en 1992, un grupo de expertos internacionales invitados por la ONU presentó un proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Penal, conocidas como las Reglas de Mallorca, las cuales plantean, en los principios cuadragésimo a cuadragésimo tercero, que durante la instrucción se debe procurar a la víctima y a los perjudicados por el delito, la ayuda que necesiten; que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para brindarles un trato humano y digno; que tendrán derecho a ser oídas y asistidas por un abogado, y que los Estados deben crear fondos para repararlas.

Por su parte, las Reglas de Procedimiento y Pruebas de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Rwanda, si bien contienen una definición muy limitada de víctima (“aquella persona en contra de quien se comete un crimen sobre el cual el tribunal tiene jurisdicción”), éstas no tienen derecho a participar en los procedimientos o reclamar reparación⁵¹.

Más recientemente, los esfuerzos de la ONU por dimensionar el papel de las víctimas en los enjuiciamientos penales se ven reflejados en dos conjuntos de principios referidos a la lucha contra la impunidad, y al derecho que le asiste a las víctimas de obtener reparaciones por las violaciones de los derechos humanos y las infracciones del derecho internacional humanitario. Tales instrumentos son:

⁵⁰ Adoptada mediante Resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985. Disponible en http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp49_sp.htm

⁵¹ Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), *Los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional: manual para víctimas, sus representantes legales y ONG*, 2007, p. 38.

- Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad⁵².
- Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de infracciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones⁵³.

Estos grupos de principios del derecho internacional público buscan sintetizar obligaciones de los Estados en materia de lucha contra la impunidad y el derecho de las víctimas a obtener reparaciones. En tal sentido, y a la luz de la interpretación de la Corte Constitucional, dichos principios deben ser considerados como parámetros de constitucionalidad de las leyes nacionales y de la actuación institucional ya que contienen pautas normativas de derecho internacional, así como la experiencia histórica proveniente de procesos de tránsito a la democracia o de consolidación del Estado de derecho, que conforman un marco conceptual de gran valor como fuente del derecho internacional⁵⁴.

Finalmente, con la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se cristaliza la legítima aspiración de las víctimas a tener una plena participación procesal y a obtener allí la reparación de las violaciones sufridas. En efecto, este es el primer instrumento internacional con poder coercitivo que reconoce tales derechos y si bien el Estatuto directamente no define el concepto de víctima sí lo hacen las Reglas de Procedimiento y Prueba, las cuales constituyen un instrumento para la aplicación del Estatuto.

Bajo la administración del Secretario de la Corte, el Estatuto (art. 43) establece la creación de una Dependencia de Víctimas y Testigos dentro de la Secretaría encargada de lo concerniente a la participación de las víctimas y los testigos, su atención y protección correspondientes,

⁵² Aprobados por la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), 61 período de sesiones E/CN.4/2005/102/Add.1, del 8 de febrero de 2005.

⁵³ Aprobados por la Asamblea General de la ONU, AG Res.60/147 del 15 de diciembre de 2005.

⁵⁴ Sobre el valor de los Principios de las Naciones Unidas véanse las sentencias de la Corte Constitucional T-327 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-228 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett; C-370 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

todo lo cual es desarrollado por las Reglas de Procedimiento y Prueba, sección III, a partir de la regla 85 hasta la 99. Conviene resaltar, en particular, la subsección 3, regla 89, referida al procedimiento establecido para que las víctimas puedan participar en el proceso.

Recuerde que...

El conjunto de principios de la ONU de lucha contra la impunidad y del derecho de las víctimas a obtener reparaciones busca sintetizar obligaciones de los Estados en esas materias y, a la luz de la Corte Constitucional, deben ser considerados como parámetros de constitucionalidad de las leyes nacionales y de la actuación institucional ya que contienen pautas normativas de derecho internacional.

2. Definición de víctima

Como se enunció, en el plano internacional la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder –de la ONU– fue el primer intento del derecho público internacional por consolidar una definición de víctima. En efecto, en dicho instrumento se plasman dos definiciones de víctima, una referida en forma general a la víctima de transgresiones de la legislación penal de los Estados, y la otra alusiva a las víctimas del abuso del poder, vale decir, de las violaciones de normas internacionales de derechos humanos. Tales definiciones son:

a) Las víctimas de delitos:

1. Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

2. Podrá 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. En la expresión “víctima” se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

b) Las víctimas del abuso de poder:

18. Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos⁵⁵.

Por su parte, el Conjunto de principios internacionales sobre el derecho de las víctimas a obtener reparaciones define a la víctima (Principio 8) como:

(...) toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y

⁵⁵ ONU, Resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985.

a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización⁵⁶.

Las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma, entre tanto, plantean una escueta definición de víctima ajustada a los crímenes de competencia de la Corte al afirmar:

- a) Por “víctimas” se entenderán las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte;
- b) Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios⁵⁷.

En el ámbito penal interno, a través del Acto Legislativo 03 de 2002 se consagraron como funciones de la Fiscalía General de la Nación con relación a las víctimas, a nivel constitucional (art. 250), las siguientes:

Numeral 1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías, las medidas necesarias que aseguren (...) la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

Numeral 6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados por el delito.

Numeral 7. Velar por la protección de las víctimas (...) la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

⁵⁶ Naciones Unidas, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”. Principio 8, AG Res.60/147 del 15 de diciembre de 2005.

⁵⁷ Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Regla 85.

Conviene señalar, sin embargo, que el artículo 250 original de la Constitución Política tan sólo disponía que la Fiscalía General de la Nación debía tomar las medidas necesarias para hacer efectiva la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito (numeral 1) y velar por la protección de las víctimas (numeral 4).

Con base en estos artículos, y otros del mismo rango, la Corte Constitucional profirió la sentencia C-228 de 2002, a través de la cual cambió su jurisprudencia en materia de los derechos de la parte civil en el proceso penal, señalando que a las víctimas y a los perjudicados no les asiste únicamente un interés patrimonial sino que gozan de una concepción más amplia, fundada en los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral, todo ello sobre la base de un tratamiento en condiciones de dignidad.

Si bien el anterior Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000) hizo alusión a derechos de la víctima, la primera codificación que entró a definir el concepto de víctima fue la Ley 906 de 2005 al establecer que por tal se entiende:

(...) las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto.

La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con éste⁵⁸.

Sobre el particular es preciso señalar que la expresión “directo” fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional⁵⁹ por considerar, entre otros apartes, que:

(...) (iii) esta Corporación tiene una jurisprudencia consolidada, que se constituye en precedente, conforme a la cual son titulares de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación las víctimas y los perjudicados

⁵⁸ Artículo 132, Ley 906 de 2004.

que acrediten un daño real, concreto y específico como consecuencia de la conducta criminal.

(...) Encuentra la Corte que si bien la norma examinada fundamenta la determinación de la calidad de víctima, en el padecimiento de un daño que surge como consecuencia de la conducta punible (injusto), lo cual resulta acertado, la calificación que el precepto introduce al daño –daño “directo”– como único generador de responsabilidad, restringe el alcance del concepto de víctima o perjudicado que ha acuñado la jurisprudencia constitucional.

(...) En cuanto al carácter “directo” del perjuicio, se ha considerado que tal cualidad no constituye un elemento o condición de existencia del daño, sino que plantea un problema de imputación, en cuanto pone de manifiesto el nexo de causalidad que debe existir entre el daño y el comportamiento de una persona. De tal manera que cuando el legislador en el artículo 132 asigna al daño el calificativo de “directo” para el solo efecto de determinar la calidad de víctima, está condicionando tal calidad a la concurrencia de un elemento de imputación que corresponde a un análisis posterior que debe efectuar el juez, al determinar tanto la responsabilidad penal como la civil del imputado o acusado. Este calificativo indudablemente restringe de manera inconstitucional la posibilidad de intervención de las víctimas en el proceso penal y su derecho a un recurso judicial efectivo. La determinación de la calidad de víctima debe partir de las condiciones de existencia del daño, y no de las condiciones de imputación del mismo.

Resulta relevante esta precisión toda vez que la Ley 975 de 2005, al entrar a definir el mismo concepto, mantiene la calificación del daño de “directo”. No obstante, la acepción que trae el artículo 5 de la Ley de Justicia y Paz es mucho más prolija no sólo en cuanto a la enunciación de los eventuales daños, sino en cuanto a la relación de

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C-516 del 11 de julio de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

otras personas que también tienen la condición de víctimas. En efecto, el citado artículo señala que:

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

También se tendrá por víctima al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a ésta 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 física, 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.

Conviene aquí resaltar la precisión que hizo la Corte Constitucional al examinar la Ley 975 y declarar la constitucionalidad de los incisos segundo y quinto de este artículo “en el entendido que la presunción allí establecida no excluye como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometida por miembros de grupos armados al margen de la ley”⁶⁰. En concordancia con varios casos fallados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el tribunal manifestó adicionalmente que:

(...) En suma, el intérprete autorizado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyos artículos 8 y 25 hacen parte del bloque de constitucionalidad, ha señalado que los parientes, sin distinción, que puedan demostrar el daño, tienen derecho a un recurso efectivo para exigir la satisfacción de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

En otros términos, la definición de víctima contempla una noción más amplia que la enunciada en el texto de la ley por cuanto todos los familiares de las personas que han sufrido violaciones de sus derechos están facultados para reclamar ante las autoridades previa demostración del daño real, concreto y específico (véase además la sentencia C-228 de 2002).

A esta definición de víctima se tiene que adicionar lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto 4760 de 2005, que expresamente incorpora a las víctimas del desplazamiento forzado ocasionado por las conductas punibles cometidas por los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley.

Sintetizando lo manifestado por la Corte Constitucional debe entenderse por víctima:

⁶⁰ 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.

- La persona que individual o colectivamente haya sufrido daños por la acción de grupos armados al margen de la ley.
- El cónyuge o compañero(a) permanente.
- Los padres, hijos, hermanos(as) y otros familiares de una persona que haya sido asesinada o desaparecida forzosamente, cuando se pruebe que han sufrido un daño real, concreto y específico.
- Los miembros de la fuerza pública que hayan sufrido lesiones que les produzcan algún tipo de discapacidad.
- Los familiares de miembros de la fuerza pública que hayan perdido la vida por acción de grupos armados al margen de la ley.

Es de advertir que el inciso 4 del artículo 5 de la Ley 975 fue objeto de revisión por la Corte Constitucional (sentencia C-575 de 2006) declarándolo ajustado a la carta por cuanto los Convenios de Ginebra y los Protocolos I y II no establecen prohibición para los Estados de no conceder o atribuir el estatus de víctima a los miembros de la fuerza pública. Por otra parte, asevera la Corte que el Protocolo II se aplica sin ninguna distinción de carácter desfavorable y, por tanto, no cabe hacer discriminaciones de cualquier índole y, por último, que la disposición de la Ley 975 no vulnera el principio de distinción entre la sociedad civil y los combatientes pues lo único que pretende es otorgar a los miembros de la fuerza pública la condición de víctimas, bajo las circunstancias que expone el artículo 5 (véase además la sentencia C-255 de 1995).

Recuerde que...

A las víctimas y a los perjudicados no les asiste únicamente un interés patrimonial sino que gozan de una concepción más amplia, fundada en los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral, todo ello sobre la base de un tratamiento en condiciones de dignidad (sentencia C-228 de 2002, Corte Constitucional).

La definición de víctima contempla una noción más amplia que la enunciada en el texto de la ley por cuanto todos los familiares de las personas que han sufrido

violaciones de sus derechos están facultados para reclamar ante las autoridades previa demostración del daño, real, concreto y específico (sentencia C-370 de 2006, Corte Constitucional).

3. Algunos principios que se deben considerar para la garantía de los derechos de las víctimas

La Ley de Justicia y Paz le apunta a un objetivo específico pero complejo, toda vez que procura facilitar los procesos de paz y la reincorporación a la vida civil de los grupos armados al margen de la ley, bajo la premisa insalvable de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación. En este sentido, y en ejercicio de sus derechos, las víctimas están llamadas a desempeñar un rol dinamizador dentro del proceso, en tanto que el Estado deberá en todo momento garantizarles el acceso a la administración de justicia bajo la condición fundamental de brindarles un trato humano y digno.

Desde la perspectiva del representante judicial como defensor de los derechos e intereses de las víctimas, conviene hacer un breve repaso por tres de los principios generales de mayor relevancia como son el de dignidad, el de igualdad y el principio *pro homine*.

3.1 Dignidad

Tratándose de un proceso tan especial como el de justicia y paz, en el que la víctima aspira a conocer la verdad y a ser reparado, y en el que seguramente se encontrará personalmente con los victimarios, es pertinente resaltar lo que la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado en torno al concepto de dignidad humana en el entendido de que más que un derecho es un presupuesto axiológico sobre el que descansa el conjunto de derechos y garantías consagrado en la Carta. En efecto, "(...)La dignidad humana (...) es en verdad principio fundante del Estado, (...) que más que derecho en sí mismo, es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución"⁶¹.

⁶¹ Corte Constitucional, sentencia C-239 de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Este principio axiológico implica para las autoridades públicas el deber de adoptar las medidas de atención indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos de la persona, entre los cuales se cuentan la libertad, la autonomía, la integridad física y moral, la exclusión de tratos degradantes, la intimidad personal y familiar. Así pues, todos los funcionarios a los que se refiere la Ley 975 de 2005, adoptarán las medidas adecuadas y las acciones pertinentes para proteger la dignidad de las víctimas (arts. 37 y 38), lo que comporta una atención especial de sus representantes judiciales a efecto de materializar este principio/derecho.

En particular, la defensa técnica de las víctimas deberá velar, entre otros, por los siguientes aspectos:

- El carácter voluntario y debidamente informado de la intervención de la víctima en el proceso de justicia y paz.
- La atención personalizada de la víctima con el fin de brindarle una verdadera representación judicial de sus intereses. La atención de grupos numerosos de víctimas, en forma masiva, riñe abiertamente con el trato humano y digno que se reclama. Surge aquí un reto para la Defensoría Pública en cuanto a buscar alternativas, intra e interinstitucionales, para superar los obstáculos de la masividad en la atención.
- Que la víctima reciba una información detallada, precisa, y en un lenguaje al alcance de su comprensión, respecto de todas las implicaciones del proceso de justicia y paz, de las fases del mismo, de las facultades que allí tiene, de los propósitos establecidos en este marco jurídico, y de las eventuales consecuencias de su intervención.
- El representante judicial de la víctima está en la obligación de brindarle una asesoría jurídica especializada de cara a que, en el desarrollo del proceso, se vean eficazmente materializados sus derechos. Para este fin conviene preparar, con la directa intervención de las víctimas, la estrategia de litigio. “Las personas encargadas de tener el contacto con las víctimas deberían administrar las expectativas con honestidad. Los riesgos de participar en los procesos y las perspectivas de éxito deberían ser discutidas honestamente, sin disfrazarlas”⁶².

⁶² Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento. Doc. ONU HR/PUB/06/4, Ginebra, 2006. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documentos/Publications/RuleoflawProsecutionssp.pdf>.

- A la víctima le asiste el derecho de solicitar asistencia psicosocial con el objeto de prepararse para su intervención en las distintas diligencias judiciales, y a la Defensoría del Pueblo le compete brindarle la asistencia correspondiente (art. 34, Ley 975). Pero también con el propósito de superar su afectación emocional por el daño sufrido, para la superación del duelo por la pérdida de seres queridos, y para superar sus desesperanzas y escepticismos frente a la institucionalidad, entre otros objetivos.
- La información que suministre la víctima debe ser rigurosamente tratada con la reserva propia de un proceso penal. En tal sentido, se debe asegurar que la información no sea conocida por personas ajenas al proceso, y que quienes están facultados legalmente para conocerla, lo hagan sin ningún tipo de comentarios desobligantes u ofensivos a la sensibilidad de la víctima, principalmente los desmovilizados postulados a la pena alternativa en las diferentes audiencias, sobre todo en la versión libre cuando deben hacer un recuento de las conductas criminales cometidas.
- Especial cuidado deberá brindarse en el trato respetuoso y digno a las víctimas tratándose de grupos vulnerables por razones de la edad, género, orientación sexual y etnia.
- Se debe ofrecer particular consideración a las víctimas de hechos de violencia sexual, tanto hombres como mujeres, pero en particular de los niños, las niñas y los adolescentes, de tal suerte que sean acompañados por personal especialmente preparado en el tema.
- En los casos en los que las víctimas sean menores de edad, las declaraciones y entrevistas sólo podrá tomarlas el Defensor de Familia previo cuestionario enviado por el fiscal o el juez del caso. El representante sólo formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior (art. 150, Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia).

Recuerde que...

El principio de dignidad implica para las autoridades públicas el deber de adoptar las medidas de atención indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos de la persona entre los cuales se cuentan la libertad, la autonomía, la integridad física y moral, la exclusión de tratos degradantes, la intimidad personal y familiar.

3.2 Igualdad

Como lo han afirmado la jurisprudencia y la doctrina, del principio de dignidad humana se desprende, necesariamente, el principio de igualdad de todas las personas, con independencia de la diversidad que existe entre ellas por razones de raza, sexo, etnia, origen, creencias religiosas o políticas. Dicho principio, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, se orienta en dos sentidos: en primer lugar, prohíbe la discriminación de las personas por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica y, en segundo lugar, promueve que el Estado genere las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva; en tal sentido, debe hacer un tratamiento diferente a favor de aquellas personas o grupos discriminados o marginados. Dicho en otros términos, este principio promueve la identidad de los iguales y la diferencia entre los desiguales.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional se encuentran numerosos fallos referidos a que, en ocasiones, el principio de igualdad se concretiza a partir del reconocimiento de las diferencias. Se hace alusión de las llamadas acciones positivas o “acciones afirmativas”, entendiéndose por tales aquellas medidas destinadas a favorecer a determinadas personas o grupos de personas con el propósito de reducir los niveles de desigualdad en que se encuentren. En concordancia con ello, considerar aspectos como el género, la etnia y la edad para generar espacios de singular protección que se orienten a lograr una nivelación de la efectividad de sus derechos es consecuencia de una política de acción afirmativa (véanse sentencias C-410 de 1994; C-082 de 1999; C-112 del 2000; C-371 de 2000; C-964 de 2003 y C-044 de 2004, entre otras).

Si bien la Ley 975 de 2005 no consagra expresamente este principio, por imperio de la Constitución Política, y por el reenvío que el artículo 62 de dicha ley hace a la Ley 906 de 2004 es plenamente aplicable. Por consiguiente, es pertinente poner de relieve lo establecido por el código de procedimiento penal en el sentido de que es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su

condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta⁶³.

Se resalta dicha disposición por cuanto las víctimas, en su gran mayoría, pueden encontrarse bajo tales eventos de debilidad manifiesta por su origen no urbano o por sus escasos niveles de educación, entre otros motivos.

Por tales razones, conviene aquí invitar a que el representante judicial de los intereses de las víctimas tenga esmero especial para procurar:

- Que antes, durante y posterior a la participación procesal se proteja no sólo la igualdad formal sino real de las víctimas, es decir, que en la práctica procesal y extraprocesal se observen procedimientos concretos que posibiliten a las víctimas alcanzar plenamente sus derechos sin ningún tipo de discriminación.
- Que las partes procesales tomen en consideración las condiciones culturales y sociales de las víctimas para que, a partir de allí, se reconozcan sus diferencias y se procuren medidas que posibiliten un trato igualitario en condiciones de dignidad.
- Que a ciertos grupos mayormente vulnerables por motivos de etnia, de edad, de orientación sexual, se les privilegie con acciones afirmativas dirigidas a aminorar sus condiciones de desigualdad. A manera de ejemplo, que los indígenas estén asistidos por intérpretes o por personas relevantes para su grupo étnico; que a las víctimas de los grupos LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y transexuales) se les brinden las condiciones requeridas para que su intervención procesal transcurra bajo parámetros especiales de protección a su dignidad y seguridad personales.
- Es importante destacar que, en aras del principio de igualdad, debe darse siempre a la víctima un trato digno sin reparar si ésta es culpable o no de alguna conducta delictiva.

Recuerde que...

El representante judicial debe velar para que antes, durante y posterior a la participación procesal se

⁶³ Artículo 4, Ley 906 de 2004.

proteja no sólo la igualdad formal sino real de las víctimas, es decir, que el procedimiento desarrollado posibilite a las víctimas alcanzar plenamente sus derechos sin ningún tipo de discriminación.

3.3 Pro homine

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se destaca una regla hermenéutica orientada a seleccionar y a aplicar la norma que más proteja los derechos fundamentales del ser humano, es el principio *pro homine*. En este orden, y con ocasión del proceso de justicia y paz, en desarrollo de dicho principio se debe optar por la interpretación y la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos e intereses de las víctimas.

En efecto, el artículo 31,1 de la Convención de Viena⁶⁴ señala que un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos, y teniendo en cuenta su objeto y su fin. Cabe precisar aquí que los tratados sobre derechos humanos tienen como objeto y fin reconocer derechos a los individuos frente a la responsabilidad de los Estados en su materialización.

De otro lado, sobre la base del artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁵ ninguna disposición de dicho Pacto puede ser interpretada en el sentido de conferir poder a los Estados para realizar actos encaminados a la destrucción de los derechos que allí se consagran, o a limitarlos en mayor medida de lo que en él se prevé.

Por su parte, en el ámbito interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶⁶, en su artículo 29 establece como

⁶⁴ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, adoptada por la ONU en Viena el 23 de mayo de 1969. Entrada en vigor para Colombia el 10 de mayo de 1985 por virtud de la Ley 32 de 1985.

⁶⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 220 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor para Colombia el 23 de marzo de 1976 por virtud de la Ley 74 de 1968.

⁶⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA, adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor para Colombia el 18 de julio de 1978 por virtud de la Ley 16 de 1972.

parámetro que ninguna disposición de ese instrumento puede ser interpretada en el sentido de:

- a) Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Tanto el Pacto, en el plano universal, como la Convención, en el nivel regional, así como otros instrumentos internacionales de derechos humanos⁶⁷ establecen que el propósito de la interpretación de las normas de derechos humanos es proteger a los individuos o a las víctimas de esas violaciones, vale decir, favorecer al ser humano.

⁶⁷ Véase, además, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ONU, 1979, artículo 23, vigente para Colombia desde el 19 de febrero de 1982 por virtud de la Ley 51 de 1981; Convención de los derechos del niño, ONU, 1989, artículo 41, vigente para Colombia desde el 28 de enero de 1991 por virtud de la Ley 12 de 1991; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988, principio 3; Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ONU, artículo 1.2, vigente para Colombia a partir del 8 de enero de 1988 por virtud de la Ley 70 de 1986; Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, OEA, artículo XV, vigente para Colombia a partir del 12 de mayo de 2005 por virtud de la Ley 707 de 2001; Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, artículo VII, vigente para Colombia desde el 11 de marzo de 2004 por virtud de la Ley 762 de 2002.

Bajo este orden, la regla hermenéutica *pro homine* debería ser utilizada por todos los intervinientes en el proceso penal especial de la Ley 975, el fiscal, el juez, el agente del Ministerio Público y el representante judicial.

Dicho en forma metodológica, el principio de interpretación *pro homine* se orienta en dos sentidos claramente diferenciados: en primer lugar, interpretar o aplicar la norma más favorable cuando de amparar los derechos se trata y, en segundo lugar, interpretar o aplicar la norma menos restrictiva cuando lo que se pretende es restringir algunos derechos.

En el primer sentido, cuando existen varias normas concurrentes y aplicables a un caso concreto se debe optar por utilizar la norma que más favorezca al individuo o a la víctima para la mayor efectivización de sus derechos puesto que lo que se pretende, justamente, es beneficiar a la persona humana con la interpretación o aplicación legal más protectora.

En el otro sentido, en el evento de que se deban restringir derechos fundamentales, y existan varias normas aplicables o varias interpretaciones de la misma norma, se debe optar, siempre, por aquella que limite en menor proporción el derecho correspondiente. Aquí lo que se persigue es favorecer a la persona a quien se le va a restringir un derecho haciéndolo de la forma más limitada posible.

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado que:

(...) cuando las normas constitucionales y legales colombianas ofrezcan una mayor protección al derecho fundamental de que se trate éstas habrán de primar sobre el texto de los tratados internacionales, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación de los mismos la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido⁶⁸.

⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia C-148 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Por su parte, cuando la Corte Interamericana ha explicitado el alcance del principio *pro homine* en relación con las restricciones de los derechos humanos, ha expresado que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”⁶⁹.

Por último, por remisión del artículo 62 de la Ley 975, es aplicable el artículo 3 del Código de Procedimiento Penal que dispone que en la actuación procesal prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar parte del bloque de constitucionalidad.

Con un sentido práctico se señalan a continuación algunos ejemplos que representan la aplicación de este principio:

- Interpretar las normas para el reconocimiento de la condición de la víctima de tal manera que permitan superar obstáculos para ese fin.
- Interpretar el marco normativo de justicia y paz a la luz de los instrumentos internacionales vigentes en el país, o con soporte en la jurisprudencia nacional o internacional sobre derechos humanos, según convenga más a los intereses de las víctimas. Todo ello sin que implique el desconocimiento de las garantías procesales del imputado.

Recuerde que...

Cuando existen varias normas concurrentes y aplicables a un caso concreto se debe optar por utilizar la norma que más favorezca al individuo o a la víctima para hacer más efectivos sus derechos puesto que lo

⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, del 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5, párr. 46.

que se pretende, justamente, es beneficiar a la persona humana.

Cuando deban restringirse derechos fundamentales y existan varias normas aplicables o varias interpretaciones de la misma norma, se debe optar, siempre, por aquella que limite en menor proporción el derecho correspondiente.

Derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación

Como se afirmó, uno de los propósitos de la Ley 975 de 2005 es garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación. Respecto de estos tres derechos –de los que son titulares las víctimas y la sociedad en su conjunto– la Corte Constitucional señaló que no son derechos insulares sino que están estrechamente relacionados siendo interdependientes entre sí, de tal manera que la concreción de uno de ellos depende de la suerte que corran los demás. Al respecto afirmó:

En este sentido, la verdad, la justicia y la reparación se erigen como bienes cardinales de toda sociedad que se funde en un orden justo y de pacífica convivencia, entre los cuales median relaciones de conexidad e interdependencia, de manera tal que: no es posible lograr la justicia sin la verdad. No es posible llegar a la reparación sin la justicia.⁷⁰

Resulta pertinente destacar que tales derechos gozan de rango constitucional de acuerdo con la interpretación de la misma corporación al prescribir que del artículo 250 de la Carta, que señala que el Fiscal General de la Nación debe “velar por la protección de las víctimas”, se desprende que la víctima o perjudicado por un delito goza de una protección constitucional. Esta protección, en una

⁷⁰ 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.

interpretación sistemática de la Constitución, en especial del derecho a acceder a la justicia y del bloque de constitucionalidad, comprende, entre otros, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, cuando se trata de crímenes de lesa humanidad, a las víctimas y a la sociedad en su conjunto les asisten esos tres derechos sustanciales sobre los que se ha edificado un complejo conjunto normativo sistematizado en los instrumentos reseñados.

1. Derecho a la verdad

Este derecho se erige como la facultad inalienable de las víctimas a saber y a recordar, en otros términos, el derecho a conocer los hechos sucedidos y las circunstancias que movieron a los victimarios a la comisión de los crímenes.

En el ámbito interno, tal y como afirma la Corte Constitucional,

El derecho a la verdad presenta así una dimensión colectiva cuyo fin es “preservar del olvido a la memoria colectiva”⁷¹, y una dimensión individual cuya efectividad se realiza fundamentalmente en el ámbito judicial, a través del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte⁷².

Por su parte, el artículo 7 de la Ley 975 prescribe lo siguiente:

La sociedad, y en especial las víctimas, tienen el derecho inalienable, pleno y efectivo de conocer la verdad sobre los delitos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley, y sobre el paradero de las víctimas de secuestro y desaparición forzada.

Las investigaciones y procesos judiciales a los que se aplique la presente ley deben promover la investigación

⁷¹ Principio 2 del Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

⁷² Cfr., entre otras, las sentencias C-293 de 1995 y C-228 de 2002.

de lo sucedido a las víctimas de esas conductas e informar a sus familiares lo pertinente.

Los procesos judiciales que se adelanten a partir de la vigencia de la presente ley no impedirán que en el futuro puedan aplicarse otros mecanismos no judiciales de reconstrucción de la verdad.

Sobre el particular la Corte Constitucional, al realizar el examen de constitucionalidad de la Ley 975 precisó sobre el derecho a la verdad lo siguiente:

4.5.11. El derecho a la verdad implica para los familiares de la víctima la posibilidad de conocer lo sucedido a ésta, y, en caso de atentados contra el derecho a la vida, el derecho a saber dónde se encuentran sus restos; en estos supuestos, este conocimiento constituye un medio de reparación y, por tanto, una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad como un todo.

4.5.12. La sociedad también tiene un derecho a conocer la verdad, que implica la divulgación pública de los resultados de las investigaciones sobre graves violaciones de derechos humanos⁷³.

De otro lado, teniendo como referencia a las distintas comisiones nacionales de la verdad y reconciliación en África, Centroamérica y Suramérica –motivadas fundamentalmente por el interés de conocer la suerte y el paradero de los desaparecidos durante las dictaduras militares–, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, presentó en el año 2006 un estudio sobre el derecho a la verdad⁷⁴ para reconocerlo como un derecho “autónomo e inalienable”, estrechamente “vinculado a la obligación y el deber del Estado de proteger y garantizar los derechos humanos”, que “no admite suspensión y no debe estar sujeto a restricciones”.

⁷³ 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.

Señala que el concepto del derecho a la verdad que se debe a las víctimas y a sus familiares tiene sus raíces en el derecho internacional humanitario, particularmente en lo que se refiere al derecho de los familiares a conocer la suerte de las víctimas, y en la obligación de las partes en los conflictos armados de buscar a los desaparecidos; al respecto, el artículo 32 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 señala: “(...) las partes en conflicto y las organizaciones humanitarias internacionales mencionadas en los Convenios y en el presente Protocolo deberán estar motivadas ante todo por el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros”.

Se indica, además, que el derecho a la verdad se encuentra estrechamente relacionado con otros derechos:

- Con el derecho a un recurso judicial efectivo;
- con el derecho a una investigación eficaz y el correspondiente deber del Estado de realizar investigaciones eficaces de las violaciones de los derechos humanos;
- con el derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial y,
- con el derecho a obtener reparación por las violaciones sufridas.

Es menester poner de relieve que tanto el Comité de Derechos Humanos como la Comisión Interamericana han considerado que el hecho de no proporcionar información sobre la suerte de las personas desaparecidas o sobre las circunstancias de ejecución o sobre el lugar exacto en el que se enterró a la víctima puede equivaler a tortura o malos tratos.

En lo que atañe al ámbito local, la Corte Constitucional se ha manifestado en diversas ocasiones sobre el alcance y contenido de este derecho. A continuación se presentan algunos ejemplos en los que jurisprudencialmente se desarrolla y aplica de manera práctica el derecho a la verdad:

⁷⁴ Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en cumplimiento de la Resolución 2005/66 de la Comisión de Derechos Humanos. Doc. ONU E/CN.4/2006/91.

- a. “El derecho a la verdad y a la justicia son bienes jurídicos que tienen un marcado valor individual (víctima y sus familiares), pero en ciertas circunstancias, adquieren carácter colectivo” (SU-1184 de 2001). Similar consideración planteó en la sentencia C-875 de 2002, al señalar que existen hechos punibles respecto de los cuales “el interés de las víctimas y de los perjudicados en conocer la verdad de los hechos y en establecer responsabilidades individuales, se proyecta a la sociedad en su conjunto”. Se reafirma así que el alcance del derecho a la verdad no es sólo individual para la víctima o sus familiares y representantes, sino que cobija a la sociedad entera, en especial tratándose de crímenes de lesa humanidad⁷⁵.
- b. En sentencia C-228 de 2002, la Corte Constitucional declaró exequible el inciso primero del artículo 137 de la Ley 600 de 2000, bajo el entendido de que la parte civil tiene derecho al resarcimiento, a la verdad y a la justicia. La Corporación, luego de analizar distintos instrumentos de derechos humanos y jurisprudencia internacional aseveró que:

(...) los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia –no restringida exclusivamente a una reparación económica– fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad (...) Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.

A continuación de ello la Corte predica que el derecho a la verdad es la posibilidad de conocer lo que sucedió y buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real.

- c. En una destacada sentencia de tutela, la T-249 de 2003, con ponencia del magistrado Eduardo Montealegre Lynett, la Corte precisó los alcances de la intervención del actor popular dentro del proceso penal (art. 45 de la Ley 600 de 2000) cuando de crímenes de lesa humanidad se trata.

⁷⁵ Sobre este particular véase además la sentencia C-580 de 2002.

El hecho se resume en el interés de un defensor de derechos humanos que pretendió hacerse parte en un proceso penal seguido contra un general del ejército acusado de crímenes de lesa humanidad en la región del Urabá antioqueño. La Fiscalía negó dicha intervención lo cual fue corroborado por la Corte Suprema de Justicia en fallo de tutela de primera instancia.

En sede de revisión la Corte Constitucional señaló que “existen circunstancias en las cuales la comisión de un delito activa un interés de la sociedad en su conjunto, por establecer la verdad y lograr que se haga justicia, para lo cual estaría habilitado un actor popular como parte civil”. A reglón seguido puntualizó que a la sociedad en su conjunto, y a la comunidad internacional, les asiste el derecho a conocer la verdad sobre la ocurrencia de hechos punibles que impliquen la comisión de delitos de lesa humanidad, y a establecer los responsables pues con ellos se pone “(...) en jaque la sociedad entera”.

Recuerde que...

El derecho a la verdad es un derecho autónomo e inalienable, estrechamente vinculado a la obligación y el deber del Estado de proteger y garantizar los derechos humanos. Tiene una dimensión colectiva cuyo fin es preservar del olvido a la memoria colectiva, y una dimensión individual cuya efectividad se realiza fundamentalmente en el ámbito judicial, a través del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo.

2. Derecho a la justicia

De forma concreta, para la víctima el derecho a la justicia implica el derecho inalienable a que no haya impunidad⁷⁶ en su caso concreto.

⁷⁶ Por impunidad ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”. Corte IDH (2001), Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros).

En consonancia con ello va aparejada la responsabilidad del Estado de poner en marcha todo su aparato punitivo con el objeto de investigar, de juzgar y de imponer una sanción, adecuada y proporcional, a los autores y partícipes de los crímenes, todo ello sobre la premisa insalvable de las garantías universales del debido proceso.

Estas obligaciones del Estado hacen parte de su deber de garantía a la luz de su responsabilidad establecida en el marco del derecho internacional de los derechos humanos (art. 2,1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 1,1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Dicho en otros términos, el deber de garantía comporta para el Estado la obligación exclusiva y excluyente de investigar, juzgar y sancionar –por todos los medios a su alcance– a los responsables de las violaciones. Justo es el cumplimiento irrestricto de su deber de respeto y de garantía sobre el que está edificada la legitimidad de los Estados. Como lo ha afirmado el Secretario General de las Naciones Unidas “(...) establecer la responsabilidad de las violaciones de los derechos humanos (...) es vital para garantizar la resolución perdurable del conflicto y la instauración del Estado de derecho”⁷⁷.

En el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proceso de Desmovilización en Colombia (diciembre de 2004) se precisa que:

(...) tanto las leyes de amnistía como las medidas legislativas similares que impiden o dan por terminada la investigación y juzgamiento de crímenes de derecho internacional impiden el acceso a la justicia y hacen ineficaz la obligación de los Estados partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y de garantizar su libre y pleno ejercicio.

A la par, la Corte Interamericana –destaca el mismo informe– ha enfatizado que “(...) los Estados parte de la Convención Americana

⁷⁷ Informe Intermedio del Secretario General sobre el Tema de Timor Oriental, UN Doc. A/54/654, diciembre 13, 1999, par. 42. Citado por Caitlin Reiger y Marieke Wierda, El enjuiciamiento de crímenes graves en Timor Oriental: retrospectiva. En Michael Reed Hurtado (ed.), *Judicialización de crímenes de sistema. Estudios de caso y análisis comparado*, Serie Justicia Transicional, Bogotá, 2008, p. 241.

no pueden invocar disposiciones de su derecho interno, tales como leyes de amnistía, para incumplir su obligación de garantizar el funcionamiento completo y debido de la justicia” (Caso Loayza Tamayo contra Perú), mientras que en el Caso Barrios Altos estableció que:

resultan inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.

En el ámbito interno la Ley 975, en su artículo 6, resaltó el derecho a la justicia bajo tres perspectivas: en primer lugar, como el deber que le compete al Estado de realizar una investigación efectiva encaminada a identificar, capturar y sancionar a los responsables de los crímenes; en segundo lugar, como la obligación del Estado de asegurar que las víctimas del delito puedan acceder a recursos eficaces que les reparen el daño sufrido y, en tercer lugar, como la obligación perentoria del Estado de generar las condiciones necesarias para que no se vuelvan a repetir esas violaciones.

Conviene destacar que para que el derecho al acceso a la justicia sea eficaz resulta indispensable que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y se sancione a los responsables, todo ello en un *plazo razonable*, como lo ha advertido en reiteradas oportunidades la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷⁸.

Por último, en materia del derecho a la justicia, conviene tener presentes los documentos del Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes) que se han elaborado en relación con

⁷⁸ CIDH, Caso de la Masacre de La Rochela contra Colombia, sentencia del 11 de mayo de 2007, párr. 146. Véanse además, Caso del Penal Miguel Castro Castro, párr. 382; Caso Vargas Areco, párr. 101, y Caso de las Masacres de Ituango, párr. 289.

esta materia (Conpes 3172 del 15 de julio de 2002, que establece las Líneas de Acción para fortalecer la política del Estado en materia de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario; Conpes 3411 de marzo de 2006 sobre política de lucha contra la impunidad en casos de violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, a través del fortalecimiento de la capacidad del Estado colombiano para la investigación, el juzgamiento y la sanción).

Recuerde que...

El derecho a la justicia implica el deber que le compete al Estado de realizar una investigación efectiva encaminada a identificar, capturar y sancionar a los responsables de los crímenes; la obligación del Estado de asegurar que las víctimas del delito puedan acceder a recursos eficaces que les reparen el daño sufrido de generar las condiciones necesarias para que no se vuelvan a repetir esas violaciones.

3. Derecho a la reparación

En lo atinente al derecho a la reparación es relevante señalar que, acorde con el derecho internacional, la violación de cualquier derecho implica el correlativo deber de reparar a las víctimas. Si bien el derecho a la reparación se hace explícito en varios tratados, los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” representan el esfuerzo de las Naciones Unidas por codificar en un sólo texto las obligaciones internacionales de los Estados en la materia.

En este orden, los mencionados Principios señalan, entre otros aspectos, que la reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido (principio IX,15); que los Estados procurarán establecer programas nacionales de reparación cuando el responsable de los daños no pueda o no quiera cumplir sus

obligaciones (principio IX,16)⁷⁹; que los Estados establecerán mecanismos eficaces para la ejecución de las sentencias que obliguen a reparar daños (principio IX,17); que se debe dar a las víctimas, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación, una reparación plena y efectiva en las formas de: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición (principio IX,18).

Puntual atención merece el aspecto de garantías de no repetición. Conforme a dichos Principios se requiere de las siguientes medidas a efecto de que las víctimas no sean objeto de nuevas violaciones:

- Control de autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad.
- Garantizar que los procedimientos civiles y militares se ajustan a los estándares internacionales relativos a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad.
- Fortalecer la independencia del poder judicial.
- Proteger los abogados y defensores de derechos humanos.
- Educar en forma generalizada a la sociedad sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario.
- Reformar las leyes que propicien o permitan la violación de los derechos humanos.

Se resalta que la reparación implica una dimensión individual y una colectiva. Así se desprende del artículo 8 de la Ley 975 y de los instrumentos internacionales que regulan la materia.

El derecho de reparación en sentido individual comprende los componentes de *restitución* (volver al estado anterior de la violación); *indemnización* (compensación de los daños causados por la conducta punible); *rehabilitación* (recuperación de los traumas físicos y psicológicos sufridos por causa del delito); *satisfacción* (compensación moral a efecto de restablecer la dignidad de las víctimas) y, *garantías*

⁷⁹ Similar disposición se encuentra en los Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptados por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985: “12. Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delinciente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente: a) a las víctimas... b) a la familia (...)”

de no repetición (compromiso del Estado de realizar acciones tendientes a erradicar los factores generadores de la violencia).

Entre tanto, en sentido colectivo, el derecho a la reparación implica un conjunto de acciones desarrolladas desde la institucionalidad, orientadas a recomponer los lazos sociales rotos como consecuencia de la violencia sufrida por las comunidades.

Recuerde que...

Las víctimas tienen derecho, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación, a una reparación plena y efectiva en las formas de: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

Participación de la víctima en sentido amplio y estricto

Como se enunció, la participación de las víctimas en los procesos penales no siempre ha sido una realidad, y por el contrario, generalmente han sido desconocidas y por consiguiente negados sus derechos. Sin embargo, la tendencia internacional se dirige a reconocerles un papel protagónico más allá de su intervención procesal en calidad de testigo de los hechos materia de investigación. Las legislaciones penales locales, el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y la doctrina en general avanzan hacia ese propósito.

Así las cosas, la doctrina diferencia la intervención de la víctima en un sentido amplio y en un sentido estricto. Por el primer concepto, la participación de la víctima debe entenderse antes, durante y después del proceso penal en forma integral.

En sentido estricto, su participación se concibe como un interviniente especial en todas y cada una de las etapas del proceso penal con el objeto de concretar su derecho a un recurso judicial efectivo, lo cual implica su facultad de presentar, entre otros aspectos, elementos probatorios, pretensiones y análisis sobre la controversia penal.

El representante judicial de las víctimas deberá tener una comprensión integral de todas las modalidades de intervención de éstas con el propósito de lograr la máxima realización de sus derechos, especialmente el de reparación. Veamos a continuación con más detalle estas modalidades de participación.

1. Participación en sentido amplio

La reciente pero progresiva doctrina internacional esboza algunos parámetros acerca de los mínimos que debe contemplar una política pública encaminada a garantizar la participación de las víctimas en los procesos judiciales. “En un plano político-criminal, los derechos de las víctimas pueden estructurarse en torno a cinco conceptos: información, participación, protección, asistencia y reparación”⁸⁰. A continuación se analizan brevemente estos componentes a la luz del proceso de justicia y paz.

1.1 Información

Las víctimas tienen el derecho a disponer de toda la información necesaria que les permita tener los suficientes elementos de juicio para determinar si participan o no del proceso penal especial establecido por la Ley 975 de 2005.

Tal información debe llegarles de manera clara y sencilla, y estar referida a lo que implica el proceso penal, las partes que en él intervienen, los plazos previstos, las posibilidades de intervención y los probables resultados de su participación o las implicaciones de no hacerlo. Ello bajo la premisa de una gran transparencia que no conduzca a engaños a la población y se aumente, por consiguiente, el marcado escepticismo que tiene en la institucionalidad.

Las consecuencias del conflicto armado desbordan fácilmente cualquier comprensión. Los cerca de tres millones de desplazados, por citar un solo aspecto, reflejan la difícil tarea de precisar cuántas víctimas ha dejado la escalada de violaciones de los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario en

⁸⁰ Josep M. Tamarit Sumalla, Carolina Villacampa Estiarte, *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*, Bogotá, Universidad Santo Tomás, Ibáñez, 2006, p. 78.

las últimas décadas. Más de cien mil de ellas se han acercado a las distintas entidades concernidas con la Ley 975 para indagar sobre sus derechos y posibilidades de conocer la verdad, de buscar justicia para sus casos, y de ser reparadas.

Este hecho conduce a aseverar, en primer lugar, que hasta ahora ha habido un conocimiento muy limitado por parte de la sociedad sobre los contenidos del proceso de justicia y paz y, en segundo lugar, que resta la adopción de mejores estrategias que garanticen que la gran mayoría de los colombianos se enteren en detalle del alcance de dicho proceso y, de este modo, voluntariamente determinen su intervención.

La Unidad de Justicia y Paz de la Defensoría del Pueblo, y la Defensoría Pública, están llamadas a direccionar mayores esfuerzos en el cumplimiento de su misión institucional a favor de las víctimas puesto que el volumen de requerimientos ha desbordado su capacidad de respuesta. Al respecto, no se debe perder de vista que constitucionalmente es la entidad llamada a liderar la promoción y el ejercicio de los derechos humanos de todos los residentes en el país, sobre todo de aquellos que se encuentren en mayores condiciones de vulnerabilidad, por consiguiente, deberá garantizar la respuesta eficaz y efectiva a los requerimientos de las víctimas, tanto en el plano de la asesoría como de la representación judicial.

Dicha respuesta debe comprender no sólo la utilización masiva de distintas formas de comunicación sino, sobre todo, una atención personal de aquellas víctimas que reclaman la defensa de sus intereses por conducto del servicio de defensoría pública, permitiéndoles un conocimiento preciso de las implicaciones y expectativas de su intervención procesal.

1.2 Asistencia

Más allá de la información y de la asesoría jurídica específica, las víctimas tienen derecho a que se les garantice una asistencia integral que les posibilite la real participación procesal en condiciones de dignidad. La gran mayoría de ellas reclama algún tipo de atención o asistencia, desde el transporte para trasladarse de sus lugares de origen hasta las dependencias oficiales concernidas en el proceso de justicia y paz, hasta alimentación y alojamiento, entre otros aspectos.

Especial mirada se debe dar a la necesidad que reclaman muchas víctimas de ser atendidas psicológica o psicosocialmente. Por ello, el artículo 38.8 de la Ley 975 señala el derecho de las víctimas “a recibir asistencia integral para su recuperación”. En este orden, resulta de la mayor importancia la asistencia psicosocial que brinda la Unidad de Justicia y Paz de la Defensoría del Pueblo, a través de la cual se pretende:

- Lograr poner en conocimiento de las víctimas las normas, de manera accesible a su nivel de comprensión.
- Extender la atención psicosocial a las personas víctimas directas y sus familiares.
- Implementar herramientas de atención psicosocial básica, para la recordación de los hechos y para crear capacidades, con el fin de enfrentar la situación del proceso judicial.
- Promover la recuperación emocional y la reconstrucción del proyecto de vida en alianza con entidades especializadas.
- Ofrecer información para facilitar el acceso a servicios institucionales como salud, educación y vivienda.
- Ofrecer información para facilitar el acceso, vinculación e integración con redes sociales, institucionales y comunitarias de apoyo de las personas vulneradas por los actores armados del conflicto⁸¹.

Conviene sugerir, entonces, que dicho servicio de acción psicojurídica sea ampliado regionalmente con el propósito de que de manera permanente sea utilizado por los representantes judiciales,

⁸¹ Defensoría del Pueblo. Unidad de Justicia y Paz, *Guía de orientación jurídica y psicosocial para la atención a las víctimas de la violencia generada por grupos armados organizados al margen de la ley*, tomo I, 2 edición, Bogotá, 2007, p. 9.

no con la finalidad exclusiva de preparar a las víctimas para su intervención en las distintas audiencias previstas en el proceso penal especial de la Ley 975, sino de brindar dicha atención antes y después de la participación procesal.

1.3 Protección

Condición *sine qua non* para la participación de las víctimas en el proceso penal son sus condiciones de seguridad, sobre todo respecto de aquellas que asumen una postura de liderazgo de sus comunidades.

Por virtud del Decreto reglamentario 3570 de 2007, se creó el Programa de Protección para las Víctimas y Testigos de la Ley 975 de 2005, a través del cual se pretende salvaguardar la vida, integridad, libertad y seguridad de la población que se encuentre en situación de amenaza o riesgo como consecuencia directa de su participación dentro del proceso de justicia y paz.

El programa cuenta con una estructura conformada por una Dirección Ejecutiva, un Grupo Técnico de Evaluación de Riesgo y un Subcomité de Protección de Víctimas y Testigos. La Dirección ejecutiva del programa está a cargo del designado para estos efectos por la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia, quien sirve de enlace con las entidades del Estado responsables de adoptar las medidas tendientes a la protección de la vida, integridad, seguridad y libertad de las víctimas y testigos para garantizar su participación en las diferentes etapas del proceso de justicia y paz, en los términos del mencionado decreto.

Por su parte, el Grupo técnico de evaluación de riesgo está conformado por delegados de la Fiscalía General de la Nación, Policía Nacional, Ministerio del Interior y de Justicia y Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), y tiene como funciones aplicar el Protocolo de Protección a Víctimas y Testigos, y evaluar y calificar la situación de riesgo o amenaza de las víctimas y los testigos, entre otros aspectos.

El Subcomité de protección de víctimas y testigos está conformado por un delegado permanente de la Fiscalía General de la Nación, Policía Nacional, Ministerio del Interior y de Justicia, Departamento

Administrativo de Seguridad, Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo, Departamento Nacional de Planeación y del Programa Presidencial de Derechos Humanos, y tiene como funciones principales, entre otras, evaluar y hacer seguimiento al Programa de Protección de Víctimas y Testigos; elaborar el Protocolo de Protección a víctimas y testigos y someterlo a aprobación del Comité Interinstitucional de Justicia y Paz; elaborar y actualizar el mapa de riesgo y someterlo a aprobación del Comité Interinstitucional de Justicia y Paz, y supervisar periódicamente las labores del Grupo Técnico de Evaluación de Riesgo.

No obstante, en reciente sentencia de tutela la Corte Constitucional ordenó al gobierno nacional la revisión de dicho programa y la adecuación a los parámetros internacionales puesto que

(...) si bien las entidades comprometidas en el Programa han desarrollado una serie de acciones orientadas a establecer una estrategia de protección, y en desarrollo de ese propósito, han diseñado un Programa específico que se encuentra en ejecución, éste no responde de manera adecuada a los estándares y requerimientos de un Programa Integral de Protección de Víctimas y Testigos de delitos atroces, atribuibles a organizaciones armadas al margen de la ley⁸².

Especial atención por parte de los representantes judiciales debe recaer sobre el tema de protección de sus apoderados, en este sentido se deben contemplar todas las medidas institucionales y procesales para tal fin. Así, por ejemplo, la misma ley de justicia y paz contempla la eventualidad de realizar parte del juicio a puerta cerrada como también la práctica del testimonio a través de medios audiovisuales, con el fin de brindar protección a las víctimas (art. 39). De otro lado, por virtud del reenvío normativo de la Ley 975 a la Ley 906, es plenamente válido considerar la medida establecida por el artículo 342 del Código de Procedimiento Penal que dispone que se fije como domicilio, para los efectos de las citaciones y notificaciones, la sede de la Fiscalía, con el objeto de preservar la seguridad de las víctimas.

⁸² Corte Constitucional, sentencia T-496 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

De igual manera, en todos los escenarios donde se desarrollen las diligencias procesales se deben adecuar espacios reservados a las víctimas con el objeto de minimizar su contacto con los victimarios y demás personas del entorno que puedan afectar su normal intervención.

1.4 Reparación

Tal vez una de las mayores expectativas de las víctimas dentro del proceso de justicia y paz estriba fundamentalmente en el tema de la reparación por el daño sufrido. Por ello resulta pertinente diferenciar el concepto de reparación de la simple retribución económica pues aquel encierra una serie de componentes que le dan una mayor integralidad. En efecto, el término “reparaciones” se emplea en dos contextos distintos, uno en el jurídico y otro en el de diseño de programas⁸³.

En el primero, especialmente en el derecho internacional, se emplea en un sentido amplio para referirse a un conjunto de medidas destinadas al resarcimiento del daño sufrido por las conductas punibles. Tal reparación incluye medidas de restitución, compensación, rehabilitación, y satisfacción y garantías de no repetición. En el segundo contexto (programas de reparación) el término se emplea con un sentido más restringido y encaminado a ofrecer beneficios para las víctimas sin comprender las medidas enunciadas anteriormente. Vale decir que en este último contexto no importan consideraciones relacionadas con la verdad o la justicia.

Con relación al tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esto posible, como en el presente caso, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para que, además de garantizar el respeto

⁸³ Pablo de Greiff, “Justicia y reparaciones”. En Catalina Díaz (ed.), *Reparaciones para las víctimas de la violencia política*. Serie Justicia Transicional, abril de 2008, p. 305.

de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias producidas por las infracciones y se establezca, *inter alia*, el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. Las reparaciones consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos material e inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores⁸⁴.

Conviene advertir que estamos haciendo alusión al proceso de reparación que se debe dar dentro de la ley de justicia y paz a través del incidente previsto para su definición frente a la autoridad judicial competente, y no de la reparación establecida por el gobierno nacional, a través de un trámite administrativo ante entidades gubernamentales, según lo previsto por el Decreto 1290 de 2008.

1.5 Participación

La participación directa de las víctimas en las actuaciones procesales representa, *per se*, un avance favorable puesto que las convierte en parte dinamizadora dentro de las mismas, y no como simples espectadoras.

Tal intervención activa está orientada a la averiguación de la verdad material de lo sucedido, a la ayuda tendiente a la determinación de los autores intelectuales, materiales y partícipes, a la identificación de los bienes de los victimarios con el propósito de hacer realidad el derecho legítimo a la reparación.

Alcanzar la reparación es tal vez la motivación más determinante en las víctimas para participar en los procesos penales de la Ley de Justicia y Paz. Pero como se ha enunciado, dicha participación le debe representar a la víctima un espacio de reivindicación de su dignidad y no un escenario donde sea doblemente victimizada.

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Rochela frente a Colombia, sentencia del 11 de mayo de 2007, párr. 244 y 245.

De otro lado, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, recogiendo lecciones aprendidas en experiencias de judicialización de crímenes atroces, plantea las siguientes pautas básicas a los Estados a efecto de contribuir a la mayor realización de los derechos de las víctimas⁸⁵:

- Administración de las expectativas. Los representantes judiciales deberán ser muy claros, precisos y directos respecto de lo que implica la participación de las víctimas en los procesos penales. Los eventuales éxitos, como también las posibles frustraciones, con el objeto de que la víctima tome una decisión absolutamente personal y voluntaria respecto de su intervención o no el proceso.
- Comunicación frecuente y fluida. Es oportuno reiterar que una permanente comunicación directa con la víctima es presupuesto esencial para su dignificación lo que, de lejos, riñe con un tratamiento masivo e impersonal. Si bien otros medios de comunicación son importantes (folletos, revistas, mensajes audiovisuales, etc.), se debe garantizar no sólo que el mensaje llegue a los destinatarios sino que éste sea comprendido, para lo cual deberá tenerse presente el lenguaje, los contenidos y las formas didácticas empleadas.
Pero la comunicación debe ser en las dos direcciones. En este sentido, se deberán atender siempre los intereses, las expectativas y las necesidades de las víctimas con ocasión de la intervención procesal. De esta forma, además, se propiciará su dignificación.
- Educación. La propuesta ideal es que los organismos correspondientes implementen programas pedagógicos dirigidos al público en general, y a las víctimas en particular, respecto de los alcances de los procedimientos, las etapas procesales, los requisitos para intervenir, los despachos oficiales dispuestos para la atención de las víctimas, y toda la precisión del caso que supere las ambigüedades propias que se ventilan alrededor de este tipo de procesos.
- Sensibilidad del personal que brinda la atención. Todos los funcionarios que intervienen en las distintas fases procesales de los enjuiciamientos deben estar plenamente entrenados y sensibilizados frente a la necesidad de brindar una atención

⁸⁵ ACNUDH, Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento. Doc. ONU HR/PUB/06/4, Ginebra, 2006.

respetuosa de la dignidad de las víctimas, y especializada en cuanto a grupos particularmente vulnerables por razones de edad, género o raza.

- Información previa al juicio. Las víctimas deben tener una comprensión clara de su papel activo en el proceso respecto del significado de las diferentes modalidades de intervención.

Las anteriores directrices básicas tienen como propósito ayudar a desarrollar estrategias nacionales bien fundamentadas a efectos de construir capacidades técnicas adecuadas a los intereses y expectativas de las víctimas frente a procesos de transición.

Recuerde que...

*En el plano político-criminal, los derechos de las víctimas pueden estructurarse en torno a cinco componentes: **información** (de fondo: datos suficientes para que determine su intervención procesal o no, y de forma: lenguaje apropiado de acuerdo con su nivel de comprensión), **participación** (actividad propia de un dinamizador procesal), **protección** (articular todas las medidas procesales e institucionales para su seguridad y la de su familia), **asistencia** (apoyo integral: jurídico, psicosocial, material, etc.), y **reparación** (resarcimiento del daño sufrido por las conductas punibles y que incluye medidas de restitución, compensación, rehabilitación y satisfacción y garantías de no repetición).*

2. Participación en sentido estricto

La participación procesal de la víctima, en sentido estricto, está relacionada con su intervención en todas y cada una de las etapas del proceso penal de la Ley 975, a efectos de materializar su derecho a un recurso judicial efectivo establecido en la constitución y en los instrumentos internacionales por vía del bloque de constitucionalidad.

Bajo tal consideración abordaremos a continuación, en primer lugar, los derechos y las facultades que tiene la víctima para intervenir en el proceso penal especial consagrado en la Ley 975, para analizar, posteriormente, las distintas etapas del proceso de justicia y paz.

Los derechos y las facultades de las víctimas en el proceso penal especial de la Ley 975 de 2005

La materialización de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas depende de la existencia de un recurso judicial efectivo. En el sistema jurídico nacional este recurso está garantizado con el acceso de la víctima a la administración de justicia penal y con su participación en un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado, y con todas las garantías (art. 250 de la Carta Política).

Este diseño constitucional es la consecuencia de una política criminal respetuosa de los derechos fundamentales de todos los sujetos e intervinientes en el proceso penal, que establece un sistema de garantías de naturaleza bilateral. Ello implica, como ha recordado la Corte Constitucional, que garantías como el acceso a la justicia (art. 229), la igualdad ante los tribunales (art. 13), la defensa en el proceso (art. 29), la imparcialidad e independencia de los tribunales, y la efectividad de los derechos (arts. 2 y 228) sean predicables tanto del acusado como de la víctima⁸⁶. De este modo, el complejo del debido proceso, que involucra principio de legalidad, debido proceso en sentido estricto, derecho de defensa y sus garantías, y el juez natural, se predicán de igual manera respecto de las víctimas y los perjudicados⁸⁷.

Dichos postulados tienen una concreción en el marco jurídico de la Ley 975 de 2005⁸⁸ y sus decretos reglamentarios⁸⁹, por medio del cual se reconocen de forma explícita los siguientes derechos de las víctimas frente a la administración de justicia:

⁸⁶ Sentencia C-454 de 2006. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

⁸⁷ José I. Cafferata Nores, *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Buenos Aires, CELS, Editores del Puerto, 2006, pp. 15 -17.

⁸⁸ Artículo 37.

⁸⁹ Decreto 4760 de 2005, artículos 11 y 14; Decreto 3391 de 2006, artículo 14; Decreto 315 de 2007, artículos 1, 2 y 6; Decreto 315 de 2007, artículo 2.

- A recibir durante todo el procedimiento un trato humano digno.
- A la protección de su intimidad y la garantía de su seguridad, la de sus familiares y testigos a favor, cuando quiera que resulten amenazadas.
- A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del delito.
- A ser oídas y que se les facilite el aporte de pruebas.
- A recibir desde el primer contacto con las autoridades, y en los términos establecidos en el Código de Procedimiento Penal, información pertinente para la protección de sus intereses, y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del delito del cual han sido víctimas. La Corte Constitucional ha establecido que la víctima o los perjudicados pueden acceder directamente al expediente desde su iniciación, para ejercer los derechos a la verdad, la justicia y la reparación⁹⁰.
- A ser informadas sobre la decisión definitiva adoptada por las autoridades judiciales competentes con ocasión de la investigación y el juzgamiento de que trata la Ley 975 de 2005, y a controvertir las decisiones que las afecten.
- A conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias de la conducta punible de la cual han sido víctimas.
- A ser asistidas durante el todo el proceso por un abogado de confianza o por la Defensa Pública, sin perjuicio de que puedan intervenir directamente.
- A ser representadas en las audiencias de versión libre por asociaciones u organizaciones de víctimas.
- A acceder a las salas separadas e independientes de quien rinde la versión libre.
- A suministrar al fiscal delegado de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación la información necesaria y los medios de prueba que le sirvan para el esclarecimiento de los hechos por los cuales haya sufrido un daño directo.
- A informar sobre los bienes que puedan ser destinados para la reparación.

⁹⁰ 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.

- A sugerir al fiscal preguntas para que sean resueltas por quien rinde la versión libre y que estén directamente relacionadas con los hechos investigados.
- A solicitar información sobre los hechos por los cuales haya sufrido un daño directo.
- A recibir asistencia integral para su recuperación.
- A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete, en el evento de no conocer el idioma, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos.
- Cuando la víctima considere que fue despojada ilícitamente de su dominio, posesión, usufructo o de cualquier otro derecho real o precario sobre un bien como consecuencia de una conducta punible cometida por los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley que se hayan acogido al procedimiento establecido por la Ley 975 de 2005, y pretenda la restitución del mismo, podrá presentar su pretensión en el incidente de reparación integral.
- A denunciar los bienes no entregados por los postulados. En el evento de que el bien no haya sido previamente enlistado y entregado con destino a la reparación de la víctima, o cuando existiendo prueba de tal despojo tampoco se produzca la entrega efectiva del bien, la autoridad judicial procederá a compulsar copias para que se inicien los procesos penales a que haya lugar de conformidad con las normas vigentes al momento de la realización de la conducta, y decretará la extinción de dominio respectiva con destino a la reparación de las correspondientes víctimas.
- A ser beneficiaria del Programa de Protección para Víctimas y Testigos de la Ley 975 de 2005, cuando se encuentre en situación de amenaza o riesgo que atente contra su vida, integridad, libertad y seguridad como consecuencia directa de su participación en el proceso de justicia y paz, o para impedir que intervenga en el mismo. Al respecto puede verse la sentencia T-496 del 16 de mayo de 2008, a través de la cual la Corte Constitucional falló una acción de tutela interpuesta por varias mujeres víctimas de la violencia contra el Ministerio del Interior y de Justicia, y la Fiscalía General de la Nación, por los derechos a la seguridad personal, a la vida y al acceso a la justicia. Por medio de este fallo, la Corte ordena al gobierno nacional desarrollar las acciones necesarias orientadas

a efectuar una revisión integral del Programa de Protección de Víctimas y Testigos de la Ley de Justicia y Paz, a fin de adecuarlo a los principios y elementos mínimos de racionalidad conforme a la jurisprudencia y la práctica internacional.

Por otra parte, la naturaleza marcadamente acusatoria del esquema procedimental de la Ley 975 de 2005, hace necesario incorporar todas las facultades procesales que le corresponden a la víctima en su calidad de interviniente especial dentro del proceso penal de la Ley 906 de 2004⁹¹, recordando que su ejercicio debe hacerse de manera compatible con los rasgos estructurales y las características esenciales del sistema procesal creado por el Acto Legislativo 03 de 2002. De acuerdo con estas facultades, desarrolladas por la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional, la víctima podrá⁹²:

- Solicitar la práctica de pruebas anticipadas ante el juez de control de garantías (num 2 del art. 284, Ley 906 de 2004).
- Estar presente en la audiencia de formulación de la imputación (art. 289, Ley 906 de 2004).
- Allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal (art. 333, Ley 906 de 2004).
- Solicitar al juez el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica (art. 344, Ley 906 de 2004).
- Hacer observaciones sobre el descubrimiento de elementos probatorios y de la totalidad de las pruebas que se harán valer en la audiencia del juicio oral (art. 356, Ley 906 de 2004).
- Solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba (art. 359, Ley 906 de 2004).
- Acudir directamente ante el juez competente a solicitar medidas de aseguramiento o de protección (arts. 306, 316 y 342, Ley 906 de 2004).
- Intervenir en la audiencia de formulación de acusación para efectuar observaciones al escrito de acusación o manifestarse sobre

⁹¹ Esta incorporación debe hacerse de conformidad con la regla de reenvío normativo establecida en el artículo 62 de la Ley 975 de 2005, según la cual para todo lo no dispuesto en la Ley 975 se aplicará el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004.

⁹² Corte Constitucional, sentencia C-209 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades (art. 339, Ley 906 de 2004).

- Dada la importancia que tiene para la víctima la posibilidad de que el fiscal le oiga, el juez deberá velar para que dicha comunicación sea efectiva, y cuando así lo solicite el fiscal del caso, decretar un receso para facilitar dicha comunicación con el abogado de la víctima, sin excluir su acceso directo al fiscal (arts. 371, 378, 391 y 395, Ley 906 de 2004).

Recuerde que...

Las garantías como el acceso a la justicia (participación en un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, etc.), la igualdad ante los tribunales, la defensa en el proceso, la imparcialidad e independencia de los tribunales, y la efectividad de los derechos son predicables tanto del acusado como de la víctima.

Segunda parte

Representación en justicia y paz

Sea lo primero señalar que, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 975 de 2005, el ámbito de aplicación de la norma guarda relación con la investigación, el procesamiento, la sanción y los beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de *hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos* que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir al propósito de la paz.

Ahora bien, en armonía con el artículo 72 de la misma norma, ésta se aplicará únicamente a hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la ley, vale decir, que cobija hechos punibles cometidos hasta el 24 de julio de 2005.

Al respecto, la Corte Constitucional se pronunció mediante sentencia C-1199 del 4 de diciembre de 2008, con ponencia del magistrado Nilson Pinilla Pinilla, declarando exequible la expresión “rige a partir de la fecha de su promulgación” contenida en la parte final del artículo 72 de la referida ley, indicando que no puede entenderse que se aplique de manera automática sino que los beneficios se adquieren a partir del cumplimiento de los requisitos establecidos en las normas pertinentes de dicha ley, y de conformidad con la interpretación constitucional fijada en la sentencia C-370 de 2005 y demás sentencias que se han proferido sobre la constitucionalidad de tales requisitos.

Con relación a los requisitos de elegibilidad éstos están consagrados en los artículos 10 y 11 de la Ley 975 para las desmovilizaciones colectivas e individuales, respectivamente. A su vez, conviene tener en cuenta lo previsto por el inciso 5 del artículo 5 del Decreto 3391 de 2206, que reglamenta parcialmente la Ley 975, el cual dispone que a partir de la entrada en vigencia de dicho decreto (29 de septiembre) con posterioridad a la desmovilización colectiva del grupo armado organizado al margen de la ley no podrá certificarse la desmovilización de quien no habiendo participado en aquella, alegue haber sido

integrante del grupo y, en consecuencia, no podrá adelantársele trámite alguno para efectos de la aplicación de la Ley 975 de 2005.

De esta forma, se tiene que los beneficios de pena alternativa previstos en este marco especial de justicia y paz se aplicarán únicamente a aquellos desmovilizados por las conductas punibles cometidas durante y con ocasión de su pertenencia a los grupos armados hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 975 y, siempre y cuando, se cumplan todos los requisitos de elegibilidad contenidos en la misma.

Investigación y juzgamiento

Se afirma válidamente que el derecho que tienen las víctimas a un recurso judicial efectivo (art. 229 de la Constitución Política) se comienza a materializar cuando pueden intervenir en las distintas fases procesales para plantear sus consideraciones, aportar elementos probatorios, denunciar otras conductas no confesadas por los postulados, o para controvertir las decisiones judiciales. Esta facultad, a juicio de la Corte Constitucional en su sentencia C-370 de revisión de la Ley 975, es un auténtico derecho constitucional al proceso penal, lo que le permite a la víctima asumir el papel de un interviniente especial, más allá del simple rol de víctima en condición de testigo.

Para que la víctima se pueda hacer parte en un proceso bajo dicha ley debe adelantar un trámite previo, ante la Fiscalía directamente o por conducto de la Defensoría Pública, con el objeto de acreditar tal condición. Para dicha acreditación, según lo previsto por los artículos 3 y 4 del Decreto reglamentario 315 de 2007, se requiere lo siguiente:

- Identificación personal del interesado.
- Demostración del daño sufrido como consecuencia del actuar delictivo de los grupos armados al margen de la ley. El daño se acredita con los siguientes documentos:
 - Copia de la denuncia por medio de la cual se puso en conocimiento de alguna autoridad –judicial, administrativa o policial– el hecho generador del daño.
 - Copia de la providencia judicial respecto de los hechos denunciados.
 - Certificación de autoridad competente: judicial, administrativa, del Ministerio Público o de policía, del orden municipal que dé cuenta de la vecindad o residencia del lugar de los hechos.

- Certificación de autoridad competente: judicial, administrativa, del ministerio público o de policía, del orden municipal que dé cuenta de los hechos generadores del daño.
- Documentos que demuestren el parentesco con la víctima.

Cumplidos estos requisitos el fiscal debe expedir por escrito un reconocimiento de la condición de víctima, lo que representa la puerta de entrada para intervenir en el proceso de justicia y paz, y reclamar sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

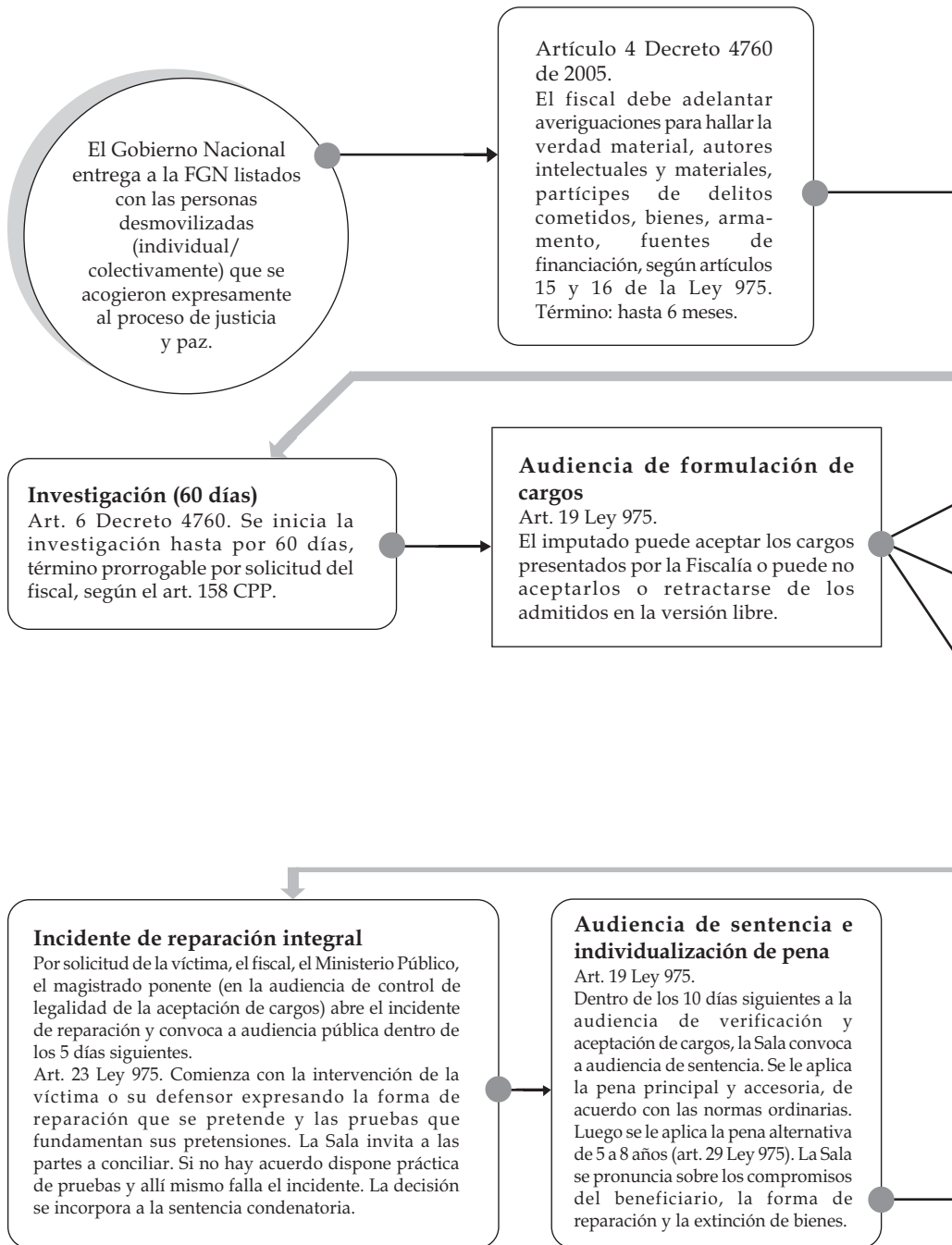
Es importante precisar en este acápite lo regulado por el artículo 8 del Decreto 3391 de 2006 en cuanto a que la Fiscalía emplazará públicamente a las víctimas indeterminadas de las conductas punibles cometidas por los postulados a la Ley de Justicia y Paz. En caso de no comparecencia, el Ministerio Público garantizará su representación en los correspondientes procesos. Dicho en otros términos, si la víctima comparece puede intervenir directamente en toda la fase procesal o a través de abogado de confianza o designado por la defensoría pública.

Al respecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisión del 3 de octubre de 2008, radicado 30442 seguido contra Carlos Mario Jiménez, precisó que “(...) la Defensoría del Pueblo no tiene competencia para nombrar un representante judicial que represente judicialmente a las víctimas indeterminadas (...) Es el Ministerio Público quien, por disposición legal, cumple con esa función judicial concreta y particular”.

Bajo las anteriores premisas se abordará el análisis detallado de cada una de las etapas del proceso penal especial de justicia y paz, desde la perspectiva de la actuación de la víctima y el defensor que la representa, y desde la concreción de las autoridades judiciales ante las que se intervienen y los recursos ordinarios correspondientes contemplados para controvertir sus decisiones. Como estrategia pedagógica se presenta, en primer lugar, el esquema general de la Ley 975 para luego analizarla por partes.

Para facilidad del lector que comienza a acercarse al proceso de justicia y paz se presentará a continuación un esquema general de dicho proceso, una síntesis de las distintas audiencias previstas junto a la autoridad competente, y los distintos recursos de impugnación previstos.

Diagrama 1. Esquema general del proceso penal especial de la Ley 975 de 2005



Versión libre

Art. 5 Decreto 4760; art. 17 Ley 975.

Confesión completa y veraz ante el fiscal del caso. Intervención de la víctima por conducto del fiscal para preguntar, aportar pruebas, dejar constancias. Parágrafo artículo 5 Decreto 4760.

Si el versionado confiesa delitos de competencia de jueces de circuito especializado y no tiene orden de captura, el FISCAL suspende audiencia y lo pone a disposición del magistrado de control de garantías para que realice audiencia de imputación y resuelva sobre medida de aseguramiento, cumplida la cual se reanuda versión libre y agotada se solicita nuevamente audiencia de imputación.

Audiencia preliminar de formulación de imputación

Agotada versión libre, el fiscal elabora programa metodológico para iniciar investigación y esclarecer hechos suministrados. El fiscal solicita al magistrado de control de garantías realizar audiencia de formulación de imputación quien la ordenará dentro de las 36 horas siguientes. El fiscal formula imputación y solicita detención preventiva y adopción de medidas cautelares con relación a bienes (art. 18 Ley 975).

No acepta cargos

Art. 19 Ley 975. No se aplica más el proceso de justicia y paz. El proceso se traslada a la justicia ordinaria al fiscal o juez competente.

Acepta cargos parcialmente

Art. 21 Ley 975. Ruptura de la unidad procesal. Lo no aceptado se traslada a la justicia ordinaria al fiscal o juez competente.

Sí acepta cargos

Art. 19 Ley 975. Continúa el proceso de justicia y paz. El proceso se envía a la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial para que se realice audiencia de verificación y aceptación voluntaria de cargos.

Audiencia de control de legalidad de la aceptación de cargos

Art. 19 Ley 975. Recibida la actuación se convoca a audiencia dentro de 10 días en la que se examinará si la aceptación de cargos fue libre, voluntaria, espontánea y asistida por el defensor. De ser así, se cita para audiencia de sentencia. Si hay solicitud de reparación integral se verificará primero este incidente.

Cumplimiento de la pena

Art. 30 Ley 975.

Se cumplirá en los establecimientos de reclusión que determine el gobierno, en todo caso, con las condiciones de seguridad generales, de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Constitucional.

Cumplida la pena (art. 29) se le concederá libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta. Compromiso de no delinquir y presentarse periódicamente ante el Tribunal Superior correspondiente.

Cumplido el periodo de prueba y cumplidos los compromisos, se declarará extinguida la pena principal

Cuadro 1. Autoridad judicial ante la que se tramitan las audiencias de justicia y paz

Audiencias	Autoridad que conoce
Versión libre y confesión	Ante el fiscal delegado para el caso
Formulación de imputación	Ante magistrado de Control de Garantías
Formulación de cargos	Ante magistrado de Control de Garantías
Verificación de aceptación de cargos	Ante la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial por remisión del magistrado de control de garantías
Incidente de reparación integral	Ante la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial por remisión del magistrado de Control de Garantías
Sentencia e individualización de la pena	Ante la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial por remisión del magistrado de Control de Garantías
Práctica de pruebas anticipadas	Ante magistrado de Control de Garantías
Medidas de protección	Ante magistrado de Control de Garantías
Medidas cautelares sobre bienes	Ante magistrado de Control de Garantías
Imponer medida de aseguramiento	Ante magistrado de Control de Garantías

Recuerde que...

El representante judicial deberá solicitar al magistrado o a la Sala, según corresponda, la presencia del agente del Ministerio Público en las audiencias de que trata la Ley 975 de 2005, quien además de representar los intereses de la sociedad representa a las víctimas

indeterminadas, y en tal sentido sería el llamado, en principio, a solicitar reparaciones colectivas y pronunciamientos de reparación frente a las víctimas individuales que estando válidamente emplazadas no se hicieron parte en el proceso de Justicia y Paz.

Durante las audiencias preliminares, en caso de que el magistrado de Garantías designe directamente como representante de víctimas indeterminadas al representante judicial asistente, éste puede dejar constancia de la no aceptación del encargo, argumentando la Ley 24 de 1992, la Ley 941 de 2005, las resoluciones 1113 de 2006 y 438 de 2007, el artículo 8 del Decreto 3391 de 2006, el Código de Procedimiento Penal (en cuanto al Ministerio Público), y el auto del 3 de octubre de 2008 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 30442, caso Carlos Mario Jiménez Naranjo, reiterando que dicha misión le corresponde a la Procuraduría Judicial para la Justicia y la Paz en su calidad de Ministerio Público dentro del respectivo proceso, para que cumpla su papel como representante de la sociedad y de las víctimas indeterminadas.

Actuación previa a la recepción de versión libre

Conviene, en primer lugar, tener en consideración el Instructivo preliminar sobre asesoría y orientación a las víctimas elaborado por la Coordinación de Justicia y Paz de la Defensoría del Pueblo, el 5 de octubre de 2006, a través del cual se requiere de los funcionarios que atienden víctimas lo siguiente:

- Determinar el tipo de víctima de acuerdo con la acción violenta sufrida (desplazado, familiar de desaparecido, sobreviviente de minas antipersona, torturado, despojado de sus bienes o tierras,

secuestrado etc.), y a las condiciones de vulnerabilidad que la caracterizan (minoría étnica, indígena y afrocolombianos), para que en primer término se le dé una orientación general en el marco de la Ley 975 de 2005, y luego una asesoría particular, con referencia a las rutas jurídicas específicas y los procesos e instancias a dónde acudir.

- Ayudar a las víctimas a documentar el caso, preparándolas para su participación dentro del proceso penal de justicia y paz.
- Explicar a las víctimas las especificidades de la ley y las implicaciones que conlleva su decisión de participar penalmente en el proceso. Si la víctima ratifica su voluntad al respecto, se deberá recaudar la información preliminar de los acontecimientos violentos, a través del formato elaborado para tal fin, el cual se remitirá posteriormente a la Unidad Nacional de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación
- Precisar a la víctima o beneficiario de la víctima que posteriormente serán citados o entrevistados por fiscales o miembros del grupo satélite de policía judicial de la Unidad Nacional de Justicia y Paz, para lo cual la Defensoría del Pueblo antes, durante y después del proceso penal los asesorará y orientará.

Parte de estas indicaciones fueron retomadas en la Resolución 438 del 25 de mayo de 2007, emanada del despacho del Defensor del Pueblo, organizadas a través de las etapas denominadas orientación previa, entrevista a profundidad, acopio documental y trámite ante la Fiscalía General de la Nación (ver resolución).

De conformidad con el artículo 4 del Decreto 4760 de 2005, una vez la Fiscalía recibe de manos del gobierno nacional el listado de postulados al proceso penal especial, durante los siguientes seis meses la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz desarrolla una labor tendiente a la averiguación de la verdad material, los autores materiales e intelectuales, partícipes y el esclarecimiento de las conductas punibles cometidas, la identificación de bienes, de armamentos y fuentes de financiación, en armonía con lo previsto por los artículos 15 y 16 de la Ley de Justicia y Paz.

Por su parte, el artículo 13 de la Ley 975 señala que a través de audiencias preliminares, que se realizarán ante el magistrado de Control de Garantías, se tramitarán los siguientes asuntos:

- La práctica de pruebas anticipadas que, por motivos fundados, se requiera para evitar su pérdida o alteración.
- Las medidas de protección para víctimas y testigos.
- La solicitud y decisión de imponer medida de aseguramiento.
- La solicitud y decisión de imponer medidas cautelares sobre bienes.
- La formulación de imputación.
- La formulación de cargos.
- Las que resuelven asuntos similares a los anteriores.

Recuerde que...

Se debe explicar a las víctimas –con un lenguaje al alcance de su comprensión– las especificidades de la ley y las implicaciones que conlleva su decisión de participar penalmente en el proceso. Igualmente, se les debe orientar y apoyar en el proceso de documentación del caso y preparar para su participación dentro del proceso penal de justicia y paz.

El representante judicial debe procurar un contacto directo y permanente con la Fiscalía en las etapas previas a las distintas audiencias, para efectos de conocer de primera mano el listado de víctimas y hechos que se incluirán en las diligencias procesales, los bienes entregados, las medidas cautelares y de aseguramiento que se solicitarán, la calificación jurídica de los hechos y el grado de participación del imputado, entre otros aspectos.

Audiencia de versión libre y confesión

Según lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 975, el propósito de la audiencia de versión libre es que el postulado confiese las circunstancias de tiempo, modo y lugar de todos los hechos delictivos en los que haya participado con ocasión de su pertenencia a los grupos armados ilegales, e indique los bienes que entregará a las víctimas para su correspondiente reparación. Esta diligencia se realiza ante el fiscal designado para el caso concreto.

El procedimiento para la recepción de versiones libres ha sido reglamentado por los decretos 4760 de 2005, 3391 de 2006, 423 de 2007, y por la Resolución 0-3998, del 6 de diciembre de 2006 del Fiscal General de la Nación; acorde con ello, las diligencias se realizan siguiendo los pasos que se reseñan a continuación.

- Dentro del término previsto por el artículo 4 del Decreto reglamentario 4760 de 2005, vale decir, dentro del lapso de seis meses contados a partir de que la Fiscalía reciba el listado de postulados por parte del gobierno nacional, el fiscal del caso cita al postulado para que concurra junto con su abogado el día y la hora al lugar indicado.
- Se prevé que la diligencia de versión libre se realice en varias sesiones por varias razones: primero, porque se requiere que la versión sea completa y veraz; segundo, por la complejidad de los casos violatorios atribuibles a los postulados y, tercero, con el fin de lograr la participación de las víctimas.
- Primera sesión: el fiscal, quien dirige la audiencia, anuncia que se trata de la versión libre de determinado postulado; invita a observar adecuado comportamiento so pena de imponer arresto incommutable; indica al versionado que estará asistido por su defensor de confianza o representante judicial designado por la Defensoría Pública, y solicita a los asistentes indicar sus datos personales para futuras citaciones. A continuación, interroga al versionado sobre su voluntariedad en dicha diligencia, le precisa los alcances de la misma y le hace saber que la versión libre es la única oportunidad de confesar de forma *completa y veraz*⁹³.

⁹³ De acuerdo con lo ordenado por el artículo 9 del Decreto 3391 de 2006, en armonía con las consideraciones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006.

Posteriormente, le interroga sobre su vinculación al grupo ilegal y le pide una relación detallada de los hechos delictivos cometidos con ocasión de esa pertenencia y los cuales pretende confesar.

- Es pertinente poner de relieve que, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 423 de 2007, el versionado deberá declarar, bajo la gravedad del juramento, su compromiso de cumplimiento de los requisitos de elegibilidad con sujeción a lo previsto por los artículos 10 y 11 de la Ley 975, según se trate de una desmovilización colectiva o individual.
- Segunda sesión: el fiscal recuerda que la Corte Constitucional ha considerado que los hechos se deben conocer de forma completa y veraz y, por consiguiente, solicita al versionado que con relación a cada uno de los hechos relacionados en la anterior sesión describa: fecha, lugar, móviles, otros partícipes, víctimas y demás circunstancias que permitan esclarecer la verdad.
- Terminado lo anterior, el fiscal interrogará al versionado sobre hechos judicializados y documentados no confesados para lo cual debió haber citado con antelación a las correspondientes víctimas.
- Se realizarán cuantas sesiones sean necesarias con el propósito de que la confesión sea completa. Al finalizar cada una de ellas se dejará constancia de los medios técnicos empleados, del registro de la audiencia, de las horas de inicio y terminación, y firmarán quienes hayan intervenido en la misma.
- Cuando exista pluralidad de víctimas respecto de un sólo caso el fiscal, con suficiente antelación, les solicitará designar hasta dos abogados representantes, de lo contrario el fiscal asignará los representantes legales que considere necesarios para la representación de las víctimas.
- Una vez se termine la diligencia de versión libre, el fiscal continuará con el desarrollo de su plan metodológico diseñado para la averiguación de la verdad material, los autores o partícipes, las víctimas y circunstancias de los hechos respecto de los cuales hará la imputación.
- Es conducente precisar que con relación al valor de la confesión que realiza el versionado, el artículo 6 del Decreto 4760 de 2005 señala que la información recaudada en dicha diligencia tendrá plenos efectos probatorios y podrá aportarse en la etapa de juzgamiento, todo ello con el respeto de las garantías constitucionales del debido proceso (art. 29 Constitución Política). En este orden, el fiscal del

caso podrá orientar su investigación sobre los hechos reconocidos para corroborarlos, refutarlos, complementarlos y proyectar la imputación sobre la confesión que compromete la propia responsabilidad del versionado, o sobre los hechos por éste denunciados, y que cobijan la responsabilidad de terceros.

- Por otra parte se resalta que, acorde con el parágrafo del artículo 5 del Decreto 4760 de 2005, cuando el desmovilizado no registre orden o medida restrictiva de la libertad, y en la versión libre confiese delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados debe ser puesto a disposición del magistrado de Control de Garantías, a partir de este momento queda suspendida la diligencia de versión libre y dispondrá de un plazo de 36 horas para fijar audiencia de formulación de imputación en la cual se resolverá sobre la medida de aseguramiento. Cumplida la formulación de imputación se reanuda la audiencia de versión libre y, una vez agotada ésta, el fiscal podrá solicitar otra audiencia preliminar para ampliar la formulación de imputación si surgieren nuevos cargos.

El representante judicial de víctimas prestará puntual atención a lo siguiente:

- Que el espacio físico asignado para la diligencia cuente con una sala especial para albergar a las víctimas, con las condiciones de seguridad y técnicas apropiadas a fin de que ellas o el representante puedan disponer de las ayudas tecnológicas adecuadas (computadores portátiles, grabadoras, etc.).
- Dejar constancias escritas de las anomalías que se puedan presentar como mecanismo de presión para que la Fiscalía adopte las medidas pertinentes de solución.
- Al concluir el relato del versionado y el interrogatorio del fiscal, la víctima o el representante de ésta podrán intervenir –por conducto del fiscal– para pedir aclaraciones, aportar pruebas o dejar sus consideraciones sobre los hechos. Igual facultad tendrá el agente del Ministerio Público.
- El representante judicial deberá estar vigilante de que en todas y cada una de las sesiones de la audiencia de versión libre, todos los que allí intervienen –principalmente el versionado– tengan un tratamiento respetuoso con la víctima, acorde con su dignidad, y que se excluyan del lenguaje expresiones injuriosas que riñan

- con dicho tratamiento. Para esta función resulta importante contar con el concurso del agente del Ministerio Público a efecto de obtener el respaldo para la defensa de la dignidad de la víctima.
- Es conveniente que el representante judicial, con antelación suficiente a la realización de la versión libre, dialogue con la víctima y preparen lo que será la intervención en la diligencia. Especial cuidado se reclama frente a la disposición emocional de la víctima para la misma y, en particular, de la precisión sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de los hechos con el objeto de hacer ese tipo de precisiones en la audiencia en caso de ser necesario.
 - Otro aspecto que recaba especial interés en esta diligencia por parte del representante es el atinente a la relación de los bienes que el versionado entregará para la respectiva reparación. Se debe cuidar que el fiscal no deje pasar por alto el interrogatorio sobre este aspecto, en primer lugar, y que la víctima pueda allegarle información al fiscal sobre la existencia de bienes no confesados por el versionado, en segundo lugar.
 - A manera de resumen –siguiendo a la Corte Constitucional– la intervención de la víctima se puede ejercer de cuatro maneras: 1) participación pasiva, porque las víctimas pueden acceder a las salas para oír, en directo, la versión de los desmovilizados; 2) participación activa en el interrogatorio, en tanto que podrán sugerir preguntas a los versionados, solicitar aclaraciones o verificaciones sobre los hechos investigados por conducto del fiscal; 3) participación probatoria, pues permite que las víctimas o sus apoderados presenten pruebas al fiscal investigador y, 4) participación escrita porque, al terminar el interrogatorio, podrán dejar constancia de lo que estimen pertinente en relación con los hechos judicializados no confesados espontáneamente por el versionado.

Recuerde que...

La versión libre es la única oportunidad para el postulado de confesar sus delitos de forma completa y veraz, para lo cual se realizarán tantas sesiones como sean necesarias.

La información recaudada en esta diligencia tendrá plenos efectos probatorios y podrá aportarse en la etapa de juzgamiento.

Al concluir el relato del versionado y el interrogatorio del fiscal, la víctima o su representante podrán intervenir –por conducto del fiscal– para pedir aclaraciones, aportar pruebas o dejar sus consideraciones sobre los hechos.

Cuando la víctima no esté de acuerdo con lo expresado por el postulado en la versión libre, el representante judicial debe interrogar al postulado, en esa oportunidad o en una sesión posterior según el caso, con el fin de que manifieste si corrobora lo dicho, si tiene respaldo probatorio, o si le consta directamente la responsabilidad penal aludida.

Siempre que se presente confesión de conductas punibles con relación a una víctima representada por la Defensoría pública, el defensor debe tener presente la fecha y jornada (mañana o tarde) exactas en que se realizó la diligencia para que no tenga dificultades al momento de solicitar la copia de la grabación del aparte correspondiente.

El representante judicial que asiste a las versiones libres debe tomar las notas necesarias para la elaboración de la memoria del proceso y del relato efectuado por el postulado a efecto de preparar la actividad probatoria y el incidente de reparación, entre otras diligencias.

Frente a la solicitud de documentos es preciso que el representante judicial especifique que los mismos se requieren en original o fotocopia auténtica, así mismo debe ser claro y enfático en manifestarle que el servicio que presta la Defensoría Pública es gratuito.

De acuerdo con la experiencia judicial hasta el momento, los documentos que entregue la víctima al representante judicial en original y fotocopia autenticada deben ser entregados en fotocopia simple a la Fiscalía, como quiera que el llamado a acreditar la calidad de víctima, el daño y el nexo causal en el incidente de reparación es el representante.

Publicidad y reserva de las diligencias de versión libre en los procesos de justicia y paz

Por disposición de la Resolución 387 del 12 de febrero de 2007, el Fiscal General de la Nación ordena que las salas de versión libre deben estar dotadas de los instrumentos tecnológicos adecuados para el registro detallado, seguro y completo de la diligencia a efecto de tener la memoria histórica de lo actuado para su posterior difusión pública.

Con el fin de garantizar el derecho de las víctimas a acceder a la administración de justicia, la sesión será transmitida en forma directa a la sala habilitada para ello.

Por consagración expresa del artículo 228 de la Constitución, la publicidad de las actuaciones judiciales es uno de los principios estructurales de la correcta y adecuada administración de justicia. No obstante, tanto instrumentos internacionales de derechos humanos como copiosa jurisprudencia de la Corte Constitucional indican que por razones propias de la misma administración de justicia tal principio no es absoluto sino que puede ser limitado, en armonía con el mismo artículo de la Carta.

No obstante, en la sentencia C-228 de 2002, la alta corporación señaló que:

(...) no permitirle a la parte civil actuar durante esta etapa o exigir que el acceso al expediente sólo pueda hacerlo mediante un derecho de petición, puede llevar a conculcar definitivamente sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. Tales limitaciones, por lo tanto,

constituyen una afectación grave del derecho de acceso a la justicia que tiene la víctima de un hecho punible⁹⁴.

Sobre el particular se puede sintetizar la posición de la Corte en los siguientes términos:

- El principio de publicidad de las actuaciones judiciales admite excepciones consagradas por la ley para proteger derechos fundamentales y desarrollar principios y valores constitucionales.
- La etapa de la investigación penal es reservada respecto de la comunidad en general, pero no en relación con las víctimas, quienes pueden conocer las diligencias dirigidas a indagar sobre la verdad de lo sucedido para hacer eficaz la justicia del Estado.
- Las decisiones judiciales y administrativas que impidan a las víctimas conocer las diligencias de versión libre en los procesos de justicia y paz podrían resultar contrarias a los derechos fundamentales a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas, consagrados en la Constitución y en diferentes instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Pese a lo anterior, como se indicó, la reglamentación de la publicidad de las diligencias de versión libre fue hecha por el Fiscal General de la Nación a través de la Resolución 0387 de 2007, que en lo pertinente señala lo siguiente:

Artículo 4. Transmisión de la diligencia de versión libre. Para garantizar a las víctimas su derecho de acceder a la justicia, la diligencia de versión libre se transmitirá en directo a la sala habilitada para ellas, quienes por el sólo hecho de su presencia en ese lugar adquieren la obligación de guardar la reserva con la finalidad de no menoscabar garantías constitucionales de las víctimas y demás personas que pudieran resultar afectadas con las manifestaciones del versionado, en el entendido que la versión del postulado debe ser objeto de verificación e investigación para lograr la verdad material. El fiscal del caso, al inicio y final de la diligencia, hará las advertencias correspondientes.

⁹⁴ En igual sentido, véase la sentencia C-451 de 2003.

Artículo 5. Restricción al acceso a las salas de versión libre y de víctimas. En ningún caso podrán acceder a las salas de versión libre y de víctimas, personas distintas a aquellas que por mandato legal tienen derecho a participar o intervenir en la citada diligencia.

Los medios de comunicación que se hayan acreditado ante el fiscal del caso por lo menos con cinco (5) días de antelación a la fecha prevista para la versión, podrán acceder a la sala de víctimas en número no superior a dos (2) delegados previamente convenidos por quienes tengan interés en asistir.

Sin embargo, el acceso de los medios de comunicación sólo podrá permitirse durante el acto de instalación de la diligencia de versión libre y hasta antes de que el fiscal del caso inicie formalmente el interrogatorio al versionado sobre los propósitos de la misma, momento en el cual deberán abandonar la sala.

Artículo 6. Transmisión en diferido de la diligencia de versión libre. Cumplido lo dispuesto en los artículos 2 y 3 de la presente resolución, el fiscal del caso comunicará al jefe de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz que el registro elaborado podrá ser transmitido por los medios de comunicación –radio, televisión o Internet– disponibles y al efecto le entregará copia del mismo.

Artículo 7. Restricciones a la publicidad de la diligencia de versión libre. De conformidad con la normatividad y jurisprudencia nacional e internacional reseñada en las consideraciones previas de esta resolución, el fiscal del caso podrá disponer restricciones a la transmisión de la diligencia de versión libre cuando las manifestaciones del postulado puedan entrañar peligro para (i) las víctimas u otras personas; (ii) el interés de la justicia o la investigación, o la recolección de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida; (iii) la intimidad, honra y buen nombre de las personas, y (iv) la defensa y soberanía nacionales;

asimismo cuando se trate de víctimas de violencia sexual o menores de edad.

En los anteriores eventos, la transmisión en directo será suspendida por el tiempo que se considere necesario y, al momento de la reanudación, el fiscal del caso hará un resumen de los elementos de conocimiento sobre los cuales se aplicó la restricción.

En ningún caso la restricción de la publicidad podrá generar perjuicio a los derechos del acusado o al debido proceso.

Artículo 8. Obligaciones de la Oficina de Divulgación y Prensa de la Fiscalía General de la Nación. Recibida la copia del registro de la versión libre que corresponda, la Oficina de Divulgación y Prensa de la Fiscalía General de la Nación dispondrá los mecanismos necesarios para que la transmisión esté precedida de información introductoria y de cierre de la misma con el fin de hacer pedagogía con la sociedad colombiana, advertencias sobre el contenido expuesto mediante el uso del generador de caracteres y su restricción para menores de edad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo tercero de la presente resolución.

Artículo 9. De la Comisión Nacional de Televisión. La Comisión Nacional de Televisión asignará a la Fiscalía General de la Nación los espacios disponibles para la transmisión en diferido de las diligencias de versión libre y confesión de que trata la presente resolución, y la transmitirá de acuerdo con lo convenido por el Comité de Coordinación Interinstitucional creado por el Decreto 3391 de 2006.

Por considerar que esa reglamentación desconoce derechos fundamentales a la información, a la verdad y a la justicia, varias víctimas acudieron en vía de tutela para que se ordenara la transmisión por los medios de comunicación de todas las diligencias de versión libre, y para que las víctimas pudieran intervenir en las mismas sin ningún tipo de limitaciones.

En revisión del fallo de tutela⁹⁵ la Corte consideró, entre otros aspectos, lo siguiente:

18. Pese a que la etapa de investigación se caracteriza por ser reservada, para efectos de garantizar los derechos de las víctimas de los delitos a la verdad, justicia y reparación, la Corte Constitucional ha señalado que dicha limitación al principio de publicidad no las puede cobijar y que, por el contrario, las víctimas pueden conocer las actuaciones adelantadas por la Fiscalía dirigidas a averiguar la verdad de lo sucedido, de ahí que, si bien es cierto, la ley podía establecer la reserva de la investigación previa para salvaguardar la eficacia de la justicia, los derechos a la intimidad y al buen nombre del investigado, no lo es menos que no podía excluir a la parte civil, como era anteriormente denominada, porque afectaría de manera desproporcionada el núcleo esencial de los derechos de las víctimas.

21. Comparadas las normas cuya inaplicación se pretende y los derechos fundamentales a la información, a la verdad, justicia y reparación de las víctimas, esta Sala concluye que aquellas no los afectan por varias razones:

i) La reglamentación objeto de estudio garantiza el derecho de las víctimas a conocer la versión libre de los desmovilizados, tal y como la jurisprudencia constitucional y la ley lo señalan. El acceso a esa información puede garantizarse mediante la asistencia de la víctima a la diligencia de versión libre o mediante la copia de la misma, pues las disposiciones en comento garantizan el derecho de las víctimas a conocer lo sucedido en esa diligencia, obviamente con el deber de garantizar la reserva de la misma.

ii) La limitación a la publicidad de la diligencia de versión libre en los medios de comunicación simplemente

⁹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-049 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

desarrolla el principio legal de reserva de esas diligencias que, además, se considera válido constitucionalmente porque, de un lado, es propio del esquema diseñado por el constituyente para el sistema penal acusatorio y, de otro, busca garantizar la efectividad de la indagación de lo ocurrido y verificación de lo informado por el desmovilizado; (...)

v) El principio de publicidad está limitado en el proceso penal y sólo es exigible en su integridad cuando se trata de informar los resultados finales del proceso.

22. Con base en lo expuesto, se tiene que no puede accederse a la pretensión de los demandantes de ordenar la transmisión en directo por medios masivos de comunicación de las diligencias de versión libre rendidas por los desmovilizados por la Ley 975 de 2005.

Conviene resaltar lo afirmado por la Corte Constitucional en el sentido de que la reglamentación demandada establece la reserva para el público en general pero no para las víctimas, puesto que se trata de la primera parte de la actuación penal (la investigación) la cual es reservada para proteger la eficacia de la justicia, a diferencia de la etapa de juzgamiento, que es abiertamente pública. Señala, además, que las víctimas pueden tener la información asistiendo a las audiencias o solicitando copia de las mismas, con el deber de garantizar la reserva de la misma.

Por su parte, los accionantes de la tutela alegaron que la reglamentación establecida en el Decreto 315 de 2007, del Ministerio del Interior y de Justicia, consagra la prohibición a las víctimas de interrogar y conainterrogar directamente a los versionados en la audiencia de versión libre, vulnerando así sus derechos fundamentales a la verdad y la justicia, y a la igualdad en el curso del proceso. Dicho decreto establece lo siguiente en su artículo 2:

Con el objeto de materializar los derechos previstos en el artículo 37 de la Ley 975 de 2005, las víctimas o sus apoderados podrán: a) acceder a las salas separadas e independientes de quien rinde la versión libre (...) d) sugerirle al fiscal preguntas para que sean absueltas por

quien rinde la versión libre y que estén directamente relacionadas con los hechos investigados.

En lo atiente, la Corte señaló que la versión libre

(...) no está destinada a adelantar el contradictorio entre las partes afectadas por el delito, ni a iniciar el debate probatorio, ni a discutir sobre la veracidad de lo afirmado, pues con esa diligencia simplemente se trata de iniciar la investigación de los hechos sucedidos y de los autores de los delitos confesados para que, una vez verificada la información, la realidad y seriedad de lo afirmado por el desmovilizado, se presente el caso ante el juez competente para su valoración y juzgamiento.

De lo contrario se estaría fusionando en una sólo actuación las etapas de investigación y juzgamiento cuya separación es propia del sistema oral acusatorio, marco en el cual se encuentra el proceso penal especial de la Ley de Justicia y Paz.

En este orden, hoy por hoy se desarrollan las versiones libres sin transmisión directa por los medios de comunicación y sin que las víctimas puedan interrogar o conainterrogar directamente al versionado, situaciones que pueden reñir con los derechos a la verdad y a la justicia, de los cuales son titulares la sociedad en general, por tratarse de investigaciones relativas a crímenes de lesa humanidad, que no sólo afectan a las víctimas directas sino que lesionan al género humano en su conjunto.

Sobre este particular es pertinente resaltar lo determinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el más reciente fallo contra Colombia⁹⁶:

(...) el Estado debe asegurar que los familiares de las víctimas tengan pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones y procesos, de manera que puedan hacer planteamientos,

⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Valle Jaramillo y otros contra Colombia, sentencia del 27 de noviembre de 2008.

recibir informaciones, aportar pruebas, formular alegaciones y, en síntesis, hacer valer sus intereses. La ley interna debe organizar el proceso respectivo de conformidad con la Convención Americana y esta sentencia. Dicha participación deberá tener como finalidad el acceso a la justicia, el conocimiento de la verdad de lo ocurrido y el otorgamiento de una justa reparación.

Recuerde que...

La etapa de la investigación penal es reservada respecto de la comunidad en general pero no en relación con las víctimas, quienes pueden conocer las diligencias con el objeto de indagar sobre la verdad de lo sucedido para hacer uso eficaz de su derecho a la justicia.

Programa metodológico

Una vez rendida la versión libre por parte del postulado a la pena alternativa de la Ley de Justicia y Paz, y antes de solicitar la audiencia de formulación de la imputación, el fiscal del caso elaborará junto con la Policía Judicial a su cargo el programa metodológico para iniciar la investigación, el cual está regulado por el artículo 17 de la Ley 975, y el artículo 207 de la Ley 906, con el cual se pretende:

- Determinar hipótesis para adelantar la investigación.
- Comprobar la veracidad de la información suministrada por el versionado.
- Descubrir elementos probatorios y evidencia física.
- Individualizar autores y partícipes de las conductas penales.
- Evaluar y cuantificar los daños causados con el delito.
- Determinar lo correspondiente a la asistencia y protección de las víctimas y los testigos.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia –radicado 29560–, aprobado mediante Acta 133 del 28 de mayo de 2008, ha señalado que el programa metodológico

(...) debe partir de dos supuestos mínimos: i) que el postulado es un confeso transgresor del delito de concierto para delinquir agravado y ii) que su militancia se desarrolló en un tiempo y en unos lugares específicos. El estudio correlativo, radicará en los daños causados, individual y colectivamente por el desmovilizado; ese ejercicio metodológico, aproximará al acusador a una verdad que deberá declararse judicialmente y luego difundirse y sancionarse y sobre ella se hará catarsis con la finalidad de garantizar la no repetición de este tipo de criminalidad.

Audiencia para la formulación de imputación

Conviene reiterar en primer lugar, que las diligencias de versión libre y formulación de imputación están reguladas en los artículos 17 y 18 de la Ley 975 de 2005, y en los decretos reglamentarios 4760 de 2005, artículos 4 y 5, 2898 de 2006, artículo 1, y 3391 de 2006, artículo 9.

En segundo lugar, que el inciso 4 del artículo 17 de la Ley 975 (relativo a la versión libre y confesión) dispone que:

(...) el desmovilizado se dejará *inmediatamente* a disposición del magistrado que ejerza la función de control de garantías, *en uno de los establecimientos de reclusión determinados por el Gobierno Nacional de acuerdo con el artículo 31 de la presente ley, quien dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes señalará y realizará audiencia de formulación de imputación*, previa solicitud del fiscal que conozca del caso.

En lo atinente, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-370 de 2006, declaró *inexequible* la parte que aparece en cursiva bajo el entendido que la puesta a disposición de la persona a órdenes del magistrado de Control de Garantías, y la solicitud de audiencia de formulación de imputación se realizará cuando se haya cumplido a cabalidad el programa metodológico previsto en el inciso 3 del mismo artículo, y en armonía con lo prescrito por el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal.

Bajo este entendido el artículo 18 de la citada ley, relativo a la formulación de imputación, determina que el fiscal solicitará al magistrado que ejerza la función de control de garantías la programación de una audiencia preliminar donde le formulará al versionado imputación fáctica, cuando de los elementos materiales probatorios, de la información obtenida o de la versión libre, pueda inferirse que el desmovilizado es autor o partícipe de uno varios delitos que se investigan.

En lo pertinente, la Corte Suprema de Justicia⁹⁷ ha precisado que la imputación está sujeta a dos controles de legalidad por parte del magistrado que cumple esa función:

- a. Juicio de legalidad formal. Constatación de que el imputado hizo parte de un grupo organizado al margen de la ley y que cumple con los requisitos de los artículos 10 ó 11 de la Ley 975 relativos a la desmovilización colectiva o individual.
- b. Juicio de legalidad material. Relativa a los motivos fundados que permiten inferir, razonablemente, la posible autoría o participación del versionado en los hechos imputados.

Ahora bien, aunque la norma que regula la formulación de la imputación es relativamente clara, el asunto en la práctica se ha tornado complejo con ocasión de las *imputaciones parciales* que la Fiscalía General de la Nación viene realizando con el aval de la Corte Suprema de Justicia. A este respecto, la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia profirió, el 23 de julio de 2008, un auto de segunda instancia –radicado 30120– del magistrado Alfredo Gómez Quintero que, por representar directrices en la materia, se recogen a continuación, textualmente, apartes de la misma:

1. La Sala de Casación Penal de la Corte entra a resolver los recursos de apelación interpuestos por la Fiscal 3 de la Unidad de Justicia y Paz y la representante del Ministerio Público, contra la decisión que adoptó una magistrada de la Sala Penal de la jurisdicción de

⁹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Segunda Instancia 27.484. Caso Wilson Salazar Carrascal. M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, junio de 2007.

Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, en función de Control de Garantías, durante la audiencia preliminar el 24 de junio de 2008, por medio de la cual suspendió el acto procesal para dar lugar a que el postulado Omar Enrique Martínez Ossias, alias “Maicol”, amplíe su versión libre e incluya nuevos hechos que no recordó en su primera intervención.

2. La audiencia preliminar para formulación de imputación a dicho versionado se instaló el 24 de junio del año en curso ante la magistrada de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla con función de Control de Garantías, previa solicitud de la fiscal tercera de la Unidad de Justicia y Paz.
3. La defensa solicitó la suspensión de la audiencia y ampliación de la versión libre para que su representado confesará otros hechos que pasó por alto en la versión libre y que luego recordó. La magistrada de Garantías dispuso suspender la audiencia hasta tanto se ampliará la versión del postulado y pudiera referirse a los nuevos hechos recordados.
4. La fiscal 3 adscrita a la Unidad de Justicia y Paz de Barranquilla y la Procuradora 45 judicial penal impugnaron la decisión indicada. La Fiscal recordó que la diligencia de versión libre es un acto de investigación, como lo dejó plasmado la Corte Constitucional en la sentencia T-049, y recordó que la Corte, en decisión del 8 de junio de 2007, dijo que la *formulación de imputación* es un acto de comunicación formal de una investigación; sólo hasta cuando se despliegan las labores de verificación de todos los hechos admitidos y la investigación de todos los que se tenga conocimiento, es decir, los denunciados por víctimas y los conocidos por la Fiscalía, es cuando se puede ir a la audiencia de formulación de cargos. Planteó que conforme a lo dicho por la Corte en esta diligencia no se formulan

los cargos y no se da traslado de ellos al desmovilizado; conforme a la normativa de Justicia y Paz en esta audiencia no se confronta el desmovilizado para que acepte o no los cargos, por tanto el fenómeno de la ruptura es improcedente en este estadio procesal, lo que a su juicio se traduce en que la versión libre puede ser ampliada cuantas veces sea necesario en cumplimiento del artículo 15 de la Ley 975 y del Decreto 4760.

En la formulación de imputación, el fiscal hace la imputación fáctica de los cargos investigados y debe solicitar al magistrado la detención preventiva del desmovilizado en el centro de reclusión que corresponda, según lo dispuesto en la presente ley. Igualmente solicita la adopción de las medidas cautelares sobre los bienes para efectos de la reparación de las víctimas.

La fiscal advierte que en este caso no se ha dicho, averiguado y esclarecido toda la verdad, sin embargo la que se posee es suficiente respecto de los hechos que comprende para permitir una *imputación parcial*, como quiera que el desmovilizado ha reconocido ser autor o partícipe de esas conductas.

5. Por su parte la representante del Ministerio Público mostró su desacuerdo con la decisión de suspender la diligencia por estimar que, conforme a los artículos 17, 18 y 19 de la Ley 975, la facultad de verificación e investigación de la Fiscalía no ha concluido, pues durante los 60 días siguientes a la audiencia de *formulación de imputación* considera procedente que la Fiscalía impute incluso nuevos hechos y verifique los que no se hayan confesado en la inicial versión, pues así lo infiere de la norma cuando se refiere a "hechos confesados y aquellos de que se haya enterado". Por eso estima que esos nuevos hechos que ahora recuerda el procesado, bien pueden ser investigados y verificados por la Fiscalía en ese

período de 60 días sin que se le conculque derecho alguno procesado.

6. La Corte argumentó, en primera medida, que la diligencia de formulación de imputación presupone la inferencia razonable de autoría o participación del desmovilizado de cara a uno o varios de los delitos que se investigan, evento en el cual “(...) el fiscal delegado para el caso solicitará al magistrado que ejerza la función de control de garantías la programación de una audiencia preliminar para formulación de imputación”. En la formulación de imputación, el fiscal hará la imputación fáctica de los cargos investigados y deberá solicitar al magistrado la detención preventiva del desmovilizado en el centro de reclusión que corresponda, según lo dispuesto en la presente ley. Igualmente, solicitará la adopción de las medidas cautelares sobre los bienes para efectos de la reparación de las víctimas. A partir de esta audiencia y dentro de los sesenta (60) días siguientes⁹⁸, 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”.

7. En segunda medida, acorde con las anteriores precisiones, la respuesta al problema jurídico debe ser negativa, porque la ampliación de la versión del desmovilizado puede llevarse a cabo ante el fiscal “en varias audiencias”, y si de lo allí revelado, de los

⁹⁸ Prorrogables sin exceder el doble del término señalado, de acuerdo con el artículo 6 del Decreto 4760 de diciembre 30 de 2005.

elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida es posible alcanzar la inferencia razonable de autoría o participación del desmovilizado frente a otros delitos, ello dará lugar a una nueva solicitud del fiscal para que el magistrado de Control de Garantías programe otra audiencia preliminar, donde se formule imputación por los hechos que recién se develan, sin que pueda inferirse irremediable violación a las garantías fundamentales.

8. Precisa la Corte que en casos como el que se examina donde (i) previamente la Fiscalía ha adelantado actuaciones tendientes a averiguar la verdad material y esclarecer las conductas punibles cometidas, conforme al mandato del artículo 4 del Decreto 4760 de 2005, (ii) el desmovilizado ha rendido versión, (iii) de donde le resultó posible hacer la inferencia razonable de autoría o participación, a juicio de la Sala procede formular imputación por esas conductas sin que tal proceder entrañe violación a las garantías fundamentales de los intervinientes o desconocimiento al debido proceso, porque la imputación parcial no lesiona los derechos de las víctimas: en efecto, para las víctimas de los hechos ya reconocidas continuar el trámite de la actuación sin tropiezos les resulta a todas luces favorable, en la medida que habrá un rápido pronunciamiento sobre verdad y justicia, logrando por esa vía una efectiva reparación sin dilaciones. 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, incluso con menores dificultades en la medida en que el número de delitos a investigar y el de víctimas por reparar se reduce a los que en el futuro cercano se confesarán.
9. Con relación al principio de unidad procesal, la Corte dispone que las conductas punibles conexas se

investiguen y juzguen conjuntamente; pero su ruptura no genera nulidad siempre que no resulten afectadas garantías fundamentales. 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.

10. La Corte insiste en que los efectos prácticos de la ruptura de la unidad procesal también son positivos, porque se avanza más rápidamente en el trámite y solución de fondo del asunto. No llama a duda lo dispendioso y dilatado que puede resultar la confrontación, investigación y verificación de versiones donde se da cuenta de más de 1.000 víctimas que deben ser identificadas, ubicadas y garantizados sus derechos; procesos de semejantes características, la experiencia enseña, se hacen interminables e inmanejables. Si frente a un panorama como el que se plantea ha de suspenderse la audiencia de formulación de imputación para ampliar la versión del postulado y confrontar a cada una de las nuevas víctimas, las ya reconocidas indudablemente se verán afectadas en su derecho a una pronta reparación.
11. La Corte enfatiza que jurídicamente no hay impedimento para abrir paso a la ruptura de la unidad procesal y por esa vía a las imputaciones parciales. Contrariamente se facilita su labor de investigación a la Fiscalía, que va a disponer de un

espacio separado para verificar, investigar y confrontar las conductas no incluidas en la sesión inicial de la versión. Con la ruptura no se dejarán de investigar las conductas no confesadas, que de otra manera podrían caer en el silencio y olvido precisamente por el volumen y complejidad de casos por investigar y verificar.

12. Así pues, la Corte considera pertinente, necesario y conveniente dar continuidad al acto procesal iniciado y que la solicitud de ampliación de la versión libre sea atendida por la Fiscalía en audiencia separada, porque de esta manera se privilegian los derechos de las víctimas –conocidas y por descubrir– a la verdad, justicia y reparación, se garantiza el derecho del desmovilizado y no se desnaturaliza el procedimiento porque el mismo legislador ha previsto la realización de la versión libre en varias audiencias, al paso que se atiende a principios constitucionales y legales de celeridad, justicia pronta y cumplida.

13. Por último, afirma la Corte que 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.

Simplificando se tiene que:

- La formulación de imputación es un *acto de comunicación formal* de una investigación (igual aseveración hizo en la decisión del 8 de junio de 2007, radicado 27484, caso Wilson Salazar), ya que no

se formulan los cargos y no se confronta el versionado para que los acepte o no.

- Únicamente se puede ir a la audiencia de formulación de cargos cuando se desarrolla la verificación de todos los hechos admitidos y la investigación de todos los que se tenga conocimiento.
- En razón a que la versión libre se puede llevar a cabo en varias audiencias, si de una de ellas se infiere razonable la autoría o participación del desmovilizado en otros delitos, ello dará lugar a una nueva solicitud del fiscal para que el magistrado de Control de Garantías programe otra audiencia preliminar de imputación por los nuevos hechos.
- Cuando la Fiscalía ha adelantado las investigaciones para hallar la verdad material, el postulado ha rendido versión y, por tanto, resulta posible hacer la inferencia razonable de su autoría o participación, es procedente formular imputación por esas conductas.
- Una imputación parcial puede concluir también en una sentencia parcial y en la imposición de una pena que, desde luego, no cobija todos los hechos, pues los investigados y aceptados en la actuación originada en la ruptura de la unidad también comportarán la imposición de otra pena.

Es claro que a pesar de aceptar las imputaciones parciales, la Corte advierte, como no podría ser de otra manera, acerca de la necesidad de respetar el principio de unidad procesal⁹⁹ en las investigaciones

⁹⁹ Artículo 50, Ley 906 de 2004, Unidad Procesal. Por cada delito se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, salvo las excepciones constitucionales y legales. *Los delitos conexos se investigarán y juzgarán conjuntamente*. La ruptura de la unidad procesal no genera nulidad siempre que no afecte las garantías constitucionales. En el ámbito nacional, la doctrina y la jurisprudencia procesal penal reconocen dos tipos de conexidad entre hechos punibles. I) Conexidad sustancial, que se presenta cuando existe algún vínculo común entre los varios hechos punibles perpetrados. Este tipo de conexidad requiere de la concurrencia de dos supuestos: a) pluralidad de hechos punibles, y b) un elemento común entre ellos, un hilo conductor entre las varias infracciones. II) Conexidad formal o procesal, a diferencia de la sustancial, no requiere como presupuesto la existencia de vínculos determinados expresa o tácitamente por el tipo penal o por el sujeto agente. En estos casos, por razones de conveniencia, de simple economía procesal, pueden adelantarse conjuntamente investigaciones sobre hechos punibles que no tengan relaciones sustanciales. Bajo esta modalidad se pueden ubicar las siguientes posibilidades: unidad de sujeto activo, comunidad del medio probatorio, unidad de denuncia, cuando en un mismo contexto de acción se realizan varios hechos punibles, cuando exista homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes. Al respecto véase, Jaime Bernal Cuéllar, Eduardo Montealegre Lynett, *El proceso penal*, 4 edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 468-481.

de justicia y paz. Esto implica que en aquellos casos en los que se cumpla con los requisitos de la conexidad sustancial entre las conductas investigadas (art. 51 de la Ley 906 de 2004)¹⁰⁰, como es el caso de la mayoría de las actuaciones de los paramilitares, la imputación parcial que implica de suyo una ruptura de la unidad procesal no sería posible. De este modo, las imputaciones parciales solamente serían válidas para aquellas conductas que sólo presenten un tipo de conexidad de carácter procesal, razón por la cual deberían ser la excepción y no la regla. Lo contrario sería promover una dislocación del esquema procesal de la Ley 975 de 2005 con un ánimo pragmático sin mayor sustento jurídico.

De otra parte, esta decisión parece entrar en contradicción directa con reiterados pronunciamientos de ese mismo tribunal¹⁰¹ en los que se hacía referencia a los requisitos mínimos que debía contener el escrito de acusación. En la última decisión la Corte reiteraba a la Fiscalía su obligación legal (Ley 975 de 2005, art. 15) de investigar los daños individuales y colectivos ocurridos con ocasión y durante la militancia del desmovilizado al grupo armado ilegal, dentro del contexto temporal y espacial específico donde tales hechos hayan tenido lugar, así como de identificar los daños (cualificar) por cada una de las víctimas afectadas. En esa decisión, la Corte advirtió que “resulta insuficiente limitar la instrucción a los hechos confesados y a los daños individualmente causados por el procesado”, razón por la cual insiste en que en el programa metodológico se organice una investigación que permita “ir más allá de los umbrales de las imputaciones estrictamente individuales”.

¹⁰⁰ Artículo 51. Conexidad. Al formular la acusación, el fiscal podrá solicitar al juez de conocimiento que se decrete la conexidad cuándo: 1) El delito haya sido cometido en participación criminal. 2) Se impute a una persona la comisión de más de un delito con una acción u omisión o varias acciones u omisiones, realizadas con unidad de tiempo y lugar. 3) Se impute a una persona la comisión de varios delitos, cuando unos se han realizado con el fin de facilitar la ejecución o procurar la impunidad de otros; o con ocasión o como consecuencia de otro. 4) Se impute a una o más personas la comisión de uno o varios delitos en los que exista homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes, relación razonable de lugar y tiempo, y, la evidencia aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra.

¹⁰¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, autos del 8 de junio y 2 de octubre de 2007, radicación 27.484. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M. P. Augusto Ibáñez Guzmán, segunda instancia 29560, Wilson Salazar Carrascal, aprobada Acta 133, Bogotá, D. C., 28 de mayo de 2008.

Relacionando los dos tipos de precedentes jurisprudenciales es fácil advertir una dificultad estructural para investigar “con miras a la sentencia y la adecuación típica, si se trató de hechos sistemáticos, generalizados o si se trató de hechos ocurridos en combate, diferenciando las condiciones de género, edad y cualificación del daño sufrido por cada una de las víctimas”, si la estrategia de persecución penal se concentra en materializar las condenas por los hechos que permiten la imputación parcial en contra del postulado. Idénticas preocupaciones surgen si se analiza el deber de investigar todos los daños individuales y colectivos cometidos por los bloques, frente o grupos en su calidad de actores militares del conflicto. Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia parece promover investigaciones completas acerca de patrones de crímenes de sistema, por un lado, e imputaciones parciales, por el otro.

Debe reflexionarse acerca de las consecuencias que implicará para el trámite procesal la realización de imputaciones parciales, formulación de cargos parciales, aceptación de cargos parciales, incidentes de reparación parciales y condenas parciales, tanto para las víctimas como para los postulados. En relación con las víctimas, por ejemplo, no es claro cómo se garantizará la verdad e incluso la reparación en relación con los bienes que el postulado o el bloque deben entregar cuando se materialice el carácter parcial del proceso. Por su parte, y confirmando la debilidad de los argumentos esgrimidos por la Corte, no es claro cómo no se vulnera el derecho al debido proceso del postulado si se posterga la consecución definitiva de la pena alternativa, razón por la cual el postulado accede a someterse al procedimiento de justicia y paz. No es claro cómo las condenas parciales o entrega por cuotas de la pena alternativa promueven el respeto de las garantías de un postulado que se mantendrá *subjudice* por tiempo indefinido.

En este marco de formulación de imputación conviene reseñar que ésta interrumpe la prescripción de la acción penal, de conformidad con lo señalado por el último inciso del artículo 18 de la Ley de Justicia y Paz.

Por último, y como sugerencias prácticas para los representantes judiciales, es del todo oportuno que previo a la diligencia de imputación

se solicite a la Fiscalía el escrito de la relación de los hechos que se van a imputar, que se tengan a mano copias de los poderes recibidos y, en la medida de lo posible, que el representante judicial se acompañe de otros colegas a efectos de contar con apoyo en la diligencia.

Recuerde que...

La imputación es un acto de comunicación formal de que se investigan determinadas conductas punibles y que está sujeta a dos controles de legalidad por parte del magistrado que cumple esa función: juicio de legalidad formal (cumplimiento de los requisitos de elegibilidad), y juicio de legalidad material (relacionado con los motivos fundados que permiten inferir, razonablemente, la posible autoría o participación del versionado en los hechos imputados). A juicio de la Corte, procede la formulación de imputaciones parciales porque no implican violación de las garantías fundamentales de los intervinientes o desconocimiento del debido proceso y, por sobre todo, porque la imputación parcial no lesiona los derechos de las víctimas, muy al contrario, les resulta a todas luces favorable, en la medida que habrá un rápido pronunciamiento sobre verdad y justicia, logrando por esa vía una efectiva reparación sin mayores dilaciones (Corte Suprema de Justicia, radicado 30120 del 23 de julio de 2008).

En las audiencias de imputación, el representante judicial debe tener clara la forma cómo ocurrieron los hechos (circunstancias de tiempo, modo y lugar; quiénes participaron y presuntos responsables), ya que la manera como la Fiscalía los presente tiene importancia frente a la congruencia fáctica con el escrito de acusación (formulación de cargos) y la sentencia.

Previo a las audiencias de imputación, el representante judicial debe procurar tener comunicación con la

víctima, toda vez que es importante conocer si ella está de acuerdo con la verdad que se dio a conocer en la versión libre; verdad que confiesa y acepta quien será denominado imputado desde esta etapa procesal. Se sugiere que para las audiencias de imputación, los defensores públicos elaboren y diligencien formatos por cada hecho punible, en los que se indique la prueba requerida para cada uno de los elementos causales que señalen la responsabilidad del imputado, del bloque o del frente en el que militó. Ello facilitará la labor en el incidente de reparación.

Detención preventiva

Indica el artículo 18 de la Ley 975, sobre formulación de imputación, que el fiscal hará la imputación fáctica y solicitará al magistrado disponer la detención preventiva del imputado en el centro de reclusión que corresponda.

Al respecto, el artículo 11 del Decreto 3391 de 2006, reglamentario de la Ley 975, dispone en su segundo inciso que si el desmovilizado se encuentra privado de la libertad por orden de otra autoridad judicial, continuará en dicha situación. Sin embargo, una vez se adopte la medida de aseguramiento por el magistrado de Control de Garantías dentro del proceso de justicia y paz –que incluya los hechos por los cuales se profirió la detención en el otro proceso–, éste se suspenderá respecto del postulado hasta que termine la audiencia de formulación de cargos.

Continúa señalando dicho inciso que en la formulación de cargos se incluirán aquellos por los cuales se ha impuesto medida de aseguramiento en el proceso suspendido, siempre y cuando guarden relación con conductas punibles cometidas con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado y durante su pertenencia al mismo.

Ahora bien, cabe preguntarse si es procedente pedir medida de aseguramiento con un proceso que no la tiene aunque el postulado

a la pena alternativa está ya en detención por cuenta de otro proceso. La respuesta debe ser positiva en virtud de lo mandado por el numeral 6 del artículo 250 de la Constitución Política que obliga al fiscal a solicitar las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que a disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los afectados con el delito. Ello en armonía con el artículo 11 de la Ley 906, literal C, en cuanto establece el derecho de las víctimas a una pronta e integral reparación de los daños sufridos a cargo del autor o partícipe del injusto.

Lo fundamental en esta eventualidad es que el funcionario de justicia y paz tenga competencia para conocer de los hechos que se investigan en el otro proceso en el cual el postulado a la pena alternativa de justicia y paz no tiene medida de aseguramiento. Vale decir, que se cumplan los requisitos de elegibilidad previstos en los artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005.

Conviene resaltar que si el fiscal no la solicita, lo debe hacer el representante de las víctimas de ese postulado en virtud de la defensa integral de sus derechos e intereses.

Audiencia de solicitud de medidas cautelares sobre bienes

La audiencia de solicitud de medidas cautelares sobre bienes prevista por el artículo 13 de la Ley 975 fue reglamentada por el artículo 15 del Decreto 4760 de 2005. Antes de referenciarla es preciso indicar que la Corte Constitucional, en la sentencia C-370 de 2006, declaró inconstitucional la expresión “de procedencia ilícita” con la que el legislador inicialmente calificó los bienes entregados por los postulados a la pena alternativa. Bajo esta premisa, la audiencia se desarrolla de la siguiente manera: una vez indicados los bienes el fiscal solicitará las medidas cautelares sobre los mismos, las cuales deberán ser decretadas en forma inmediata por el magistrado de Control de Garantías que dirija la audiencia. Tales medidas pueden consistir en el embargo y secuestro de los bienes, de dinero efectivo o en depósitos bancarios, títulos valores y rendimientos financieros correspondientes, todo lo cual pasará de inmediato a la administración provisional de Acción Social, Fondo para la Reparación de las Víctimas mientras se profiere la sentencia de extinción de dominio a su favor.

Para el representante judicial de víctimas es de la mayor importancia tener presente que con el propósito de garantizar el derecho de restitución, el magistrado de Control de Garantías, a solicitud de la víctima, de su apoderado, de la Fiscalía o del Ministerio Público, podrá decretar que hasta que se resuelva lo pertinente en la sentencia, la víctima reciba en provisionalidad el bien respectivo.

Corresponde a la Fiscalía adelantar las investigaciones necesarias y pertinentes con el fin de determinar la existencia, ubicación y estado de todos los bienes de los grupos armados ilegales, y solicitar al magistrado las medidas cautelares sobre todos ellos.

Resulta del todo pertinente precisar que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha cambiado su jurisprudencia en torno al análisis sobre la oportunidad procesal para la adopción de medidas cautelares sobre los bienes. En efecto, en un primer fallo del 23 de agosto de 2007 –radicado 28040–, la Sala consideró que se desconoció el debido proceso por cuanto se incurrió en vicio de estructura derivado de disponer la audiencia preliminar de imposición de medidas cautelares sin que previamente se hubiere formulado la correspondiente imputación.

No obstante, en el fallo de segunda instancia –radicado 30442– del 3 de octubre de 2008, se dispone que:

(...) 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.

(...) tal afectación de bienes puede llevarse a cabo antes de la audiencia de imputación, desde luego bajo dos condiciones: que el desmovilizado esté rindiendo la versión libre en la cual haya confesado delitos que a futuro puedan ser cobijados por la pena alternativa y

además, que tales bienes hayan sido ofrecidos voluntariamente por el desmovilizado con miras a la reparación. (...) En efecto, no se viola el debido proceso cuando antes de la formulación de imputación se decreta el embargo y secuestro o la suspensión del poder dispositivo de los bienes entregados por el desmovilizado, si con ello se persigue precisamente garantizar la finalidad primordial del proceso: la reparación.

Termina señalando la Corte que las medidas cautelares sobre bienes que se decreten antes de la imputación no constituyen una vía de hecho judicial bajo dos condiciones: la primera, que el desmovilizado esté rindiendo la versión libre en la cual haya confesado delitos que puedan ser cobijados con pena alternativa y, la segunda, que tales bienes hayan sido ofrecidos voluntariamente por el desmovilizado con el propósito de realizar la reparación de los daños causados.

Recuerde que...

Es importante tener presente que con el propósito de garantizar el derecho de restitución de los bienes arrebatados a las víctimas, el magistrado de Control de Garantías, a solicitud de la víctima, de su apoderado, de la Fiscalía o del Ministerio Público, podrá decretar que hasta que se resuelva lo pertinente en la sentencia, la víctima reciba en provisionalidad los bienes respectivos.

Los bienes sobre los cuales pueden recaer las medidas cautelares pueden ser de procedencia ilícita o lícita, según lo preceptuado por la Corte Constitucional.

Audiencia de formulación de cargos

Terminada la etapa de investigación de hasta 180 días, de acuerdo con el artículo 6 del Decreto 4760 de 2005, en armonía con lo previsto por el artículo 158 de Código de Procedimiento Penal, dentro de los 10 días siguientes a la solicitud elevada por el fiscal del caso, el

magistrado de Control de Garantías convocará para audiencia de formulación de cargos.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia –radicado 29560 del 28 de mayo de 2008–, indica que de conformidad con el artículo 250, numeral 4 de la Carta Política, corresponde a la Fiscalía presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, que debe cumplir con un mínimo de requisitos; para los asuntos de justicia y paz serán los estipulados en el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, atendiendo a los contenidos propios de la Ley 975 de 2005. Por considerarlo de vital interés, a continuación se transcriben los requisitos que la Sala precisa para dicho escrito de acusación:

1. La identificación y descripción del grupo armado al margen de la ley que decidió desmovilizarse –cuándo, dónde– y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional.
2. La individualización del desmovilizado, incluyendo su nombre, los datos que sirven para identificarlo, su domicilio, la fecha en que ingresó al grupo armado al margen de la ley, las zonas, regiones o localidades donde ejerció la militancia, las funciones que desempeñó, quiénes fueron sus superiores y quiénes sus subalternos.
3. Una relación clara y sucinta de cada uno de los hechos jurídicamente relevantes que se imputen directamente al desmovilizado, con indicación de las razones de la comisión delictiva y explicación clara de por qué se reputan cometidos durante y con ocasión de la militancia del desmovilizado en el grupo armado al margen de la ley.
4. Una relación clara y sucinta de los daños que la organización armada al margen de la ley colectivamente haya causado, circunscritos a los cometidos dentro del marco temporal y espacial –áreas, zonas, localidades o regiones– en donde el desmovilizado desarrolló su militancia, con identificación puntual de cada una de las víctimas.

5. La relación de los bienes y recursos afectados con fines de reparación y de los entregados por la organización en el acto de desmovilización.

6. La relación 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 desmovilizado en cuestión, con indicación de los testimonios, peritaciones, inspecciones y demás medios de prueba que indiquen la materialidad de las infracciones imputadas¹⁰².

7. La identificación y lugar de citación del abogado de confianza o, en su defecto, del que le designe el Sistema Nacional de Defensoría Pública.

8. En relación con los numerales 3 y 4 se deberá especificar, con miras a la sentencia y la adecuación típica, si se trató de hechos sistemáticos, generalizados o si se trató de hechos ocurridos en combate, diferenciando las condiciones de género, edad y cualificación del daño sufrido por cada una de las víctimas.

Unido a lo anterior, es preciso recordar que en el contexto de la Ley de Justicia y Paz, conforme a lo conceptuado por la Corte, la *acusación* es un acto complejo que comprende el escrito de acusación más el acto oral de control de legalidad material y formal de la aceptación de cargos ante la Sala de conocimiento de Justicia y Paz.

Los requisitos del escrito de acusación tienen dos consecuencias prácticas. En primer lugar, le recuerda a la Fiscalía General de la Nación su obligación de adelantar una investigación y un programa metodológico amplio, riguroso y dentro de un plazo razonable, que le permita afirmar con precisión la ocurrencia de crímenes bajo el derecho internacional, así como la organización jerárquica y funcional

¹⁰² Teniendo en cuenta los umbrales de demostración probatoria de los procesos de justicia transicional, y que los hechos por comprobar acontecieron regularmente antes de la entrada en vigor de la Ley 906 de 2004, el valor de la prueba de referencia, compilada y aducida en procesos gobernados por la Ley 600 de 2000, deberá ser valorada y estimada.

de cada uno de los integrantes del grupo armado relacionados con los mismos. De esta forma, la Sala de Casación Penal pone de presente la necesidad de que el órgano investigador diseñe e implemente una estrategia de persecución penal integral de crímenes de sistema que le permita lograr una mayor eficacia y calidad de sus investigaciones.

En segundo lugar, la sentencia citada le reitera a la Fiscalía su obligación legal (Ley 975 de 2005, art. 15) de investigar los daños individuales y colectivos ocurridos con ocasión y durante la militancia del desmovilizado al grupo armado ilegal, dentro del contexto temporal y espacial específico donde tales hechos hayan tenido lugar, así como de identificar los daños (cualificar) por cada una de las víctimas afectadas. En este caso, la Corte advierte que “resulta insuficiente limitar la instrucción a los hechos confesados y a los daños individualmente causados por el procesado”, razón por la cual insiste en que en el programa metodológico se organice una investigación que permita “ir más allá de los umbrales de las imputaciones estrictamente individuales”. De este modo, la Corte hace un aporte importante a través de su jurisprudencia, abriendo la puerta a la investigación de los daños cometidos por los bloques, frente o grupos en su calidad de actores militares del conflicto, aspecto de especial relevancia para la reparación de las víctimas por vía del artículo 42.2 de la Ley 975 de 2005.

Ahora bien, en la audiencia de formulación de cargos se pueden presentar las siguientes situaciones:

En primer lugar, el postulado no acepta los cargos o se retracta de los admitidos en la versión libre, caso en el cual el fiscal de justicia y paz remitirá lo actuado a la justicia ordinaria para que funcionario judicial competente, de acuerdo con la ley vigente para el momento de comisión de las conductas que se investigan, continúe con el proceso. Aquí se termina el proceso de justicia y paz.

En segundo lugar, el imputado acepta la totalidad de los cargos presentados por la Fiscalía, producto de sus investigaciones o de la versión libre rendida. La ley exige que dicha aceptación sea libre y voluntaria. En este evento el magistrado de Control de Garantías remite la actuación a la Secretaría de la Sala del Tribunal Superior

de Distrito Judicial para que se convoque a la audiencia pública de verificación de la aceptación de cargos.

En tercer lugar, se puede presentar la modalidad en la que el imputado acepta los cargos formulados pero sólo de manera parcial. Frente a esta situación, el artículo 21 de la Ley 975 prescribe que se romperá la unidad procesal y, como consecuencia de ello, lo aceptado por el imputado seguirá la cuerda del proceso de justicia y paz, mientras que lo no aceptado será remitido a la justicia ordinaria para que las autoridades competentes le den el trámite correspondiente.

Por último, se debe tener presente lo señalado en el capítulo correspondiente a la audiencia de imputación en lo que respecta a la posibilidad que tiene la Fiscalía de realizar imputaciones parciales, según consideraciones formuladas por la Corte Suprema de Justicia. En tal sentido, se realizarán tantas audiencias de formulación de cargos y de verificación de aceptación de cargos como audiencias de imputación parciales adelante el ente investigador.

Recuerde que...

*La **acusación** es un acto complejo que comprende el escrito de acusación más el acto oral de control de legalidad material y formal de la aceptación de cargos ante la sala de conocimiento de Justicia y Paz.*

Los requisitos del escrito de acusación tienen dos consecuencias prácticas: exigen de la Fiscalía una investigación y un programa metodológico amplio, riguroso y dentro de un plazo razonable, que le permita afirmar con precisión la ocurrencia de crímenes así como la organización jerárquica criminal; y obliga al ente a investigar los daños individuales y colectivos cometidos con ocasión y durante la militancia del desmovilizado al grupo armado ilegal, así como a cualificar los daños por cada una de las víctimas afectadas.

Formulación parcial de cargos

En un fallo de segunda instancia¹⁰³, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia consideró viable la formulación parcial de cargos en el caso seguido contra el desmovilizado Wilson Salazar Carrascal, alias “El Loro”, al no decretar la nulidad de la actuación adelantada en la que la Fiscalía omitió la imputación por el delito de concierto para delinquir agravado.

En dicho proceso, una vez fue declarada la legalidad de la aceptación de los cargos formulados al señor Salazar Carrascal, la representante del Ministerio Público y el defensor interpusieron reposición, y en subsidio apelación, contra esa decisión por cuanto no se imputó el delito de concierto para delinquir.

Los abogados de la defensoría pública, en representación de las víctimas, solicitaron no acoger la nulidad solicitada por la defensa y el Ministerio Público. Precisaron la importancia de evitar más dilaciones en el proceso y que se iniciara el incidente de reparación en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, respetando el debido proceso y el derecho a la defensa.

La Sala de Casación Penal aprovechó la decisión del recurso para hacer varias precisiones en torno al desarrollo del proceso penal especial de la Ley 975. Señala, entre otros aspectos, que el acto procesal de mayor connotación en la Ley de Justicia y Paz es la acusación –escrito de acusación más el control de legalidad material y formal sobre la aceptación de los cargos–, y que el acto de formulación de cargos se desarrolla en una audiencia pública en la que se verifica el contenido mínimo del escrito de acusación.

Precisa la Corte que en la audiencia de control de legalidad formal y material sobre la formulación de cargos, la Sala de Justicia y Paz olvidó que no sólo debía verificar el conocimiento, la voluntariedad y la libertad en la aceptación, sino también que cada uno de los hechos se cometieron con *ocasión y durante* la militancia del procesado con la organización criminal, que cada hecho estuviese revelado con la minucia que supone la construcción de la verdad en un proceso

¹⁰³ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, radicado 29560, M. P. Augusto Ibáñez Guzmán, 28 de mayo de 2008.

de justicia transicional, que las víctimas fueran reconocidas legalmente, entre otras omisiones. La audiencia se adelantó como si se tratara de la simple ratificación de un preacuerdo, en el marco de la Ley 906 de 2004, y no de la iniciación del juicio de revelación de verdad, que de manera *sui géneris* estipula la Ley 975 de 2005.

La Corte desata el recurso con base en lo previsto por el artículo 27 de la Ley 906 de 2004, el cual prescribe que en el desarrollo de la investigación y en el proceso penal, los servidores públicos modularán la actividad procesal para lo cual 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 un ejercicio de ponderación, considera mantener la actuación para preservar los derechos, entre otros, los de las víctimas a efecto de que no se siga aplazando la apertura del incidente de reparación por los cargos admitidos, pero ordena que por cuerda paralela y subsiguiente, se formule la imputación relativa al concierto para delinquir agravado.

No obstante, precisa que la sentencia que emane de esa 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.

Finaliza la Corte indicando que se trata de un evento de formulación parcial de cargos, distinto a la figura de la aceptación parcial de cargos regulada por el artículo 21 de la Ley 975 de 2005, que consagra el procedimiento que se debe seguir cuando el postulado no admite unos cargos, y ordena que se tramiten por las autoridades competentes y las leyes procedimentales vigentes al momento de su comisión.

Audiencia de control de legalidad de la aceptación de cargos

El control de legalidad de la aceptación de cargos guarda armonía con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 975 en cuanto que dicho marco jurídico se aplica a aquellas personas que “hubieren decidido” desmovilizarse, lo cual implica un requisito sustancial de voluntariedad.

Dicha voluntariedad también se coteja a lo largo del proceso y, fundamentalmente, en el momento de la acusación (escrito de formulación de cargos y aceptación de los mismos). La manifestación autónoma de obtener beneficios de rebaja de pena, sobre la carga de declarar la verdad y reparar integralmente, que encierra todo el proceso de justicia y paz, tiene su máxima expresión en esta audiencia frente a un magistrado de control de garantías que revisa no sólo lo concerniente a la expresión de voluntad sino lo relativo al cumplimiento de los requisitos sustanciales establecidos en la misma ley para hacerse acreedor de la pena alternativa.

En la eventualidad de que el imputado haya aceptado total o parcialmente los cargos formulados por la Fiscalía, la Sala del Tribunal de Justicia y Paz convocará a audiencia de verificación y aceptación de cargos dentro de los 10 días siguientes a la fecha de recibo de la actuación (inciso 3, art. 19, Ley 975 de 2005).

El propósito de esta audiencia es que la Sala del Tribunal verifique que la aceptación de cargos por parte del imputado haya sido libre, voluntaria y espontánea, y que haya estado asistido por su abogado defensor. Como se afirmó, en el evento de que el postulado a la pena alternativa rechace parcial o totalmente los cargos, se dará traslado de los hechos correspondientes a las autoridades competentes para que se tramiten los procesos penales al amparo de las normas vigentes al momento de la comisión de las conductas punibles.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia –radicado 29560 del 28 de mayo de 2008 (Wilson Salazar Carrascal)– reiteró que para la validez de la aceptación de cargos, ésta tendrá que hacerse de manera libre, voluntaria, espontánea y asistida por el defensor (legalidad formal).

El acto de control de legalidad material sobre la aceptación de los cargos implica: la verificación de los requisitos de elegibilidad del desmovilizado; la confirmación de si los cargos formulados correspondían a hechos *ocurridos con ocasión y durante la militancia de aquél*; la constatación y reconocimiento de la representación legal de las víctimas y la indagación sobre [si] éstas requerían de medidas de protección.

Si la víctima ha solicitado reparación, en esta audiencia se abre el incidente de reparación integral por petición de la Fiscalía, del Ministerio Público o de la misma víctima –asistida por su defensor– y, en consecuencia, se convoca a una nueva audiencia pública, dentro de los 5 días siguientes según lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley 975, para la realización del incidente.

Incumbe señalar, por otra parte, que la acumulación de procesos que se hallen en curso por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del desmovilizado al grupo armado al margen de la ley procede una vez se ha verificado la legalidad de la aceptación de cargos. Si bien el artículo 20 de la Ley 975 no lo precisa de forma expresa, el vacío ha sido llenado por los decretos reglamentarios 4760 de 2005 (art. 7), y 3391 de 2006 (art. 11).

El primer decreto precisa que declarada la legalidad de la aceptación de cargos por la sala del tribunal, la actuación procesal suspendida se acumulará definitivamente al proceso que se sigue por justicia y paz. Esta disposición fue derogada expresamente por el artículo 22 del Decreto 3391 de 2006, y a través del artículo 11 retomó la materia sin realizar ninguna modificación en lo que respecta a la acumulación de procesos.

En lo atinente, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisión de segunda instancia del 25 de septiembre de 2007, caso Salvatore Mancuso Gómez, precisó lo siguiente:

(...) (iv) En lo que toca con la oportunidad para decretar la acumulación de procesos suspendidos, no se evidencia variación alguna, porque al igual que lo reglado en el Decreto 4760, aquí también procede una vez declarada la legalidad de la aceptación de los cargos por la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial.

Recuerde que...

Para la validez de la aceptación de cargos, ésta tendrá que hacerse de manera libre, voluntaria, espontánea y

asistida por el defensor (legalidad formal); se verifican los requisitos de elegibilidad del desmovilizado, que los cargos formulados correspondan a hechos ocurridos con ocasión y durante la militancia en el grupo armado, se constata el reconocimiento y la representación legal de las víctimas y se indaga sobre cuáles de ellas requerían de medidas de protección (legalidad material). Si la Sala de Justicia y Paz del Tribunal correspondiente no ha realizado la verificación de los requisitos de elegibilidad del postulado, el representante judicial de las víctimas debe solicitarlo directamente.

Incidente de reparación integral

Debe señalarse que el incidente de reparación no es el único momento en el que la víctima puede obtener el resarcimiento por el sufrimiento y los daños infligidos por causa del delito, sino que toda su participación, en sentido amplio y en sentido estricto, debe ser un mecanismo a través del cual se garantizan sus derechos y se reivindica en su dignidad.

La víctima podrá, como aspiración a una reparación integral, solicitar:

1. Medidas de restitución: comprenden actos tendientes a devolver a la víctima a la situación anterior a la violación, en tal sentido, que se le devuelvan los bienes muebles e inmuebles arrebatados: tierras, casas, maquinaria agrícola, ganado, etc.
2. Medidas de rehabilitación: que lo recuperen de sus aflicciones emocionales y físicas originadas como consecuencia del hecho violatorio padecido, en este sentido puede reclamar planes y programas de asistencia psicológica, médica, laboral, etc.
3. Medidas de satisfacción: implica que el proceso penal de justicia y paz produzca en la víctima un estado de complacencia derivada de la posibilidad real y concreta de disfrutar los derechos a la

verdad y a la justicia. Esto se logra a través del conocimiento de la verdad judicial alcanzada sobre las circunstancias que rodearon los hechos; cuando se encuentran los cuerpos de víctimas ejecutadas o desaparecidas, o se logra el regreso de las personas secuestradas. De igual manera, cuando se aplican las sanciones correspondientes a los responsables de los delitos, y cuando éstos ofrecen sinceras y respetuosas disculpas a las víctimas por los daños ocasionados.

4. Medidas de indemnización compensatoria por los daños patrimoniales y los daños morales.
5. Medidas que impliquen garantías de no repetición de las circunstancias victimizantes con el objeto de que las víctimas no vuelvan a sufrir las violaciones padecidas o que se produzcan nuevos delitos y nuevas víctimas. Claramente se observa que en este campo de la reparación el principal comprometido es el Estado, pues es a éste a quien le corresponde adelantar las políticas públicas encaminadas a materializar su compromiso internacional de garantía.

Se resalta que la reparación puede ser de carácter individual, colectiva o simbólica, según se desprende de la Ley 975 y su Decreto reglamentario 3391 de 2005. Por reparaciones colectivas se pueden considerar subsidios en salud y educación para una comunidad en particular; creación de fondos para el desarrollo comunitario –vías de comunicación, acueductos, alcantarillado–; titulación masiva de tierras, etc. Lo fundamental para que una reparación colectiva no sea concebida como una acción propia de los gobiernos en busca del desarrollo de sus comunidades es que dichas acciones hagan parte de un proyecto político de reconocimiento público de una situación grave de violaciones de los derechos humanos; de reconocimiento público de la verdad judicial alcanzada con los procesos penales, y de reconocimiento público de la adopción de medidas para que no se repita la situación vivida.

Entre tanto, reparaciones simbólicas pueden ser monumentos conmemorativos, placas en sitios públicos, nombre de calles, plazas, colegios y otros espacios públicos; el arrepentimiento público del victimario y la solicitud de perdón o disculpas a las víctimas; la

creación oficial de días de memoria de la violencia, de acción de gracias o reconciliación.

El marco normativo de justicia y paz ha previsto una fase procesal destinada a dar trámite a la materialización del derecho de la víctima a que se le reparen integralmente los daños sufridos, vale decir, que se le restituya, indemnice, rehabilite y satisfaga, adicional al establecimiento de condiciones de no repetición. Dicho marco está configurado por:

- El artículo 5 de la Ley 975 de 2005 que define el concepto de víctima.
- El artículo 23 que establece el incidente de reparación integral.
- El inciso 2 del artículo 42, que dispone que cuando no se haya logrado individualizar al sujeto activo, pero se compruebe el daño y el nexo causal con las actividades del grupo armado ilegal 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.
- El parágrafo 2 del artículo 12 del Decreto 4760 de 2005, que señala que la declaración de la responsabilidad civil relativa a la restitución o indemnización de perjuicios, estará supeditada a la determinación, en la sentencia condenatoria, de la responsabilidad penal de los miembros de los grupos armados al margen de la ley, y a la realización del incidente de reparación integral de que trata el artículo 23 de la citada ley, sin que para ello se requiera que la víctima deba identificar un sujeto activo determinado. Tales obligaciones deberán ser fijadas en la sentencia condenatoria de que trata el artículo 24 de la mencionada ley.
- El artículo 54 de la Ley 975 de 2005, determina la creación del Fondo para la Reparación de las Víctimas como una cuenta especial sin personería jurídica, cuyos fondos están integrados por todos los bienes o recursos que a cualquier título se entreguen por las personas o grupos armados organizados ilegales, por recursos provenientes del presupuesto nacional, y por donaciones en dinero o en especie, nacionales o extranjeras.
- El artículo 15 del Decreto 3391 de 2005 que establece que son titulares de la obligación de reparación a las víctimas los desmovilizados que sean declarados penalmente responsables mediante sentencia judicial de las conductas punibles cometidas

durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley, entendiendo por tal el bloque o frente respectivo, las cuales hayan causado un daño real, concreto y específico. Subsidiariamente, y en virtud del principio de solidaridad, quienes judicialmente hayan sido calificados como integrantes del bloque o frente al que se impute causalmente el hecho constitutivo del daño, responden civilmente por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del mismo. Para que surja la responsabilidad solidaria será necesario que se establezca el daño real, concreto y específico, la relación de causalidad con la actividad del grupo armado y se haya definido judicialmente la pertenencia de los desmovilizados al bloque o frente correspondiente, aunque no medie la determinación de responsabilidad penal individual.

A continuación se analizan las dos modalidades del incidente de reparación establecidas en la Ley 975 de 2005.

Recuerde que...

Lo fundamental para que una reparación colectiva no sea concebida como una acción de los gobiernos, propia de su deber legal general, es que dichas acciones hagan parte de un proyecto político de reconocimiento público de una situación grave de violaciones de los derechos humanos; de reconocimiento público de la verdad judicial alcanzada con los procesos penales, y de reconocimiento público de la adopción de medidas para que no se repita la situación violatoria.

Los representantes judiciales no deben olvidar que el proceso de justicia y paz es de tendencia acusatoria, y en tal sentido, de manera previa al incidente de reparación deben preparar una estrategia adecuada y razonable de representación judicial, preparar la audiencia, preparar a los testigos y peritos, respetando ante todo la técnica del sistema penal acusatorio. Se

sugiere que se apoyen en las barras académicas. El representante judicial deberá indagar al fiscal, durante todas las etapas del proceso, qué bienes del postulado o del grupo al cual pertenece están siendo objeto de procesos de extinción de dominio, a fin de que el Fiscal de la Unidad de Justicia y Paz respectivo oficie al Fiscal de la Unidad de Extinción de Dominio o al Juez Penal correspondiente, según el caso, para que dichos bienes se pongan a disposición del Fondo para la Reparación de las Víctimas, y se decrete la extinción de dominio con destino a la reparación de las correspondientes víctimas. Conviene precisar que dicho Fondo está integrado, entre otros, por los bienes vinculados a acciones de extinción de dominio de las personas o grupos armados organizados a los que se refiere la Ley 975.

1. Incidente de reparación ordinario (art. 23 de la Ley 975 de 2005)

El incidente de reparación está concebido como el momento procesal por excelencia a través del cual se determinan las medidas más apropiadas para resarcir los daños sufridos por la víctima y se fijan las distintas modalidades para lograr la reparación integral a que tiene derecho.

El artículo 23 establece que en la misma audiencia en la que la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial correspondiente declare la legalidad de la aceptación de cargos, previa solicitud expresa de la víctima o del fiscal del caso, o del Ministerio Público a instancia de ella, el magistrado ponente abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y convocará a audiencia pública dentro de los cinco días siguientes.

Conviene resaltar que cuando se presenta dicha solicitud le corresponde al magistrado ponente abrir de inmediato el incidente sin hacer consideraciones sobre los requisitos que deben cumplirse para la obtención de la reparación, los cuales serán examinados en la respectiva audiencia que se convoque para tal efecto.

Se da comienzo a esta audiencia ante la Sala del Tribunal con la intervención directa de la víctima, o por conducto de su abogado defensor, según el artículo 23 de la Ley 975, expresando de forma concreta la fórmula de reparación que pretende y las pruebas que posee para la sustentación de su solicitud.

Acto seguido a la Sala del Tribunal le corresponde:

- Examinar la condición de la víctima y su acreditación.
- Estudiar las pretensiones alegadas y tomar una de las siguientes opciones:
 - En primer lugar, rechazará las pretensiones si la víctima no tiene la condición de tal o se demuestra el pago efectivo de los perjuicios, salvo que se promuevan otras formas de reparación. Frente a la negativa procede la impugnación, reposición que se sustentará y decidirá en forma oral en la misma audiencia; en subsidio se presentará la apelación que conocerá la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (art. 26 Ley 975).
 - En segundo lugar, aceptar las pretensiones y comunicar esa decisión al imputado.
- Inmediatamente procede a invitar a las partes a buscar fórmulas de conciliación.
- Frente a la fórmula de conciliación se pueden presentar, a su vez, dos posibilidades: uno, que las partes acuerden conciliar, y dos, que las partes no lleguen a ese acuerdo.
 - Si hay acuerdo de conciliación se incorpora el contenido del mismo a la decisión que falla el incidente.
 - Si no se alcanza el arreglo, la Sala de inmediato dispondrá la práctica de pruebas ofrecidas por las partes, escuchará sus argumentaciones y fallará el incidente de reparación en la misma audiencia. El contenido de la decisión se incorporará en la sentencia correspondiente.
- Culminado el procedimiento, dentro de los diez días siguientes (art. 19), la Sala convocará para audiencia de sentencia.

Recuerde que...

El incidente de reparación comienza con la intervención directa de la víctima, o por conducto de

su abogado defensor, según el artículo 23 de la Ley 975, expresando de forma concreta la fórmula de reparación que pretende y las pruebas que posee para la sustentación de su solicitud.

2. Incidente de reparación excepcional (art. 42 inciso 2 de la Ley 975 de 2005)

El incidente de reparación se adelanta cuando se ha logrado esclarecer la identidad de los posibles autores o partícipes de la conducta punible que generó los daños sufridos por la víctima de acuerdo con lo previsto por el artículo 23 de la Ley 975, como se analizó en el acápite anterior, y en el que el trámite de la conciliación es un requisito fundamental.

No obstante, en los eventos en los cuales no fue posible por parte de las autoridades judiciales esclarecer la identidad de los autores o partícipes de los delitos, pero la víctima logró probar el daño sufrido como consecuencia del accionar de los grupos armados ilegales, el Tribunal ordenará la reparación con cargo al Fondo de Reparación que administra Acción Social. Lo anterior se establece de tal manera porque la condición de la víctima se adquiere con independencia de que se identifique, capture o condene al autor o autores del hecho criminal, de acuerdo con lo observado por el inciso tercero del artículo 5 de la Ley 975.

Presentado de otra forma, subsidiariamente, y por el principio de solidaridad, deben responder en reparación los integrantes del grupo, frente o bloque al que se le haya imputado el hecho originador del daño, aunque no se haya determinado la responsabilidad penal individual, de conformidad con el artículo 15 del Decreto 3391 de 2006.

La Corte ha señalado¹⁰⁴ que las víctimas tienen derecho a la indemnización y reparación integrales previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de segunda instancia, 11 de diciembre de 2007, radicación 28769; auto de segunda instancia, 23 de mayo de 2008, radicado 29642.

- Comprobar la real ocurrencia del daño real, concreto y específico invocado por la víctima o su apoderado.
- 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.
- 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.
- 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 la aceptación de cargos), sin que sea necesario que la víctima identifique a un individuo en especial.
- 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.
- 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 nexos 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.

Especial atención deberán tener los representantes judiciales de las víctimas respecto a su participación en este incidente y, de manera especial, en el trámite de la conciliación, lo cual exige:

- Garantizar que la víctima esté libre de coacciones y presiones que impidan la libre expresión de sus decisiones.
- Garantizar que la víctima esté plenamente informada acerca del proceso que se adelantará, las fases correspondientes, las expectativas y eventualidades.
- Procurar que, por conducto de personal especializado, la víctima sea preparada emocionalmente para su participación. Idealmente se debería lograr tal acompañamiento psicológico para la víctima en el desarrollo de la diligencia.

- Evitar que dentro de la actuación haya expresiones que afecten la dignidad de la víctima. Que no haya revictimización o victimización secundaria.
- El interés de la víctima en la forma y el contenido de la reparación debe ser observado siempre y en todo momento por parte del defensor en la estrategia jurídica asumida en el incidente.

Recuerde que...

Cuando no fuere posible esclarecer la identidad de los autores o partícipes de los delitos, pero la víctima logró probar el daño sufrido como consecuencia del accionar de los grupos armados ilegales, el Tribunal ordenará la reparación con cargo al Fondo de Reparación que administra Acción Social. Ello porque la condición de la víctima se adquiere con independencia de que se identifique, capture o condene al autor o autores del hecho criminal.

3. Actividad probatoria en el incidente de reparación

3.1 El daño

Como se afirmó, el marco jurídico del proceso de justicia y paz exige que para que se dé la responsabilidad solidaria (art. 15 del Decreto 3391 de 2005) es menester lo siguiente:

- Que se establezca el daño real, concreto y específico.
- Que haya relación de causalidad entre el daño y la actividad del grupo armado.
- Que se haya definido judicialmente la pertenencia de los desmovilizados al bloque o frente correspondiente.

Con respecto a la reparación de que tratan los artículos 23 y 42.2, conviene a continuación presentar algunas consideraciones alusivas a lo que la víctima puede reclamar, al daño, al nexo causal con los hechos violatorios y algunos aspectos probatorios a su alrededor.

A la víctima le corresponde, asesorada por su representante judicial, probar que esas conductas punibles le ocasionaron un daño y, por tanto, que entre uno y otro hay un nexo de causalidad. Lo anterior obliga a dar una mirada en torno al tema del daño. Para efecto de la guía es procedente recordar que el daño, que debe ser real, concreto y específico, se clasifica en:

- Daño material: aquel que se causa al patrimonio de la víctima. Es la disminución o pérdida de dicho patrimonio y la falta de utilidad o beneficio que, sin la ocurrencia del daño, habría reportado a la víctima. Se puede valorar pecuniariamente. Comprende el daño emergente y el lucro cesante.
- Daño inmaterial: a juicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰⁵ el daño inmaterial

(...) puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. No siendo posible asignar al daño inmaterial un preciso equivalente monetario, sólo puede ser objeto de compensación, para los fines de la reparación integral a las víctimas, de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, tales como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir, que tengan como efecto la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad, el consuelo de sus deudos.

¹⁰⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 19 comerciantes contra Colombia, sentencia 5 de julio de 2004, párr. 244.

- Daño emergente: es aquel que se produce efectivamente de manera directa por la ocurrencia de la conducta delictiva. La persona materialmente disminuye su patrimonio por causa de los bienes que se le destruyen o por incurrir en gastos médicos, funerarios, jurídicos, transporte, etc.
- Lucro cesante: es la ganancia patrimonial que deja de percibir con ocasión del hecho generador del daño. Por el daño emergente la persona se empobrece, mientras que por el lucro cesante, deja de ganar.
- Daño moral: es la lesión de un derecho extrapatrimonial inherente a la personalidad. El daño moral se puede clasificar en subjetivo, que consiste en un perjuicio de afección y, objetivo, que se traduce y se aprecia en una valoración económica toda vez que él incide sobre el patrimonio ocasionando una lesión pecuniaria, por ejemplo, el campesino que ante la muerte de su esposa y sus hijos sufre un traumatismo tan grande que le imposibilita seguir con sus actividades agrícolas y pierde las cosechas o la tierra.
- Daño fisiológico o a la vida de relación: implica un daño que deteriora la calidad de vida de la víctima; tiene que ver con la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas, en orden a disfrutar de una existencia agradable. Quien sufre un daño a la vida de relación se ve forzado a llevar una existencia en condiciones más complicadas o exigentes que los demás, como quiera que debe enfrentar circunstancias anormales.

A juicio de la Corte Suprema de Justicia¹⁰⁶:

(...) el daño a la vida de relación se distingue por las siguientes características o particularidades: a) tiene naturaleza extrapatrimonial o inmaterial, en tanto que incide o se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es económicamente inasible, por lo que no es dable efectuar una mensura que alcance a reparar en términos absolutos la intensidad del daño causado; b) adquiere trascendencia o se refleja sobre la esfera externa del individuo, situación que también lo diferencia del perjuicio moral propiamente dicho; c) en

¹⁰⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M. P. César Julio Valencia Copete, 13 de mayo de 2008, expediente 11001-3103-006-1997-09327-01.

las situaciones de la vida práctica o en el desenvolvimiento que el afectado tiene en el entorno personal, familiar o social se manifiesta en impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas, de mayor o menor grado, que él debe soportar o padecer, las cuales, en todo caso, no poseen un significado o contenido monetario, productivo o económico; d) no sólo puede tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o psíquico, sino también en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, e incluso en la de otro tipo de intereses legítimos; e) según las circunstancias de cada caso, puede ser sufrido por la víctima directa de la lesión o por terceros que igualmente resulten afectados, como, verbigracia, el cónyuge, el compañero o la compañera permanente, los parientes cercanos o los amigos, o por aquélla y éstos; f) su reconocimiento persigue una finalidad marcadamente satisfactoria, enderezada a atemperar, lenificar o aminorar, en cuanto sea factible, los efectos negativos que de él se derivan; y g) es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño –patrimonial o extrapatrimonial– que posean alcance y contenido disímil, ni confundirlo con éstos, como si se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos, puesto que una indebida interpretación conduciría a que no pudiera cumplirse con la reparación integral ordenada por la ley y la equidad, como infortunadamente ha ocurrido en algunos casos, en franco desmedro de los derechos que en todo momento han de asistir a las víctimas.

Con el propósito de dimensionar el daño y establecer algunas pautas argumentativas para el incidente de reparación conviene hacer un mapa descriptivo de las condiciones circunstanciales en las que dicho daño se produjo. Para tal fin es preciso analizar:

1. Categoría de la violación

Comprende los delitos cometidos y los derechos que han sido violados por tales delitos. En este sentido, los daños sufridos por la víctima podrían ser causados por uno o varios delitos, y podrían tener como bienes jurídicos tutelados uno o varios derechos fundamentales e incluso colectivos, cuya reparación podría requerir distintos tipos de medidas.

2. Calidad de la víctima

Comprende la condición personal y familiar de la víctima, su pertenencia a un territorio o a determinado grupo, colectivo o comunidad, así como la condición de víctima que pueda tener dicho grupo, circunstancias que deben ser consideradas en el momento de definir las medidas de reparación para que sea adecuada a tales connotaciones.

3. Condiciones de riesgo o de especial vulnerabilidad de la víctima

La víctima puede haber estado, en el momento de producirse la violación de sus derechos, en una condición de especial vulnerabilidad. Este criterio contribuye a precisar la magnitud del daño, su alcance y la intensidad del sufrimiento padecido por la víctima, por ejemplo, niños, niñas y adolescentes en situación de riesgo; mujeres embarazadas o cabezas de hogar; en situación de desplazamiento forzado; personas mayores en situación de abandono; grupos étnicos en medio del conflicto armado; líderes sociales, sindicalistas, etc.

4. Contexto en el que se produjo la violación de los derechos y que incide en su gravedad

Situación de indefensión y desprotección de la víctima; amenazas, hostigamientos o agresiones sufridas previamente por la víctima.

Patrón de violaciones de derechos humanos generalizado en contra del grupo de población o colectivo al que pertenece la víctima. Impunidad, total o parcial, respecto de violaciones de derechos humanos, que hubiera generado en la víctima temor, desconfianza y sentimiento de indefensión.

Estas circunstancias de contexto permiten reconocer igualmente medidas de reparación colectiva dirigidas al fortalecimiento institucional en las localidades afectadas.

5. Forma en que se produjo la violación y que incide en su gravedad

Esta forma puede haberse caracterizado, entre otras, por una grave violación de derechos humanos como la desaparición forzada, el secuestro, la tortura, la violación sexual o la ejecución extrajudicial; por la atrocidad y brutalidad en la comisión del hecho, o por el trato cruel, humillante o inhumano sufrido por la víctima.

6. Intensidad del sufrimiento padecido por la víctima

Terror o miedo intenso vivido por la víctima; atrocidad y barbarie de los hechos vividos o presenciados por ésta; maltrato o humillación sufridos por la víctima; estado deplorable en el que los familiares ven o encuentran a su ser querido; miedo vivido por los familiares de iniciar o continuar con la búsqueda de sus seres queridos, o de denunciar los hechos por existencia de amenazas; ausencia de apoyo de las autoridades después del hecho o en la búsqueda de verdad y justicia; imposibilidad de honrar o enterrar apropiadamente a sus seres queridos fallecidos; estigmatización particular que sufren las mujeres cuando han sido víctimas de violación o abuso sexual, etc.

7. Alteración de las condiciones de existencia de la víctima o en su proyecto de vida.

Se diferencian del lucro cesante porque éste se refiere a ingresos económicos futuros. El proyecto de vida hace relación con las potencialidades y metas de las personas, no son simples oportunidades sino que implican situaciones probables, dadas las condiciones personales de la víctima, su vocación, aptitudes y aspiraciones.

Las potencialidades de la víctima se truncan por situaciones externas arbitrarias: el desplazamiento al que se ha visto forzada; afectación de sus estudios o de sus descendientes; afectación de las posibilidades o relaciones laborales; afectación de las relaciones sociales o comunitarias; afectación del tejido social de la comunidad a la que pertenece la víctima.

8. Pérdidas patrimoniales y gastos en los que han incurrido las víctimas

Elementos relacionados de un modo más directo con las pérdidas o los daños materiales sufridos por la víctima.

Ahora bien, en lo que atañe a la actividad probatoria del daño material, daño emergente y por lucro cesante, al daño moral y al daño fisiológico conviene señalar que la Corte Constitucional se ha pronunciado en torno a que no se puede restringir el derecho a la reparación de las víctimas exigiéndoles el aporte de requisitos imposibles de efectuar; así, en sentencia T-188 de 2007 precisó que

(...) la exigencia de requisitos que las víctimas no pueden cumplir y que sólo el Estado en cuyo territorio ocurren las vulneraciones debe asumir, para condicionar el acceso a los programas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción, vulnera el derecho fundamental de las víctimas a la reparación y hace imperativa la intervención del juez constitucional para su restablecimiento.

Concordante con lo anterior es pertinente tener en consideración las siguientes pautas:

Para el daño emergente es importante acreditar la propiedad o posesión de los bienes inmuebles destruidos o arrebatados por los grupos ilegales; los gastos en que incurrió la víctima para atender a su ser querido: facturas de servicios médicos, hospitalización, gastos funerarios, jurídicos, transporte, etc. Es importante recordar que por virtud del artículo 14 del Decreto 4760 de 2005, la víctima tiene el derecho de denunciar en el incidente de reparación los bienes que le fueron arrebatados y sobre los que pretenda la restitución. Cuando dicho bien no haya sido enlistado y entregado con destino a la reparación de la víctima la autoridad compulsará copias para que se adelante el correspondiente proceso de extinción de dominio.

Sobre el lucro cesante es necesario acreditar el registro civil de nacimiento para determinar la fecha de nacimiento de la víctima; certificación de estudios, formación profesional u ocupación de la

víctima con el fin de acreditar su potencial laboral; ingresos de la víctima, ya sea como asalariado o trabajador independiente; documentos sobre la expectativa de vida de las personas del sexo al que pertenece la víctima expedida por el DANE; indicación de las personas dependientes económicamente de la víctima.

Con relación al daño moral son determinantes los peritajes psicológicos y psiquiátricos sobre el estado emocional y la salud mental de la víctima y de sus familiares; testimonios de la víctima o de sus familiares sobre el impacto sufrido con ocasión del hecho delictivo, y un listado de posibles acciones o gestiones que debería hacer el Estado para compensar emocionalmente a la víctima o a sus familiares.

Referido al daño fisiológico o a la vida de relación la prueba fundamental es el dictamen médico-legal que indique la alteración fisiológica sufrida por la víctima, el porcentaje de incapacidad física, pérdida de movilización autónoma y proyección de las mismas en el tiempo que indiquen su carácter temporal o definitivo.

Recuerde que...

En cuanto a la actividad probatoria del daño material, daño emergente y por lucro cesante, al daño moral y al daño fisiológico, la Corte Constitucional ha señalado que no se puede restringir el derecho a la reparación de las víctimas exigiéndole el aporte de requisitos imposibles de cumplir.

3.2 El nexa causal

En términos generales, y desde la perspectiva de la reparación en el marco de justicia y paz, el nexa causal es la relación que existe entre los hechos delictivos y el daño que debe ser reparado.

En este aspecto existen varias teorías en la doctrina sobre responsabilidad extracontractual y, a modo de remembranza, se señalarán a continuación algunas de ellas que han servido de referente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para sus decisiones.

En primer lugar, la teoría de la “equivalencia de las condiciones” según la cual todos los factores determinantes en la realización de un resultado tienen la misma importancia, en el sentido de que únicamente la unidad de tales factores lo hace posible; en segundo lugar, la teoría de la “causalidad adecuada o eficiente”, de acuerdo con la cual la causa jurídicamente relevante de un hecho la constituye sólo el evento que, si no existiera, deja de producir el resultado. Esta teoría tiene mayor acogida, especialmente en los eventos en los cuales se conoce la causa inmediata del hecho, pues en estas condiciones es posible realizar el ejercicio teórico de suprimirla para establecer cuál es la relevancia jurídica de las demás causas que intervinieron en su realización¹⁰⁷.

En orden a las anteriores premisas, se precisa que el nexo causal es el enlace entre dos fenómenos: el hecho delictivo y el daño, de tal suerte que uno sucede después del otro, y que este último no se hubiera producido sin la existencia del primero. En otros términos, la exigencia del nexo causal impone la necesidad de que exista una relación directa, inmediata y exclusiva, es decir, una relación de causa a efecto.

De otro lado, la doctrina y la jurisprudencia de lo contencioso administrativo señalan que el vínculo de causalidad se rompe si se demuestra que el daño tuvo origen en la culpa exclusiva de la víctima, en la intervención exclusiva de un tercero, o en la fuerza mayor, circunstancias éstas que, a todas luces, no aplican para los casos de violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario en el marco del conflicto armado interno que se vive en el país.

Lo anterior obliga a realizar un breve análisis en materia de autoría y responsabilidad de los comandantes de frente o bloque de los grupos ilegales postulados a la pena alternativa de la Ley 975 de 2005, tema que se abordará más adelante.

Audiencia para sentencia e individualización de pena

Dentro de los diez días siguientes a la audiencia de verificación y aceptación de cargos, la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial

¹⁰⁷ Ver sentencia del Consejo de Estado, expediente 11.090, del 22 de noviembre de 2002, C. P. Ricardo Hoyos Duque.

debe citar para audiencia pública de sentencia e individualización de pena.

En esta audiencia, en primer lugar, se fijan la pena principal y las accesorias que correspondería de acuerdo con el procedimiento penal ordinario. Posteriormente, se fija la pena alternativa prevista en el artículo 29 de la Ley 975 de 2005 que oscila entre un periodo mínimo de cinco años y un máximo de ocho años, siempre que el condenado cumpla con todas las condiciones y los requisitos establecidos en dicha ley, en armonía con lo reglamentado por el artículo 8 del Decreto 4760 de 2005.

La graduación de la pena se establece de acuerdo con la colaboración brindada por el desmovilizado al esclarecimiento de los delitos y la gravedad de éstos.

La sentencia debe pronunciarse, además, sobre los compromisos de comportamiento del condenado, las obligaciones de reparar moral y económicamente a las víctimas, y sobre la extinción de dominio de los bienes que se destinan para la reparación.

Ejecución de la sentencia

Por disposición del artículo 30 de la Ley 975 el cumplimiento de la pena alternativa se dará en el establecimiento de reclusión que determine el Gobierno Nacional, el cual debe estar condicionado a las normas de control penitenciario según lo consideró la Corte Constitucional en el examen que hizo de la ley a través de su sentencia C-370 de 2006.

Después de cumplida la pena alternativa, y verificadas todas las condiciones señaladas en la correspondiente sentencia, se concede al condenado la *libertad a prueba* por un periodo igual a la mitad de la pena impuesta, adquiriendo los siguientes compromisos:

- No reincidir en conductas delictivas.
- Presentarse periódicamente al Tribunal Superior de Distrito Judicial correspondiente.
- Informar cualquier cambio de residencia.

Posterior al cumplimiento de las anteriores obligaciones en el periodo fijado se declarará extinguida la pena principal y se le concederá la libertad definitiva. En el evento de que no las cumpla se le revoca la libertad a prueba y el condenado deberá cumplir la pena inicialmente determinada.

Recursos ordinarios en el procedimiento de la Ley 975

El tema está regulado por el artículo 26 de la Ley 975 y, acorde con la norma de reenvío del artículo 62, en lo no previsto por las normas del Código de Procedimiento Penal. Tenemos así los recursos ordinarios de reposición y de apelación, y la acción extraordinaria de revisión.

Es importante resaltar que, a diferencia de lo preceptuado por el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el parágrafo 3 del artículo 26 de la Ley de Justicia y Paz expresamente prohíbe el recurso de casación contra la decisión de segunda instancia, norma que fue objeto de estudio por la Corte Constitucional en su sentencia C-370 de 2006 siendo declarada exequible. Al respecto, la Corte afirmó que la exclusión del recurso de casación como medio de impugnación de la sentencia proferida en segunda instancia por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, no entraña la afectación de derechos y garantías procesales de los intervinientes en el proceso por cuanto "...no es el recurso de casación el único idóneo para garantizar la efectividad de tales derechos". Además, aseveró que el legislador tiene la potestad de adecuar los recursos a las especificidades de los derechos, y "es evidente que la Ley 975/05 regula un procedimiento que posee sus propias particularidades, una de ellas, quizás la más relevante es que se estructura a partir de la confesión plena y fidedigna del procesado, lo cual genera también unas necesidades procesales específicas...", distintas a las reguladas por el Código de Procedimiento Penal.

Con posterioridad, la misma norma fue demandada nuevamente y la Corte, mediante la sentencia C-575 de 2006, se inhibió respecto de la totalidad del artículo por haber sido ya sometida al examen constitucional a través de la sentencia C-370 del mismo año.

En concordancia con el parágrafo 2 del artículo 26 de la Ley 975 de 2005, contra la sentencia procede la acción extraordinaria de revisión,

que conoce la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, la cual se regirá en su trámite por lo previsto en los artículos 192 a 199 del Código de Procedimiento Penal.

Cuadro 2. Diferencias entre los recursos ordinarios dentro del proceso penal

Recurso de reposición	Recurso de apelación
Procede contra todas las providencias excepción hecha de la sentencia.	Procede contra autos de fondo y sentencias.
Se interpone y se sustenta directamente en la audiencia contra el funcionario que adopta la decisión.	Se interpone en la misma audiencia en subsidio del de reposición.
Se resuelve de manera oral e inmediata en la misma audiencia.	Se resuelve primero el de reposición y luego se concede el de apelación ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.
	Se concede en el efecto suspensivo. Vale decir, la competencia del inferior se suspende desde cuando se profiere la providencia que lo concede hasta cuando regrese al despacho de origen.
	<p><i>Trámite:</i> el magistrado ponente cita a las partes a una audiencia de argumentación oral dentro de los 10 días siguientes al recibo de la apelación. Se sustenta el recurso y se escucha a los demás intervinientes. Se toma la decisión, para lo cual puede haber receso hasta de 2 horas.</p> <p>Nota: este trámite tiene prelación en la Sala, salvo lo relacionado con acciones de tutela.</p>

Tercera parte

Algunas consideraciones sobre
elementos dogmáticos, probatorios
y prácticos para tener en cuenta en
el proceso de justicia y paz _____

En los talleres que se realizaron con los representantes judiciales de víctimas para definir los ejes temáticos de esta *Guía*, afloraron tres aspectos que se abordarán a continuación: en primer lugar, lo relacionado con las diferentes formas de participación criminal que se presentan en los delitos de competencia de esta jurisdicción: autoría inmediata, autoría mediata, coautoría y actuar por otro, determinación y complicidad.

En segundo lugar, lo concerniente a los patrones sistemáticos de violación de los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario que se presentan en la realidad colombiana, los conceptos de generalidad y sistematicidad, y un análisis de los crímenes graves como genocidio, crimen de lesa humanidad y crimen de guerra.

Por último, una mirada dogmática probatoria a los delitos más confesados por los postulados a la pena alternativa de justicia y paz, vale decir, homicidio, desaparición forzada, desplazamiento forzado y violaciones sexuales.

Consideraciones sobre el régimen de autoría y participación

En virtud del principio procesal especial de esclarecimiento de la verdad consagrado en el artículo 15 de la Ley 975 de 2005, la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz deberá investigar, por conducto del fiscal delegado para el caso:

las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron las conductas punibles; las condiciones de vida, sociales, familiares e individuales del imputado o acusado y su conducta anterior; los antecedentes judiciales y de policía, y los daños que individual o colectivamente haya causado de manera directa a las víctimas, tales como lesiones físicas o psicológicas,

sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de derechos fundamentales.

Estas labores de investigación deberán llevarse a cabo durante la etapa previa o preliminar¹⁰⁸ en la cual “corresponde al fiscal de la unidad nacional de justicia y paz, una vez reciba la lista de postulados remitida por el Gobierno Nacional y antes de escuchar en versión libre al postulado, adelantar las actividades investigativas necesarias para establecer la verdad material, determinar los autores intelectuales, materiales y partícipes”¹⁰⁹. Por su parte, durante la diligencia de versión libre¹¹⁰, el fiscal del caso deberá interrogar al desmovilizado

acerca de los hechos que conozca, el postulante está obligado a confesar completa y verazmente todos los hechos delictivos en los que participó o de los que tenga conocimiento durante y con motivo de su pertenencia al grupo organizado al margen de la ley, informando las causas y circunstancias de modo, tiempo y lugar de su participación en los mismos o de los hechos que conozca, para asegurar el derecho a la verdad¹¹¹.

En definitiva, la investigación penal que adelante la Fiscalía General de la Nación deberá identificar las diferentes formas de participación criminal que puedan presentarse en los delitos de competencia de esta jurisdicción especial. De tal suerte, se deberá determinar en cada caso concreto si el desmovilizado responde a título de autor o partícipe en relación con la conducta punible que se investiga, siguiendo las reglas establecidas en los artículos 29 y 30 del Código Penal (Ley 599 de 2000):

Artículo 29. Autores. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.

¹⁰⁸ Reglamentada por los artículos 16 y 17 de la Ley 975 de 2005, y por los artículos 4 del Decreto 4760 de 2005, 9 del Decreto 3391 de 2006 y 1 del Decreto 4417 de 2006.

¹⁰⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 27 de agosto de 2007, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca. Apelación Hugo Hernando Barbosa León, p. 17.

¹¹⁰ Reglamentada por el artículo 17 de la Ley 975 de 2005, y por los artículos 1 y 5 de los decretos 4760 de 2005, 3391 de 2006 y 4417 de 2006.

¹¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 27.873, p. 18.

Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible.

Artículo 30. Partícipes. Son partícipes el determinador y el cómplice.

Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.

Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concorra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.

A la luz de lo establecido en las normas transcritas, es posible advertir que en el derecho penal colombiano se establecen *cuatro formas de autoría* (autoría inmediata, autoría mediata, coautoría y actuar por otro), las cuales incurrirán en la pena prevista para cada conducta punible, y *dos formas de participación criminal* (determinación y complicidad). En este último caso, tan sólo el determinador incurre en la pena prevista para la infracción.

Respecto de la *autoría*, con sujeción a la teoría del “dominio del hecho”, autor es aquel que no reconoce una voluntad que domine la suya (señor del hecho) y, en consecuencia, aquel que realiza en forma final el hecho punible en razón de su decisión volitiva.

En cuanto a la *coautoría*, es decir, cuando mediando un acuerdo común se da la división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte de cada quien, ésta puede ser *propia*, cada coautor realiza acciones ejecutivas del tipo penal; o *impropia*, no todos realizan actos ejecutivos y consumativos. La coautoría impropia requiere un común acuerdo (elemento subjetivo), y un aporte esencial al hecho en la fase ejecutiva (elemento objetivo) sin sometimiento, dependencia o subordinación. Este análisis conduce a afirmar que con relación a los comandantes no se da la coautoría impropia por cuanto no existe una decisión o acuerdo común, debido a la existencia de un régimen de jerarquía vertical, como tampoco se da una ejecución común del hecho, en la medida en que los comandantes no controlan directamente la realización de los actos que conducen al agotamiento de la fase ejecutiva de la conducta punible.

Referente a la *participación*, la modalidad de determinador está sujeta al cumplimiento de varios requisitos: es necesario que exista un vínculo entre el hecho principal y la acción del inductor (consecuencia directa); el determinador debe actuar con dolo; la acción del determinador debe ocasionar la resolución de cometer el hecho en el autor principal; el hecho al que se induce debe consumarse o alcanzarse, al menos, el grado de tentativa punible; el determinador debe carecer del dominio del hecho.

Como corolario de lo anterior, y fundamentado en artículo 29 del Código Penal, donde se señala que *autor es quien realiza la conducta punible utilizando a otro como instrumento*, todo aquel que en el marco de la jerarquía transmite la orden específica o genérica de perpetrar el delito, con mando autónomo, debe ser considerado como autor mediato. El concepto de “instrumento” implica que actúa de forma dolosa y carente de justificación.

Recuerde que...

*En el derecho penal colombiano se establecen **cuatro formas de autoría** (autoría directa, autoría mediata, coautoría y actuar por otro), las cuales incurrirán en la pena prevista para cada conducta punible, y **dos formas de participación criminal** (determinación y complicidad). En este último caso, tan sólo el determinador incurre en la pena máxima prevista para la infracción.*

A pesar de la existencia de estas reglas aparentemente claras existe una gran dificultad en las investigaciones de justicia y paz relativas al establecimiento de participación delictiva de los comandantes de las autodefensas en los hechos punibles perpetrados por sus subalternos. Su importancia en relación con el derecho de las víctimas a la verdad fue planteada recientemente por la Corte IDH en los siguientes términos:

(...) La Corte resalta que la satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual *incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades*. Dicha investigación debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios¹¹². (Énfasis agregado).

En efecto, en algunas versiones libres, los comandantes han manifestado que respondían a las órdenes del comandante general de las autodefensas, y que sus subordinados recibían lineamientos

¹¹² Corte IDH, Caso de la masacre de la Rochela contra Colombia, sentencia del 11 de mayo de 2007, párr. 194.

generales de actuación no obstante lo cual conservaban niveles de autonomía en el ejercicio de su mando. Este hecho genera una complicación adicional a la investigación penal de graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario cometidas por los desmovilizados, relativa a la identificación de la estructura, cadena de mando y formas de actuación de los bloques, frentes y grupos desmovilizados. A continuación se exponen algunas salidas que permitiría el marco jurídico para solucionar el problema planteado.

Posibles opciones dogmáticas

Con el fin de identificar el grado de responsabilidad de los comandantes de las autodefensas en el ámbito de la delincuencia organizada paraestatal es necesario constatar que este tipo de organizaciones constituyen en los hechos grupos armados al margen de la ley¹¹³, caracterizados por ejercer un control tal que les permite realizar operaciones militares sostenidas y concertadas sobre una parte del territorio, bajo la dirección de un mando responsable, tal y como se establece en las leyes 782 de 2002¹¹⁴ y 975 de 2005¹¹⁵.

Esta constatación fáctica y jurídica, que puede parecer obvia, tiene un alto grado de trascendencia para la delimitación de la responsabilidad de los comandantes. En efecto, en cada estructura militar de las autodefensas, y dejando de lado las particularidades de algunos bloques, es posible diferenciar una estructura jerárquica compuesta por al menos varios niveles de mando: 1) los “hombres de atrás” que orientan y dirigen la actuación política y militar de los bloques, frentes o grupos; 2) los comandantes, que establecen los planes de actuación de las estructuras armadas y emiten las órdenes relacionadas con la ejecución de los delitos; 3) los mandos medios

¹¹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proceso de desmovilización en Colombia. Washington: el autor. Doc. OEA/Ser.L/V/II.120, 2004; Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 2004. E/CN.4/2005/10, 28 de febrero de 2005.

¹¹⁴ Parágrafo 1, artículo 3 de la Ley 782 de 2002, que modifica el artículo 8 de la Ley 418 de 1997, prorrogada por la Ley 548 de 1999.

¹¹⁵ Artículo 1, Ley 975 de 2005.

que ejecutan los planes y dan órdenes a sus subordinados para desarrollarlos, y 4) los subordinados que ejecutan materialmente las órdenes impartidas y realizan de forma directa la mayoría de delitos.

Frente a esta clasificación es posible advertir que las posiciones 1, 2 y 3 pueden tener distintos tipos de participación dependiendo de su contribución en la conducta punible (autoría o participación), mientras que la 4 corresponde claramente a la de autores materiales. Es necesario tener en cuenta en las hipótesis que se establezcan en los programas metodológicos de investigación, que en todos los niveles de jerarquía de estas organizaciones pueden encontrarse otros agentes, no expresamente reconocidos, tales como servidores públicos o particulares colaboradores que pueden haber participado en la realización de los hechos punibles investigados. Por esta razón, la distinción entre los “hombres de atrás” y los comandantes no debe darse por supuesta sino que debe comprobarse, ya que es probable que las órdenes de actuación delictiva no hayan provenido únicamente de quienes se identifican públicamente como dirigentes de los grupos paramilitares, hecho que motiva que a lo largo del texto se haga referencia a los dos niveles de jerarquía indistintamente, tal como se hace en la doctrina penal contemporánea.

En todo caso, la respuesta frente al grado de participación en los hechos punibles de los comandantes y de los mandos medios depende de la distinción entre la autoría y la participación en el derecho penal colombiano. De acuerdo con Velásquez, la distinción entre la autoría y la participación ha suscitado innumerables disputas dogmáticas luego de las cuales se han destacado tres teorías principales¹¹⁶:

1. Teorías subjetivas: para estas teorías, autor es quien realiza una aportación causal al hecho con voluntad de autor (*animus auctoris*), cualquiera que fuese su contenido. Partícipe es quien actúa con voluntad de tal (*animus socii*).

¹¹⁶ Fernando Velásquez Velázquez, *Manual de derecho penal, parte general*, 3 edición, Bogotá, Comlibros, 2007, pp. 443 y ss.

2. Teorías objetivas:
 - 2.1. Teoría formal objetiva: esta teoría postula que autor es quien lleva a cabo la acción ejecutiva adecuada, total o parcialmente, al supuesto de hecho establecido en el tipo penal. Partícipe es aquel que se limita a aportar cualquier otra contribución causal al hecho. En esta teoría las diferencias dependen del “uso común del lenguaje” referido a los términos propuestos.
 - 2.2. Teoría material objetiva: autor es quien demuestra con su acción mayor peligrosidad para el bien jurídico. Partícipe es quien demuestra menor grado de peligrosidad.
3. Teorías mixtas. Teoría del dominio del hecho (objetivo-subjetiva): autor es aquel que no reconoce una voluntad que domine la suya (señor del hecho), y en consecuencia aquel que realiza en forma final el hecho punible en razón de su decisión volitiva; es el que tiene las riendas del hecho (voluntad final de realización).

En otras palabras, autor de un delito es el que domina objetiva y subjetivamente la realización de crimen, hasta el punto que sin su intervención y decisión el delito no se podría cometer. Por el contrario el partícipe, como su nombre lo indica, es sólo alguien que favorece, ayuda, induce o coopera en la comisión de un delito cuya realización, sin embargo, depende de la voluntad de otra persona que es el verdadero autor¹¹⁷.

De todos estos supuestos, la teoría del dominio del hecho es sin lugar a dudas la que ha recibido mayor aceptación tanto en la doctrina¹¹⁸ como en la jurisprudencia¹¹⁹.

¹¹⁷ Francisco Muñoz Conde, “Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder”. En Violaciones de los Derechos Humanos frente a los Derechos a la Verdad e Identidad. Segundo Coloquio Interdisciplinario de Abuelas de Plaza de Mayo. Buenos Aires, Abuelas de Plaza de Mayo, 2006, p. 51.

¹¹⁸ Al respecto véase: Velásquez, ob. cit., p. 445; Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid, Marcial Pons. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 1998a; Kai Ambos, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Bogotá, Duncker & Humblot, Konrad Adenauer-Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Temis. Trad. de Ezequiel Malarino, 2005.

¹¹⁹ “... sólo quien domina el hecho puede ser tenido como autor; mientras que el cómplice es aquel que simplemente presta una ayuda o brinda un apoyo que no es de significativa

En ese orden, el grupo armado ilegal de paramilitares actúa como un “aparato organizado de poder” entendiéndose por tal “una estructura organizada, que opera al margen del ordenamiento jurídico, compuesta por un número de personas suficiente para afirmar la fungibilidad de los ejecutores y con una fuerte jerarquización. No se trata de una banda de delincuentes, sino de mucho más que eso”, cuyos requisitos son:

- Dominio de la organización por parte de los “hombres de atrás”. El aparato de poder está comandado por una jerarquía que está en capacidad de dirigir la actividad delictiva, planificarla, determinar la utilización de los medios, y la escogencia del lugar y modo de operar, en donde los autores mediatos conservan el dominio del hecho.
- Actuación de la organización al margen del derecho. Todo el aparato funciona al margen de la ley nacional e internacional.
- Carácter fungible de los ejecutores o instrumentos, es decir, éstos son fácilmente sustituibles si deciden no cumplir las órdenes criminales.

Recuerde que...

Autor de un delito es el que domina objetiva y subjetivamente la realización de crimen, hasta el punto que sin su intervención y decisión el delito no se podría cometer. Por el contrario el partícipe, como su nombre lo indica, es sólo alguien que favorece, ayuda, induce o coopera en la comisión de un delito, cuya realización, sin embargo, depende de la voluntad de otra persona que es el verdadero autor.

importancia para la realización de la conducta ilícita, es decir, participa sin tener el dominio propio del hecho”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 9 de marzo de 2006, Magistrado M. P. Sigifredo Espinoza Pérez, Proceso 22327. En el mismo sentido véase: Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Penal, sentencia del 7 de marzo de 2007a, M. P. Javier Zapata Ortiz, Casación 23825; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de agosto de 2007b, M. P. María del Rosario González de Lemos, Proceso 25974.

La teoría del dominio del hecho es, sin lugar a dudas, la que ha recibido mayor aceptación tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Consideraciones sobre el carácter generalizado o sistemático de una violación de los derechos humanos

Hechas las anteriores observaciones dogmáticas, resulta del todo pertinente llevar a cabo una mirada, un tanto detallada, a algunas de las conductas más recurrentes en la práctica delictiva de los grupos armados ilegales acogidos a la Ley de Justicia y Paz, partiendo para ello de realizar un breve análisis al concepto de crimen de sistema, las pautas internacionales para su judicialización, y los elementos de algunas conductas a la luz de los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹²⁰.

Un marco general de violación de los derechos humanos y de infracciones del derecho internacional humanitario se puede leer desde diferentes perspectivas. Una de ellas es hacerlo bajo el criterio de la sistematicidad con el que se pretende, más allá de explicar la ocurrencia de hechos inconexos, la visualización de estructuras de macrocriminalidad que encierran políticas, prácticas y contextos sociopolíticos que facilitan su perpetración.

La doctrina internacional¹²¹ precisa que por el concepto de macrocriminalidad deben comprenderse aquellos crímenes internacionales que incorporan un papel mediato de políticas y prácticas institucionales. Al respecto, el alemán Jäger precisa que son “Comportamientos conforme al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva”, y que se diferencian cualitativamente de las formas “normales” de criminalidad debido “al papel que en ésta desempeña el Estado”. Por su parte, el tratadista alemán Hassemer señala que el concepto de macro criminalidad se

¹²⁰ Aprobados en Colombia mediante la Ley 1268 del 31 de diciembre de 2008.

¹²¹ Ambos, Kai. La parte general del derecho penal internacional. Base para una elaboración dogmática. 2005, pp. 45 y 46.

puede considerar en dos sentidos, en primer lugar, en sentido estricto y por tal comprende la “criminalidad fortalecida por el Estado” y, en sentido amplio, para referir a “actores no estatales” pero que actúan con omisión estatal.

En estas consideraciones se encuentran elementos esenciales referidos a la sistematicidad y a la estructura organizativa que está detrás de estos crímenes. Es así como la ONU¹²² caracteriza los crímenes de sistema de la siguiente manera:

- Requieren una organización para ser perpetrados.
- Implican una división del trabajo: unos que planifican y otros que ejecutan.
- Implican acuerdos previos en torno a la estructura y la implementación.
- Son perpetrados con respaldo oficial.
- Debido a que afectan un gran número de víctimas, ofrecen dificultades para la aplicación regular del derecho penal, sobre todo en cuanto a la participación y responsabilidad criminal.

Como se afirmó, el abordaje de una criminalidad generalizada y sistemática implica unos esfuerzos mayores en el investigador pues el reto es descubrir la red de poderes y las estructuras de organización que se encuentran detrás de los crímenes, más allá del propósito de explicar la ocurrencia de cada uno de ellos. Empezar una investigación de esas dimensiones, y bajo esta perspectiva, lleva implícita la decisión en torno a unos interrogantes mayúsculos con relación al proceso de selección de los crímenes, las hipótesis en cuanto a los presuntos responsables, y su nivel de mando e incidencia en la organización criminal, etc., entre otras inquietudes que surgen al comienzo de una tarea de estas proporciones. Por esas y otras razones, el documento de la ONU ya referenciado señala unos lineamientos generales recogidos de las prácticas internacionales de tal naturaleza y los presenta a los Estados que se hallan en situaciones

¹²² ACNUDH, Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento. Doc. ONU HR/PUB/06/4, Ginebra, 2006. El término “crimen de sistema” fue acuñado por el jurista holandés B. V. A. Röling, quien sirvió como magistrado del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio) después de la Segunda Guerra Mundial, 1946.

de transición. A continuación analizaremos brevemente tales lineamientos.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos propone cinco consideraciones que se deberían aplicar en todas las iniciativas, nacionales o con apoyo internacional, de persecución penal de crímenes de sistema:

1. Respaldo político claro.
 2. Estrategia clara.
 3. Capacidad y habilidad técnica.
 4. Especial atención a las víctimas y protección de testigos.
 5. Clara comprensión y conocimiento del derecho aplicable.
-
1. Es determinante, en primer lugar, contar con un compromiso político fuerte en torno a la rendición de cuentas en materia penal y las responsabilidades que de allí se deriven. Ello implica, además, un entendimiento y aceptación de lo que son e involucran tales crímenes, todo ello sobre la base de que las investigaciones inspiren confianza pública en las instituciones concernidas con el proceso, y que el papel de las víctimas sea determinante en aras de restaurar su dignidad.
 2. Como se señaló, el panorama al que se enfrenta este tipo de judicialización implica un universo amplio de casos y de perpetradores. Por consiguiente, es pertinente poder contar con una estrategia clara para ser aplicada a efecto de determinar los crímenes y presuntos responsables en los que se priorizarán los esfuerzos de las investigaciones. Se propone como herramienta metodológica realizar, en primer lugar, un mapeo respecto de los delitos, los presuntos responsables, la fecha y el lugar de ocurrencia, y las víctimas correspondientes.

En cuanto a los posibles victimarios conviene hacer una escala de responsabilidad, a manera de pirámide, en la que se vayan estableciendo niveles de mando de tal suerte que se ofrezca un primer panorama en el que se pueda apreciar una jerarquía de mandos superiores, mandos medios y ejecutantes de las órdenes criminales, comúnmente denominados "gatilleros". Luego de lo

anterior, es pertinente determinar la estrategia de persecución para cierta clase de delitos como los relacionados con violencia sexual o con el reclutamiento de menores de edad, los cuales reclaman ciertas especificidades. Concluida la etapa de definición de estrategia se debe abordar lo relativo a la determinación de recursos disponibles para ese propósito, el derecho aplicable al proceso que se inicia, y las prácticas para comunicar a la sociedad en general, de forma clara y comprensible, las distintas fases del enjuiciamiento.

3. Es importante que todas las iniciativas de persecución penal estén dotadas de las capacidades y habilidades técnicas necesarias para alcanzar los fines propuestos. En primer orden, la experiencia internacional reclama que se aborde la investigación desde una perspectiva multidisciplinaria: que se realice una contextualización del conflicto desde los órdenes social, económico y político; que se conozcan las prácticas particulares de las organizaciones criminales, las dinámicas de violencia, y se reconstruyan los elementos fácticos del delito, todo lo anterior dirigido a descubrir los lazos de poder que facilitaron la comisión de esos delitos y los determinadores de los mismos, vale decir, los “hombres de atrás” de la criminalidad.

El siguiente paso es el aspecto probatorio. Surge aquí la urgencia de recaudo de todos los elementos probatorios pertinentes, fundamentalmente el documental. A este respecto, el equipo de judicialización debe considerar el periodo investigado – normalmente varios años atrás– y, por tanto, es menester procurar la conservación de la prueba, la búsqueda de testigos y lo concerniente a su protección, de ser necesaria.

La investigación debe realizar un análisis integral de todo el panorama a fin de hallar elementos coincidentes o “patrones”. La oficina del Alto Comisionado define el “patrón” como “una serie de eventos que, debido a su frecuencia, ubicación espacial y naturaleza, implican algún grado de planificación y de control centralizado”. Es determinante para la investigación el hallazgo de patrones en la medida en que éstos posibilitan comprobar si un crimen en particular fue parte de un proceso planificado

desarrollado por una estructura macrocriminal. De otro lado, el manejo de los patrones, con bastante facilidad en algunos casos, evidencia la participación de los llamados autores “de atrás”.

A manera de pauta general, la ONU plantea una estructura mínima deseable para el desarrollo de las investigaciones y la acusación, sobre la base de un trabajo multidisciplinario: abogados entrenados en investigación de crímenes de sistema, analistas multidisciplinarios, número adecuado de investigadores, unidad de enlace con las ONG y las asociaciones de víctimas, y un equipo de expertos para atender necesidades particulares de grupos relacionadas con la edad y el género.

4. Otro aspecto de gran importancia es la atención que se le debe brindar a las víctimas y a los testigos, de tal suerte que jueguen un papel activo, en igualdad de condiciones procesales, que los investigados. Por ello conviene que se les indique con toda honestidad cuáles serán las expectativas dentro de los procesos, es decir, las posibilidades reales de verdad, justicia y reparación. Esa comunicación debe darse con frecuencia y de manera fácilmente entendible para las víctimas, lo que reclama la participación de un personal sensibilizado y entrenado para hacerlo.
5. Por último, las pautas de Naciones Unidas recomiendan que haya claridad en torno al derecho que se va a aplicar en la judicialización de estos crímenes pero sobre la base del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, con estricto seguimiento a las garantías universales del debido proceso.

Recuerde que...

El abordaje de una criminalidad generalizada y sistemática implica mayores esfuerzos del investigador pues el reto es descubrir la red de poderes y las estructuras de organización que se encuentran detrás

de los crímenes, más allá del propósito de explicar la ocurrencia de cada uno de los delitos individualmente considerados.

Por resultar del todo pertinente para esta Guía, a continuación se hará una breve conceptualización de los crímenes internacionales graves como genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, sobre los cuales recae la competencia de la Corte Penal Internacional, además del crimen de agresión que no fue definido por el Estatuto de Roma.

1. Genocidio

La definición de este crimen, adoptada por la Convención de las Naciones Unidas para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948 –aprobada en Colombia mediante la Ley 28 de 1959–, es similar a la adoptada por el artículo 6 del Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional¹²³. En efecto, por genocidio se entiende una serie de actos criminales perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

En este crimen es determinante el elemento subjetivo del victimario –acto subjetivo– en el sentido de que hay que probar su intencionalidad de destrucción total o parcial de uno de los grupos descritos –sujeto pasivo determinado–, y sobre la base de unos actos objetivos que allí se señalan (matar, lesionar gravemente etc.)

En cuanto al ordenamiento interno cabe advertir que el Código Penal (Ley 599 de 2000) en la regulación que hizo del delito de genocidio, artículo 101, adicionó al grupo político dentro de los sujetos pasivos

¹²³ Artículo 6 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘genocidio’ cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) matanza de miembros del grupo; b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

determinados, mientras que el Código Único Disciplinario (Ley 734 de 2002) aparte del grupo político adicionó al grupo social.

Por último, no pueden dejarse de lado los Elementos de los Crímenes, aprobados por la Asamblea de Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en septiembre de 2002, toda vez que son las pautas que ayudan a la Corte a interpretar cada una de las conductas que conforman su competencia material.

Recuerde que...

En el crimen de genocidio es determinante el elemento subjetivo del victimario –acto subjetivo– en el sentido de que hay que probar su intencionalidad de destrucción total o parcial de uno de los grupos (nacional, étnico, racial o religioso) –sujeto pasivo determinado–.

2. Crímenes de lesa humanidad

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia Almonacid Arellano y otros contra Chile, del 26 de septiembre de 2006, hizo una detallada y pedagógica conceptualización en torno al crimen de lesa humanidad. Por considerarlo de suma importancia para esta guía reseñaremos a continuación apartes de dicho análisis.

Señala la Corte que el desarrollo de la noción de crimen de lesa humanidad se produjo en los inicios del siglo pasado, en el preámbulo del Convenio de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907 al indicar que las potencias contratantes establecieron que “las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”.

El asesinato como crimen de lesa humanidad fue codificado por primera vez en el artículo 6.c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, y por el artículo 5.c del Estatuto del

Tribunal Militar Internacional para el juzgamiento de los principales criminales de guerra del Lejano Oriente (Estatuto de Tokyo), adoptado el 19 de enero de 1946.

Con base en ello, la Corte IDH reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un sólo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad. En este sentido se pronunció el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*, al considerar que “un solo acto cometido por un perpetrador en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil trae consigo responsabilidad penal individual, y el perpetrador no

cués en ese de lesa humanida nes unanormra do
eslos crímenes nes pobignatri pernforme, alideechno

dl (Estatuto de Romra (1o de julio de 198) e que creó, la Corte Ppenan)]TJT -.0
taqu lsd conductaes descriasr en el artículo 7 (dl (Estatuto cuanido so) TjT .003 Tc-

criminar aque está lid tráes
elemento cualriativyo) y as sea al trvése de u plan, e de uae páctica on

Estatuto que los (ataqu sn db ensrad generalizad se) Tj0 -1.2369 TD.5456 Tc.125 Tw(o sistema

y no copulativa, vale decir, que los ataques bien pueden ser generalizados o bien sistemáticos, lo cual no exige que se deban dar las dos circunstancias simultáneamente.

Recuerde que...

El concepto de “generalizado” indica una línea de conducta que implica un alto número de violaciones de los derechos humanos y, por consiguiente, un elevado número de víctimas (elemento cuantitativo), mientras que el concepto “sistemático” se refiere al nivel de organización criminal que está detrás de las violaciones (elemento cualitativo) ya sea a través de un plan, de una práctica o de una política, sea ésta expresa o tácita.

3. Crímenes de guerra

El artículo 8 del Estatuto de Roma señala un listado extenso de conductas prohibidas por el derecho internacional humanitario agrupadas en las siguientes categorías:

- a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949.
- b) Otras infracciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados internacionales.
- c) Violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra en conflictos armados de carácter no internacional, como el caso colombiano.
- d) Otras infracciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados de índole no internacional.

En cuanto a la aplicación del derecho humanitario en nuestro país, se resalta que este conjunto normativo tiene una incorporación “automática” por virtud del artículo 214,2 de la Constitución Política que señala que “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”. Adicionalmente, tanto los cuatro

Convenios de Ginebra como los Protocolos Adicionales han sido incorporados legalmente a nuestro ordenamiento interno¹²⁴ y, por tanto, tienen plena vigencia independientemente de las consideraciones de orden político que se tengan frente al conflicto armado interno.

Por su parte, con la Ley 599 de 2000 (título II, capítulo único, de los artículos 135 a 164) se consagraron por primera vez como conductas punibles los delitos cometidos contra personas y bienes protegidos por el derecho humanitario.

Para finalizar, conviene destacar que tanto el crimen de genocidio como los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra son imprescriptibles desde 1968, cualquiera fuere la fecha en que se hubieren cometido, de acuerdo con lo dispuesto por la Convención sobre la “Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad”. En lo particular, el Estatuto de Roma, en su artículo 29, señala una disposición similar al establecer que los crímenes de competencia de la Corte no prescribirán. Sin embargo, se precisa que la competencia de este organismo comenzó a regir a partir del 1 de julio de 2002 y que, en armonía con lo que prevé el artículo 24 del mismo ordenamiento, nadie será responsable, de conformidad con el Estatuto, por conductas anteriores a su entrada en vigor.

Recuerde que...

Los cuatro Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales, han sido incorporados legalmente a nuestro ordenamiento interno y, por tanto, tienen plena vigencia independientemente de las consideraciones de orden político que se tengan respecto de la existencia del conflicto armado interno.

¹²⁴ Los Convenios de Ginebra entraron en vigor en Colombia el 8 de mayo de 1962 por virtud de la Ley 5 de 1960. El Protocolo I entró en vigor en Colombia el 4 de septiembre de 1991, y el Protocolo II el 15 de febrero de 1996, por virtud de la Ley 171 de 1994.

Delitos más confesados en el marco del proceso de justicia y paz

A través de la Ley 975 el Estado colombiano ha pretendido impulsar los procesos de paz y la reincorporación a la vida civil de los grupos armados al margen de la ley, sobre la premisa fundamental de respetar el conjunto de derechos de las víctimas y de la sociedad en general, a la verdad, a la justicia y a la reparación. Si bien la Ley de Justicia y Paz representa un esfuerzo por superar el fenómeno de impunidad imperante en el país respecto de violaciones de los derechos humanos e infracciones a la normativa humanitaria, dicha ley tiene debilidades estructurales que obstaculizan la plenitud de los derechos señalados.

Así lo ha señalado la Corte Constitucional en el examen que hizo de la ley (sentencia C-370 de 2006) en cuanto a que "(...) no establece claramente los mecanismos judiciales necesarios y suficientes para que pueda esclarecerse el fenómeno macrocriminal que se afronta. Tampoco establece mecanismos judiciales que aseguren la revelación de la verdad sobre los delitos concretos cometidos por los integrantes de los grupos específicos que se desmovilicen".

No obstante, la Corte trazó interpretaciones en torno a la aplicabilidad de dicha ley que pueden ayudar a la concreción de los objetivos planteados. Para ello se requiere, en primera instancia, fortalecer la labor de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía en el sentido de abordar las investigaciones desde un criterio de sistematicidad y, paralelamente, propiciar que los demás intervinientes procesales coadyuven en esta iniciativa, en especial los representantes judiciales de las víctimas.

Este propósito se ajusta, además, a requerimientos hechos por organismos intergubernamentales de los cuales Colombia hace parte como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, en alusión al proceso de justicia y paz la Corte señaló, en el caso de la masacre de La Rochela contra Colombia, de mayo de 2007, que se requiere esclarecer la existencia de las estructuras criminales complejas, y sus conexiones, que hicieron posibles las violaciones.

En consecuencia, tanto los fiscales de la Unidad de Justicia y Paz, como los procuradores judiciales y representantes judiciales de las víctimas deberían adelantar su labor investigativa y de defensa integral con una perspectiva sistémica a efecto de esclarecer la macrocriminalidad imperante en el país. Los resultados de esta misión, más allá de la determinación de circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la comisión de un crimen en particular, debe conducir a establecer las esferas políticas, económicas e institucionales que actuaron detrás de las estructuras criminales, tanto de los grupos paramilitares como de la guerrilla y, como consecuencia de ello, propiciar el desmonte de todo el sistema que propició la magnitud de las violaciones de los derechos humanos y de infracciones del marco normativo humanitario.

En tal sentido, al final del proceso de justicia y paz la investigación y el juzgamiento deberían arrojar:

- Determinación de las causas y los factores que facilitaron la grave situación de violencia.
- Determinación de la estructura criminal que llevó a cabo dichas violaciones: mandos altos, medios y bajos, y su nivel de responsabilidad en los crímenes investigados.
- Determinación de quiénes fueron los hombres y las instituciones “de atrás” de la estructura criminal. En otros términos, quiénes fueron los planeadores de la violencia.
- Determinación de los “patrones” de conducta de los victimarios como por ejemplo: utilización de la sevicia (instrumentos criminales), empleo de la tortura, uso de la violación sexual como arma de guerra, el reclutamiento de menores de edad en el conflicto, la usurpación violenta de bienes, etc.
- Ubicación de las personas desaparecidas y ubicación de las fosas donde fueron enterradas.
- Juzgamiento de los autores y partícipes de la violencia. No sólo de quienes participaron directamente en la empresa criminal sino de sus determinadores.
- Reparación integral a las víctimas y a la sociedad en su conjunto.
- Investigación, juzgamiento y desmantelamiento de la estructura criminal y de la institucionalidad que la determinó y apoyó.

Por lo anterior, resulta conveniente para esta guía abordar brevemente, desde la perspectiva de crimen de sistema, varias de las conductas criminales que de forma más reiterada se han presentado en el conflicto armado interno colombiano. Es de advertir que el Código Penal colombiano, recogiendo las pautas internacionales en la materia, tipifica algunas conductas de dos maneras: de forma específica, es decir, la cometida en circunstancias propias del desarrollo de un conflicto armado de índole no internacional, como el caso colombiano, y de forma genérica, vale decir, la que no hace alusión a dichas circunstancias. Por tal razón, en la presentación –excepción hecha de la desaparición forzada– se hará referencia tanto a las conductas delictivas de tipicidad genérica, que por su generalidad o sistematicidad se ventilan como crimen de lesa humanidad como a las que se presentan en el marco del conflicto armado y, por tal, se advierten como crímenes de guerra. Todas ellas analizadas a la luz de los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma que, como se afirmó, ayudan a la Corte Penal Internacional a interpretar y a aplicar las conductas propias de su competencia (genocidio, crimen de lesa humanidad, crimen de guerra y crimen de agresión).

Recuerde que...

Tanto los fiscales de la Unidad de Justicia y Paz, como los procuradores judiciales y representantes judiciales de las víctimas deberían adelantar su labor investigativa y de defensa integral con una perspectiva sistémica a efecto de esclarecer la macrocriminalidad imperante en el país.

1. Homicidio

En las versiones libres que han rendido los postulados a la pena alternativa de la Ley de Justicia y Paz, hasta el 1 de julio de 2008 según el balance entregado por la Fiscalía General de la Nación, se han enunciado un total de 11.295 homicidios de los cuales se han confesado 1.289.

En el plano internacional, frente a la protección del derecho a la vida, se plasman obligaciones para los Estados tanto en el ámbito universal, a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6), como en el ámbito regional a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 4). Con relación a esta obligación, de forma similar el Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana han señalado que los Estados no sólo deben crear las condiciones necesarias para que no se viole ese derecho básico sino que, en particular, tienen el deber de impedir que sus agentes oficiales atenten contra él.

Específicamente, los Estados tienen el deber de prevenir e investigar las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias. El derecho internacional de los derechos humanos califica como ejecuciones sumarias las que se llevan a cabo en ejercicio de la pena de muerte, y como ejecuciones extrajudiciales o arbitrarias la privación ilegítima de la vida, como por ejemplo: homicidios realizados por instigación de los gobiernos, con su complicidad o permisividad, incluyendo los fallecimientos en los centros de reclusión como consecuencia de torturas, malos tratos o falta de atención médica.

En desarrollo de tales compromisos el Estado colombiano regula lo concerniente a la protección del derecho a la vida en el orden constitucional (art. 11); con la ratificación de distintos instrumentos internacionales –como la convención para la protección contra la desaparición forzada y la relativa a la abolición de la pena de muerte– y a través del Código Penal y el Código Disciplinario Único.

En materia penal la regulación es doble en cuanto existe una tipificación genérica establecida en los artículos 103 a 110, y una específica en cuanto prohíbe el homicidio en persona protegida por el derecho internacional humanitario, artículo 135.

Dentro del marco de justicia y paz deben considerarse no sólo los homicidios en persona protegida cometidos directamente por parte de los grupos armados al margen de la ley sino, de manera especial, los que se realizaron con el apoyo, la tolerancia manifiesta o la omisión de servidores estatales.

Una primera mirada a ese panorama, desde el punto de vista cuantitativo (generalidad), conduce a aseverar que los investigadores de justicia y paz se hallan frente a homicidios configurados como crímenes de lesa humanidad. En efecto, a la luz del artículo 7, 1, a, de los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma tenemos que el crimen de lesa humanidad de asesinato se configura por los siguientes elementos:

- Que el autor haya dado muerte a una o más personas.
- Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado (elemento cuantitativo) o sistemático (elemento cualitativo) dirigido contra una población civil.
- Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

En este sentido, el reto que corresponde a las víctimas, y por sobre todo a sus representantes judiciales, es reclamar que la Fiscalía, con la incidencia del Ministerio Público, aborde estrategias de investigación conducentes a estructurar el elemento de sistematicidad en tales crímenes y los roles que allí cumplieron posibles “autores de atrás” como gremios económicos, empresas multinacionales, fuerzas políticas regionales y locales, y servidores estatales.

Se reitera que dicha tarea no es exclusiva de los representantes judiciales que apoderan a las víctimas o de los agentes del Ministerio Público, no obstante, sus misiones institucionales reclaman la defensa de los derechos humanos, del orden constitucional y legal, de los intereses de la sociedad y, en consecuencia, deben velar por que el proceso de justicia y paz conduzca efectivamente a materializar los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de los cuales son titulares tanto las víctimas como la sociedad en general por tratarse de crímenes de lesa humanidad.

Una segunda perspectiva nos conduce al homicidio cometido en persona protegida (art. 135 CP). Este artículo dispone que el que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado ocasione la muerte de persona protegida conforme a los convenios internacionales sobre derecho humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en pena

de prisión; por persona protegida se entiende a los integrantes de la población civil; a las personas que no participan en las hostilidades; a los civiles en poder de la parte adversa; los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate; el personal sanitario o religioso; los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados, y los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga.

Por lo anterior, resulta oportuno considerar el homicidio en persona protegida desde la perspectiva de crimen de guerra. Para tal efecto, los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma (art. 8, 2, c, i-1) señala los siguientes elementos:

- Que el autor haya dado muerte a una o más personas.
- Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.
- Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.
- Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
- Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

La tarea de los investigadores bajo el proceso de justicia y paz debería conducirse por las tipificaciones especiales del título II del Código Penal, relativo a los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho humanitario, no solo porque las conductas cometidas por los grupos armados ilegales se han producido en desarrollo del conflicto armado interno, sino porque su penalización es más alta que la del homicidio ordinario y, si por alguna circunstancia el proceso debe pasar a la justicia ordinaria, ello resulta más conveniente para la materialización del derecho a la justicia.

Recuerde que...

El análisis de los homicidios en el país, desde el punto de vista cuantitativo (generalidad), desde la perspectiva

de estructuras criminales asociadas para cometer planificadamente los delitos (sistematicidad), conduce a aseverar que los investigadores de justicia y paz se hallan frente a conductas configuradas como crímenes de lesa humanidad.

Una segunda perspectiva nos lleva al homicidio cometido en persona protegida por las normas del derecho internacional humanitario, evento en el cual se configura un crimen de guerra.

2. Desaparición forzada

Después del homicidio, el delito de desaparición forzada es el más enunciado por los postulados en el marco de la Ley de Justicia y Paz (604 casos), y el segundo más confesado por los versionados (1649 casos) de acuerdo con las cifras suministradas por la Fiscalía General de la Nación en su balance realizado a los tres años de implementación de la Ley 975 de 2005.

Ello obliga a dar una mirada general a la normatividad que prohíbe la comisión de esta conducta. A nivel internacional, la ONU, retomando la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General en diciembre de 1992, aprobó mediante Resolución del 20 de diciembre de 2006 la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Dicho instrumento define la conducta como

(...) el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de la libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.

Por virtud de esta Convención, los Estados deben tipificarla como delito en su legislación penal, y adoptar todas las medidas necesarias para su efectiva investigación y la sanción de los responsables. No sobra señalar que esta Convención crea el Comité contra la Desaparición Forzada como máximo organismo de las Naciones Unidas para velar por la protección de todas las personas frente a las desapariciones forzadas.

Entre tanto, a nivel regional el sistema de la Organización de Estados Americanos (OEA) promulgó la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, en junio de 1994, entrando en vigor para Colombia el 12 de mayo de 2005 por virtud de la Ley 707 de 2001.

Internamente, la conducta está tipificada en los artículos 165 a 167 del Código Penal, adicional a ello es pertinente tener presente la Ley 971 de 2005 por medio de la cual se reglamenta el *mecanismo de búsqueda urgente* como herramienta pública para proteger la libertad y la integridad de las personas que se presume han sido objeto de desaparición forzada.

Este mecanismo está diseñado para que se active por la información de toda persona ante cualquier autoridad judicial. Todo servidor público que se entere de que una persona ha sido probablemente desaparecida está en la obligación de comunicar a cualquier autoridad judicial para activar dicho mecanismo.

La solicitud de activación del mecanismo de búsqueda no se someterá a reparto y deberá ser tramitada por el funcionario judicial ante quien se presente en un término no mayor de 24 horas. De manera inmediata informará a la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas, al Instituto Nacional de Medicina Legal, al Departamento Administrativo de Seguridad, a la Registraduría Nacional del Estado Civil, a la Fiscalía General de la Nación y a las demás entidades que tengan registros de personas desaparecidas. Igualmente, se resalta que por disposición del Decreto 4218 de 2005 se diseñó, implementó y reglamentó el Registro Nacional de Personas Desaparecidas creado por medio de la Ley 589 de 2000 y que está a cargo del Instituto de Medicina Legal.

Para hacer un análisis de las desapariciones forzadas como crímenes de lesa humanidad es preciso reseñar lo que prescriben los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma al respecto en su artículo 7,1,i:

1. Que el autor:
 - a) Haya aprehendido, detenido o secuestrado a una o más personas; o
 - b) Se haya negado a reconocer la aprehensión, la detención o el secuestro, o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona.

2. a) Que tal aprehensión, detención o secuestro haya sido seguido o acompañado de una negativa a reconocer esa privación de libertad, y a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona.
 - b) Que tal negativa haya estado precedida o acompañada de esa privación de libertad.

3. Que el autor haya sido consciente de que:
 - a) Tal aprehensión, detención o secuestro sería seguido en el curso normal de los acontecimientos de una negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona, o
 - b) Tal negativa estuvo precedida o acompañada de esa privación de libertad.

4. Que tal aprehensión, detención o secuestro haya sido realizado por un Estado u organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia.

5. Que tal negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona haya sido realizada por un Estado u organización política, o con su autorización o apoyo.

6. Que el autor haya tenido la intención de dejar a esa persona fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado.

7. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

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

No queda duda alguna de que en el marco de las investigaciones de justicia y paz el delito de desaparición forzada se configura como crimen de lesa humanidad en tanto cumple con uno de los requisitos establecidos para ello como es el de la generalidad (elemento cuantitativo). Resta que los investigadores aborden esta conducta delictiva desde la perspectiva de la sistematicidad (elemento cualitativo) con el propósito, tantas veces señalado, de vislumbrar la estructura organizativa criminal que las perpetró y, principalmente, institucionalidad que estuvo “detrás” como su propiciador o instigador.

Otro aspecto que debe analizarse en el marco de las desapariciones forzadas es cuando, por razones de la investigación o por confesión de los victimarios, se tiene la certeza de que la persona detenida desaparecida fue asesinada, y queda tan sólo encontrar sus restos mortales para entregárselos a sus familiares. Justamente, con ocasión de las versiones rendidas bajo la Ley 975 la Fiscalía ha exhumado 1.289 fosas, en las que se han encontrado 1.555 cuerpos, 522 de los cuales han sido identificados indiciariamente (muestra de ADN y a la espera de resultados de laboratorio), y los restos de 207 cuerpos han sido entregados a los familiares.

En este tópico de las exhumaciones e identificación de cadáveres conviene tener presentes algunas consideraciones desde la perspectiva de los familiares. En primer lugar, previo a la realización de la diligencia, la Fiscalía, el agente del Ministerio Público y, fundamentalmente, el representante judicial de sus intereses jurídicos, deben velar por que haya una preparación integral de los familiares no sólo desde el punto de vista jurídico de la actuación que se llevará a cabo, sino desde el punto de vista emocional. Para ello conviene la asesoría de personal especializado, con perspectiva de género, a fin de que haya atención psicosocial que oriente y prepare su intervención.

En segundo lugar, es preciso que la diligencia de exhumación e identificación de cadáveres se realice de la forma más segura posible, tanto para los funcionarios intervinientes en la misión como para los familiares de la víctima de desaparición y asesinato. Sobre la base de un esquema de seguridad la práctica de la diligencia debe ceñirse a los protocolos fijados institucionalmente para esas actuaciones. Para el caso de la Fiscalía General de la Nación, los protocolos de actuación están definidos en el Protocolo 068 del Cuerpo Técnico de Investigaciones.

Es conveniente que en el proceso técnico de exhumación se lleven a cabo todas las pruebas conducentes a demostrar los factores generadores de la muerte, principalmente si hubo actos de tortura o de abuso sexual antes de la muerte.

La experiencia en estos casos aconseja, además, que en las diligencias se esté acompañado de profesionales sensibilizados para la atención de situaciones de crisis que pueden padecer los familiares frente al impacto que genera la comprobación de la muerte de su ser querido. Con el objeto de reducir los niveles de afectación es recomendable que los restos sean entregados a sus familiares dentro de los términos más breves a efecto de que puedan realizar sus duelos personales y las diligencias de inhumación correspondientes a sus creencias personales.

Sintetizando, los investigadores, con el apoyo de los representantes judiciales, deben realizar una actividad probatoria en la materia encaminada a determinar:

- La preexistencia de la persona desaparecida.
- Los posibles móviles o razones para la desaparición.
- Indicios acerca las circunstancias de la desaparición y los momentos previos a ella.
- Análisis de información georreferenciada para esclarecer patrones de generalidad o sistematicidad de la conducta.
- Modus operandi del bloque, frente o grupo.
- Lugares de entierro clandestinos o fosas comunes de NN en cementerios oficiales.

Para finalizar, se reseña que la Fiscalía General de la Nación, por conducto de la Unidad de Fiscalías para la Justicia y la Paz, comenzó a realizar en julio de 2008 jornadas masivas de identificación de familiares de personas desaparecidas con varios propósitos: informar a los familiares sobre los procedimientos que adelanta la Fiscalía con el objeto de averiguar por el paradero de las personas desaparecidas; recolectar información precisa de los familiares sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar de desaparición de su ser querido; ingresar los datos suministrados por los familiares al Registro Nacional de Personas Desaparecidas que lleva el Instituto de Medicina Legal; hacer un reconocimiento de prendas y demás objetos que la Fiscalía ha recolectado en diligencias de exhumación de fosas encontradas y, finalmente, tomar muestras de sangre de los familiares más cercanos de la víctima para ingresarlas a los laboratorios de Medicina Legal y tener la base para futuros cotejos. Dada la importancia de estas jornadas, y del interés de la Fiscalía de realizarlas en todo el territorio colombiano, resulta del todo pertinente que los representantes judiciales se hagan presentes en dichas diligencias para asesorar a sus víctimas y, sobre manera, estar vigilantes de que a lo largo de las mismas no se generen situaciones de victimización secundaria para sus protegidos.

Recuerde que...

*Se debe tener presente la Ley 971 de 2005 por medio de la cual se reglamenta el **mecanismo de búsqueda urgente** como herramienta pública para proteger la libertad y la integridad de las personas que se presume han sido objeto de desaparición forzada.*

Este mecanismo está diseñado para que se active por la información de toda persona ante cualquier autoridad judicial. Todo servidor público que se entere de que una persona ha sido probablemente desaparecida está en la obligación de comunicar a cualquier autoridad judicial para activar dicho mecanismo.

3. Desplazamiento forzado

El desplazamiento forzado por la violencia es una de las conductas delictivas que representa mayor vulneración de los derechos humanos en el país. Cifras oficiales y no oficiales señalan que hay más de dos millones y medio de personas que lo padecen por el accionar de los grupos armados al margen de la ley y, en menor escala, debido a la conducta irregular de servidores del Estado.

Curiosamente, este delito no se registra en los primeros lugares de los delitos enunciados o confesados por los versionados en el proceso de la Ley 975, pese a que un alto porcentaje de las 143.405 víctimas registradas por la Fiscalía, de acuerdo con los datos condensados a 1 de julio de 2008, han señalado haber sido desplazadas por los grupos paramilitares y, pese a que de manera expresa el parágrafo del artículo 11 del Decreto 4760 de 2005 señaló que para los efectos de la participación en el proceso de justicia y paz se consideran como víctimas a las personas que han sufrido desplazamiento forzado como consecuencia del accionar de los grupos ilegales.

No obstante, no por esa invisibilización del desplazamiento en las versiones libres se puede desconocer la incidencia de los grupos paramilitares en la movilización humana forzosa de centenares de miles de personas. Este elemento cuantitativo (generalidad) nos aboca a comprender el desplazamiento forzado en nuestro país como un crimen de lesa humanidad, razón por la cual nos remitimos a los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma que en lo particular (art. 7 1) d), describe los elementos de la conducta de crimen de lesa humanidad de deportación o traslado forzoso de población, así:

- Que el autor haya deportado o trasladado por la fuerza, sin motivos autorizados por el derecho internacional, y mediante la expulsión u otros actos de coacción, a una o más personas a otro Estado o lugar.
- Que esa o esas personas hayan estado presentes legítimamente en la zona de la cual fueron deportadas o trasladadas.
- Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la legitimidad de dicha presencia.

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

Es importante advertir que el desplazamiento forzado originado en ámbitos de persistentes violaciones de los derechos humanos se configura como crimen de lesa humanidad en la medida en que se den uno o los dos requisitos ya mencionados: generalidad o sistematicidad. No obstante, si el desplazamiento se origina en un marco de conflicto armado interno como el que se vive en el país estaremos frente una infracción grave del derecho internacional humanitario y, a la luz del Estatuto de Roma, comprenderá un crimen de guerra.

En efecto, en nuestro ámbito de conflicto armado el desplazamiento forzado de personas ha sido utilizado por los actores armados como una estrategia de guerra para posicionarse en territorios militarmente importantes para el desarrollo de las operaciones propias de la guerra, o se le ha empleado como una forma de expropiación de terrenos valiosos por el uso de sus suelos o por la cercanía a epicentros macroeconómicos. Por consiguiente, el desplazamiento forzado debe apreciarse desde la perspectiva de crimen de guerra toda vez que está prohibido por el artículo 17 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, así: “No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas”.

Como crimen de guerra los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma (art. 8.2.e.viii) predicen los siguientes componentes:

- Que el autor haya ordenado el desplazamiento de una población civil.
- Que la orden no haya estado justificada por la seguridad de las personas civiles de que se trataba o por necesidades militares.

- Que el autor haya estado en situación de causar ese desplazamiento mediante la orden.
- Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
- Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

En el mismo sentido, internamente se ha tipificado en los artículos 159 y 180 del Código Penal, el primero de ellos como protección específica dentro del marco del conflicto armado interno que vive el Estado colombiano y el segundo, de forma genérica, para cuando se desarrolle en el marco de condiciones distintas a la de un conflicto armado. Señala el artículo 159 que el que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, y sin que medie justificación militar, deporte, expulse, traslade o desplace forzosamente de su sitio de asentamiento a la población civil, incurrirá en pena de prisión; mientras que el artículo 180 dispone que el que de manera arbitraria, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, ocasione que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia, incurrirá en pena de prisión.

A la investigación de la conducta de desplazamiento forzado por la violencia se añade una labor adicional relativa a la averiguación conducente a establecer en poder de quién o quiénes quedaron las tierras abandonadas por las personas desplazadas. Surge así una misión especial para los representantes judiciales de víctimas consistente en asesorarlas de manera precisa sobre los aspectos probatorios de propiedad, posesión o tenencia de esos bienes inmuebles necesarios para la audiencia de reparación integral.

Corresponde a los representantes judiciales, junto con el Ministerio Público, propiciar que las investigaciones apunten a:

- Determinar las causas que pudieron haber originado el desplazamiento.
- Determinar las maniobras jurídicas empleadas por quienes arrebataron las tierras para no figurar como propietarios o poseedores (testaferrato, ventas simuladas, etc.).

- Determinar las condiciones actuales de los bienes (algunos bienes han sido entregados completamente desmantelados y desmejorados).
- Esclarecer patrones de generalidad o sistematicidad de la conducta en la zona donde se presentaron los hechos.
- Esclarecer patrones de conducta de los victimarios, modus operandi del bloque, frente o grupo.

Recuerde que...

En el conflicto armado interno del país, el desplazamiento forzado de personas ha sido utilizado por los actores armados como una estrategia bélica para posicionarse en territorios militarmente importantes para el desarrollo de las operaciones propias de la guerra, o se ha empleado como una forma de expropiación de terrenos valiosos por el uso de sus suelos o por la cercanía a epicentros macroeconómicos. Por consiguiente, el desplazamiento forzado debe analizarse desde la perspectiva de crimen de guerra.

4. Delitos contra la libertad, integridad y formación sexual

De acuerdo con información al 1 de julio de 2008 suministrada por la Fiscalía General de la Nación, los versionados han enunciado un total de 11 hechos de violencia sexual pero no han confesado ninguno de ellos.

Estas cifras contrastan fuertemente con diversas informaciones de investigaciones académicas, de organismos de derechos humanos, periodísticas, etc., que coinciden en señalar que la violencia sexual ha sido una conducta recurrentemente perpetrada por los grupos armados ilegales en contra de mujeres, niños, niñas, adolescentes y hombres.

Todas las formas de violencia sexual se encuentran prohibidas por el derecho humanitario, y para conflictos armados de carácter no

internacional, como el colombiano, su prohibición se encuentra de forma expresa en el artículo 4,2,e y h del Protocolo II de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. No obstante, en esa disposición no se define lo que debe entenderse por violación sexual. Al respecto, es de señalar que los tribunales penales internacionales han hecho avances significativos en materia de jurisprudencia para el procesamiento de los abusos sexuales en contextos de conflictos armados. Por su parte,

La Fiscalía ha reconocido que la violencia sexual no sólo constituye un conjunto de crímenes internacionales, como los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, sino que puede constituir también tortura, esclavitud, graves lesiones corporales y otros actos pertinentes, siempre que los elementos que constituyen esos crímenes se hallen presentes en el acto de violencia sexual. Hasta la fecha, en los procesos públicos de este Tribunal por crímenes cometidos durante la guerra en la antigua Yugoslavia, se han considerado los crímenes de agresión sexual como graves violaciones de los Convenios de Ginebra, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio¹²⁵.

Siguiendo con la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en la obra citada, se afirma que la violación sexual y los atentados contra el pudor pueden constituir tortura siempre y cuando cumplan los elementos requeridos por el artículo 1.1 de la Convención contra la Tortura.

Igualmente, en armonía con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, las agresiones sexuales bien pueden constituir un crimen de lesa humanidad (art. 7, g) o un crimen de guerra (art. 8, 2, c, ii) en la medida en que se desarrollen en conflictos armados de carácter no internacional.

En cuanto crimen de lesa humanidad, se insiste, la conducta debe darse bajo condiciones de generalidad –elevado número de casos–

¹²⁵ Alejandro Valencia Villa (ed.), *Derecho internacional humanitario. Conceptos básicos. Infracciones en el conflicto armado colombiano*, Bogotá, OACNUDH, 2007, p. 356.

o en condiciones de sistematicidad –obedeciendo a una estructura criminal, a un plan o una política–, por lo que resulta conveniente precisar los elementos de esa conducta a la luz de los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma (art. 7, 1, g, 1):

- Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual, o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.
- Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza, o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona, o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento. Los mismos Elementos aclaran que se entiende que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si adolece de una incapacidad natural, inducida o debida a la edad, es decir, se presume siempre la ausencia de consentimiento en los menores de edad.
- Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
- Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil, o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Es de advertir que los Elementos de los Crímenes también describen las conductas de crimen de lesa humanidad de esclavitud sexual, de prostitución forzada, de embarazo forzado, de esterilización forzada y de violencia sexual.

Como se ha hecho hincapié, corresponde a la Fiscalía impulsar una investigación con perspectiva sistémica –y a los representantes judiciales requerirla– con el objeto de determinar en qué medida las violaciones sexuales se cometieron, no como hechos insulares, sino

en obediencia a planes elaborados para agredir con mayor intensidad a las víctimas, dicho de otra manera, si se emplearon como estrategia de guerra.

Las agresiones sexuales como crimen de guerra se producen en un contexto de conflicto armado. Así, los Elementos de los Crímenes (art. 8, 2, e. vi-1) señalan lo siguiente:

- Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual, o del orificio anal o genital de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.
- Que la invasión se haya cometido por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa persona u otra persona, o aprovechando el entorno coercitivo, o se haya realizado en condiciones en que la persona era incapaz de dar su libre consentimiento.
- Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
- Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Los Elementos también describen las conductas de esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y violencia sexual.

El Código Penal colombiano, por su parte, hace una tipificación genérica de las conductas de agresión sexual en el Título IV relacionado con los “delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”, y en cuatro capítulos (arts. 205 a 219-B) regula lo concerniente a la violación, los actos sexuales abusivos y el proxenetismo. La tipificación específica la hace en el capítulo de las

personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, así: acceso carnal violento en persona protegida (art. 138); actos sexuales violentos en persona protegida (art. 139), y prostitución forzada o esclavitud sexual (art. 141). A diferencia del Estatuto de Roma, el Código Penal no tipifica el embarazo forzado y la esterilización forzada.

Recogiendo lecciones aprendidas en los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y para Rwanda, en cuanto a la judicialización de hechos de violencia sexual se afirma que, en lo relativo a los medios de prueba, el elemento fundamental en estas instancias internacionales ha sido la prueba testimonial, para cuya valoración se han articulado varios principios¹²⁶:

- El “desorden o estrés postraumático” causado por experiencias como las propias de los crímenes sexuales, e incluso el tratamiento psicológico para remediarlo, en nada afectan, per se, la credibilidad del relato de un testigo.
- La identificación concreta de los autores de los crímenes sexuales ha de evaluarse de forma especialmente cautelosa, resultando esenciales las descripciones físicas y las declaraciones de otros testigos/víctimas para la determinación definitiva de la autoría de los crímenes.
- Por los mismos condicionantes de todo proceso judicial, las identificaciones que se realizan durante el desarrollo del mismo juicio no son tomadas en cuenta como prueba.
- En atención a las circunstancias propias de los crímenes cometidos, las faltas de precisión (esencialmente temporales), o las discrepancias menores entre las declaraciones de varios testigos sobre un hecho o conjunto de hechos, e incluso entre lo declarado en un momento u otro por un mismo testigo, no se

¹²⁶ Javier Chinchón Álvarez, “Principios y procedimientos de prueba en casos de crímenes sexuales ante los tribunales penales internacionales: su aplicación en las instancias judiciales internas”. En Michael Reed Hurtado (ed.), *Judicialización de crímenes de sistema*, ob. cit., p. 217.

consideran como descalificadoras de la evidencia siempre y cuando la esencia del relato del hecho se mantenga inalterada.

- Aunque no de manera determinante, parece existir cierto grado de mayor flexibilidad en la valoración de la prueba testifical de víctimas muy jóvenes.
- Pese a que en ningún caso se requiere la corroboración de la declaración de una víctima por un tercero cuando la única prueba de un crimen es la declaración de la víctima, el examen y análisis de la misma se realizan atendiendo a un grado valorativo de mayor exigencia.

A manera de recomendaciones para los representantes judiciales de las víctimas de agresiones sexuales que deciden voluntariamente participar en el proceso de justicia y paz se les indica lo siguiente:

- La entrevista debe ser dirigida por personal especializado y sensibilizado en el tratamiento de estas conductas.
- Para la intervención procesal de una de estas víctimas, con el objeto de dar información sobre los hechos, se debe requerir la asistencia psicológica, no sólo para la preparación de la actuación sino para que esté pendiente de situaciones de crisis que de allí llegasen a derivarse.
- El representante judicial, en asocio con el agente del Ministerio Público, deben brindar especialísima atención a efecto de que en el transcurso de la intervención procesal a la víctima no se le someta a situaciones de revictimización o victimización secundaria.
- La víctima deberá ser asistida psicosocialmente después de su intervención procesal, y el representante judicial deberá prestar atención a que los profesionales competentes le brinden el seguimiento que el caso amerite.
- Desde el punto de vista probatorio, el defensor debe considerar que el vacío o la negación de la información no puede entenderse

como inexistencia de estas conductas, y que hay mucho temor en las víctimas por la estigmatización o las represalias familiares y sociales.

- Estar atento para que los investigadores forenses, médicos rurales o funcionarios de salud pública no omitan la búsqueda de rastros de violencia sexual en cadáveres exhumados.
- Apoyar la labor de los investigadores para establecer patrones de generalidad o sistematicidad de la conducta en la zona donde se presentaron los hechos de violencia sexual, y el modus operandi del bloque, frente o grupo correspondiente.

Recuerde que...

En consonancia con, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, las agresiones sexuales bien pueden constituir un crimen de lesa humanidad (art. 7, g) o un crimen de guerra (art. 8, 2, c, ii) en la medida en que se desarrollen en conflictos armados de carácter no internacional como el que se vive en territorio colombiano.

Bibliografía

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento. Doc. ONU HR/PUB/06/4, Ginebra, 2006. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawProsecutionssp.pdf>.

Ambos, Kai, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Bogotá, Duncker & Humblot, Konrad Adenauer-Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Temis. Trad. de Ezequiel Malarino, 2005.

Bernal Cuéllar, Jaime, Eduardo Montealegre Lynett, *El proceso penal*, 4 edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

Cafferata Nores, José I., *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Buenos Aires, CELS, Editores del Puerto, 2006.

Chinchón Álvarez, Javier, "Principios y procedimientos de prueba en casos de crímenes sexuales ante los tribunales penales internacionales: su aplicación en las instancias judiciales internas". En Michael Reed Hurtado (ed.), *Judicialización de crímenes de sistema. Estudios de caso y análisis comparado*, Serie Justicia Transicional, Bogotá, 2008.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proceso de desmovilización en Colombia*, Washington: el autor. Doc. OEA/Ser.L/V/II.120, 2004.

De Greiff, Pablo, "Justicia y reparaciones". En Catalina Díaz (ed.), *Reparaciones para las víctimas de la violencia política*. Serie Justicia Transicional, Bogotá, abril de 2008.

Defensoría del Pueblo. Unidad de Justicia y Paz, *Guía de orientación jurídica y psicosocial para la atención a las víctimas de la violencia generada por grupos armados organizados al margen de la ley*, tomo I, 2 edición, Bogotá, 2007.

Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), *Los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional: manual para víctimas, sus representantes legales y ONG*, 2007.

Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en cumplimiento de la Resolución 2005/66 de la Comisión de Derechos Humanos. Doc. ONU E/CN.4/2006/91.

Muñoz Conde, Francisco, "Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder". En *Violaciones de los Derechos Humanos frente a los Derechos a la Verdad e Identidad*. Segundo Coloquio Interdisciplinario de Abuelas de Plaza de Mayo. Buenos Aires, Abuelas de Plaza de Mayo, 2006.

Naciones Unidas, "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones". Principio 8, AG Res.60/147 del 15 de diciembre de 2005.

Naciones Unidas, Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Regla 85.

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 2004. E/CN.4/2005/10, 28 de febrero de 2005.

Pearson, Annette, "La Red Nacional de Atención a Víctimas (RNAV): una propuesta que impulsa la CNRR y que ahora cuenta con vida propia en las regiones". En *Boletín CNRR*, Edición 1,

noviembre, Bogotá, Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, 2007.

Procuraduría General de la Nación, Directiva 0008 del 5 de junio de 2007. Instrucciones para la garantía de la participación judicial de las víctimas en el marco de la Ley 975 de 2005 y sus decretos reglamentarios, 2007.

Reed Hurtado, Michael (ed.), *Judicialización de crímenes de sistema. Estudios de caso y análisis comparado*, Serie Justicia Transicional, Bogotá, 2008.

Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid, Marcial Pons. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 1998.

Tamarit Sumalla, Josep M., Carolina Villacampa Estiarte, *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*, Bogotá, Universidad Santo Tomás, Ibáñez, 2006.

Valencia Villa, Alejandro (ed.), *Derecho internacional humanitario. Conceptos básicos. Infracciones en el conflicto armado colombiano*, Bogotá, OACNUDH, 2007.

Velásquez Velázquez, Fernando, *Manual de derecho penal, parte general*, 3 edición, Bogotá, Comlibros, 2007.

Disco compacto

Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación -CNRR

- cartilla.pdf
- ¿Soy una víctima? Tengo derechos
- Definiciones estrategicas.pdf
- Funciones de la CNRR

Corte Constitucional JUSTIPAZ

- Sentencia T-049 de 2008
- Sentencia C-080/07
- Sentencia C-1199/08
- Sentencia C-127/06
- Sentencia C-400/06
- Sentencia C-650/06
- Sentencia C-719/06
- Sentencia C-319/06
- Sentencia C-531/06
- Sentencia C-575/06
- Sentencia C-982/05
- Sentencia T-355/07
- Sentencia C-370/06
- Sentencia T-049/08
- Sentencia T-188/07
- Sentencia T-355/07
- Sentencia T-496/08

Corte Penal Internacional

- Sentencia C-578/02
- Compilación de derecho penal internacional.pdf
- Elementos de los crímenes

- Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda
- Estatuto Internacional adoptado por el Consejo de Seguridad
- Ley No. 1268 del 31 de diciembre de 2008
- Ley 742 de 2002 (junio 5 de 2002)

Corte Suprema de Justicia JUSTIPAZ

- Autos (309)

Corte Interamericana de Derechos Humanos -CIDH (Colombia)

- Caso 19 comerciantes Vs. Colombia
- Caso Escué Zapata Vs. Colombia
- Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia
- Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia
- Caso de las masacres de Ituango Vs. Colombia
- Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia
- Caso Las Palmeras Vs. Colombia
- Caso de la masacre de Mapiripán Vs. Colombia
- Caso de la masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia
- Caso de la masacre de La Rochela Vs. Colombia

Decretos reglamentarios Ley de Justicia y Paz

- Decreto No. 614 de 27 del febrero de 2009
- Decreto No. 122 de 18 del enero de 2008
- Decreto No. 1290 de 22 del abril de 2008
- Decreto No. 1364 del 25 de abril de 2008
- Decreto No. 176 del 24 de enero de 2008
- Decreto No. 2898 del 29 de agosto de 2006
- Decreto No. 315 del 7 de febrero de 2007
- Decreto No. 3391 del 29 de septiembre de 2006
- Decreto No. 3460 del 11 de septiembre de 2007
- Decreto No. 3570 del 18 de septiembre de 2007
- Decreto No. 423 del 16 de febrero de 2007
- Decreto No. 4417 del 7 de diciembre de 2006
- Decreto No. 4436 del 11 de diciembre de 2006
- Decreto No. 4719 del 15 de diciembre de 2008
- Decreto No. 4760 del 30 de diciembre de 2005
- Decreto No. 4795 del 12 de diciembre de 2007
- Decreto No. 880 del 27 de marzo de 2008

Derecho Internacional Humanitario

- Sentencia C-225/95
- Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I)
- Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los naufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II)
- Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III)
- Convenio de Ginebra relativo a la protección de vida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)
- Ley 171 de 1994
- Ley 5 del 26 de agosto de 1960
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin carácter Internacional (Protocolo II)

Documentos de la Defensoría del Pueblo en Justicia y Paz

- Unidad Nacional de Justicia y Paz
- Directrices en Justicia y Paz
- Formulario Reparación administrativa
- Guía de orientación jurídica y psicosocial para la atención a las víctimas de la violencia generada por grupos armados organizados al margen de la ley. Tomo I.
- Guía de orientación jurídica y psicosocial para la atención a las víctimas de la violencia generada por grupos armados organizados al margen de la ley. Tomo II.
- Guía de orientación jurídica y psicosocial para la atención a las víctimas de la violencia generada por grupos armados organizados al margen de la ley. Tomo III.
- Instructivo preliminar sobre asesoría y orientación a las víctimas en el marco de la Ley de Justicia y Paz-Ley 975 de 2005.
- Instructivo reparación administrativa
- Verdad, justicia y reparación, pasos hacia la reconciliación.
- Unidad Operativa de Investigación criminal regional Bogotá

- Resolución No. 1113 del 15 de diciembre de 2006
- Resolución No. 438
- Video del debate en Canal Capital

Documentos de la Fiscalía General de la Nación en Justicia y Paz

- Formato nacional para búsqueda de personas desaparecidas
- Diario oficial No. 47.157
- Formato «Registro de hechos atribuibles a grupos organizados al margen de la ley
- Reglamentación de versiones libres
 - Resolución No. 0-3998 del 6 de diciembre de 2006
 - Resolución No. 0-2296 del 3 de julio de 2007
 - Resolución No. 0-0387 del 12 de febrero de 2007
 - Resolución No. 0-4773 del 3 de diciembre de 2007

Documentos Procuraduría General de la Nación en Justicia y Paz

- Conceptos básicos acerca de la Ley 975 de 2005 (Justicia y Paz y de los derechos de las víctimas)
- Directiva Número 0008
- Proyecto «Control preventivo y seguimiento a las políticas públicas en materia de reinserción y desmovilización
- Proyecto «Control preventivo y seguimiento a las políticas públicas en materia de desmovilización y reinserción Tomo II.

Legislación Orden Público

- Decreto 1000 de 2003
- Decreto 128 de 2002
- Decreto 3043 de 2006
- Decreto 3360 de 2003
- Decreto 4436 de 2006
- Ley 418 de 1997
- Ley 548 de 1999
- Ley 782 de 2002
- Ley 1106 de 2006
- Ley 418 de 2007

Legislación Penal

- Decreto No. 929 de 2007
- Ley 1257 de 2008

- Ley 599 de 2000
- Ley 600 de 2000
- Ley 733 de 2002
- Ley 738 de 2002
- Ley 882 de 2004
- Ley 890 de 2004
- Ley 906 de 2004
- Ley 1236 de 2008
- Ley 1095 de 2006
- Ley 1098 de 2006
- Ley 941 de 2005

Ley 975 de 2005

- Compilación normativa
- Ley 975 de 2005

Libros ICTJ

- La protección de los derechos humanos a través de la jurisprudencia penal
- Judicialización de crímenes de sistema
- Valoración de los programas oficiales de atención psicosocial a las víctimas del conflicto armado interno en Colombia
- Verdad, memoria y reconstrucción
- Protección y garantía del derecho a la propiedad y a las posesiones de las víctimas del conflicto armado interno
- Reparaciones para las víctimas de la violencia política

Normas de derechos humanos ONU y OEA

- A/HRC/9/L.22 Justicia transicional
- A/HRC/9/L.23 Derecho a la verdad
- A/HRC/9/10
- Conjunto de principios de lucha contra la impunidad
- Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura
- Convención Americana sobre derechos humanos
- Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes
- Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas
- Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre

- Derecho a la verdad
- Impunidad
- Justicia transicional
- Principios víctimas
- Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales
- Pacto internacional de derechos civiles y políticos
- Los principios de Bruselas contra la impunidad y por la justicia internacional
- Los principios de Chicago sobre justicia transicional
- Principios para la restitución de viviendas
- Principios y directrices básicos sobre el derecho a las víctimas
- Protocolo facultativo del pacto internacional de derechos civiles y políticos

Postulados a la Ley 975 de 2005

Tribunal Superior de Bogotá

- Sentencia contra Wilson Salazar Carrascal, alias «El Loro»
19-03-09

Este libro se terminó de imprimir en los talleres de Opciones Gráficas Editores Ltda.
en la ciudad de Bogotá a los 30 días del mes de mayo de 2009

Con el apoyo de



Con el auspicio de

