



Libertad y Orden

**Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal**

EL PROCESO PENAL DE JUSTICIA Y PAZ

Compilación de autos y sentencias
de la Sala de Casación Penal
de la Corte Suprema de Justicia

Diciembre de 2010 a octubre de 2011

Tomo III



Centro Internacional para la Justicia Transicional

El proceso penal de Justicia y Paz : compilación de autos de
la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia / Centro Internacional para la
Justicia Transicional. -- Bogotá : Centro Internacional de Justicia Transicional, 2011.

312 p. ; 24 cm.

ISBN 978-958-99465-4-1

1. Procedimiento penal - Colombia 2. Imputación (Derecho penal) - Colombia 3. Ley
de Justicia y Paz - Colombia 4. Autos (Derecho procesal) - Corte Suprema de Justicia -
Colombia I. Tít.

345.05 cd 21 ed.

A1323420

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

© Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ)

© El proceso penal de Justicia y Paz. Compilación de autos y sentencias de la Sala de
Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Tomo III

© Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ)

Bogotá D.C., Colombia

Calle 73 No 7-06 Of. 701

Teléfono: + 57 1 2480488

www.ictj.org/es

Comité editorial:

Maria Camila Moreno

Farid Benavides

Henry Rivera Leal

Nini Johana Soto

Nicolás Arana Saganome

Astrid Elena Villegas

Corrección de estilo:

Ricardo Alonso

Diseño de portada:

Pablo Prada

Fotografías de portada:

Camilo Aldana Sanín

Primera edición: diciembre 2011

ISBN: 978-958-99465-4-1

Bogotá, Colombia

Producción Gráfica:

Opciones Gráficas Editores Ltda.

www.opcionesgraficas.com

Los textos que se publican son de autoría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de
Justicia y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores del ICTJ.

Esta compilación fue realizada por el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) con
la ayuda financiera de la Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo (ASDI).
Se autoriza la reproducción parcial o total del contenido con inclusión de la fuente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
2011

Presidente: Dr. Javier de Jesús Zapata Ortiz

Dr. Fernando Alberto Castro Caballero

Dr. José Leonidas Bustos Martínez

Dr. Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez

Dra. María del Rosario González Muñoz

Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán

Dr. José Luis Barceló Camacho

Dr. Julio Enrique Socha Salamanca

Dr. Luis Guillermo Salazar Otero

Contenido

PRESENTACIÓN 23

Javier de Jesús Zapata Ortiz

Presidente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

CAPÍTULO I **Aspectos generales de la Ley de Justicia y Paz** 25

- 1. Naturaleza: Beneficiarios de la normatividad transicional** 27
 - Extracto No. 1.....27
M.P. Dr. José Leonidas Bustos Martínez
Radicado No. 34423 - 23 de agosto de 2011
- 2. Competencia** 28
 - 2.1 Competencia de las Salas de Justicia y Paz.....28
 - 2.1.1 La Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá
conserva la competencia de los procesos cuyo
conocimiento haya avocado antes de la expedición
de los acuerdos de creación de las Salas de
conocimiento de Medellín y Barranquilla28
Extracto No. 2 28
M.P. Dr. Augusto Ibáñez Guzmán
Radicado No. 36816 - 29 de junio de 2011

Extracto No. 3..... 30
M.P. Dr. José Luis Barceló Camacho
Radicado No. 36802 - 28 de junio de 2011

Extracto No. 4..... 32
M.P. Dr. José Luis Barceló Camacho
Radicado No. 36796 - 6 de julio de 2011

Extracto No. 5..... 35
M.P. Dr. Fernando Alberto Castro Caballero
Radicado No. 36823 - 8 de julio de 2011
 - 2.1.2 Las salas de Justicia y Paz carecen de competencia
para ordenar a las autoridades estatales el estable-
cimiento de medidas dirigidas a la reparación
de las víctimas, especialmente si se trata de medidas
de reparación colectiva..... 39
Extracto No. 6..... 39
M.P. Dra. María Del Rosario González De Lemos
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

Extracto No. 7	43
M.P. Dra. María Del Rosario González De Lemos	
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011	
Extracto No. 8	45
M.P. Dr. Fernando Alberto Castro Caballero	
Radicado No. 34634 - 19 de enero de 2011	
2.1.3 La Sala de Casación Penal es competente para ordenar la extinción del dominio de los bienes entregados por los postulados	46
Extracto No. 9.....	46
M.P. Dra. María del Rosario González de Lemos	
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011	
2.1.4 Incompetencia de la Sala de Justicia y Paz para ordenar el traslado de los bienes de la unidad de extinción de dominio al Fondo de Reparación	48
Extracto No. 10.....	48
M.P. Dra. María Del Rosario González De Lemos	
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011	
2.1.5 La Fiscalía General de la Nación y los magistrados con funciones de control de garantías en el proceso de Justicia y Paz también son competentes para ordenar la restitución de bienes	50
Extracto No. 11.....	50
M.P. Dra. María Del Rosario González De Lemos	
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011	
2.2 Factores determinantes de la competencia.....	54
Extracto No. 12.....	54
M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero	
Radicado No. 36921 -13 de Julio de 2011	
Extracto No. 13.....	56
M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero	
Radicado No. 36605 - 8 de junio de 2011	
Extracto No. 14.....	58
M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca	
Radicado No. 36819 - 5 de julio de 2011	
2.3 Definición de competencia: Es un trámite preclusivo.....	59
Extracto No. 15.....	59
M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero	
Radicado No. 37253 - 31 de agosto de 2011	

2.4	Momento procesal en el que debe ser propuesto el incidente de definición de competencias	60
	Extracto No. 16.....	60
	M.P. Dra. María Del Rosario González De Lemos	
	Radicado No. 36642 - 8 de junio de 2011	
3.	Vigencia	61
3.1	La Ley de Justicia y Paz sólo es aplicable al postulado por los delitos cometidos antes de la desmovilización y de la vigencia de la ley	61
	Extracto No. 17.....	61
	M.P. Dra. María Del Rosario González De Lemos	
	Radicado No. 36103 - 4 de mayo de 2011	
3.2	Competencia para conocer de las actuaciones que deben surtir por hechos ocurridos luego de la entrada en vigencia la Ley 975 de 2005	63
	Extracto No. 18.....	63
	M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero	
	Radicado No. 36163 - 26 de mayo de 2011	

CAPÍTULO II

Víctimas

71

1.	Noción de víctima: La definición de víctimas del ordenamiento jurídico de Justicia y Paz es meramente enunciativa	73
	Extracto No. 19.....	73
	M.P. Dra. María Del Rosario González De Lemos	
	Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011	
2.	Aspectos generales de los derechos de las víctimas	75
2.1	Alcance de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación	75
	Extracto No. 20	75
	M.P. Dr. Fernando Alberto Castro Caballero	
	Radicado No. 34634 - 19 de enero de 2011	
2.2	Los derechos a la verdad, la justicia y la reparación deben garantizarse tanto en el proceso de Justicia y Paz como en el proceso penal ordinario	78

Extracto No. 21.....	78
M.P. Dra. María Del Rosario González De Lemos	
Radicado No. 36103 - 4 de mayo de 2011	
2.3 Aplicación del principio de tutela judicial efectiva	79
Extracto No. 22.....	79
M.P. Dr. Fernando Alberto Castro Caballero	
Radicado 34634 - 19 de enero de 2011	
2.4 El papel de la judicatura frente a la garantía de los	
derechos de las víctimas	82
Extracto No. 23	82
M.P. Dr. Fernando Alberto Castro Caballero	
Radicado No. 34634 - 19 de enero de 2011	
Extracto No. 24	86
M.P. Dr. Fernando Alberto Castro Caballero	
Radicado No. 34634 - 19 de enero de 2011	
2.5 Reivindicación de los derechos de las víctimas en el marco	
de la aplicación de las medidas de justicia transicional	88
Extracto No. 25.....	88
M.P. Dr. José Leonidas Bustos Martínez	
Radicado No. 36071 - 8 de junio de 2011	
3. Derecho a la verdad	90
3.1 Limitaciones en la construcción de la verdad – necesidad	
de acudir a mecanismos complementarios	90
Extracto No. 26.....	90
M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez	
Radicado No. 36125 - 31 de agosto de 2011	
Extracto No. 27.....	94
M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez	
Radicado No. 36125 - 31 de agosto de 2011	
3.2. Conveniencia de la creación de una comisión de la verdad.	
Incompetencia de la jurisdicción para su creación	95
Extracto No. 28.....	95
M. P. Dra. María Del Rosario González De Lemos	
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011	

4. Derecho a la reparación	97
4.1 Contenido y alcance	97
4.1.1 Evolución dentro del proceso penal del derecho a la reparación	97
Extracto No. 29.....	97
M.P. Dra. María Del Rosario González De Lemos	
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011	
4.1.2 El derecho a la reparación de las víctimas. Modalidades del daño	103
Extracto No. 30.....	103
M.P. Dra. María Del Rosario González De Lemos	
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011	
4.1.3 Las medidas de reparación deben establecerse en derecho y no en equidad	110
Extracto No. 31.....	110
M.P. Dra. María Del Rosario González De Lemos	
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011	
4.1.4 La aplicación de la equidad desconoce la normatividad de la Ley 975 de 2005	119
Extracto No. 32.....	119
M.P. Dra. María Del Rosario González De Lemos	
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011	
4.1.5 En caso de dificultad probatoria se debe acudir a criterios de ponderación y flexibilización de las reglas de apreciación probatoria	121
Extracto No. 33.....	121
M.P. Dra. María Del Rosario González De Lemos	
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011	
Extracto No. 34.....	128
M.P. Dra. María Del Rosario González De Lemos	
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011	
4.1.6 Monetización del daño moral para el homicidio, secuestro y desplazamiento forzado	130
Extracto No. 35.....	130
M.P. Dra. María del Rosario González de Lemos	
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011	

4.1.7	La reparación por el daño al proyecto de vida o pérdida de oportunidades debe obedecer a un menoscabo real y serio de las expectativas de vida de la víctima	134
	Extracto No. 36.....	134
	M.P. Dra. María Del Rosario González De Lemos	
	Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011	
4.1.8	Las medidas de reparación simbólica deben consultar los intereses de la comunidad beneficiaria	136
	Extracto No. 37.....	136
	M.P. Dra. María Del Rosario González De Lemos	
	Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011	
4.1.9	Noción de reparación transformadora. El fallo debe contemplar medidas de reparación transformadora	138
	Extracto No. 38.....	138
	M.P. Dra. María Del Rosario González De Lemos	
	Radicado No. 34547- 27 de abril de 2011	
4.1.10	El ofrecimiento de disculpas por las entidades estatales debe estar sustentado en elementos de juicio que verifiquen algún grado de responsabilidad estatal	144
	Extracto No. 39.....	144
	M.P. Dra. María Del Rosario González De Lemos	
	Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011	
4.2	Prueba del daño	145
4.2.1	La reparación en la Ley 975 de 2005 requiere la demostración del daño, su antijuridicidad y su imputación a los postulados	145
	Extracto No. 40.....	145
	M.P. Dra. María Del Rosario González De Lemos	
	Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011	
4.2.2	La existencia del daño a la vida de relación debe probarse	149
	Extracto No. 41.....	149
	M.P. Dra. María Del Rosario González De Lemos	
	Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011	

4.3	Competencia de la Sala de Justicia y Paz en materia de reparaciones	152
4.3.1	Incompetencia de la Sala de Justicia y Paz para la inclusión o pago prioritario de indemnización por vía administrativa conforme el decreto 1290 de 2008	152
	Extracto No. 42.....	152
	M.P. Dra. María Del Rosario González De Lemos	
	Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011	
4.3.2	En materia de reparaciones colectivas la Sala de Justicia y Paz no puede dar órdenes de ejecución de medidas al Estado	154
	Extracto No. 43.....	154
	M.P. Dra. María Del Rosario González De Lemos	
	Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011	
4.4	Entrega de bienes en el proceso establecido por la Ley 975 de 2005	159
4.4.1.	La entrega de bienes en el proceso de Justicia y Paz no es suficiente. Es necesario evaluar la voluntad del postulado de reparar a las víctimas	159
	Extracto No. 44.....	159
	M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero	
	Radicado No. 34571 - 13 de diciembre de 2010	
4.4.2	Los bienes ofrecidos por el postulado deben estar en condiciones aptas para ingresar al Fondo de Reparación para las Víctimas	162
	Extracto No. 45.....	162
	M.P. Dra. María Del Rosario González De Lemos	
	Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011	
4.5	La reparación como condición para la concesión de la pena alternativa.....	164
	Extracto No. 46.....	164
	M.P. Dr. José Luis Barceló Camacho	
	Radicado No. 36563 - 3 de agosto de 2011	

CAPÍTULO III

Trámite del proceso

165

1. Versión libre: objetivo y características de la versión libre en el proceso establecido por la Ley 975 de 2005	167
Extracto No. 47.....	167
M.P. José Leonidas Bustos Martínez	
Radicado No. 34423 - 23 de agosto de 2011	
1.1 Eficacia de la versión libre	167
1.1.1 Objetivo de la versión libre	167
1.1.2 Características de la versión libre	168
1.1.2.1 Debe ser completa y veraz	168
1.1.2.2 Debe estar respaldada por un proceso de investigación por parte de la Fiscalía	169
1.1.2.3 Es una diligencia en la que están claros los roles de quienes en ella participan	171
2. Formulación de imputación	174
2.1 Adecuación típica realizada por la Fiscalía en la formulación de imputación	174
Extracto No. 48.....	174
M.P. Dr. José Leonidas Bustos Martínez	
Radicado No. 33039 - 16 de diciembre de 2010	
2.2. Formulación de imputación: alcance del principio de legalidad	176
Extracto No. 49.....	176
M.P. Dr. José Leonidas Bustos Martínez	
Radicado No. 33039 - 16 de diciembre de 2010	
2.3. Imputaciones parciales: es necesario imponer medida de aseguramiento por cada uno de los delitos imputados	178
Extracto No. 50.....	178
M.P. Dr. José Leonidas Bustos Martínez	
Radicado No. 34606 - 9 de diciembre de 2010	
3. Formulación de cargos	179
3.1 Trámite	179
Extracto No. 51.....	179
MP. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez	
Radicado No. 36125 - 31 de agosto de 2011	

3.2 Procedimiento desarrollado por la Sala de Decisión para agotar el objeto de la audiencia de legalización de cargos	181
Extracto No. 52.....	181
M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez Radicado No. 36125 - 31 de agosto de 2011	
4. Inaplicación la Ley 1395 de 2010 respecto al incidente de reparación previsto en la Ley 975 de 2005	182
Extracto No. 53.....	182
M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez Radicado 36125 - 31 de agosto de 2011	
5. Sentencia y pena alternativa	191
5.1 Obligación de motivar las decisiones judiciales	191
Extracto No. 54	191
M.P. Dra. María Del Rosario González De Lemos Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011	
5.2 Antes de individualizar la pena, la Sala de Justicia y Paz debe aplicar el trámite previsto en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004	193
Extracto No. 55.....	193
M.P. Dr. José Luis Barceló Camacho Radicado No. 36563 - 3 de agosto de 2011	
5.3 Individualización de la pena en el marco del proceso de Justicia y Paz	194
Extracto No. 56.....	194
M.P. Dra. Maria Del Rosario González De Lemos Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011	
Extracto No. 57.....	197
M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez Radicado No. 36125 - 31 de agosto de 2011	
5.4 En el procedimiento de Justicia y Paz no procede rebaja en la pena ordinaria por beneficios por colaboración	200
Extracto No. 58.....	200
M.P. Dra. María Del Rosario González De Lemos Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011	

5.5. El beneficio de la pena alternativa opera solamente sobre la privación de la libertad	205
Extracto No. 59.....	205
M.P. Dra. María del Rosario González de Lemos	
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011	
5.6 La pena alternativa empieza a contar desde el momento en que se está privado de la libertad en establecimientos bajo la dirección del INPEC	209
Extracto No. 60.....	209
M.P. Dra. María Del Rosario González De Lemos	
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011	
5.7 Imposibilidad de otorgar el beneficio de libertad provisional en el trámite de Justicia y Paz	212
Extracto No. 61.....	212
M.P. Dr. Fernando Alberto Castro Caballero	
Radicado No. 36015 - 27 de abril de 2011	
6. Recurso de apelación	214
6.1 Competencia para conocer de la sustentación del recurso de apelación	214
Extracto No. 62.....	214
M.P. Dr. Fernando Alberto Castro Caballero	
Radicado No. 36015 - 27 de abril de 2011	
Extracto No. 63.....	217
M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca	
Radicado No. 35582 - 2 de febrero de 2011	
6.2 Sustentación del recurso de apelación	219
Extracto No. 64.....	219
M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez	
Radicado No. 36125 - 31 de agosto de 2011	
6.3 Alcance de la competencia del <i>ad quem</i> . En el trámite del recurso de apelación no es posible la práctica de pruebas	221
Extracto No. 65.....	221
M.P. Dr. Jorge Luis Quintero Milanés	
Radicado No. 33857 - 1 de septiembre de 2010	

CAPÍTULO IV

Otros aspectos procesales

223

1. Función de control de garantías	225
1.1 Variación de la tipicidad al momento de formular la imputación y al momento de proferir medida de aseguramiento por parte del magistrado de control de garantías	225
Extracto No. 66.....	225
M.P. Dr. Alfredo Gomez Quintero	
Radicado No. 36163 - 26 de mayo de 2011	
1.2 Los magistrados de control de garantías tienen competencia para resolver las solicitudes de cancelación de títulos inmobiliarios	228
Extracto No. 67.....	228
M.P. Dr. Fernando Alberto Castro Caballero	
Radicado No. 34415 - 30 de marzo de 2011	
2. Terminación extraordinaria del procedimiento	230
2.1 Modalidades de exclusión del proceso de Justicia y Paz	230
Extracto No. 68.....	230
M.P. Dr. José Leonidas Bustos Martínez	
Radicado No. 34423 - 23 de agosto de 2011	
2.2 La ausencia de voluntad de reparar a las víctimas puede ser motivo para solicitar la exclusión del postulado del procedimiento de la Ley 975 de 2005	250
Extracto No. 69.....	250
M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero	
Radicado No. 34571- 13 de diciembre de 2010	
2.3 Desistimiento del postulado	251
Extracto No. 70.....	251
M.P. Dr. José Leonidas Bustos Martínez	
Radicado No. 37075 - 7 de septiembre de 2011	
3. Suspensión de procesos ordinarios por decisión de la Sala de Justicia y Paz	252
Extracto No. 71.....	252
M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero	
Radicado No. 33065 - 13 de diciembre de 2010	

4. Normatividad que debe aplicarse para resolver sobre la solicitud de cancelación de registros obtenidos fraudulentamente	258
Extracto No. 72.....	258
M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez	
Radicado No. 35185 - 8 de junio de 2011	
Extracto No. 73.....	260
M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez	
Radicado No. 35185 - 8 de junio de 2011	
5. Cancelación de registros obtenidos fraudulentamente	261
Extracto No. 74.....	261
M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez	
Radicado No. 35185 - 8 de junio de 2011	
6. Medidas cautelares	265
6.1 Medidas cautelares reales	265
6.1.1 Posibilidad de ordenar medidas cautelares sobre bienes que aparecen titulados a nombre de terceros	265
Extracto No. 75.....	265
M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero	
Radicado No. 34571 - 13 de diciembre de 2010	
6.1.2 Imposición y levantamiento de medida cautelar: la decisión debe adoptarse en el proceso adelantado contra el postulado con independencia de la ubicación del bien	266
Extracto No. 76.....	266
MP. Dra. María Del Rosario González De Lemos	
Radicado No. 36653 - 13 de junio de 2011	
6.2 Medidas cautelares personales	267
6.2.1 La detención preventiva en el proceso de la Ley 975 de 2005 tiene características y objetivos distintos a los previstos en el proceso ordinario	267
Extracto No. 77.....	267
M.P. Dr. José Leonidas Bustos Martínez	
Radicado No. 34606 - 9 de diciembre de 2010	
6.2.2 Detención preventiva: el tiempo de privación de la libertad del postulado debe computarse al momento de definirse la pena	270

Extracto No. 78.....	270
M.P. Dr. José Leonidas Bustos Martínez	
Radicado No. 34606 - 9 de diciembre de 2010	
6.3 Facultad de ordenar una comisión para garantizar	
la realización de una medida cautelar	271
Extracto No. 79.....	271
M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca	
Radicado No. 35582 - 2 de febrero de 2011	
7. Extinción del derecho de dominio	274
7.1 Objeto, causa, fin, destino de los bienes y competencia	
para decretar la extinción del derecho de dominio	
establecida en la ley de justicia y paz	274
Extracto No. 80.....	274
M.P. Dr. Fernando Alberto Castro Caballero	
Radicado No. 35370 - 25 de mayo de 2011	
7.2 Competencia y oportunidad para decretar la extinción	
del dominio en el proceso de Justicia y Paz	276
Extracto No. 81.....	276
M.P. Dr. Fernando Alberto Castro Caballero	
Radicado No. 35370 - 25 de mayo de 2011	
7.3 Efectos de la decisión que define la extinción del	
dominio de bienes destinados a la reparación de las	
víctimas, proferida en aplicación de la Ley 793 de	
2002	278
Extracto No. 82.....	278
M.P. Dr. Fernando Alberto Castro Caballero	
Radicado No. 35370 - 25 de mayo de 2011	
8. Procede la ruptura de la unidad procesal en los casos en los que se	
presenten situaciones fácticas y jurídicas diferentes	279
Extracto No. 83.....	279
M.P. Dr. José Luis Barceló Camacho	
Radicado No. 36563 - 3 de agosto de 2011	
9. Corrección de errores en la sentencia	281
Extracto No. 84.....	281
M.P. Dra. María Del Rosario González Lemos	
Radicado No. 34547 - 8 de junio de 2011	

10. Remisión a otros procedimientos	282
Extracto No. 85.....	282
M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca	
Radicado No. 37271 - 14 de septiembre de 2011	
11. Nulidades: la ausencia de una actitud proactiva frente a la conciliación no genera la nulidad del incidente de reparación	284
Extracto No. 86	284
M.P. Dra. María Del Rosario González De Lemos	
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011	
12. Basta con el juramento como medio de prueba para sustentar la solicitud del amparo de pobreza	286
Extracto No. 87.....	286
M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca	
Radicado No. 36420 - 8 de junio de 2011	

CAPÍTULO V

Conductas punibles

289

1. Desaparición forzada	291
1.1 Desaparición Forzada: concurso con homicidio	291
Extracto No. 88.....	291
M.P. Dr. José Luis Barceló Camacho	
Radicado No. 36563 - 3 de agosto de 2011	
1.2 Asentamiento del registro civil de defunción prima sobre las formalidades dispuestas en la normatividad civil en relación con el proceso de muerte por desaparecimiento	292
Extracto No. 89.....	292
M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero	
Radicado No. 36163 - 26 de mayo de 2011	
2. Porte ilegal de armas: en el proceso de Justicia y Paz no puede concursar con el delito de concierto para delinquir y los delitos establecidos en el Título II Capítulo Único del Código Penal (Ley 599 de 2000)	298
Extracto No. 90.....	298
M.P. Dr. José Luis Barceló Camacho	
Radicado No. 36563 - 3 de agosto de 2011	

3. Concierto para delinquir	300
3.1 Posibilidad de modificar el criterio de la Corte Suprema de Justicia que considera el delito de concierto para delinquir agravado un crimen de lesa humanidad	300
Extracto No. 91.....	300
M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez	
Radicado No. 36125 - 31 de agosto de 2011	
3.2. El delito de concierto para delinquir y las condenas ya proferidas por el mismo	306
Extracto No. 92.....	306
M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez	
Radicado No. 36125 - 31 de agosto de 2011	
4. Naturaleza de los crímenes atribuidos a grupos paramilitares	309
Extracto No. 93.....	309
M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez	
Radicado No. 36125 - 31 de agosto de 2011	

Presentación

La Ley de Justicia y Paz como parte de un Sistema Integral de Justicia Transicional es un abordaje de los desafíos actuales. El conflicto interno, los crímenes de gran impacto internacional, genocidios, desplazamientos forzados y otras conductas cuyas víctimas fueron cientos de miles de colombianos, han generado un costo humano social e individual irreparable con huellas indelebles, sin embargo, para la re-dignificación de una sociedad tan maltratada es necesaria la adopción de diferentes medidas entre ellas: económicas, sociales, políticas, jurídicas y éticas en cabeza de instituciones públicas y privadas, formando así el Sistema Integral de Justicia Transicional, cuyo propósito es la reconstrucción de la confianza civil y el tejido social a través del compromiso con una nueva proyección de valores del Estado para la sociedad donde prevalezca el bien común, la justicia, la seguridad jurídica y el respeto por la dignidad del otro.

La Ley 975 de 2005 o de “Justicia y Paz”, es un desafío sin precedentes, es el instrumento jurídico de rehabilitación social que hace parte de ese Sistema Integral y desarrolla los elementos vitales de la justicia transicional como son verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición a través de los Magistrados, Jueces, Fiscales y demás intervinientes, quienes de manera comprometida y denodada, soslayando la adversidad, realizan día a día una valiente labor en procura de conseguir la verdad a la que va aneja los demás requisitos. Empero, tal propósito se ha prolongado en el tiempo como consecuencia del significativo número de desmovilizados que se acogieron a este beneficio, al igual que por la cantidad de delitos confesados y la complejidad de los correspondientes procesos.

No obstante, en relación con los contenidos jurídicos de la Ley 975 de 2005, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha venido construyendo conceptos y haciendo precisiones con evidente acierto y apego a los compromisos internacionales y nacionales al priorizar el derecho de

las víctimas en torno a los axiomas antes descritos; en el ámbito procesal, concretando temas sobre la ruptura de la unidad procesal cuando se presenten situaciones fácticas y jurídicas diferentes, analizando cómo el cómputo de la detención preventiva se debe descontar de la pena que se impondrá al finalizar el proceso, precisando las causales de exclusión de los postulados, etc., bajo parámetros menos rigoristas que los adoptados por la justicia ordinaria, dada la especial naturaleza de este proceso transicional.

Gran parte del devenir de este arduo proceso de Justicia y Paz, ha recibido el respetuoso acompañamiento del Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) cuya oficina en Colombia fue la primera en América Latina, el cual a través de un trabajo intenso promueve desde diferentes enfoques el uso de mecanismos de justicia transicional, es así como apoya las políticas tendientes a prevenir los crímenes y violaciones de los derechos humanos al igual que las iniciativas oficiales y no oficiales de preservación y reconstrucción de la memoria histórica, organiza conferencias, talleres seminarios y diplomados.

Dentro de estos loables y fuertes compromisos con la figura de la justicia transicional y con Colombia, el ICTJ ha venido editando cada año la compilación de la jurisprudencia emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que en esta oportunidad como presidente tengo el agrado de presentar y, expresarles un profundo agradecimiento de toda la Sala Penal y la Judicatura Nacional.

El nuevo volumen sobre la Ley 975 de 2005, judicialmente interpretada por la Sala Penal, será de mucha utilidad para la comunidad profesional del derecho, para la comunidad toda tanto interna e internacional, especialmente, para las víctimas de los delitos más graves.

Javier de Jesús Zapata Ortiz
Presidente
de la Sala de Casación Penal
de la Corte Suprema de Justicia

CAPÍTULO I

Aspectos generales de la Ley de Justicia y Paz

1. Naturaleza: Beneficiarios de la normatividad transicional¹

Extracto No. 1

M.P. DR. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
Radicado No. 34423 - 23 de agosto de 2011

Así, que la normatividad transicional supone que sus beneficiarios son tanto el Estado como las víctimas, pero también los ofensores: el Estado por cuanto se consolida como Estado de Derecho y asume el monopolio de la fuerza y se aproxima a la concreción de una paz sostenible; las víctimas por conocer la verdad de la causa de su dolor y por ser reparadas integralmente; y los victimarios ya que en su favor, el Estado renuncia a una parte de la pena ordinaria, a cambio de que los postulados se comprometan con aquello que es exigido como requisito de elegibilidad, esto es, que suspendan su accionar armado, y en general que cambien su actitud en el futuro inmediato, a partir de su desmovilización.

¹ Las notas al pie de página que se hacen en los encabezados corresponden a los editores. Las notas restantes son las originales de las decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Los extractos se toman literalmente de las decisiones, sin alterar su contenido.

2. Competencia

2.1 Competencia de las Salas de Justicia y Paz

2.1.1 La Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá conserva la competencia de los procesos cuyo conocimiento haya avocado antes de la expedición de los acuerdos de creación de las Salas de conocimiento de Medellín y Barranquilla

Extracto No. 2

M.P. DR. AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN
Radicado No. 36816 - 29 de junio de 2011

(I) A partir del proferimiento del Acuerdo PSAA11-7726 del 24 de febrero de 2011 [del Consejo Superior de la Judicatura], los procesos que previamente habían sido avocados por la ya existente Sala de Justicia y Paz de Bogotá, seguirían bajo su dirección.

(II) Si desde el 31 de julio de 2009 le fue repartido el proceso contra **Valderrama Higuita** a la Sala de Justicia y Paz del Tribunal de Bogotá, es ésta la autoridad llamada por ley a continuar su conocimiento por razón de la prórroga de competencia establecida en el párrafo primero del artículo 5 del PSAA11-7726 del 24 de febrero de 2011, sin que a ello le sea oponible que a la fecha no se haya convocado la audiencia de control de legalidad de los cargos².

(III) Tesis perfectamente viable pues, sólo hasta la expedición del Acuerdo PSAA11 8034³ del 15 de marzo de 2011, se asignó a la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín

² La Sala destaca que con Auto del 3 de febrero de 2010, la funcionaria que conocía del proceso, se abstuvo de citar a audiencia de control de legalidad de los cargos, hasta tanto no se realizara la imputación por el delito de concierto para delinquir. El 10 de junio de 2010, le fue remitida la segunda imputación en la que se incluyó tal conducta delictiva y el 8 de octubre de 2010, profirió una segunda decisión en la que se abstuvo de fijar fecha para la legalización de cargos hasta tanto no se agotara dicha fase procesal con los comandantes de bloque y de frente.

³ Artículo 4.

la competencia para adelantar la etapa de juzgamiento en los procesos de que trata la Ley 975 de 2005 en los Distritos Judiciales de Quibdó, Antioquia, Medellín, Montería, Armenia, Manizales y Pereira⁴.

Lo dicho, guarda igualmente, perfecta armonía con lo previsto en el artículo 16 de la Ley 975 de 2005, inciso penúltimo:

“El Tribunal Superior de Distrito Judicial que determine el CSJ, mediante acuerdo que expida antes de que se inicie cualquier trámite, será competente para conocer del juzgamiento de las conductas punibles a que se refiere la presente ley”.

3.2 Una *interpretación sistemática* de las normas transcritas le permite concluir a la Sala que la finalidad de tales preceptos no es distinta a mantener el conocimiento de las actuaciones en el Tribunal que hubiese conocido del trámite, en este evento la Sala de Justicia y Paz de Bogotá, evitando un innecesario trasteo de expedientes con evidente desmedro del principio de celeridad que debe orientar las actuaciones de la administración de justicia.

⁴ En el párrafo de este acto administrativo, se consignó la misma prórroga de competencia: *“Los procesos de los Distritos Judiciales señalados en este artículo, cuyo conocimiento fue avocado por la Sala de Decisión de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá con anterioridad a la entrada en vigencia de éste Acuerdo, continuarán siendo tramitados por esa Sala de Decisión”.*

Extracto No. 3

M.P. DR. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Radicado No. 36802 - 28 de junio de 2011

Como puede apreciarse, no es objeto de discusión que en tratándose de un asunto asumido por la Sala de Justicia y Paz de Bogotá con anterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo —el 15 de marzo de 2011—, ésta conserva la competencia para continuar con su impulso, al margen de que los hechos hayan acaecido en la ciudad de Medellín y que un acto administrativo posterior haya delimitado la competencia respecto de los mismos.

Para lo que se examina, tiénese que la Sala de Justicia y Paz de Bogotá recibió la actuación por reparto efectuado el 29 de junio de 2009, luego de lo cual aparecen múltiples actuaciones, de las que se destacan dos autos emitidos por la titular del despacho, a saber:

El del 6 de julio de 2009, disponiendo:

“Revisadas las diligencias adelantadas contra el postulado Wander (sic) Ley Viasos (sic) Torres, se observa que no se allegó copia de las sesiones de versiones libres rendidas por el desmovilizado, razón por la que previo al señalamiento de la fecha para la realización de la audiencia de legalización de aceptación de cargos, por la Secretaría de la Sala, solicítese al Magistrado de Control de Garantías de Medellín y/o Fiscal 45 Delegada ante la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, la remisión de dichas piezas procesales”.

Y el del 3 de noviembre del mismo año, ordenando:

“Previo a convocar a la audiencia de Legalización de cargos, por la Secretaría de la Sala, ofíciase a la Fiscalía Delegada ante la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, e infórmesele que dentro de las diligencias adelantadas en contra del postulado WANDER (sic) LEY TORRES (sic) del Bloque Cacique Nutibara deberá documentarse sobre cada uno de los puntos señalados en el documento que para tal fin se anexa.

Así mismo, se le requerirá para que una vez considere que cuenta con la información suficiente para su intervención, informe a este Despacho a efectos de señalar fecha y hora para la respectiva audiencia”.

A los anteriores proveídos se suman otras actuaciones de índole secretarial, como oficios, peticiones a las autoridades, acreditaciones de abogados y constancias, todas las cuales permiten corroborar que, independientemente de que la Magistrada de Conocimiento se haya abstenido de dictar un auto en el que expresamente anuncie *avocar el conocimiento* del proceso, es lo cierto que su despacho lo asumió y ha venido controlando durante todo el tiempo que lo ha tenido a su disposición.

Se trata, como acertadamente lo señaló uno de los Magistrados de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín, de una asunción tácita de la actuación, la cual ha implicado la realización de múltiples diligencias, todas ellas tendientes a impulsarla cabalmente.

No tiene sentido, entonces, que luego de dos años de tener a su disposición el proceso, en el curso de los cuales se ha procedido en la forma indicada, la Magistrada de Conocimiento de Bogotá aduzca que no ha “*avocado el conocimiento*”, cuando está claramente demostrado todo lo contrario, esto es, que lo asumió y controló desde que lo recibió, hasta el proferimiento del ligero auto mediante el cual, producto de una interpretación descontextualizada, manifestó no ser competente para continuar con su tramitación⁵.

⁵ En el mismo sentido véase Auto radicado No. 36821, 29 de junio de 2011 (M.P. Dr. José Luis Barceló Camacho).

Extracto No. 4

M.P. DR. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Radicado No. 36796 - 6 de julio de 2011

(…)

[L]a continuación del trámite procesal seguido contra **Luis Carlos García Quiñónez** le corresponde a la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, por las siguientes razones:

3. No cabe duda –y así lo admiten los funcionarios judiciales que estiman carecer de competencia para asumir el conocimiento de este asunto– que en verdad el Consejo Superior de la Judicatura, a través del Acuerdo N° PSAA11 8034 del 15 de marzo de 2011 creó, a partir del 22 del mismo mes y año, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín.

Determinada la regla sobre el ámbito territorial de sus atribuciones, el acuerdo consagra a continuación una excepción, a través de la cual precisa en qué casos aquellos procesos que, siendo de competencia de la Sala de Justicia y Paz de Medellín, según así lo dispone la regla anteriormente fijada, en todo caso habrán de seguir siendo tramitados en la Corporación de la misma denominación de Bogotá.

De manera correlativa, el Acuerdo PSAA11 No. 7726 de 24 de febrero de 2011, al tiempo que creó sendos cargos de magistrado de control de garantías y de conocimiento para la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, circunscribiendo su competencia territorial a los hechos punibles cometidos en Arauca, Bogotá, Buga, Cali, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Santa Rosa de Viterbo, Popayán, Pasto, Mocoa, Tunja, Villavicencio, Yopal, Bucaramanga, Pamplona, San Gil, Cúcuta, Circuito Judicial de Simití del Distrito Judicial de Cartagena y el Circuito Judicial de Aguachica del Distrito Judicial de Valledupar, consagró de igual forma una excepción para su competencia territorial. Y es así que señala los casos que, siendo en principio de su competencia por el factor territorial, habrán de ser excluidos de ella.

(...)

En conclusión, si la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, para el 22 de febrero de 2011, asumió el conocimiento de la actuación surtida conforme la Ley 975 de 2005, mantendrá la competencia hasta el final.

4. En el caso que ocupa la atención de la Sala, la Magistrada de conocimiento, a través de auto del 28 de abril de 2011, se consideró incompetente para avocar el conocimiento del trámite procesal, toda vez que los hechos punibles atribuidos al *Bloque Mineros*, del que hacía parte el postulado procesado, operó en el Urabá antioqueño, razón por la cual el competente era su homólogo del Tribunal Superior de Medellín.

No obstante, la Corte estima que el criterio así reseñado no se ajusta a la teleología de la norma, toda vez que el citado auto, aun cuando así lo da a entender en sus primeros renglones, no es el que fija el momento en que se avoca el conocimiento de la actuación, pues dicho conocimiento ya había sido asumido sin necesidad de providencia expresa que así lo determinara. Desde que la funcionaria de la Corporación recibió la actuación del reparto, más precisamente desde cuando emitió diversos pronunciamientos al interior del proceso, esto es, el auto del 22 de septiembre de 2010, la Magistrada de la Sala de Justicia y Paz de Bogotá tomó una decisión con efectos procesales, cual fue la de unificar diversas actuaciones y trazar las pautas de la intervención de la fiscal acusadora en la diligencia de legalización de los cargos. Aparte de lo anterior, fijó fecha para la celebración de dicha diligencia, determinación que luego revocó ante las dificultades evidenciadas para el traslado de los acusados.

Dígase, entonces, que no solamente se avoca el conocimiento de un cierto asunto cuando se profiere una providencia que así lo diga expresamente, sino de manera tácita cuando así se puede deducir de las decisiones y procedimientos adoptados por el funcionario judicial –ya sea individual o plural– frente al trámite surtido.

Dicha interpretación encuentra apoyo en el artículo 16, inciso 5°, de la Ley 975 de 2005, norma que dispone que “*el Tribunal Superior de Distrito Judicial que determine el Consejo Superior de la Judicatura,*

mediante acuerdo que expida antes de que se inicie cualquier trámite, será el competente para conocer del juzgamiento de las conductas punibles a que se refiere la presente ley”.

De allí que el aludido Acuerdo 7726 de 2011 dispusiera, en el párrafo de su artículo cuarto, que el Tribunal Superior de Bogotá continuaría conociendo de los procesos en los cuales ya había avocado conocimiento, pues la sala de decisión creada mediante el Acuerdo PSAA11 8034 del 15 de marzo del presente año, no tenía competencia para asumir dichos procesos, por cuanto no había sido creada antes de la iniciación del trámite del juicio, acto procesal que tiene su génesis en la presentación del escrito de acusación. Y aún cuando se entendiera que la etapa de la causa coincide con la diligencia de formulación de cargos, lo cierto es que la solución habría de ser idéntica, pues cuando esa actuación tuvo lugar (el 5 de agosto de 2010, ante el Magistrado de Control de Garantías del Tribunal Superior de Medellín) la corporación competente era la Sala de Justicia y Paz de Bogotá, porque —una vez más— la de Medellín aún no había sido creada.

Extracto No. 5

M.P. DR. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Radicado No. 36823 - 8 de julio de 2011

1. La Sala es competente para resolver el incidente de definición de competencia planteado por la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, según lo preceptuado en los artículos 32 (numeral 4o.) y 341 de la Ley 906 de 2004.

2. En los términos del artículo 54 de la ley en cita, en general la definición de competencia es un mecanismo encaminado a determinar de manera ágil, perentoria y definitiva el competente para conocer de la fase procesal del juzgamiento, cuando el funcionario judicial –juez o magistrado– ante quien se haya presentado la acusación o solicitado la preclusión así lo considere, caso en el cual lo hará saber a las partes y remitirá el asunto al superior en orden a especificarla.

3. En punto de la Ley 975 de 2005 se ha admitido la procedencia del instituto⁶, por cuanto la Corte no pierde la condición de superior funcional de las Salas Especializadas de Justicia y Paz de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, a las cuales compete la resolución de los litigios sometidos a su consideración con fundamento en la ley anotada.

(...)

5. En cuanto hace relación a la definición de competencia que concita la atención, es preciso señalar que el artículo 32 de la Ley 975 de 2005 estipula:

“Competencia de los tribunales superiores de distrito judicial en materia de justicia y paz. Además de las competencias establecidas en otras leyes, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial designados por el Consejo Superior de la Judicatura serán competentes para adelantar la etapa de juzgamiento de los procesos de los que

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Autos del 22 de agosto de 2006; 18 de noviembre de 2008; 31 de marzo, 20 de mayo y 17 de junio de 2009, radicados Nos. 25831, 30744, 31491, 31495 y 31205, respectivamente, entre otros.

trata la presente ley, vigilar el cumplimiento de las penas y las obligaciones impuestas a los condenados”.

6. A su vez, el artículo 85 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia prevé:

“Funciones Administrativas. Corresponde a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura:

(...)

5. Crear, ubicar, redistribuir, fusionar, trasladar, transformar y suprimir Tribunales, las Salas de éstos y los Juzgados, cuando así se requiera para la más rápida y eficaz administración de justicia, así como crear Salas de desconcentradas en ciudades diferentes de las sedes de los Distritos Judiciales, de acuerdo con las necesidades de éstos;

6. Fijar la división el territorio para efectos judiciales, tomando en consideración para ello el mejor servicio público;

(...)

9. Determinar la estructura y las plantas de personal de las Corporaciones y Juzgados. Para tal efecto podrá crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos de la Rama Judicial, determinar sus funciones y señalar los requisitos para su desempeño que no hayan sido fijados en la ley”.

7. En ejercicio de las anteriores facultades, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo PSAA11-7726 del 24 de febrero de 2011, por cuyo medio dispuso:

Artículo Segundo.- Crear, a partir del primero (1º) de marzo de 2011, en la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, un (1) despacho de Magistrado para integrar la Sala de Conocimiento de la Ley 975 de 2005.

(...)

Artículo Quinto.- Los cuatro magistrados de Conocimiento de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, tendrán competencia territorial para adelantar la etapa de Juzgamiento de los procesos de que trata la Ley 975 de 2005, vigilarán el

cumplimiento de las penas y obligaciones impuestas a los condenados, en relación con los hechos punibles cometidos en la jurisdicción de los siguientes Distritos Judiciales: Arauca, Bogotá, Buga, Cali, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Santa Rosa de Viterbo, Popayán, Pasto, Mocoa, Tunja, Villavicencio, Yopal, Bucaramanga, Pamplona, San Gil, Cúcuta, Circuito Judicial de Simití del Distrito Judicial de Cartagena y el Circuito Judicial de Aguachica del Distrito Judicial de Valledupar.

Parágrafo Primero.- Los procesos de los Distritos Judiciales que no fueron señalados en este artículo, cuyo conocimiento fue avocado por la Sala de Decisión de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá con anterioridad a la entrada en vigencia de este Acuerdo, continuarán siendo tramitados por esa Sala de Decisión” (subraya fuera de texto).

Igualmente, profirió el Acuerdo PSAA11-8034 del 15 de marzo de 2011, en el cual determinó:

“Artículo Primero.- Crear, a partir del 22 de marzo de 2011, en la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, tres (3) despachos de Magistrado, los cuales conformarán Sala de Decisión para adelantar la etapa de juicio de la Ley 975 de 2005.

(...)

Artículo Cuarto.- Los cargos creados en este Acuerdo, tendrán competencia territorial para adelantar la etapa de juzgamiento de los procesos de que trata la Ley 975 de 2005, vigilarán el cumplimiento de las penas y obligaciones impuestas a los condenados, en relación con los hechos punibles cometidos en la jurisdicción de los siguientes Distritos Judiciales: Quibdó, Antioquia, Medellín, Montería, Armenia, Manizales y Pereira.

Parágrafo.- Los procesos de los Distritos Judiciales señalados en este artículo, cuyo conocimiento fue avocado por la Sala de Decisión de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá con anterioridad a la entrada en vigencia de este Acuerdo, continuarán siendo tramitados por esa Sala de Decisión hasta su culminación” (subraya fuera de texto).

(...)

12. En efecto, si la expresión “avocar” significa “*Dicho de una autoridad gubernativa o judicial: Atraer a sí la resolución de un asunto o causa cuya decisión correspondería a un órgano inferior*”⁷ y la palabra “avocación” indica “*Acción y efecto de avocar*”⁸, respecto de la cual se señala que “*consiste en el poder de arrogarse una determinada actividad, despojando de ella al oficio inferior*”⁹, de esto se sigue que indudablemente la Sala de Juzgamiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá asumió para sí el conocimiento de la actuación desde el auto del 10 de mayo de 2010 y, en consecuencia, debe continuar con el trámite de la misma, al concurrir el presupuesto consagrado en el parágrafo primero del artículo 5º del Acuerdo PSAA11-7726 del 24 de febrero de 2011.

13. Adicionalmente, no debe perderse de vista que el parágrafo único del artículo 4º del Acuerdo PSAA11-8034 del 15 de marzo de 2011, reeditó una regla de competencia igual a la del parágrafo primero del artículo 5º del Acuerdo PSAA11-7726 del 24 de febrero de dicho año.

⁷ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición.

⁸ *Ibid.*

⁹ Giovanni Leone, *Tratado de derecho procesal penal*, (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, traducción de Santiago Sentís Melendo, 1963), tomo I, 430.

2.1.2 Las salas de Justicia y Paz carecen de competencia para ordenar a las autoridades estatales el establecimiento de medidas dirigidas a la reparación de las víctimas, especialmente si se trata de medidas de reparación colectiva. Sólo tienen la facultad de exhortar a las autoridades a tomar estas medidas, Esto, con excepción de las medidas de carácter simbólico y de no repetición, que sí son objeto de competencia de estas salas

Extracto No. 6

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

Según lo expuesto, ninguna dubitación emerge para colegir que el Tribunal, de acuerdo con la normatividad de la justicia transicional, no sólo goza de potestad al momento de dictar sentencia para decretar todas las medidas dirigidas a la reparación de las víctimas, sino que le es imperativo ordenarlas para garantizar el derecho que a ellas les asiste a obtener una indemnización integral por el daño causado con las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos en este caso aceptadas por los postulados.

Sin embargo, tales medidas, principalmente las de carácter colectivo, pueden comprometer en su materialización a entidades estatales. Así ocurre, por ejemplo, con algunas restitutivas dispuestas en la sentencia tendientes a garantizar el retorno en condiciones dignas al lugar de origen (construcción de vías, escuelas, redes eléctricas, etc.) y de rehabilitación asistencial (atención en salud, educación, capacitación laboral, etc.).

Ante esta realidad surge el interrogante de si la autoridad judicial dentro del proceso de justicia y paz puede “ordenar” a estas entidades su ejecución, tal como se dispuso en la sentencia impugnada.

Para la Sala la respuesta es negativa, porque tal proceder resquebraja el postulado de separación de poderes consagrado en el artículo 113 de la Constitución Política¹⁰, fundante y estructural del Estado

¹⁰ Artículo 113. Son ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes,

Democrático de Derecho al que adscribe la misma Carta Fundamental en su artículo primero¹¹, por lo que no puede el juez, bajo ninguna circunstancia, arrogarse funciones que constitucionalmente no le son deferidas¹².

En consecuencia, el procedimiento correcto para conciliar el principio democrático de separación de poderes adoptado en la Constitución Política, los derechos de las víctimas y las facultades de las autoridades judiciales dentro del régimen transicional de justicia y paz, cuando tales medidas de reparación involucran a entidades del Estado de cualquier nivel, esto es, nacional, departamental o municipal, es exhortarlas para su cumplimiento, con lo cual, además, se satisfacen los estándares internacionales en punto del contenido de tales medidas¹³, principalmente desarrolladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus últimos fallos.

A propósito de las órdenes dictadas por este Tribunal internacional, cuya competencia aceptó el Estado colombiano por haber suscrito y posteriormente ratificado la Convención Interamericana de Derechos Humanos a través de la Ley 16 de 1972, recuérdese que su jurisdicción abarca los Estados partes y, por ende, es natural que los fallos de responsabilidad contengan este tipo de órdenes, situación que, por manera alguna, resulta asimilable a la de los Tribunales y jueces internos,

para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

¹¹ Artículo 1°. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

¹² Sobre el principio de separación de poderes pueden consultarse, entre otras, las Sentencias de la Corte Constitucional C-141 de 2010; C-588 de 2009 y C-1040 de 2005.

¹³ El derecho a la reparación y sus diferentes componentes están reconocidos en instrumentos internacionales tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 10 y 63); la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes (art. 14); la declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 19); la Convención del La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (art. 13); y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I, art. 91).

quienes no pueden invadir órbitas funcionales que constitucionalmente no le son propias.

(...)

Entonces, con la salvedad indispensable referida a la competencia que asiste a los jueces en materia de acción de tutela para la protección de derechos fundamentales, en cuyo caso la misma Carta Política les otorga el carácter de jueces constitucionales, estando facultados, por ello mismo, para dar órdenes a las diferentes autoridades estatales –y en determinados casos a los particulares– orientadas, por lo general, a la realización de actos extraños a la función de administrar justicia, considera la Sala que el Tribunal en este asunto desbordó su competencia al emitir órdenes a dichas entidades, pues su función reparadora en el contexto transicional se agota conminando o exhortando a estas autoridades para el cumplimiento de las medidas, máxime cuando con ellas se comprometen recursos del presupuesto nacional, municipal o departamental, para cuya disposición tampoco goza de facultad constitucional.

Así las cosas, la Corte modificará el numeral séptimo de la parte resolutive del fallo impugnado en el sentido de que todas aquellas medidas de rehabilitación, satisfacción, no repetición y colectivas por medio de las cuales se imparten órdenes a las diversas autoridades estatales se deben entender como exhortaciones para su cumplimiento, excepción hecha de las medidas de satisfacción de carácter simbólico y de no repetición contempladas en los apartados 358, 359, 360 y 362 del fallo, para las cuales el Tribunal ostenta expresa facultad, de conformidad con el artículo 48, numerales 49.4, 49.6 y 49.8 de la Ley 975, al señalar que:

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

“ (...) 49.6 La sala competente del Tribunal Superior de Distrito judicial podrá ordenar conmemoraciones, homenajes y reconocimiento a las víctimas de los grupos armados al margen de la ley. Adicionalmente, la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparaciones podrá recomendar a los órganos políticos o de gobierno de los distintos niveles, la adopción de este tipo de medidas.

(...) 49.8 La asistencia a cursos de capacitación en materia de derechos humanos a los responsables de las violaciones. Esta medida podrá ser impuesta a los condenados por la sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial”.

Tal potestad, sin embargo, y así lo entiende la Sala, no es óbice para que las autoridades judiciales en el contexto transicional establezcan medidas a cargo de las diversas autoridades estatales necesarias para cumplir con el presupuesto de reparación integral de las víctimas de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos por el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley, para lo cual podrá requerir informes periódicos a tales entidades orientadas a supervisar su ejecución.

Extracto No. 7

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

Para el caso, el tema que importa resolver es si el Tribunal tiene facultad para expedir tal orden. Al respecto, dígase desde ya, que la Corte está de acuerdo con el criterio expresado por el impugnante, en el sentido de que dicha corporación rebasó su ámbito de competencia, por las siguientes razones:

La norma que refiere la competencia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en materia de justicia y paz, es el artículo 32 de la Ley 975 de 2005, según el cual:

“Competencias de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en materia de justicia y paz. Además de las competencias establecidas en otras leyes, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial designados por el Consejo Superior de la Judicatura serán competentes para adelantar la etapa de juzgamiento de los procesos de los que trata la presente ley, vigilar el cumplimiento de las penas y las obligaciones impuestas a los condenados”.

Este precepto se debe complementar con el inciso cuarto del artículo 16 de la misma normatividad, disposición que en términos similares señala:

“El Tribunal Superior de Distrito Judicial que determine el CSJ, mediante acuerdo que expida antes de que se inicie cualquier trámite, será competente para conocer del juzgamiento de las conductas punibles a que se refiere la presente ley”.

Pues bien, como acto final de juzgamiento y tras agotarse la dinámica del proceso de justicia y paz, el Tribunal debe dictar sentencia cuyo contenido se encuentra regulado en el artículo 24 ibidem, conforme al cual:

“De acuerdo con los criterios establecidos en la ley, en la sentencia condenatoria se fijarán la pena principal y las accesorias. Adicionalmente se incluirán la pena alternativa prevista en la presente ley,

los compromisos de comportamiento por el término que disponga el Tribunal, las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas y la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación.

La Sala correspondiente se ocupará de evaluar el cumplimiento de los requisitos previstos en esta ley para acceder a la pena alternativa”.

Del contenido de las disposiciones citadas fluye que la competencia del Tribunal al momento de dictar sentencia se circunscribe a (i) individualizar la pena ordinaria y la alternativa en contra de los postulados (ii) fijar compromisos de comportamiento (iii) determinar las obligaciones de reparación moral y económica a favor de las víctimas (medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición) y (iv) decretar la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación.

(...)

Es decir, si bien resulta loable el propósito manifestado por el Tribunal orientado a conseguir fondos para la reparación de las víctimas ante la compleja situación de no contar con suficientes, es claro que desborda su ámbito funcional cuando adopta políticas generales en pro de su consecución, pues su competencia refiere, como se prevé en la disposición transcrita del decreto reglamentario, a señalar las acciones necesarias para materializar la reparación de las víctimas en cada caso particular.

De ahí que la orden dada en el fallo al Fiscal General de la Nación de crear una subunidad adscrita a la Unidad Nacional Para la Justicia y la Paz, con personal especializado en el análisis de operaciones financieras nacionales e internacionales, estudio de títulos y lavado de dinero, resulta extraña a su competencia sin que se pueda considerar como una acción tendiente a materializar la reparación integral de las víctimas de las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos a las que se contrae este asunto.

Extracto No. 8

M.P. DR. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Radicado No. 34634 - 19 de enero de 2011

6.2.- Cuando se presenta una situación como la denunciada, que se hace evidente al constatar que la autoridad pública no ha proferido los actos administrativos que hacen parte del ámbito de sus competencias funcionales, y la autoridad judicial incurre en grave morosidad, el juez tiene el deber constitucional y legal de imponerle coactivamente a los morosos el cumplimiento de sus obligaciones, porque de lo contrario el mecanismo de pacificación diseñado por medio del proceso de Justicia y Paz no podrá alcanzar sus metas.

(...)

6.4.- La Ley de Justicia y Paz fue expedida para alcanzar la paz nacional, entre otros motivos, postulado que involucra en primer lugar a los funcionarios judiciales de la jurisdicción especial, pero sus propósitos solamente se alcanzan en la medida en que se consiga una colaboración armónica de todas las instancias estatales, postulado que pasa por el cumplimiento estricto de las funciones que le han sido asignadas a las diferentes instituciones públicas y servidores estatales.

6.5.- De lo anterior se desprende la facultad que le asiste a la jurisdicción para buscar que toda entidad y servidor público acaten y cumplan las obligaciones constitucionales y legales que les corresponde, de modo que cuando la inactividad o inoperancia se convierte en el modelo de conducta que se ofrece por aquellos, resulta perentorio conminarlos para que actúen.

2.1.3 La Sala de Casación Penal es competente para ordenar la extinción del dominio de los bienes entregados por los postulados

Extracto No. 9

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

La Corte accederá al pedimento del impugnante, con base en las siguientes razones:

Ab initio precítese que, como lo señala el Procurador, tal solicitud fue elevada durante el incidente de reparación integral sin que el Tribunal se ocupara del tema relacionado con la extinción del dominio de los bienes ofrecidos por los postulados ni mucho menos de la petición concreta de monetización.

No haber hecho pronunciamiento alguno en torno a la extinción de dominio de tales bienes constituye, además de una afrenta al derecho que le asiste a las víctimas a recibir la indemnización de quienes están obligados principalmente a resarcir el daño causado, un palmario desconocimiento del artículo 24 de la Ley 975 en tanto exige que tal declaratoria debe hacer parte de la sentencia:

“Contenido de la sentencia. De acuerdo con los criterios establecidos en la ley, en la sentencia condenatoria se fijarán la pena principal y las accesorias. Adicionalmente se incluirán la pena alternativa prevista en la presente ley, los compromisos de comportamiento por el término que disponga el Tribunal, las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas y la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación” (subrayas fuera de texto).

El mismo imperativo aparece en el inciso cuarto del artículo 8° del Decreto reglamentario 4760 de 2005, según el cual:

“En la sentencia condenatoria la Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial fijará la pena principal y las accesorias

que correspondan por los delitos cometidos de acuerdo con las reglas del Código Penal, y adicionalmente incluirá la pena alternativa, los compromisos de comportamiento y su duración, las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas y la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación. La pena alternativa no podrá ser objeto de subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias” (subrayas fuera de texto).

De lo anterior se desprende con total claridad que existiendo bienes inmuebles ofrecidos por los postulados se torna necesario decretar su extinción de dominio para que con cargo al Fondo de Reparación de Víctimas se proceda a su posterior entrega a los afectados, al tenor de lo normado en el artículo 11 del Acuerdo 018 del 8 de mayo de 2008 expedido por la Agencia Presidencial para la Acción Social, por medio del cual se adopta el reglamento interno de dicho fondo.

2.1.4 Incompetencia de la Sala de Justicia y Paz para ordenar el traslado de los bienes de la unidad de extinción de dominio al Fondo de Reparación

Extracto No. 10

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

Sin embargo, la Corte no comparte la solución expuesta por el Tribunal en el sentido de disponer la recuperación por la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía de los bienes transferidos a la Unidad de Extinción de Dominio pertenecientes a miembros del grupo armado distintos a los postulados.

Ello porque, como con acierto lo indica el recurrente, la Unidad de Justicia y Paz no tiene competencia para perseguir bienes distintos a los de los postulados enlistados y entregados (art. 14 del Dto. 4760 de 2005, modificado por el art. ídem del Dto. 3391 de 2006), como sí la posee la Unidad de Extinción de Dominio, por lo que su reenvío a la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía podría acarrear que no pudieran ser afectados con medidas cautelares con el correlativo desmedro mayor que ello podría ocasionar a las víctimas en tanto no habría limitación alguna para su disposición o enajenación, complicando su utilización para efectos de la reparación.

(...)

Ahora bien, como lo aduce el representante de la Fiscalía, nada se opone para que dichos bienes sean remitidos al Fondo de Reparación de Víctimas, para lo cual basta con conciliar el artículo 18 de la Ley 793 de 2002, en cuanto que en la sentencia proferida dentro del trámite de extinción de dominio se dispondrá la tradición de los recursos a favor de la Nación a través del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado, administrado por la Dirección Nacional de Estupefacientes, con el artículo 54 de la Ley 975, declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad C-370 de 2006, en el entendido de que “*todos y*

cada uno de los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley, responden con su propio patrimonio para indemnizar a cada una de las víctimas de los actos violatorios de la ley penal por los que fueron condenados; y también responderán solidariamente por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del grupo armado al cual pertenecieron”, luego recogida en el artículo 15 del Decreto 3391 de 2006.

Para ello, el funcionario judicial que emita sentencia dentro del trámite de extinción de dominio, luego de comprobado que los bienes sobre los cuales recae la decisión pertenecen a miembros del grupo armado organizado al margen de la ley, deberá, de conformidad con el artículo 54 en cita, ordenar su tradición, no a favor del referido Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado, sino del Fondo para la Reparación de las Víctimas, administrado por Acción Social.

2.1.5 La Fiscalía General de la Nación y los magistrados con funciones de control de garantías en el proceso de Justicia y Paz también son competentes para ordenar la restitución de bienes. La Fiscalía puede ordenar la restitución de bienes sólo cuando la restitución es indiscutible y no compromete la eventual violación de los derechos de los terceros de buena fe. El magistrado con funciones de control de garantías también puede ordenarlo en los supuestos contrarios y mediante el trámite incidental

Extracto No. 11

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

Sobre el particular se tiene que en los apartados 284 y 285 del fallo impugnado el Tribunal se ocupó del tema, precisando que la competencia para restituir bienes recae exclusivamente en la Sala de Conocimiento de esa corporación *“en la sentencia que pone fin al procedimiento sobre la base de las pruebas practicadas durante el incidente de reparación”*, ante lo cual expresó la necesidad de *“poner fin inmediatamente a una práctica que se encuentra en manifiesta contravención de lo dispuesto en tales disposiciones”*. En esa dirección, dispuso allí mismo, que en un plazo breve y sin exceder de sesenta días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, la Fiscalía solicite ante el Magistrado de Garantías competente las medidas cautelares necesarias para garantizar que los bienes se encuentren disponibles a efectos de su restitución judicial por la Sala de Conocimiento. Sin embargo, tal orden no se incluyó en la parte resolutive de la decisión.

La Sala recientemente abordó esta temática¹⁴, llegando a una conclusión diversa a la expuesta por el Tribunal:

“Frente a este escenario resulta razonable pensar que la reparación ordenada en la sentencia, no incluye la restitución, en situaciones como las vividas por los desplazados, que fueron obligados a abandonar sus parcelas y en algunos casos se falsificaron

¹⁴ Auto radicado No. 34740, 15 de septiembre de 2010.

documentos para facilitar la tradición, en todo caso ilegal, de bienes inmuebles a los paramilitares o sus testaferros.

Esto porque lo justo en estos casos es que desde el inicio del proceso, por el Magistrado con Funciones de Control de Garantías, se ordene la restitución, en un trámite incidental en el que se respeten o se sopesen los derechos de terceros de buena fe, se acredite que el desmovilizado confesó en su versión libre el desplazamiento y se acredite la apropiación espuria por medio de títulos fraudulentos de los bienes de los desplazados.

La justicia transicional no puede ser indiferente a la tragedia humanitaria que vive nuestro país de cuenta de los millones de desplazados que deambulan con rumbo a ninguna parte por los cinturones de miseria y mendigan en los semáforos de las grandes ciudades, invisibles de cuenta de la técnica y la inflexibilidad jurídica.

Y la forma en que la administración de justicia se puede vincular con la superación, o por lo menos con la mitigación de este drama, es facilitando la restitución de tierras en la fase temprana del proceso transicional.

El artículo 11 de la Ley 906 de 2004 llama la atención sobre los derechos de las víctimas en cuya satisfacción, más que nada en el proceso regido por la Ley 975 de 2005, se compromete al juez, advirtiendo en el literal ‘c’, sobre que la reparación debe ser oportuna, al señalar como derecho:

‘A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código’.

Los desplazados, familias -y en muchos casos poblaciones- invisibles, trashumantes de la miseria y de la indiferencia, se merecen que se aplique en su favor los criterios moduladores de la actividad procesal, previstos en el artículo 27 de la misma Ley 906 de 2004, para que se pondere y flexibilice el alcance del artículo 23 de la Ley 975, en función de su necesidad extrema, precisamente para evitar excesos de dilación, que el paso del tiempo cuente contra ellos.

Esas familias se merecen igualmente que sus tierras vuelvan a sus manos, y no que se pierdan en la maraña general de una bolsa común, contrariando el concepto de restitución, primera opción reparatoria reconocida en la ley...” (subrayas fuera de texto).

Se desprende de lo expuesto en el antecedente que, a diferencia de lo señalado por el *a quo*, dentro del proceso de justicia transicional se debe garantizar la restitución desde sus albores y no esperar al momento definitivo del fallo, cuando ya puede ser demasiado tarde para garantizar los derechos de las víctimas. Este punto, entonces, no ofrece ninguna discusión.

El debate se centra ahora en establecer, cuando ya está claro que el Magistrado de Control de Garantías goza de la facultad para ordenar la restitución, si ella también asiste a la Fiscalía, como así se le reconoce en el artículo 22 de la Ley 906 de 2004, citado por el impugnante, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 22. Restablecimiento del derecho. Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal”.

En virtud de esta normativa queda claro que en el marco del sistema acusatorio, cuando ello sea procedente, la Fiscalía está plenamente autorizada para adoptar las medidas tendientes a que las cosas vuelvan al estado anterior al delito, lo que traducido al contexto de justicia transicional, aplicable por la figura de complementariedad prevista en el artículo 62 de la Ley 975, implicaría que cuenta con la facultad de ordenar medidas de restitución en favor de las víctimas, dentro de las cuales se pueden considerar, obviamente, los actos de devolución de predios usurpados por los miembros de los grupos armados al margen de la ley.

No obstante, restaría por determinar, y ello en atención al antecedente jurisprudencial traído a colación, cuándo puede la Fiscalía proceder *motu proprio* en tal sentido y cuándo los intervinientes facultados deben solicitar al Magistrado de control de garantías la restitución.

Respecto de la primera autoridad si, y sólo si, cuando la restitución es indiscutible y no comporta eventual vulneración de terceros de buena fe. Frente al segundo en el supuesto contrario, esto es, cuando el acto restitutivo no tiene la misma claridad o involucra los derechos que puedan tener terceros de buena fe sobre los bienes, en cuyo caso, como lo

precisó la Sala, se deberá dar paso al trámite incidental “*en el que se respeten o se sopesen los derechos de terceros de buena fe, se acredite que el desmovilizado confesó en su versión libre el desplazamiento y se acredite la apropiación espuria por medio de títulos fraudulentos de los bienes de los desplazados*”.

2.2 Factores determinantes de la competencia

Extracto No. 12

M.P. DR. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
Radicado No. 36921 -13 de Julio de 2011

Ha sido reiterativa esta Sala en señalar que la competencia territorial de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior correspondiente viene determinada por el área de influencia territorial del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció el postulado con independencia de lugar donde se agotaron los particulares comportamientos punibles encaminados a concretar los propósitos de dicho acuerdo criminal.

(...)

También ha definido esta Corte que en aquellos procesos donde el postulado debe responder por delitos cometidos en distintas áreas del país en las cuales tuvo el asiento de sus operaciones criminales, la competencia se definirá según la ubicación y seguridad de las víctimas y la facilidad de acceder a los elementos materiales de prueba, evaluando todos los aspectos necesarios para llevar el proceso hasta su culminación.¹⁵

Vale la pena recordar que se trata de un proceso de naturaleza transicional y excepcional en donde resulta aceptable que la verdad, la justicia y la reparación integral de las víctimas resulte prevalente sobre las formalidades y requisitos del procedimiento penal ordinario.

(...)

De otra parte se hace necesario precisar, ante los argumentos esgrimidos por la fiscalía, que en aquellos eventos en donde la influencia del grupo armado incluye más de un distrito judicial la competencia se verificará según el lugar donde se encuentre la mayoría de elementos probatorios y la cercanía de las víctimas a quienes se les debe facilitar su acceso al

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 32042, 15 de julio de 2009.

proceso penal y el ejercicio de sus derechos, circunstancias que en esta oportunidad se concentran en el municipio de Sonsón, Antioquia ya que allí se produjeron los actos delictuales por los cuales se eleva la imputación y es el lugar de residencia de las víctimas reconocidas¹⁶.

¹⁶ En el mismo sentido véase Auto radicado No. 36752, 22 de junio de 2011 (M.P. Augusto J. Ibañez Guzmán).

Extracto No. 13

M.P. DR. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Radicado No. 36605 - 8 de junio de 2011

... [E]s necesario recordar que el comportamiento punible en que se funda el sistema previsto por la Ley de Justicia y Paz no es otro que el concierto para delinquir materializado a través de la pertenencia a un grupo armado ilegal de parte de los postulados, motivo por el cual los criterios para la definición de la competencia por el factor territorial deben estar en consonancia con la consumación de dicho punible y no de la realización particular de los demás actos delictivos.

Ha sido reiterativa esta Sala en señalar que la competencia territorial de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior correspondiente viene determinada por el área de influencia territorial del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció el postulado con independencia de lugar donde se agotaron los particulares comportamientos punibles encaminados a concretar los propósitos de dicho acuerdo criminal.

La importancia que tiene la pertenencia al grupo armado ilegal y la zona donde se ejerció influencia ha sido resaltada en numerosos pronunciamientos:

“Así, la Corporación ha precisado las exigencias de la acusación que se profiere en el marco de la Ley de Justicia y Paz: i) la identificación del grupo armado ilegal, ii) la verificación de la fecha de ingreso del procesado a él, iii) la determinación del área de influencia territorial del grupo armado ilegal; iv) la explicación de los motivos por los cuales se estima que las infracciones punibles realizadas en el pasado por el desmovilizado pueden tenerse como cometidas durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado, v) 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.

En el mismo precedente en cita, la Corporación enfatizó la importancia de la verificación de la pertenencia del postulado al grupo

armado ilegal, circunstancia que configura el comportamiento punible de concierto para delinquir, y a la vez permite poner en marcha el trámite procesal de la Ley 975, con independencia –sin querer significar con esto que resulte indiferente– de la comisión de cada uno de los punibles cometidos por razón de dicha militancia”.¹⁷

También ha definido esta Corte que en aquellos procesos donde el postulado debe responder por delitos cometidos en distintas áreas del país en las cuales tuvo el asiento de sus operaciones criminales, la competencia se definirá según la ubicación y seguridad de las víctimas y la facilidad de acceder a los elementos materiales de prueba, evaluando todos los aspectos necesarios para llevar el proceso hasta su culminación.¹⁸

Vale la pena recordar que se trata de un proceso de naturaleza transicional y excepcional en donde resulta aceptable que la verdad, la justicia y la reparación integral de las víctimas resulte prevalente sobre las formalidades y requisitos del procedimiento penal ordinario¹⁹.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado Nos. 31205 y 29560, 17 de junio de 2009.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 32042, 15 de julio de 2009.

¹⁹ En el mismo sentido véase el Auto radicado No. 36751, 21 de junio de 2011 (M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero).

Extracto No. 14

M.P. DR. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Radicado No. 36819 - 5 de julio de 2011

También ha dicho, que en los procesos en los cuales el postulado debe responder por delitos cometidos en distintas partes del territorio nacional, la competencia se definirá atendiendo como criterios “*la ubicación y seguridad de las víctimas, la facilidad de acceder a las pruebas, evaluando todos los aspectos necesarios para llevar el proceso hasta su culminación satisfactoria para los intereses de las víctimas.*”²⁰

(...)

Como la situación planteada en la definición de competencia, no se encuentra prevista en la normatividad procesal vigente y la Ley 975 de 2005 “*Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios*”, prevé que en los temas no regulados en ella, se aplicará la Ley 782 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal²¹, en virtud del principio de integración se acudirá a las normas que regulan la competencia en la Ley 906 de 2004.

El artículo 52, establece como orden riguroso a seguir cuando se trate de delitos conexos cuyos jueces sean de la misma jerarquía, los siguientes: i) donde se haya cometido el delito más grave; ii) donde se haya realizado el mayor número de delitos; iii) donde se haya producido la primera aprehensión o; iv) donde se haya formulado primero la imputación.

²⁰ Auto radicado No. 32042, 15 de julio de 2009.

²¹ Artículo 62.

2.3 Definición de competencia: es un trámite preclusivo

Extracto No. 15

M.P. DR. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
Radicado No. 37253 - 31 de agosto de 2011

Esta Sala ha sostenido en otras oportunidades que el trámite de la definición de competencia es preclusivo y en tanto no admite que éste se inicie en cualquier etapa procesal ni tampoco que la impugnación de la misma pueda ser reiterada de manera ilimitada. En este sentido el artículo 55 de la Ley 906 de 2004 dispone que “*se entiende prorrogada la competencia si no se manifiesta o alega la incompetencia en la oportunidad indicada en el artículo anterior*” que en cuanto al proceso regulado por la Ley 975 de 2005 debe entenderse la audiencia de formulación de cargos. Bajo esta premisa y tras un estudio sistemático del procedimiento penal regido por la Ley de Justicia y Paz se debe concluir que una vez tramitada la impugnación de competencia al iniciar la audiencia de formulación de cargos, no es posible reiterar la misma solicitud en un momento posterior.

2.4 Momento procesal en el que debe ser propuesto el incidente de definición de competencias

Extracto No. 16

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Radicado No. 36642 - 8 de junio de 2011

Conforme al artículo 54 de la Ley 906 de 2004, el incidente de definición de competencias, constituye un mecanismo ágil y expedito a través del cual el superior funcional, en caso de incertidumbre frente a este presupuesto procesal, dilucida a quién debe asignársele su conocimiento.

El incidente puede surgir a iniciativa del funcionario judicial, cuando considere carecer de competencia para asumir el conocimiento del proceso, o de las partes en los eventos en que refuten la asumida por un despacho judicial.

Así mismo, debe ser propuesto en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, oportunidades que, sin embargo, no tienen carácter excluyente, tal como lo ha precisado la Sala²², pudiéndose presentar en otras ocasiones, por ejemplo, en la audiencia de preclusión de la investigación, entre otras.

²² Cfr. Autos radicados No. 32751, octubre 14 de 2009 y radicado No. 34951, 29 de septiembre de 2010.

3. Vigencia

3.1 La Ley de Justicia y Paz sólo es aplicable al postulado por los delitos cometidos antes de la desmovilización y de la vigencia de la ley

Extracto No. 17

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
Radicado No. 36103 - 4 de mayo de 2011

Sobre el ámbito de aplicación temporal de la Ley 975 de 2005

El artículo 72 de la ley de alternatividad penal establece:

*“Art. 72. La presente ley deroga todas las disposiciones que le resulten contrarias. **Se aplicará únicamente a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia** y rige a partir de la fecha de su promulgación”* (negrilla fuera de texto).

La interpretación literal de esta regla jurídica no comporta mayor dificultad por cuanto de manera expresa y clara fija el ámbito temporal de aplicación de la ley, al señalar que se empleará únicamente respecto a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia.

Como la ley fue promulgada y publicada en el diario oficial No. 45.980 del 25 de julio de 2005, tal fecha constituye el límite temporal establecido por el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, para la aplicación de la Ley de Justicia y Paz, sin que pueda argumentarse oscuridad o contradicción en su tenor literal

En tal sentido, la Corporación ha fijado una línea interpretativa de dicha regla, según la cual los hechos cobijados por la Ley 975 de 2005 son los cometidos durante y con ocasión de la pertenencia al grupo armado siempre y cuando hayan ocurrido antes del 25 de julio de 2005²³.

²³ En el mismo sentido véase: radicado No. 30999, 24 de febrero de 2009; radicado No. 31048, 9 de marzo de 2009 y radicado No. 31539, de julio de 2009.

(...)

En síntesis, la Corporación de forma reiterada y coherente ha fijado el alcance temporal de la ley de alternatividad penal, así:

- (i) Están cobijados por ella los hechos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia al grupo armado,
- (ii) Siempre y cuando hayan ocurrido antes del 25 de julio de 2005.

3.2 Competencia para conocer de las actuaciones que deben surtirse por hechos ocurridos luego de la entrada en vigencia la Ley 975 de 2005

Extracto No. 18

M.P. DR. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
Radicado No. 36163 - 26 de mayo de 2011

La idea nuclear sobre la aplicación de la Ley de Justicia y Paz, consiste en que, cuando la desmovilización se produce después de la vigencia de la Ley 975 de 2005, en todos los casos, los hechos que entran al rito del proceso de Justicia y Paz, son los que tuvieron ocurrencia durante la vigencia de la ley citada, y no después, como lo ha precisado la Corte en decisiones anteriores.

Así lo contempla el artículo 72 de la Ley de Justicia y Paz sobre la vigencia: *“La presente ley deroga todas las disposiciones que le resulten contrarias. Se aplicará únicamente a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia y rige a partir de la fecha de su promulgación”*, esto es 25 de julio de 2005. La norma anterior debe complementarse con el artículo 26 del Decreto 4760 de 2005 que a su tenor dispone *“Cuando se trate de conductas punibles de ejecución permanente, la Ley 975 de 2005 solamente será aplicable en aquellos eventos en que la consumación, materializada con el primer acto, se haya producido con anterioridad a la entrada en vigencia de la misma”*.

Ha sido criterio jurisprudencial pacífico y unánime de esta Corte el acatar la literalidad de las normas citadas dentro del contexto de las negociaciones de paz del gobierno nacional. Dijo la Corporación en pretérita ocasión que,

“La interpretación de la Sala de Casación Penal de la Corte al artículo 72 de la Ley 975 de 2005, no puede desconocer su tenor literal, posición que consulta no solo el querer del legislador, tal como se infiere de la claridad del texto legal y de las discusiones del proyecto de ley en el Congreso, sino que atiende la política criminal especial de justicia restaurativa concebida por el Estado para la transición hacia el logro de una paz sostenible, y privilegia

*ante todo los derechos fundamentales de los residentes en Colombia sin distinción –en particular la población más vulnerable–, sin desconocer tampoco el objetivo de facilitar los procesos de paz y la reincorporación a la vida civil de los miembros de los grupos armados ilegales, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, previstos en la Ley de Justicia y Paz y sus decretos reglamentarios, todo ello en el marco de los acuerdos de paz suscritos por el Gobierno con los representantes de los grupos de las Autodefensas Unidas de Colombia, quienes desde el 15 de julio de 2003 se comprometieron a cesar las hostilidades, acuerdo ratificado en mayo de 2004 junto con el compromiso de abstenerse de cometer conductas ilícitas.*²⁴

Así mismo se indicó que

*“Bajo el criterio de que “todos los hechos punibles sometidos al ámbito de la Ley 975/05 exigen que su perpetración se produzca durante y con ocasión de la pertenencia de los individuos desmovilizados de los grupos armados”²⁵, la ley de Justicia y Paz es precisa en el sentido de que la norma aplica para hechos sucedidos **con anterioridad a su vigencia** (artículo 72).*

(...)

Una lectura correcta de tales disposiciones (artículo 72 de la Ley 975 de 2005 y artículo 26 del decreto 4760 de 2005) permite afirmar que las conductas de carácter permanente son susceptibles de imputación en el trámite de la ley de Justicia y Paz porque reúnen tan específicas condiciones (de ser permanente, anterior a la vigencia de la ley de Justicia y Paz, y ejecutada con ocasión de la pertenencia al grupo ilegal). Por ello, son susceptibles de procesar y juzgar dentro del proceso de justicia transicional, sin que ello signifique afirmar que tal permisión fomenta de alguna manera la comisión de crímenes indiscriminados contra la población civil”.²⁶

²⁴ Acuerdo de Fátima, 12 y 13 de mayo de 2004, suscrito entre otros por Rodrigo Tovar Pupo, alias “Jorge 40”, comandante del Bloque Norte de las AUC.

“f. Los miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia se abstendrán de: desarrollar actividades ilícitas, reclutar personas, ejercer presión o amenazas sobre pobladores o visitantes, desarrollar entrenamiento armado y ordenar o coordinar acciones ilegales desde la zona”.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-370, 18 de mayo de 2006.

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto radicado No. 33.610, 13 de mayo de 2010.

Es menester concluir que la aplicación de la Ley 975 de 2005 se limita a los delitos ocurridos antes de la vigencia de esta norma, o que siendo de ejecución permanente, su primer acto haya ocurrido antes de la misma fecha, y en todo caso que estén relacionados con el delito de concierto para delinquir debido a la pertenencia al grupo armado ilegal. Una decisión en diferente sentido propiciaría inseguridad jurídica para eventuales víctimas y para la sociedad, ya que cualquier acto delictivo cometido después del 25 de julio de 2005 y hasta su desmovilización pasada o futura, estaría cubierto por los beneficios del trámite de Justicia y Paz.

Los recurrentes afirmaron que el espíritu de la ley pretende incluir en el trámite de Justicia y Paz, todos los delitos cometidos en razón de la pertenencia al grupo armado ilegal y hasta el momento de su desmovilización, tesis que encontraría respaldo en los artículos 2o. y 17 de la misma normatividad en donde se dispone la obligación de todo desmovilizado por relatar la verdad de sus actuaciones hasta el instante de sometimiento a la justicia. Este criterio fue desestimado por esta Sala en decisión del 24 de febrero de 2009 en la cual se dispuso,

*“Tampoco la Sala advierte contradicción entre el contenido del artículos 72 de la ley 975 de 2005 y aquellas disposiciones que mencionan el acto de desmovilización –entre otros los artículos 2º, 17º-, precisamente por la especificidad de materia que aborda cada uno de ellos; sólo el primero alude concretamente al término para que proceda el beneficio, aspecto reforzado en el artículo 26 del Decreto reglamentario 4760 de 2005 referido a la misma materia pero en cuanto a las conductas de ejecución permanente, exigiendo que el primer acto se haya producido con anterioridad a la vigencia de la ley 975 de 2005”.*²⁷

Debe distinguirse entre las obligaciones y requisitos que deben cumplir los postulados para ingresar al proceso de desmovilización, y los delitos que puedan ser sometidos al trámite y con los beneficios previstos en la Ley 975. Los artículos 2o. y 17 alegados hacen relación a las obligaciones que tienen los miembros de grupos armados al margen de la ley en cuanto a desmovilización y relato de la verdad, mientras que el artículo

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto radicado No. 30.999, 24 de febrero de 2009.

72 se refiere a los delitos que quedan cobijados bajo la normatividad y que tendrían un trámite y sanción específica.

No es cierto, como lo afirman los apelantes, que el espíritu del legislador fuese permitir la aplicación de la ley a los delitos cometidos después del 25 de julio de 2005 y hasta antes de su desmovilización tal y como se puede comprobar de las intervenciones orales generadas en el Congreso a raíz de la discusión de la presente ley:

“...si nosotros decimos que la ley queda abierta, todo el mundo se dedica a hacer tropelías, asesinatos, homicidios, masacres, pensando que el Código Penal no se le aplica, sino que se le aplican son las penas alternativas establecidas, por eso hay que hacer un corte... porque sería derogar todo nuestro ordenamiento jurídico...”

*...no se puede dejar abierta la vigencia de esta ley o la aplicación de esta ley hacia el futuro sin poner una fecha cierta por lo que yo mencionaba, todas las personas que deseen cometer los delitos más espantosos contra la humanidad, delito de lesa humanidad los cometerían con la tranquilidad de que los vamos a llevar a una pena alternativa, deben entender que hasta aquí la sociedad estableció una meta. Estableció una línea, tienen plazo para reconsiderar su posición... pero sí es absolutamente indispensable establecer la vigencia como está establecida en el articulado...”*²⁸

La vigencia normativa como requisito para el trámite de Justicia y Paz, ha sido reconocida por la Corte Constitucional y sus tesis adoptadas por esta Sala,

“Ahora bien, cosa distinta es la eficacia del precepto, esto es, la real posibilidad de ejecutarlo, proyectando sus mandatos imperativos a la resolución de un caso concreto. Esa eficacia de la norma es entonces un atributo relativo, que depende del pleno cumplimiento de los supuestos, tanto materiales como personales, e incluso temporales, a los cuales, por voluntad del mismo legislador, se encuentra sujeta su aplicabilidad. Bien puede ocurrir entonces que una disposición legal formalmente vigente no sea así mismo eficaz, por no reunirse a cabalidad los criterios fácticos a los que la misma norma haya condicionado su aplicación, o que un precepto

²⁸ *Gaceta del Congreso*, 356, 13 de junio de 2005. Citada en el Auto radicado No. 30999 del 24 de febrero de 2009.

vigente, y en principio aplicable, no sea eficaz respecto de un sujeto determinado, por no reunirse en cabeza suya los supuestos materiales y personales necesarios para reclamar dicha aplicación.

En el caso de las disposiciones que integran la Ley 975 de 2005, y particularmente frente a aquellas que establecen beneficios de carácter penal, es claro entonces que para su invocación y aplicación no basta la comprobación de su vigencia temporal. Por el contrario, para ello será necesario que en el caso concreto se cumplan a cabalidad los supuestos de los cuales depende su aplicación, aspectos sobre los cuales esta corporación tuvo oportunidad de discurrir ampliamente en la sentencia C-370 de 2006, dentro de los que se destacan aquellos que atañen al comportamiento de los individuos interesados en hacerse acreedores a tales beneficios, como son, entre otros, la colaboración eficaz en el esclarecimiento de los hechos investigados, la entrega de bienes para la reparación, el cumplimiento de las garantías de no repetición, etc.

Por lo anterior, la Corte precisa entonces que la aplicación de estas normas no puede entenderse como automática, ya que está condicionada, no apenas a la acreditación de su transitoria vigencia, sino al efectivo cumplimiento, durante aquel período, de los presupuestos materiales y personales a que se ha hecho referencia. En otras palabras, es claro que los beneficios que esta ley establece sólo son aplicables a partir del momento en que se cumplen todos los requisitos previstos en la propia ley y de conformidad con la interpretación constitucional fijada en la sentencia C-370 de 2006 y en las demás sentencias que esta corporación ha proferido sobre la constitucionalidad de tales preceptos”.²⁹

Por otra parte es necesario indicar que si bien el Gobierno Nacional, antes de la entrada en vigencia de la Ley 975 de 2005, adelantó contactos, conversaciones y negociaciones con los grupos armados al margen de la ley, en particular con el Bloque Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio, tendientes a consolidar el proceso de paz, en modo alguno esta negociación tiene el efecto de convertir la desmovilización en un acto derogatorio del mandato contenido en el artículo 72 del citado ordenamiento, ni la fecha en que se materializó ese acontecimiento tiene la virtud de cobijar con el beneficio de alternatividad las conductas punibles cometidas por el grupo después del 25 de julio de 2005,

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-1199 de 2008.

porque, se insiste, el fundamento de la pena alternativa lo constituye la contribución a la paz nacional, la colaboración con la justicia, el esclarecimiento de la verdad, la garantía de no repetición y la reparación de las víctimas, previo el cumplimiento de las exigencias establecidas en la ley³⁰.

De manera que no puede en el caso presente invocarse la obligación del Gobierno de garantizar el derecho a la paz y la facultad del Presidente de la República para promover nuevas desmovilizaciones, con el propósito de desconocer la vigencia y eficacia del artículo 72 del citado ordenamiento, porque el escenario planteado hoy en el caso que nos ocupa es diferente a eventuales nuevas desmovilizaciones y corresponde a la fase subsiguiente a los acuerdos de paz logrados con las AUC³¹, es decir, el trámite del procedimiento de Justicia y Paz encaminado a obtener su contribución a la consecución de la paz nacional, su colaboración con la justicia y el esclarecimiento de la verdad a partir de la confesión plena y veraz de las conductas punibles cometidas durante y con ocasión a su pertenencia al grupo, la garantía de no repetición y la reparación integral de las víctimas, previo el cumplimiento de las exigencias de la ley será lo que permita la concesión del beneficio de la pena alternativa, actuación jurisdiccional que excluye la mencionada potestad del jefe del Estado.

Tampoco es de recibo para esta Corte el argumento esgrimido por el delegado de la fiscalía al afirmar que la jurisdicción de Justicia y Paz es competente para conocer de los delitos cometidos después de la entrada en vigencia de la Ley 975 por tener conexidad con el delito de concierto para delinquir, ya que éste último es fundamento sustancial para participar en el proceso de desmovilización y en tanto tiene conexidad con la totalidad de delitos imputados.

Ha sido posición reiterada de esta Corte que la pertenencia a un grupo armado ilegal, esto es la comisión del concierto para delinquir, es requisito necesario para la aplicación de la Ley 975, enfoque que encuentra sustento en el artículo 2o. ibídem *“la presente ley regula lo concerniente*

³⁰ En el mismo sentido, véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto radicado No. 30.999, 24 de febrero de 2009.

³¹ *Acuerdo de Ralito*, suscrito el 15 de julio de 2003 y *Acuerdo de Fátima*, suscrito el 12 y 13 de mayo de 2004.

a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley”, en tanto, la totalidad de delitos imputados por el fiscal deben tener conexidad con el delito base, esto es concierto para delinquir, situación que no genera unas condiciones especiales para los delitos cometidos fuera de la vigencia de la ley y que amerite desconocer el mandato legal previsto en el artículo 72 varias veces referido.

CAPÍTULO II

Víctimas

1. Noción de víctima: La definición de víctimas del ordenamiento jurídico de Justicia y Paz es meramente enunciativa

Extracto No. 19

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

Es pertinente señalar que cuando en el artículo 5o. de la Ley 975 de 2005 se dice 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”*, debe entenderse en primer término, que se trata de supuestos utilizados de manera ejemplificativa, no taxativa, por parte del legislador, por ello utiliza la expresión *“tales como”*, sin que puedan circunscribirse únicamente al bien jurídico de la integridad personal, pues ello descartaría conductas tales como el secuestro, el desplazamiento forzado, la desaparición forzada, el homicidio, el acceso carnal violento, entre muchas otras, motivo por el cual en el artículo 23 de dicha normatividad se alude a la *“reparación integral de los daños causados con la conducta criminal”*.

Segundo, no son las lesiones las que tienen condición transitoria o permanente, pues tal carácter se predica de sus secuelas.

Tercero, también la naturaleza de las lesiones mencionadas es meramente ejemplificativa, pues una interpretación literal del texto excluiría discapacidades sensoriales de orden táctil, olfativo o que comprometan los órganos del gusto, de manera que se prefiere en este caso la generalidad señalada en el inciso 2o. del artículo 15 de la Ley de Justicia y Paz, al señalar que algunos de los daños sufridos por las víctimas pueden corresponder, entre otros, a *“lesiones físicas o psicológicas”*.

Cuarto, el *“sufrimiento emocional”* se refiere al daño inmaterial, esto es, al daño moral, al tiempo que la *“pérdida financiera”* —denominada con

más acierto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos “*pérdida de ingresos*”³², toda vez que el término utilizado en la Ley de Justicia y Paz alude al rendimiento del dinero— corresponde al daño material en sus dos vertientes, daño emergente y lucro cesante.

Quinto, el “*menoscabo de sus derechos fundamentales*” referido por el artículo 5o. de la citada legislación, congloba posibilidades adicionales de quebranto a diversos bienes jurídicos de los cuales pueden ser titulares las víctimas, siempre que, como lo señala el Artículo 15 ídem, se trate de un “*menoscabo sustancial*”, expresión que sólo viene a reiterar el principio de antijuridicidad material de la conducta, con el propósito de descartar quebrantos o puestas en peligro de carácter ínfimo, intrascendente, bagatelar o inocuo.

³² Así, en sentencia del 7 de junio de 2003. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*.

2. Aspectos generales de los derechos de las víctimas

2.1 Alcance de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación

Extracto No. 20

M.P. DR. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
Radicado No. 34634 - 19 de enero de 2011

El Tribunal Constitucional³³ en la sentencia C-454/06 resumió el alcance de los derechos de las víctimas del delito de la siguiente manera:

a.- El derecho a la verdad.

31.- El conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad³⁴ (principios 1o. a 4o.) incorporan en este derecho las siguientes garantías: (i).- el derecho inalienable a la verdad; (ii).- el deber de recordar; (iii).- el derecho de las víctimas a saber.

El primero, comporta el derecho de cada pueblo a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias que llevaron a la perpetración de los crímenes. El segundo, consiste en el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión como parte de su patrimonio, y por ello se deben adoptar medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado. Y el tercero, determina que, independientemente de las acciones que

³³ Sobre el particular también pueden ser consultadas las sentencias C-740/01; C-1149/01; SU-1184/001; T-1267/01 y C-282/02.

³⁴ Esta sistematización se apoya en el “Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”. Anexo del Informe final del Relator Especial acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos. E/CN.4/Sub2/1997/20/Rev.1, presentado a la Comisión de Derechos Humanos en 1998. Estos principios fueron actualizados por la experta independiente Diane Orentlicher, de acuerdo con informe E/CN.4/2005/102, presentado a la Comisión de Derechos Humanos. Para más detalles, véase Comisión Colombiana de Juristas, (comp.), *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones* (Bogotá: Opciones Gráficas Editores, 2007).

las víctimas, así como sus familiares o allegados puedan entablar ante la justicia, tiene el derecho imprescriptible a conocer la verdad, acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones, y en caso de fallecimiento o desaparición acerca de la suerte que corrió la víctima.

El derecho a la verdad presenta así una dimensión colectiva cuyo fin es “preservar del olvido a la memoria colectiva”³⁵, 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 Corte³⁶.

32.- Proyectando estos principios en el ámbito nacional, la jurisprudencia constitucional ha determinado que el derecho de acceder a la verdad, implica que las personas tienen derecho a conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso. La dignidad humana de una persona se ve afectada si se le priva de información que es vital para ella. El acceso a la verdad aparece así íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima³⁷.

b.- El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

33. Este derecho incorpora una serie de garantías para las víctimas de los delitos que se derivan de unos correlativos deberes para las autoridades, que pueden sistematizarse así: (i) el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; (ii) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; (iii) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho de acceso a la justicia, tiene como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal³⁸, y el derecho a participar

³⁵ Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, Principio 2.

³⁶ Cfr. Entre otras las sentencias C-293/95 y C-228/02.

³⁷ Cfr. Sentencias T-443/94 y C-293/95.

³⁸ Cfr. Sentencia C-412/93.

en el proceso penal³⁹, por cuanto el derecho al proceso en el estado democrático debe ser eminentemente participativo. Esta participación se expresa en “que los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como a toda información pertinente a la investigación y tendrán derecho a presentar otras pruebas⁴⁰”.

c.- El derecho a la reparación integral del daño que se ha ocasionado a la víctima o a los perjudicados con el delito.

34. El derecho de reparación, conforme al derecho internacional contemporáneo también presenta una dimensión individual y otra colectiva. Desde su dimensión individual abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas individuales relativas al derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición. En su dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas⁴¹.

La integridad de la reparación comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación.

³⁹ Cfr., Sentencia C-27594.

⁴⁰ Cfr. Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, aprobado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Resolución 1989/65, 29 de mayo de 1989, y ratificada por la Asamblea General, mediante resolución 44/162 del 15 de diciembre de 1989. Citados en la sentencia C-293/95.

⁴¹ Cfr. Art. 33 del conjunto de “Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”.

2.2 Los derechos a la verdad, la justicia y la reparación deben garantizarse tanto en el proceso de Justicia y Paz como en el proceso penal ordinario

Extracto No. 21

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Radicado No. 36103 - 4 de mayo de 2011

Los conceptos de verdad y justicia están íntimamente relacionados con el esclarecimiento de los hechos, esto es, determinar cómo ocurrieron, quién es el penalmente responsable, así como la aplicación de la sanción correspondiente.

Tales presupuestos deben satisfacerse no sólo en los trámites surtidos al amparo de la ley de alternatividad penal sino en los procesos de la jurisdicción penal permanente, con mayor razón si comportan afectación de derechos humanos o del derecho internacional humanitario.

En justicia y paz, obviamente, es factible obtener una versión más amplia de los hechos, sus circunstancias y motivaciones, por cuanto constituye requisito indispensable para acceder a los beneficios allí previstos la confesión de todos los punibles en que haya participado el postulado con ocasión de su pertenencia al grupo armado, pero ello no significa que en los procesos de la jurisdicción ordinaria no se puedan obtener similares resultados, eso sí, con mayor derroche investigativo.

Lo anterior por cuanto la exigencia establecida en la Ley 975 de 2005 de garantizar justicia, verdad y reparación está a cargo, de manera fundamental, en el postulado si aspira a beneficiarse de la pena alternativa.

Dentro de los objetivos de la justicia ordinaria también se encuentra hacer efectivos los derechos de las víctimas, siendo, además, el escenario natural e idóneo para ello, por cuanto es allí donde los fiscales y los jueces pueden ejercer las facultades a ellos deferidas por la ley para adelantar las investigaciones, esclarecer los hechos, obtener el juzgamiento y sanción de los responsables.

Y ello es así por cuanto los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia, integrantes del ordenamiento jurídico interno en virtud del bloque de constitucionalidad, imponen a los diversos operadores judiciales velar por la efectiva y real satisfacción de los derechos de las víctimas.

2.3 Aplicación del principio de tutela judicial efectiva

Extracto No. 22

M.P. DR. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Radicado 34634 - 19 de enero de 2011

3.- Reiteración de jurisprudencia sobre los derechos de las víctimas⁴².

3.1.- La Sala ha sostenido que la intervención de las víctimas en el proceso penal y su interés porque la justicia resuelva un asunto, pasó de la mera expectativa por la obtención de una reparación económica –como simple derecho subjetivo que permitía que el delito como fuente de obligaciones tuviera una vía judicial para el ejercicio de la pretensión patrimonial⁴³– a convertirse en derecho constitucional fundamental que además de garantizar (i).- la efectiva **reparación** por el agravio sufrido, asegura (ii).- la obligación estatal de buscar que se conozca la **verdad** sobre lo ocurrido, y (iii).- un acceso expedito a la justicia, pues así se prevé por la propia Constitución Política, la ley penal vigente y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad⁴⁴.

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de segunda instancia, radicado No. 26945, 11 de julio de 2007.

⁴³ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, durante mucho tiempo entendió que el interés de la parte civil en el proceso penal se limitaba al resarcimiento de los perjuicios, y entonces cuando se le indemnizaba en los términos de su pretensión no podía intentar acciones que desmejoraran la situación del procesado. Así, por ejemplo, Sentencias de 21 de enero de 1998, radicado No. 10166, y de 7 de octubre de 1999, radicado No. 12394. Tal línea jurisprudencial fue acogida en la sentencia C-293/95 por la Corte Constitucional y se mantuvo hasta el año 2002, cuando por medio de la decisión C-228/02, se autorizó a la víctima a intervenir en el proceso con finalidades diversas a las estrictamente económicas.

⁴⁴ Véase Corte Constitucional, Sentencia C-209/07. En ésta providencia se hace un resumen de la forma como ha discurrido la jurisprudencia en materia de los derechos de las víctimas. Especial mención se hace de las sentencias C-580/02 (por la cual se estableció que el derecho de las víctimas del delito de desaparición forzada de personas y la necesidad de garantizar los derechos a la verdad y a la justicia, permitían que el legislador estableciera la imprescriptibilidad de la acción penal, siempre que no se hubiera identificado e individualizado a los presuntos responsables); C-004/03 (garantía jurídica con que cuentan las víctimas para controvertir decisiones que sean adversas a sus derechos); C-979/05 (derecho de las víctimas a solicitar la revisión extraordinaria de las sentencias condenatorias en procesos

3.2.- Tal perspectiva de la víctima solamente se puede entender cuando se acepta, como tiene que ser, que ella ha quedado cubierta por un sistema de garantías fundado en el principio de la *tutela judicial efectiva*⁴⁵, de amplio reconocimiento internacional⁴⁶, y con evidente acogida constitucional a través de los artículos 229, 29 y 93 de la Carta. Este principio se caracteriza por establecer un sistema de garantías de naturaleza bilateral. Ello implica 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 tribunales⁴⁷; la efectividad de los derechos (Arts. 2o. y 228); sean predicables tanto del acusado como de la víctima. Esta bilateralidad, ha sido admitida por esta Corporación al señalar que 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 perjudicados⁴⁸.

por violaciones a derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, cuando una instancia internacional haya concluido que dicha condena es aparente o irrisoria); C-1154/05 (derecho de las víctimas a que se les comuniquen las decisiones sobre el archivo de diligencias); C-370/06 (los derechos de las víctimas en procesos inscritos en contextos y modalidades de justicia transicional de reconciliación); y, C-454/06 (la garantía de comunicación a las víctimas y perjudicados con el delito opera desde el momento en que éstos entran en contacto con las autoridades; señala que los derechos a la verdad, la justicia y la reparación las autoriza a solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía).

⁴⁵ El principio de la tutela judicial efectiva encuentra ubicación constitucional en los artículos 229 y 29 de la Carta, sin perjuicio de su ampliación por la vía del artículo 93, que ha permitido el ingreso de las fuentes internacionales que consagran esta garantía.

⁴⁶ Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁴⁷ Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

2.4 El papel de la judicatura frente a la garantía de los derechos de las víctimas

Extracto No. 23

M.P. DR. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
Radicado No. 34634 - 19 de enero de 2011

4.1.- La Constitución Política, los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos impone el deber-obligación al Estado colombiano de incorporar en la legislación interna normas que permitan prohibir las violaciones del derecho a la vida, la integridad y libertad personales, etc., y que dispensen castigo a los responsables, lo cual no sólo incumbe al órgano legislativo

“sino a toda la institución estatal y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas fuerzas de policía o fuerzas armadas. En razón de lo anterior, los Estados deben adoptar las medidas necesarias, no sólo a nivel legislativo, administrativo y judicial, mediante la emisión de normas penales y el establecimiento de un sistema de justicia para prevenir, suprimir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, sino también para prevenir y proteger a los individuos de actos criminales de otros individuos e investigar efectivamente estas situaciones”.⁴⁹

4.2.- Frente a las violaciones de los derechos humanos el Estado debe garantizar a las víctimas un recurso efectivo que ofrezca resultados o respuestas adecuadas⁵⁰, lo que equivale a decir, ni más ni menos, que un remedio de justicia no equivale a hacer justicia. Dicho en otros términos: sólo se hace justicia y se obtiene eficacia del recurso efectivo cuando quienes han sufrido la violación de los derechos humanos, quienes han sido víctimas de los delitos cometidos por los grupos paramilitares, o sus familiares, obtienen verdad, justicia y reparación⁵¹.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la masacre de Ituango vs. Colombia*, Sentencia del 1 de julio de 2006 (Negrillas agregadas). Véase <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*, Sentencia del 29 de septiembre de 1999. Véase <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de las Palmeras vs. Colombia*. Sentencia del 6 de diciembre de 2001. Véase <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

4.3.- El Estado, en este caso los jueces, faltan a sus deberes cuando ante graves violaciones a los derechos humanos no investigan, juzgan y sancionan a los responsables de cometerlas. En concreto sobre el denominado *recurso efectivo*, se incumplen gravemente los estándares internacionales cuando (i).- no se adelantan los procesos judiciales de forma seria, rigurosa y exhaustiva, (ii).- cuando no se tramitan con diligencia, celeridad y convicción, (iii).- no se toman medidas para proteger a las víctimas (iv).- o no se les permite a éstas intervenir en los procesos, (v) o se dilata en el tiempo la definición del asunto.

4.4.- Hay que resaltar la necesidad de que la judicatura comprenda el papel que juegan sus decisiones en el contexto del sistema penal y del modelo estatal del que hace parte por cuanto las democracias constitucionales son fundamentalmente Estados de Justicia; es decir, Estados que en el contexto de una democracia participativa y pluralista, llevan a una nueva dimensión los contenidos de libertad política del Estado Liberal y de igualdad del Estado Social. Por ello, cada acto de los poderes constituidos, incluido el Poder Judicial, se halla vinculado por la Justicia como valor superior del ordenamiento jurídico, como principio constitucional, como derecho y aún como deber estatal, de donde resulta imperioso que los jueces, al emitir sus pronunciamientos, no se preocupen solo por la corrección jurídica de sus decisiones sino también por la necesidad de armonizar esa corrección con contenidos materiales de Justicia porque de lo contrario, la judicatura colombiana no habría dado un solo paso desde las épocas del más rígido formalismo jurídico.

4.5.- Si se procede de esa manera, esto es, armonizando la corrección jurídica y la justicia material, es fácil advertir que existen razones superiores para considerar que la existencia de un recurso efectivo a favor de las víctimas trasciende hasta llegar a autorizar a los jueces para que impongan a otras autoridades el cumplimiento estricto de sus deberes, que pasa entre otras por el acatamiento de los plazos para actuar y/o evitar dilaciones indebidas.

4.6.- Estas medidas resultan no solo político criminalmente seguras sino también jurídicamente correctas y moralmente justas: posibilitan la realización de los fines constitucionales del proceso penal pues permiten que las legítimas expectativas que alientan las víctimas tengan

consolidación en cuanto posibilitan la realización de su derecho a la justicia.

4.7.- La judicatura no puede ser pasiva ni refractaria a este tipo de consideraciones, al contrario, debe comprender que sus decisiones se enmarcan en el contexto de un Estado orientado a la realización de la Justicia y que por ello concurren razones superiores para conseguir que efectivamente las víctimas obtengan justicia, verdad, reparación y garantías de no repetición.

4.8.- En el Estado **legal** de derecho, la legitimidad del proceso se determinaba sólo por el cumplimiento de las formalidades establecidas en la Ley: el formalismo jurídico era la alternativa hermenéutica, visión que varió radicalmente con el Estado **constitucional, social y democrático de derecho** en el cual la legitimidad de las instituciones no se determina únicamente a partir del cumplimiento del rigor formal fijado por la ley sino por el respeto y la realización del sistema de valores, principios, derechos y deberes consagrados en las cartas políticas con miras a la realización del hombre en un marco democrático pluralista, de tal manera que la legitimidad de todo proceso ya no se infiere del sólo tenor literal de la ley sino también a partir del cumplimiento de la teleología que para él se deduce de los mandatos superiores⁵².

⁵² José Joaquín Urbano Martínez, “Los fines constitucionales del proceso penal como parámetro de control del principio de oportunidad”, *Revista Unext.* No. 79, 2005. “En la tradición del positivismo formalista, el derecho procesal estaba desprovisto de una vinculación sustancial con lo que era materia de litigio; se agotaba en una ritualidad cuya configuración se realizaba fundamentalmente en la instancia legislativa... pero esa dimensión del derecho procesal ha sido superada pues el constitucionalismo ha rescatado las garantías centenariamente elaboradas como contenidos del derecho procesal para vincularlas inescindiblemente a la realización de las normas sustanciales... Con ello, ha dotado al proceso de una nueva racionalidad pues ya no se trata de agotar ritualismos vacíos de contenido o de realizar las normas de derecho sustancial de cualquier manera sino de realizarlas reconociendo esas garantías irrenunciables pues su respeto ineludible también constituye una finalidad del proceso... De allí que el proceso penal constituya un método con el que, a través de distintas etapas teleológicamente dirigidas y en un marco de profundo respeto de los derechos de los intervinientes, se averigua la verdad en relación con la comisión de una conducta punible y se lo hace como presupuesto para la emisión de una decisión justa”. Corte Constitucional, Sentencia C-131/02.

4.9.- En ese orden de ideas, dígase finalmente que el juez ya no es la “*boca de la Ley*” a la manera de MONTESQUIEU en el Estado Liberal de Derecho, sino el “*cerebro y la conciencia del Derecho*” a través de la jurisprudencia de principios en el Estado constitucional, social y democrático de derecho, que le permite ser legislador positivo al modular o condicionar la validez de la ley, y legislador negativo, a la manera de GARGARELLA, al poder excluir del firmamento del derecho una ley inválida, como aquella que no se rigió en su trámite de creación por el mandato constitucional o que desconoce el capital axial superior, a través de los controles directo o difuso de constitucionalidad, éste último que, a partir de la Constitución de 1991, puede ejercer cualquier juez de la República por aspectos formales o de procedimiento y materiales⁵³.

⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de segunda instancia, radicado No. 33.257, 24 de marzo de 2010.

Extracto No. 24

M.P. DR. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Radicado No. 34634 - 19 de enero de 2011

3.4.- En forma concreta sobre los derechos de las víctimas en procesos inscritos en contextos y modalidades de justicia transicional de reconciliación, el Tribunal Constitucional mediante la sentencia C-370/06, no solamente señaló que además de garantizarles la protección de los derechos humanos mediante el ejercicio de un recurso en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

4.7. El “Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, proclamados por la ONU en 1998.

... la Corte aprecia que, dentro de las principales conclusiones que se extraen del “Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” en su última actualización, cabe mencionar las siguientes, de especial relevancia para el estudio de constitucionalidad que adelanta:... (vi) dentro del proceso penal las víctimas tienen el derecho de hacerse parte para reclamar su derecho a la reparación... (x) la reparación tiene una dimensión doble (individual y colectiva) y en el plano individual abarca medidas de restitución, indemnización y readaptación; (xi) en el plano colectivo, la reparación se logra a través de medidas de carácter simbólico o de otro tipo que se proyectan a la comunidad.

3.5.- Derechos frente a los cuales el juez, como representante de una autoridad independiente e imparcial que colabora armónicamente en la realización de los fines del Estado social de Derecho, no puede ser un simple espectador pues su misión

“va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales...de donde le resulta imperativa la obligación de buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a

la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad”⁵⁴.

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-591/05.

2.5 Reivindicación de los derechos de las víctimas en el marco de la aplicación de las medidas de justicia transicional

Extracto No. 25

M.P. DR. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Radicado No. 36071 - 8 de junio de 2011

La justicia transicional sin duda alguna debe ocuparse de las víctimas, reivindicando sus derechos de la mejor manera posible, tal y como recientemente lo ha declarado esta Corporación, al afirmar⁵⁵:

“La justicia transicional no puede ser indiferente a la tragedia humanitaria que vive nuestro país de cuenta de los millones de desplazados que deambulan con rumbo a ninguna parte por los cinturones de miseria y mendigan en los semáforos de las grandes ciudades, invisibles de cuenta de la técnica y la inflexibilidad jurídica.

Y la forma en que la administración de justicia se puede vincular con la superación, o por lo menos con la mitigación de este drama, es facilitando la restitución de tierras en la fase temprana del proceso transicional.

El artículo 11 de la Ley 906 de 2004 llama la atención sobre los derechos de las víctimas en cuya satisfacción, más que nada en el proceso regido por la Ley 975 de 2005, se compromete al juez, advirtiéndolo en el literal “c”, sobre que la reparación debe ser oportuna, al señalar como derecho:

“A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código.”

Los desplazados, familias –y en muchos casos poblaciones– invisibles, trashumantes de la miseria y de la indiferencia, se merecen que se aplique en su favor los criterios moduladores de la actividad procesal, previstos en el artículo 27 de la misma Ley 906 de 2004, para que se pondere y flexibilice el alcance del artículo 23 de la

⁵⁵ Justicia y Paz, Auto radicado No. 34740, 15 de septiembre de 2010.

Ley 975, en función de su necesidad extrema, precisamente para evitar excesos de dilación, que el paso del tiempo cuente contra ellos.

Esas familias se merecen igualmente que sus tierras vuelvan a sus manos, y no que se pierdan en la maraña general de una bolsa común, contrariando el concepto de restitución, primera opción reparatoria reconocida en la ley”.

3. Derecho a la verdad

3.1 Limitaciones en la construcción de la verdad – necesidad de acudir a mecanismos complementarios

Extracto No. 26

M.P. DR. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
Radicado No. 36125 - 31 de agosto de 2011

Acerca de la verdad en el proceso de Justicia y Paz, y la forma de llegar a ella, ya bastante se ha dicho, advirtiéndose las dificultades que en tratándose de delitos ejecutados por grupos al margen de la ley, comporta la reconstrucción histórica de los hechos en términos que satisfagan las legítimas aspiraciones de las víctimas, pues, en ocasiones estas exigencias riñen también con la naturaleza y finalidades de un proceso que a más de procurar por cubrir los derechos de esas víctimas, también ha de erigir mínimos procesales y probatorios encaminados a determinar la responsabilidad del postulado.

Precisamente, en atención a tantas cuantas limitaciones se ofrecen en el cometido básico de conocer lo ocurrido dentro de todo su contexto, se señaló que la investigación de los hechos debe ofrecer cierta laxitud, conforme los estándares internacionales establecidos para juzgar la macrocriminalidad, e incluso se advirtió cómo, finalmente, esa tensión entre lo procesal y la verdad histórica requerida por las víctimas, torna necesario acudir a mecanismos complementarios, ajenos a la intervención judicial, tal cual sucede con las llamadas Comisiones de la Verdad.

Para lo que se examina, la Sala estima pertinente traer a colación lo que sobre el tema se expuso en ocasión anterior, dentro de este mismo asunto⁵⁶:

“Lo dicho quiere significar que el rol de la Fiscalía no es pasivo, puesto que tiene el deber institucional de practicar cuanto medio probatorio esté a su alcance, con el fin de confirmar o infirmar lo

⁵⁶ Auto radicado No. 32022, 21 de septiembre de 2009.

confesado por el desmovilizado, resaltándose que en esa labor de verificación, es apenas natural y obvio que las víctimas jueguen un papel preponderante, pues, a su turno, pueden aportar elementos de juicio en uno u otro sentido.

Sin embargo, se insiste, esa intervención de la víctima no puede entenderse en términos absolutos, pues su facultad de controvertir y discutir la confesión del procesado, no llega al extremo de impedir que el proceso de justicia y paz avance y termine de manera normal, pues, afirmar lo contrario conduciría a desnaturalizar los fines de la justicia transicional.

En este evento, debe hacerse una interpretación flexible sobre el concepto de verdad, a partir de lo aportado por el desmovilizado en su versión libre, dado que, como lo sostuvo la Corte Constitucional en la citada Sentencia C-370 de 2006 (apartado 6.2.2.1.7.20), no puede perderse de vista que la Ley 975 está diseñada para ser aplicada a personas que han cometido múltiples y graves delitos, en desarrollo de los cuales apelaron a toda clase de maniobras para esconder su real dimensión y las pruebas de los mismos, lo cual necesariamente dificulta la labor investigativa.

Por esta razón, señaló dicha Corporación en esa oportunidad, que “se debe confiar en la voluntad de buena fe de quienes deciden entrar a la legalidad”.

También la Sala, en el auto antes citado, reconoció que la complejidad de la reconstrucción de los hechos por virtud de la degradación del conflicto y la barbarie de los métodos utilizados en la ejecución de las conductas (descuartizamiento, fosas comunes), sumado a las dificultades de huella histórica de muchos hechos, por deficiencias en el registro civil (nacimientos, defunciones), en los registros notariales y mercantiles, por los permanentes movimientos de las comunidades desplazadas, entre otras y tantas dificultades, obliga a exámenes de contexto y a la flexibilización de los umbrales probatorios, no solo respecto de la comprobación del relato del postulado, sino, sobre todo, del daño causado, el que deberá acreditarse con medios propios de la justicia transicional.

En este orden de ideas, resulta desproporcionado, como aquí se pretende, que se exija del desmovilizado, quien ha relatado genéricamente unos hechos ocurridos hace varios años y confesado la comisión de múltiples conductas punibles, que especifique todas

las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la ejecución de cada una de ellas.

No. A la confesión del postulado no puede imponérsele condicionamiento alguno, diferente al resultado probatorio que es consecuencia del examen de su valor suasorio, conforme a las reglas de la sana crítica.

Además, a lo que está obligado el postulado es a decir la verdad, su verdad, la que conoce, lo cual puede hacer relatando genéricamente unos hechos que le constan, sin que esté obligado a calificarlos jurídicamente, ya que ello es labor de la Fiscalía General de la Nación, de manera que si el ente instructor, en un momento dado no realiza alguna imputación de hechos confesados, dicha omisión no puede tener efectos desfavorables para el desmovilizado.

Cosa diferente es que el procesado guarde el secreto sobre lo ocurrido, manipule la verdad o niegue la ocurrencia de graves delitos cuya comisión le consta, porque en este evento sí se está frente a un verdadero atentado contra el derecho a la verdad, en sus dimensiones individual y colectiva, lo que acarrearía, necesariamente, consecuencias desfavorables para el postulado.

Pero para que ello suceda, es necesario que se aporte prueba idónea y no que, a partir de especulaciones o afirmaciones genéricas, se diga simplemente que el desmovilizado no rindió una declaración completa y veraz”.

(...)

Así las cosas, ya se ha entendido que la reconstrucción de la verdad histórica interesante al derecho de las víctimas individuales y colectivas, reclama de medidas complementarias, motivo por el cual no puede ser factor incidente en la adecuada resolución del proceso instituido en la Ley 975 de 2005, la auscultación de que las víctimas no han quedado satisfechas con la explicación o relación de lo ocurrido efectuada por el postulado, o con la ingente labor de la Fiscalía cuando esta no rindió frutos, pues, si ello fuese suficiente para anular el procedimiento o detenerlo, se crea un verdadero cuello de botella, por lo demás paradójico, que, finalmente, incide en otros derechos también valiosos: justicia y reparación.

Se repite, los criterios de racionalidad que han de gobernar la auscultación de un tan complejo aspecto como el de la verdad, impelen, exclusivamente para lo que corresponde al proceso regulado en la Ley 975 de 2005, que con la confesión del postulado, verificada en su credibilidad y efectos por la necesaria contextualización que haga la Fiscalía, se delimiten los hechos en concreto, una vez determinado que el desmovilizado narró en su totalidad lo que conoce, que la Fiscalía adelantó una tarea investigativa suficiente para corroborarlo y que, desde luego, lo referido no ha sido contradicho con argumentos serios o elementos suasorios suficientes.

Extracto No. 27

M.P. DR. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
Radicado No. 36125 - 31 de agosto de 2011

...[L]a Sala abordó a despacio el estudio del tema de la construcción de la verdad en procesos transicionales, advirtiéndole que los estándares operan más laxos e incluso facultan determinarlos a partir de la confesión circunstanciada del postulado, añadiendo que precisamente por ocasión de ello es menester explorar la posibilidad de una Comisión de la Verdad complementaria, que faculte el conocimiento material y amplio requerido por las víctimas.

3.2. Conveniencia de la creación de una comisión de la verdad. Incompetencia de la jurisdicción para su creación

Extracto No. 28

M. P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

Sobre el particular, como bien lo indica la recurrente, ha de precisarse que la Corte ha sido partidaria de la conformación de una Comisión de la Verdad para ahondar en la barbarie que en el país ha desencadenado el fenómeno paramilitar, con el propósito de “...*crear un espacio desprovisto de las formalidades y las consecuencias de los procesos judiciales, en el que tanto los perpetradores como sus víctimas puedan encontrarse a fin de exponer sus versiones sobre lo acontecido, las motivaciones de sus actos y la profundidad de sus pérdidas, todo con miras a la reconciliación nacional*”⁵⁷.

Ello porque es evidente que en el escenario de las comisiones de la verdad, las víctimas se expresan con menor rigor y formalismo que dentro de los procesos judiciales, la ruptura de su silencio y la escucha respetuosa por parte de la sociedad comportaría efectos sanadores y reparadores, y significaría para aquellas un reconocimiento social y en alguna manera la restauración de su dignidad, por cuanto clausuraría la sospecha de culpabilidad que generalmente se cierne sobre las víctimas, según la cual, algo hicieron para merecer tal sufrimiento⁵⁸.

No obstante, dado su carácter no jurisdiccional, su creación debe ser impulsada por el ejecutivo o el legislativo, como inicialmente aparecía en el proyecto inicial de la ley de víctimas (arts. 123 y ss) presentado por el Gobierno Nacional⁵⁹ y que actualmente se tramita en el Congreso

⁵⁷ Cfr. Auto radicado No. 32022, 21 de septiembre de 2009.

⁵⁸ María Teresa Uribe de Hincapié. “Esclarecimiento histórico y verdad jurídica: notas introductorias sobre los usos de la verdad” En *Justicia transicional y praxis* (Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2006), 327.

⁵⁹ Texto propuesto para primer debate al proyecto de ley 107 de 2010 por la cual se dictan medidas de atención y reparación integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario acumulado proyecto de ley no. 85/10 – Cámara, por la cual se establecen normas transicionales para la restitución de tierras”.

de la República, siendo suprimida del último texto aprobado en la plenaria de la Cámara de Representantes, para en su lugar quedar comprendida en el Mecanismo no Judicial de Contribución a la Verdad y la Memoria Histórica, cuya creación se tramita en el órgano legislativo a través de otro proyecto de ley⁶⁰.

Así pues, y para dar respuesta al planteamiento de la impugnante, se concluye que dada la naturaleza no jurisdiccional de esa comisión, mal podría disponerse su creación a través de un fallo judicial.

⁶⁰ Proyecto de Ley Número 149 de 2010 - Cámara, 202 de 2010 - Senado “Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones”.

4. Derecho a la reparación

4.1 Contenido y alcance

4.1.1 Evolución dentro del proceso penal del derecho a la reparación

Extracto No. 29

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

En efecto, con el robustecimiento del Estado de derecho y posteriormente del Estado social y democrático de derecho, el sistema penal colombiano se orientó de manera prevalente a salvaguardar los derechos y garantías de los procesados, de modo que reiterada y pacíficamente la Corte Suprema sostuvo que el interés de las víctimas, quienes debían constituirse en parte civil dentro del proceso penal, quedaba circunscrito exclusivamente al ámbito pecuniario de carácter indemnizatorio, razón por la cual les resultaba ajeno presentar peticiones o ejercer recursos que no tuvieran como finalidad el restablecimiento del derecho y el resarcimiento del daño ocasionado por la conducta punible, estándoles vedado controvertir en perjuicio del procesado la entidad típica del delito o la pena privativa de la libertad impuesta⁶¹.

Así las cosas, la parte civil se encontraba facultada para participar en las diligencias, solicitar y aducir pruebas, presentar alegaciones e interponer recursos, a fin de acreditar la existencia de la conducta investigada, la identidad de los autores o partícipes, la responsabilidad penal de estos, así como la naturaleza y cuantía de los perjuicios causados al titular de la acción debidamente reconocido como tal dentro del trámite, todo con el único propósito de conseguir la correspondiente indemnización en el fallo.

No obstante lo anterior, de manera preliminar en la sentencia C-412 de 1993, la Corte Constitucional señaló que la dignidad de la persona

⁶¹ V. gr. providencias del 24 de febrero de 2000, radicado No. 11650 y del 20 de abril de 2002, radicado No. 19088, entre muchas otras.

no se protege únicamente con la indemnización patrimonial, sino que menester resulta asegurar la verdad y la justicia en las investigaciones, todo ello a favor de los intereses de víctimas y perjudicados.

Posteriormente, con la sentencia C-554 del 31 de mayo de 2001, se reconoció que la aplicación del principio *non bis in idem* dispuesto a favor de los procesados en el artículo 8º del Código Penal (Ley 599 de 2000) tenía una salvedad referida a “*lo establecido en los instrumentos internacionales*”, entre otras razones, dada la “*conciencia universal en torno a la represión de aquellos atentados que comprometen seriamente la axiología de los derechos humanos*”.

Luego, por medio de la sentencia C-1149 del 31 de octubre de 2001 se declaró la exequibilidad condicionada del artículo 305 del Código Penal Militar (Ley 522 de 1999), en el cual se establecía que “*La constitución de parte civil en el proceso penal militar tiene por objeto exclusivo el impulso procesal para contribuir a la búsqueda de la verdad de los hechos*”, y a su vez se declaró inexecutable el aparte del artículo 107 del mismo ordenamiento referido a que la reparación debía conseguirse “*a través de las acciones contencioso-administrativas*”.

En dicha decisión se estableció que cuando se comete un delito, la víctima tiene derecho a conocer la verdad, a la justicia y a la reparación, soportándose para ello en lo expuesto en el Informe Final sobre la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) rendido por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁶².

Es oportuno señalar que la ONU proclamó en 1998 el *Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, cuyo antecedente principal fue el *Informe Final del Relator Especial Louis Joinet* de 1992, a quien el año anterior la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas había encargado para su elaboración, documento que integra el bloque de constitucionalidad, dado que tanto la Corte como la Comisión

⁶² Resolución 1996/119 de la Subcomisión. Informe titulado “La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos”.

Interamericana lo han considerado incorporado a la Convención Americana de Derechos Humanos⁶³.

El *Informe Joinet* recoge cuarenta y dos principios tomados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario, de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, de la costumbre internacional, de las experiencias asumidas en diferentes latitudes y de los principios de derecho que se ocupan de la obligación de los estados de administrar justicia conforme al derecho internacional, los que en suma se concretan en los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas.

Lo anterior, para precisar que en la jurisprudencia colombiana se dio cabida a tales derechos no reconocidos específicamente en la normativa internacional, pero que se derivan de algunos de sus preceptos, en los cuales se alude a la existencia de un recurso efectivo, la garantía de acceso a la administración de justicia, la obligación de investigar violaciones de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario y el deber de cooperar en la prevención y sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones de los derechos humanos⁶⁴.

Luego, con la conocida sentencia C-228 del 3 de abril de 2002, por cuyo medio fue declarado exequible “*el inciso primero del artículo 137 de la Ley 600 de 2000, en el entendido de que la parte civil tiene derecho al resarcimiento, a la verdad y a la justicia*”, providencia sustentada a su vez en el fallo del 14 de marzo de 2001 proferido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos (*Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú*), en el cual se declaró que las leyes de amnistía peruanas eran contrarias a la Convención Americana y que el Estado era responsable por violar el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre los hechos y obtener justicia en cada caso, se consolidó en la órbita de la jurisprudencia constitucional colombiana

⁶³ Rodrigo Uprimny Yepes y María Paula Saffón Sanín. “Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial”, en *Justicia transicional: teoría y praxis* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2006), 351.

⁶⁴ Literal (a) del numeral 3o. del artículo 2o., párrafo 3o. del mismo precepto, párrafo 5o. del artículo 9o. y párrafo 6o. del artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que tratan del recurso efectivo, reclamación e indemnización apropiada. Artículos 1o., 2o., 8o. y 25 de la Comisión Americana de Derechos Humanos.

tal replanteamiento de los derechos de las víctimas, circunstancia que a la postre impuso también ajustar la legislación procesal, a lo que se procedió en el artículo 137 del estatuto adjetivo penal de 2004 y ulteriormente en el artículo 4° de la Ley de Justicia y Paz en el 2005.

Inclusive, en el Acto Legislativo 03 de 2002, mediante el cual se modificaron, entre otros, el artículo 250 de la Carta Política, se estableció la protección de las víctimas por parte del juez de garantías, así como la obligación de asistirles y establecer la intervención de aquellas dentro del proceso penal, amén de los mecanismos de justicia restaurativa.

A partir del referido fallo de constitucionalidad quedó claro que el interés de la víctima ya no se encuentra circunscrito únicamente a conseguir la indemnización de perjuicios, pues también comprende el interés en lograr la **justicia y la verdad**. Lo primero, orientado a que la conducta delictiva no quede en la impunidad, se le imponga al responsable la condigna sanción y se ejecute en su forma y términos de cumplimiento. Y lo segundo, para que se determine de manera precisa y exacta la forma como tuvieron ocurrencia los hechos.

(...)

Lo anterior se traduce de manera global en una frase, **la humanización del sistema penal**, efectiva, cierta y real, no meramente formal y declarada, que seguramente beneficiará a la sociedad al evitar a toda costa la justicia privada y contribuirá en la consecución de la convivencia tolerante propia de los estados sociales y democráticos como el nuestro.

(...)

El derecho a la *reparación* comporta las labores de:

- (i) *Restitución*: devolver a la víctima a su statu quo ante.
- (ii) *Indemnización*: sufragar el valor material de los perjuicios morales, materiales y de la vida de relación irrogados.
- (iii) *Rehabilitación*: recuperar a las víctimas de las secuelas físicas y psicológicas derivadas de los delitos cometidos.

- (iv) *Satisfacción*: compensación moral orientada a restaurar la dignidad de la víctima y divulgar lo acontecido.
- (v) *Garantía de irrepetibilidad*: desmovilización, desarme, reinserción, desmonte de las organizaciones delictivas y prohibición, en todas sus formas y expresiones, de la conformación de grupos armados paraestatales y el diseño de estrategias paramilitares.
- (vi) *Reparación simbólica*: aseguramiento de la memoria histórica, aceptación pública de la comisión de delitos, perdón difundido y restablecimiento de la dignidad de las víctimas, v. gr. la construcción de camposantos, de monumentos o la colocación de placas en sitios especiales.
- (vii) *Reparación colectiva*: recuperación psicológica y social de las comunidades victimizadas.

La reparación por vía administrativa inicialmente asumida por el Estado puede resultar adecuada para asegurar la indemnización, e inclusive la restitución, en tanto que la vía judicial ofrece mejores posibilidades para la rehabilitación, la satisfacción y la garantía de no repetición.

(...)

En la normativa contemporánea, sin duda, las víctimas tienen una especial ubicación, pues si la modernidad construyó el diligenciamiento penal para rodear de garantías y derechos al procesado, la legislación de Justicia y Paz colocó a aquellas como eje central de su accionar, para quienes debe reconstruirse la verdad de lo acontecido, en cuanto hasta ahora sólo han percibido el dolor de la muerte, el desplazamiento, la violencia sexual y la desesperanza producida por la soledad en la que los abandonó el Estado, en cuya reivindicación hay que aplicar justicia como aporte a su duelo, y para quienes hay que garantizar la reparación con todos sus componentes, erigiéndose en los destinatarios de la verdad que se encuentre a partir de las confesiones de los desmovilizados, de suerte que esa es tal vez una de las tareas más importantes para mitigar su sufrimiento: la reivindicación de su intimidad personal y familiar, la recuperación de la vergüenza y la dignidad

arrebatadas por la impotencia que provoca el silencio y la desventaja humillante⁶⁵.

No de otra forma se puede rescatar el principio *pro hómine* y el postulado *pro societas* derivados del preámbulo de la Norma Fundamental, los cuales encuentran total correspondencia con los fines perseguidos por la Ley 975 de 2005, cuyo contenido es la expresión fehaciente del anhelo de los ciudadanos que habitan el suelo patrio por conseguir la paz y asegurar la reconciliación entre todos los colombianos.

⁶⁵ Cfr. Auto radicado No. 30955, 9 de febrero de 2009.

4.1.2 El derecho a la reparación de las víctimas. Modalidades del daño

Extracto No. 30

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

La obligación de reparar los perjuicios injustamente ocasionados deriva del artículo 2341 del Código Civil, piedra angular de la responsabilidad civil extracontractual:

“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

El *daño individual* corresponde al soportado por una persona natural o jurídica, el cual, para ser objeto de indemnización, precisa ser antijurídico y cierto.

Dicho daño puede ser material (patrimonial), cuya acreditación debe fundarse en las pruebas obrantes en la actuación, o inmaterial (extrapatrimonial⁶⁶).

Por *daño material* se entiende el menoscabo, mengua o avería padecido por la persona en su patrimonio material o económico como consecuencia de un daño antijurídico, esto es, el que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar. Obviamente, el daño debe ser real, concreto y no simplemente eventual o hipotético⁶⁷; se clasifica en daño

⁶⁶ Cfr. Providencia Rad. 28085, 4 de febrero de 2009.

⁶⁷ En este sentido, las sentencias fundamentales sobre la nueva concepción de la víctima (C-228 de 2002 y C-516 de 2007), coinciden en señalar la necesidad de acreditar **un daño concreto** por parte de quien pretende ser reconocido como tal, aún si sólo persigue la verdad y justicia, con mayor razón, cuando lo perseguido es la indemnización de perjuicios. Con base en esas providencias, esta Corporación ha señalado que para acceder al reconocimiento como víctima dentro del proceso penal actual no basta pregonar un daño genérico o potencial; además, es preciso señalar el daño real y concreto causado con el delito, así se persigan exclusivamente los objetivos de justicia y verdad y se prescinda de la reparación pecuniaria. Así se expuso en

emergente y lucro cesante. En tal sentido, el artículo 1613 del Código Civil dispone:

“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.

El *daño emergente* representa el perjuicio sufrido en la estructura actual del patrimonio del lesionado, ponderando para ello el valor de bienes perdidos o su deterioro que afecta el precio, las expensas asumidas para superar las consecuencias del suceso lesivo, etc., cuya acreditación debe obrar en el diligenciamiento.

El *lucro cesante* corresponde a la utilidad, la ganancia o el beneficio que el perjudicado ha dejado de obtener, esto es, el incremento patrimonial que con bastante probabilidad habría percibido de no haberse presentado la conducta dañosa, por ejemplo, los ingresos laborales no percibidos por una lesión en su integridad personal, o la explotación de un bien productivo como consecuencia de una situación de desplazamiento forzado.

Tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser actuales o futuros, según hayan tenido lugar hasta el momento en el cual se profiere el fallo o con posterioridad, sin que con ello se tornen inciertos, pues se trata de cuantificar en términos de probabilidad las consecuencias futuras, siempre que sean ciertas, para ello se puede acudir a los cálculos actuariales.

Corresponde a los *daños inmateriales*, aquellos que producen en el ser humano afectación de su ámbito interior, emocional, espiritual o afectivo y que, en algunas ocasiones, tienen repercusión en su forma de relacionarse con la sociedad. Conforme a las últimas posturas jurisprudenciales, dichos perjuicios entrañan dos vertientes: daño moral y daño a la vida de relación.

decisiones del 24 de noviembre de 2010, radicado No. 34993; 11 de noviembre de 2009, radicado No. 32564; 6 de marzo de 2008, radicado No. 28788 y radicado No. 26703; 1 de noviembre de 2007, radicado No. 26077; 10 de agosto de 2006, radicado No. 22289.

A su turno, el daño moral tiene dos modalidades: el *daño moral subjetivado* consistente en el dolor, la tristeza, la desazón, la angustia o el temor padecidos por la víctima en su esfera interior como consecuencia de la lesión, supresión o mengua de su bien o derecho. Se trata, entonces, del sufrimiento experimentado por la víctima, el cual afecta su sensibilidad espiritual y se refleja en la dignidad del ser humano; y el *daño moral objetivado*, manifestado en las repercusiones económicas que tales sentimientos pueden generarle, menoscabo cuya cuantía debe ser demostrada por quien lo alega.

El daño a la vida de relación (también denominado alteración de las condiciones de existencia⁶⁸) alude a una modificación sustancial en las relaciones sociales y desenvolvimiento de la víctima en comunidad, comprometiendo su desarrollo personal, profesional o familiar, como ocurre con quien sufre una lesión invalidante a consecuencia de la cual debe privarse de ciertas actividades lúdicas o deportivas.

También puede acontecer por un dolor afflictivo tan intenso que varíe notoriamente el comportamiento social de quien lo sufre; desde luego, este daño puede hacerse extensivo a familiares y personas cercanas, como cuando éstas deben asumir cuidados respecto de un padre discapacitado, de quien además ya no reciben la protección, cuidados y comodidades que antes del daño les procuraba. En suma, se trata de un quebranto de la vida en su ámbito exterior, mientras que el daño moral es de carácter interior.

Hoy en día, como ya se dijo, siguiendo la tendencia observada en Europa, la jurisprudencia de nuestro país tanto del Consejo de Estado como de la Corte Suprema de Justicia en sus Salas de Casación Civil y Penal ha admitido el *daño a la vida de relación*, como un perjuicio extrapatrimonial distinto del moral, inicialmente denominado perjuicio fisiológico, pero luego, con fundamento en la doctrina italiana expuesta sobre el tema, adquirió la nominación citada para hacer referencia a la pérdida de la posibilidad de realizar actividades vitales que, aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia.

⁶⁸ Así en Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 3 de diciembre de 2001, caso *Cantoral Benavides*, y en Sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 15 de agosto y 18 de octubre de 2007.

Sobre el mencionado tema tiene dicho el Consejo de Estado en su Sección Tercera:

*“Aquella afectación puede tener causa en cualquier hecho con virtualidad para provocar una alteración a la vida de relación de las personas, como una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra persona (situaciones a las que alude, expresamente, el artículo 4° del Decreto 1260 de 1970), o un sufrimiento muy intenso (daño moral), que, dada su gravedad, modifique el comportamiento social de quien lo padece, como podría suceder en aquellos casos en que la muerte de un ser querido afecta profundamente la vida familiar y social de una persona. Y no se descarta, por lo demás, la posibilidad de que el perjuicio a la vida de relación provenga de una afectación al patrimonio, como podría ocurrir en aquellos eventos en que la pérdida económica es tan grande que –al margen del perjuicio material que en sí misma implica– produce una alteración importante de las posibilidades vitales de las personas...”*⁶⁹

A su turno, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho sobre el referido daño:

“Como se observa, a diferencia del daño moral, que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo, el daño a la vida de relación constituye una afectación a la esfera exterior de la persona, que puede verse alterada, en mayor o menor grado, a causa de una lesión infligida a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos, en desmedro de lo que la Corte en su momento denominó ‘actividad social no patrimonial’.

Dicho con otras palabras, esta especie de perjuicio puede evidenciarse en la disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia corriente, como también en la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad. Podría decirse que 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 y barreras anormales, a causa de las cuales hasta lo más simple se puede

⁶⁹ Sentencia radicado No. 11413, 25 de enero de 2001.

tornar difícil. Por lo mismo, recalca la Corte, la calidad de vida se ve reducida, al paso que las posibilidades, opciones, proyectos y aspiraciones desaparecen definitivamente o su nivel de dificultad aumenta considerablemente. Es así como de un momento a otro la víctima encontrará injustificadamente en su camino obstáculos, preocupaciones y vicisitudes que antes no tenía, lo que cierra o entorpece su acceso a la cultura, al placer, a la comunicación, al entretenimiento, a la ciencia, al desarrollo y, en fin, a todo lo que supone una existencia normal, con las correlativas insatisfacciones, frustraciones y profundo malestar”⁷⁰ (subrayas fuera de texto).

La Sala de Casación Penal, como se dijo, también contempla el daño en la vida de relación como susceptible de reparación, y es así como en reciente sentencia señaló:

“Para el evento en concreto, es un hecho cierto e incontrastable que las lesiones, cicatrices, disfunciones orgánicas, discapacidades y secuelas dejadas en el cuerpo de R. S. B. P., produjeron unos daños irreparables a su vida de relación que constituyen afectaciones a la esfera exterior de su persona, perjuicios que ameritan valorarse e indemnizarse dentro del concepto de reparación integral”⁷¹.

Actualmente, entonces, hay uniformidad en la jurisprudencia colombiana en el sentido de que el resarcimiento derivado de la realización de una conducta ilícita debe incluir, además de los tradicionales daños material y moral, aquel causado a la vida de relación.

Es de anotar que el artículo 94 del estatuto punitivo contempla solamente el deber de reparar los daños materiales y morales. Sin embargo, de conformidad con lo visto, será imperativo también del juzgador penal reconocer aquellos que se producen a la vida de relación, siempre y cuando aparezcan demostrados en el proceso. Se trata, por lo demás, como lo esbozó esta Sala en la sentencia precitada, de una obligación proveniente de las normas constitucionales y legales que establecen el derecho de las víctimas a obtener la reparación integral de los perjuicios causados con la conducta punible.

⁷⁰ Sentencia del 13 de mayo de 2008. Exp. 11001-3103-006-1997-09327-01. En el mismo sentido, sentencia del 20 de enero de 2009. Exp. 17001310300519930021501.

⁷¹ Providencia radicado No. 3833, 25 de agosto de 2010.

Obsérvese al respecto cómo el artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo No. 03 de 2002, atribuye a la Fiscalía General de la Nación, entre otras la siguiente función:

“6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito” (subrayas fuera de texto).

Por su parte, tanto la Ley 906 de 2004, en sus artículos 102 y siguientes, como la Ley 975 de 2005 (art. 23) instituyeron el incidente de reparación integral como un mecanismo para resarcir a las víctimas, conforme su nombre lo indica, de todos los perjuicios causados con la infracción.

(...)

Adicional a lo anterior, en la jurisprudencia internacional figura el *daño al proyecto de vida*⁷², también denominado *pérdida de oportunidades*, el cual corresponde a aquellas aspiraciones, propósitos, potencialidades y expectativas de las personas que no pueden llevarse a feliz término en razón de la afrenta a sus derechos, como ocurre cuando alguien se ve compelido a retirarse de sus estudios con ocasión del daño causado, o cuando una lesión a su integridad lo priva de participar en una competencia deportiva de alto nivel para la cual se venía preparando con destacado desempeño. En algunas decisiones esta especie de daño se ha incluido de manera genérica dentro del daño moral⁷³, pero no se excluye que también pueda apreciarse en sede del daño material.

Además del daño individual, se encuentra el *daño colectivo* y el daño plural. Aquél, mencionado en el artículo 15 de la Ley 975 de 2005, es padecido por una comunidad, con ocasión del quebranto de un derecho, interés o bien jurídico de carácter comunitario, de modo que las reclamaciones indemnizatorias tienen lugar únicamente en cuanto las personas pertenezcan al conglomerado que soportó el daño. V.g. las

⁷² Cfr. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 27 de noviembre de 1998. Reparaciones. *Caso Loayza Tamayo* versus Perú.

⁷³ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. *Caso Instituto de Reeducación del Menor* versus Paraguay.

graves afectaciones al medio ambiente o el “*estado de zozobra o terror a la población*” derivado de actos terroristas.

Debe recordarse que si bien el artículo 4o. de la Ley 472 de 1998 ofrece un listado de derechos e intereses colectivos, tal relación no es taxativa, pues al señalar inicialmente que se trata “*entre otros*” de los que a continuación se indican, y al puntualizar finalmente que también tienen tal condición los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia, sin dificultad se concluye que existen otros no mencionados en tal precepto, como ocurre, por ejemplo, con la seguridad pública, como bien jurídico de naturaleza comunitaria, en tratándose del delito de terrorismo.

Por su parte, el daño plural se refiere a la producción de múltiples daños particulares que afectan a varios titulares de derechos involucrados, corresponde a la sumatoria de daños individuales, como cuando la explosión de un artefacto ocasiona de manera sincrónica lesiones personales a diferentes personas, la muerte de otras, y daños a vehículos y edificaciones, caso en el cual las pretensiones indemnizatorias pueden ensayarse individualmente y también las reparaciones tendrán dicho carácter particular.

4.1.3 Las medidas de reparación deben establecerse en derecho y no en equidad. Alcance constitucional y legal de la equidad. Diferenciación entre equidad, igualdad e igualitarismo

Extracto No. 31

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

Habida cuenta que el Tribunal dejó sentado expresamente que la cuantificación de la reparación de las víctimas se realizó en el marco del “*principio de equidad*”, es necesario abordar el alcance que corresponde tal instituto en las decisiones judiciales, desde luego, en desarrollo de la Carta Política, pues incuestionable resulta que el derecho penal no puede ser edificado desde un soporte diverso a dicha normativa.

En tal cometido se tiene que el artículo 229 de la Constitución consagra “*el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia*”. Por su parte, el artículo 29 señala la forma como ese derecho se ejerce, esto es, a través de un debido proceso, que se aplica a “*toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*”.

La Constitución no establece unas reglas concretas y detalladas acerca de la manera en la que los jueces deben ejercer su función de impartir justicia, pues ello se encuentra reglado en los códigos. Por tal razón, el artículo 230 se limita a declarar que “*Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley*”, y en su inciso segundo establece que “*La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial*” (subrayas fuera de texto).

Temas como el de la existencia o inexistencia de tarifa legal probatoria, la apreciación de las pruebas, y las formas propias de cada juicio, son materias abordadas en los códigos.

Con relación a las pruebas, por ejemplo, el artículo 29 de la Constitución se limita a consagrar el derecho del sindicado “*a presentar pruebas y a*

controvertir las que se alleguen en su contra”. Y agrega que es “nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

La Constitución, en síntesis, no determina cómo debe llegar el juez a la convicción suficiente para dictar sentencia, únicamente lo somete “*al imperio de la ley*”, amén de señalar otros criterios de carácter auxiliar.

Excepcionalmente la Constitución prevé que se puede administrar justicia consultando únicamente la equidad; ello acontece en el caso de los conciliadores o árbitros (inciso 4o. del artículo 116) y con los jueces de paz (artículo 247).

Sobre la temática abordada ha puntualizado la Corte Constitucional⁷⁴:

“Se ha visto que al juez de paz se le encarga dirimir conflictos menores –individuales o comunitarios– mediante fallos basados en la equidad y no en motivaciones jurídicas y sometidas únicamente al imperio de la ley. Siendo ello así, entonces carece de fundamento constitucional pretender que estos servidores puedan tomar una decisión en equidad cuando la naturaleza de la asignación contemplada en las normas demandadas implica necesariamente un juicio de carácter jurídico, en el que, se reitera, será necesario, con base en la máxima ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’, determinar la existencia o no de lo tres elementos que hacen parte de todo hecho punible. Tamaño compromiso debe recaer únicamente en aquellas personas que han logrado una debida preparación y conocimiento jurídicos, de forma tal que sus decisiones sean decantadas y, sobre todo, fundamentadas en derecho” (subrayas fuera de texto).

En suma, es claro que la equidad tiene el carácter de criterio auxiliar de la actividad judicial (artículo 230 de la Constitución), mientras que la ley, como tal, es fuente formal e independiente, cuya producción y contenido se sujeta a la Norma Superior.

La equidad como criterio auxiliar se traduce en la necesidad de aplicar el sistema normativo con unos criterios axiológicos y racionales capaces de establecer cuándo el precepto legal de carácter general, abstracto e impersonal que tiene un presupuesto de justicia como elemento

⁷⁴ Sentencia C-536, 23 de noviembre de 1995.

ontológico de su existencia, se vuelve injusto en el caso particular, concreto y personal; por ello resulta imperioso tratar el caso individualmente considerado de manera diferente a la generalidad para la cual se encontraba destinada la disposición normativa, esto es, corresponde a la equidad una función derogatoria o correctiva de la ley, por vía de la inaplicación o flexibilización, respectivamente, de la norma general.

La decisión en equidad supone el examen y ponderación de las circunstancias peculiares del caso específico, con el propósito de enmendar las falencias derivadas de la aplicación general de una disposición legal; sobre el particular precisó Aristóteles:

*“Cuando la ley hablare en general y sucediere algo en una circunstancia fuera de lo general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo estuviera ahí presente, así lo habría declarado, y de haberlo sabido, así lo habría legislado”*⁷⁵. A su vez, en la misma obra señaló: *“Lo equitativo y lo justo es (sic) lo mismo y siendo ambos buenos la única diferencia es que lo primero es mejor aún porque lo equitativo siendo justo, no es lo justo legal, sino una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal”* (subrayas fuera de texto).

Se trata, entonces, no de la ausencia de normatividad aplicable al caso concreto objeto de estudio, sino de crear derecho por vía de adoptar una decisión excepcional y especial, diversa del texto legal, para solucionar la situación que por sus características peculiares resultaría con un tratamiento injusto si se diera aplicación a la normatividad general.

Se resuelve en equidad cuando más allá de lo justo legal o normativo de orden general, se rectifica la ley para conseguir lo justo en el caso particular. Desde luego, la justicia pretendida no es otra que la tutela efectiva de los derechos fundamentales de las personas, en desarrollo de la Normativa Superior.

(...)

⁷⁵ Aristóteles, *Ética nicomaquéa* (Bogotá: Ediciones Universales), 127.

No sobra advertir que si la equidad supone el logro de la justicia (protección efectiva de derechos fundamentales) en el ámbito particular e individual dentro de una situación excepcional, especial y peculiar, no puede invocarse cualquier circunstancia exceptiva para inaplicar preceptos o corregir alcances normativos fundándose en la equidad, como no sea para lograr la justicia pretendida por las disposiciones normativas que no concurre en su aplicación al caso específico.

Toda excepción que se haga a la aplicación general de la normatividad por fuera de la invocación de la equidad y de su fin primordial, constituye no ya el logro de la justicia, sino posiblemente arbitrariedad e inseguridad jurídica.

Ahora bien, se viene entendiendo tanto por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como del Consejo de Estado y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que la decisión en equidad en punto de la cuantificación de las reparaciones corresponde a aquellos casos en los cuales, pese a encontrarse acreditado el daño, no hay suficiente demostración de su monto, y por ello, tal tasación corresponde efectuarla discrecionalmente al fallador.

En tal sentido ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷⁶:

“La Corte considera que el daño material debe estimarse con base en elementos de prueba que permitan acreditar un perjuicio cierto⁷⁷. En el presente caso, el Tribunal se encuentra imposibilitado para determinar la pérdida de ingresos sufrida por la mayoría de las víctimas. En efecto, no obran pruebas suficientes para determinar los ingresos dejados de percibir, las edades ni las actividades a las que se dedicaban la mayoría de las víctimas.

372. Por esta razón, la Corte otorgará una indemnización en equidad a favor de aquellas víctimas cuya pérdida de ingresos no fue comprobada de manera específica, sin perjuicio de que dichas

⁷⁶ Caso 19 comerciantes vs. Colombia. Fallo del 1o. de julio de 2006. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas

⁷⁷ Cfr: Caso de la Masacre de Pueblo Bello, supra nota 9, párr. 247; Caso de la Masacre de Mapiripán, supra nota 8, párr. 276; y Caso Instituto de Reeducción del Menor, supra nota 12, párr. 288.

personas puedan hacer uso de las vías disponibles en el derecho interno para recibir una indemnización correspondiente. Asimismo, la Corte determinará a favor de tales personas indemnizaciones por concepto de daños inmateriales, así como de otras formas de reparación (subrayas fuera de texto).

Sobre el particular ha puntualizado el Consejo de Estado⁷⁸:

“Bajo el presupuesto de que la aplicación del principio de la valoración en equidad supone el ejercicio de una facultad razonada de discrecionalidad del juez, la Sala, en el caso concreto, por razones de dificultad probatoria, atendida la materia específica sobre la cual se proyecta el daño –utilidad no recibida por el no adjudicatario–, valorará equitativamente el quantum del daño, no sin antes precisar que, el recto entendimiento que ha de darse a la noción de ‘valoración en equidad’, no permite al juzgador por esta vía y so pretexto de la aplicación de tal principio, suponer la existencia de hechos no acreditados durante la instancia configuradores de los elementos axiológicos que fundamentan el juicio de responsabilidad” (subrayas fuera de texto).

Acerca de la referida temática ha dicho la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“En múltiples ocasiones en que establecida la existencia del daño y su naturaleza, no es factible precisar su cuantía (como con alguna frecuencia ocurre tratándose de la indemnización por lucro cesante y daño futuro), la Corte ha acudido a la equidad, lo cual no quiere decir, ni de lejos, que esta Corporación se haya permitido cuantificar tal concepto con soporte en simples suposiciones o fantasías. Muy por el contrario, en las oportunidades en que ha obrado en estos términos, la Sala ha sido por demás cautelosa en su labor de verificación de los elementos de juicio requeridos para dar por ciertas las bases específicas de los cálculos por ella deducidos”⁷⁹.

(...)

⁷⁸ Sentencia del 12 de abril de 1999.

⁷⁹ Sentencia, radicado No. 6975, 5 de octubre de 2004.

Como viene de verse, es claro que tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la Sala Civil de esta Colegiatura y el Consejo de Estado acuden a la decisión en equidad en aquellos casos en los cuales hay dificultad probatoria, esto es, cuando para la acreditación de ciertos temas, como ocurre con el lucro cesante, no se cuenta con suficientes y aptos elementos de convicción.

(...)

De tiempo atrás se ha dilucidado que el principio de igualdad de las personas ante la ley no se materializa cuando todas son tratadas de la misma forma, pues un tal proceder corresponde al *igualitarismo*, sin detenerse a constatar las especiales circunstancias de cada uno; por el contrario, se ha dicho que la efectiva realización del derecho a la igualdad se reduce a la máxima “*tratar igual a los iguales y de manera diversa a los diferentes*”.

Es palmario que si de conformidad con el Estado social y democrático de derecho se coloca en el vértice superior de los valores a la persona humana y su eminente dignidad, no se aviene con tal posición que todos los individuos sean tratados de la misma manera, pues se impone verificar las circunstancias personalísimas de cada uno, para ahí sí, proceder a establecer lo merecido en forma particular.

El *igualitarismo* se opone a toda forma de concepción del principio de igualdad, toda vez que desconoce las particularidades propias de cada ser humano, y por el contrario, termina abriendo paso a desigualdades; piénsese por ejemplo en la imposición de un tributo igual para todos, sin atender su condición de riqueza o pobreza, trabajo o desempleo, número de hijos, obligaciones familiares, etc.

En este orden de ideas, es pertinente también puntualizar que la *equidad* no es sinónimo de *igualdad*, tanto menos en la forma en que fue invocada y aplicada en la decisión objeto de examen.

Lo equitativo se orienta a ir más allá de las reglas y marcos legales para encontrar una decisión que se ocupe particularmente de un asunto cuyas especiales características imponen un tratamiento diferente, de modo que desde esta perspectiva la equidad no únicamente se opone a tratar

a todos por igual, sino que se adentra a corregir en el caso concreto las falencias propias del igualitarismo.

La equidad es diferente de la analogía, pues ésta parte de que “*a iguales supuestos de hecho iguales consecuencias de derecho*”, de manera que la consecuencia reglada para un supuesto de hecho se hace extensiva a otro asunto cuyo resultado no está definido; se trata de un vacío legal, el cual es llenado con la solución dispuesta expresamente para un caso semejante.

De acuerdo con lo anotado, puede concluirse que asiste razón a los impugnantes al cuestionar que la cuantificación de la reparación de las víctimas se haya efectuado “*en equidad*” y no en derecho, cuando lo cierto es que la Ley de Justicia y Paz dispone de un incidente especial para arribar a dicha tasación, el cual se tramitó en este diligenciamiento, amén de que los intervinientes allegaron los diversos medios que pretendían hacer valer en procura de sus pretensiones, las cuales, aunque en su gran mayoría eran similares, tenían también sustanciales diferencias, por ejemplo, cuando una persona resultó víctima de más de un delito.

Es claro que la real o supuesta insuficiencia presupuestal para pagar a la totalidad de víctimas de los grupos armados al margen de la ley, no puede servir de excusa para decidir “*en equidad*” acudiendo impropriamente a un *igualitarismo* contrario al derecho a la igualdad de las personas ante la ley, con mayor razón si el pago de la reparación corresponde en primer término a los perpetradores y al grupo al cual pertenecen, y sólo de manera sucedánea al Estado a través de las entidades dispuestas para cumplir tal cometido.

Sobre el particular, no se olvide que el numeral 1° del artículo 55 de la Ley de Justicia y Paz autorizaba a la Red de Solidaridad Social para, a través del Fondo para la Reparación de las Víctimas, liquidar y pagar las indemnizaciones judiciales de que trata esa disposición legal “*dentro de los límites autorizados en el presupuesto nacional*”, pero esa limitación fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006 por violar al derecho de las víctimas a obtener la indemnización decretada judicialmente, en tanto elemento de la reparación por los daños sufridos en virtud de violaciones de los

derechos humanos. Sobre el punto el máximo Tribunal Constitucional expresó lo siguiente:

“En criterio de la Corte, esta limitación es desproporcionada, y constituye una afectación excesiva del derecho de las víctimas a la reparación. Una vez que se ha ordenado, como consecuencia de un proceso judicial adelantado con las formalidades de la ley, que una persona que ha sido víctima de una violación de sus derechos humanos tiene derecho a recibir una determinada suma de dinero en calidad de indemnización, se consolida a su favor un derecho cierto que no puede estar sujeto a posteriores modificaciones, mucho menos cuando éstas se derivan de la disponibilidad de recursos en el Presupuesto General de la Nación. Una vez se haya llegado a una decisión judicial sobre el monto de la indemnización a decretar para reparar los daños sufridos por las víctimas, ésta genera un derecho cierto que no puede ser modificado posteriormente por la Red de Solidaridad Social, en su función de liquidador y pagador de dichas indemnizaciones.

Adicionalmente, el deber de reparar recae sobre el responsable del delito que causó el daño, de tal forma que el presupuesto general de la nación no es la única fuente de recursos para financiar el pago de las indemnizaciones judicialmente decretadas. La norma juzgada parecería eximir al condenado de su deber de reparar en cuanto al elemento de la indemnización.

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

De acuerdo con la referida sentencia de constitucionalidad, el monto de la indemnización determinado judicialmente no se puede modificar, pues para la víctima dicha condena representa un derecho cierto que, sin embargo, no se opone a la obtención de un pago menor si por razón

de la existencia de escasos recursos se impone la aplicación de medidas de distribución equitativas que, en todo caso, son de carácter temporal.

Mutatis mutandi, es necesario señalar que igualmente constituiría violación al derecho de las víctimas a obtener la reparación integral por los daños causados si el juez, para fijar el monto de la indemnización, no se atiene a lo demostrado probatoriamente en el proceso sino que reduce la cuantía por razones relacionadas con limitaciones del presupuesto nacional.

De manera, pues, que una cosa es el derecho a obtener la declaración judicial del monto que corresponda al pleno e integral resarcimiento de los perjuicios causados y otra muy distinta la existencia de recursos para su efectivo pago total, el cual podrá quedar diferido para cuando el responsable (el desmovilizado o el Estado) tenga con qué hacerlo.

4.1.4 La aplicación de la equidad desconoce la normatividad de la ley 975 de 2005

Extracto No. 32

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

Encuentra la Sala que tal postura, si bien pretende asegurar los derechos de las víctimas, no se aviene con las exigencias de la decisión en equidad, pues en modo alguno se orienta a corregir en el caso particular la ley, sino entregar un muy amplio margen de discrecionalidad a quien decide, sin sujeción a los elementos probatorios.

Por tanto, considera la Colegiatura que en punto de cuantificar los perjuicios de las víctimas en al marco de la Ley de Justicia y Paz, no es pertinente acudir a una indebida utilización de las decisiones en equidad frente a la dificultad probatoria, pues la misma legislación dispuso un trámite especial para tal efecto, en los siguientes términos:

“Artículo 23. Incidente de reparación integral. En la misma audiencia en la que la Sala del Tribunal Superior de Distrito judicial correspondiente declare la legalidad de la aceptación de cargos, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal del caso, o del Ministerio Público a instancia de ella, el magistrado ponente abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y convocará a audiencia pública dentro de los cinco (5) días siguientes”

“Dicha audiencia se iniciará con la intervención de la víctima o de su representante legal o abogado de oficio, para que exprese de manera concreta la forma de reparación que pretende, e indique las pruebas que hará valer para fundamentar sus pretensiones”.

“La Sala examinará la pretensión y la rechazará si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y este fuere la única pretensión formulada, decisión que podrá ser objeto de impugnación en los términos de esta ley”.

“Admitida la pretensión, la Sala la pondrá en conocimiento del imputado que ha aceptado los cargos y a continuación invitará a

los intervinientes a conciliar. Si hubiere acuerdo su contenido lo incorporará a la decisión que falla el incidente; en caso contrario dispondrá la práctica de la prueba ofrecida por las partes, oirá el fundamento de sus respectivas pretensiones y en el mismo acto fallará el incidente. La decisión en uno u otro sentido se incorporará a la sentencia condenatoria”.

“Parágrafo 1°. Exclusivamente para efectos de la conciliación prevista en este artículo, la víctima, el imputado o su defensor, el fiscal que haya conocido del caso o el ministerio público, podrán solicitar la citación del Director de la Red de Solidaridad Social en su condición de ordenador del gasto del Fondo para la Reparación de las Víctimas”.

“Parágrafo 2°. No podrá negarse la concesión de la pena alternativa en el evento de que la víctima no ejerza su derecho en el incidente de reparación integral”.

Del texto de la norma transcrita se colige que el legislador dispuso una regulación específica de carácter controversial entre la víctima y el postulado, en torno a la cuantificación de la reparación; para ello cada uno podrá solicitar la práctica de pruebas, amén de aducir las que estime pertinentes, procedimiento a partir del cual se constata que la decisión por cuyo medio se resuelva debe estar soportada en elementos de convicción legal, oportuna y válidamente incorporados.

Impera señalar que si la voluntad del legislador hubiere sido la de otorgar amplias y discrecionales facultades al fallador para que se pronunciara en torno a la cuantificación de los perjuicios, así lo habría dispuesto, como en efecto ha ocurrido en el pasado en algunos de nuestros estatuto penales.

4.1.5 En caso de dificultad probatoria se debe acudir a criterios de ponderación y flexibilización de las reglas de apreciación probatoria. Hechos notorios, juramento estimatorio, modelos baremo o diferenciados, presunciones y reglas de la experiencia

Extracto No. 33

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

Entonces, en el referido ejercicio de flexibilización en la apreciación probatoria, resulta útil acudir, por ejemplo:

(a) A los **hechos notorios** que no requieren prueba, reglados en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (aplicable en el proceso penal en virtud de la norma rectora de remisión establecida en el artículo 23 de la Ley 600 de 2000, así como en el artículo 25 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con la complementariedad establecida en el artículo 62 de la Ley 975 de 2005), el cual señala que “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba*” (subrayas fuera de texto).

El hecho notorio⁸⁰ es aquél que por ser cierto, público, ampliamente conocido y sabido por el juez y el común de los ciudadanos en un tiempo y espacio local, regional o nacional determinado, no requiere para su acreditación de prueba por voluntad del legislador (*notoria non egent probatione*), en cuanto se trata de una realidad objetiva que los funcionarios judiciales deben reconocer, admitir y ponderar en conjunto con las pruebas obrantes en la actuación, salvo que su estructuración no se satisfaga a plenitud.

Es evidente que no se trata de un rumor público, esto es, de un hecho social vago, impreciso e indefinido, comentado de boca en boca sin tener certeza acerca de su fuente primigenia, defectos que lo tornan contrario a la certeza y que por tanto, se impone descartarlo probatoriamente.

⁸⁰ Cfr. Sentencia, radicado No. 29799, 12 de mayo de 2010.

Tampoco corresponde al hecho que se ubica dentro del ámbito de conocimiento privado del juez, pues éste no es conocido por la generalidad de la ciudadanía, de modo que carece de notoriedad y por ello, no cuenta con el especial tratamiento legislativo de tenérsele como demostrado sin necesidad de un medio probatorio que lo acredite.

Es claro que el hecho notorio como *factum* existe, pero no requiere prueba. Pese a ello, tiene innegable carácter demostrativo, en la medida en que acredita una situación concreta conocida de manera general y pública por la ciudadanía y el juez, siempre que guarde pertinencia de especial carácter en el sentido de la decisión que se adopta.

Así pues, en el caso objeto de estudio puede tenerse como hecho notorio, la ocurrencia de la masacre durante los días 10 y 11 de marzo de 2000 en la vereda Las Brisas, corregimiento de Mampuján.

(b) También es importante acudir al instituto del **juramento estimatorio** reglado en la normativa procesal civil, en aplicación del principio de integración establecido en el estatuto procesal, en concordancia con la norma que sobre complementariedad contiene el artículo 62 de la Ley 975 de 2005.

En efecto, en el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 10 de la Ley 1395 de 2010, se dispone:

“Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonablemente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. El juez, de oficio, podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión.

Si la cantidad estimada excediere el treinta por ciento (30%) de la que resulte en la regulación, se condenará a quien la hizo a pagar una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia” (subrayas fuera de texto).

Como viene de verse, se trata de un mecanismo establecido para permitir que la víctima valore el perjuicio a ella causado, aplicable al trámite

de justicia y paz en virtud del principio de complementariedad. Si el estimativo no es controvertido por la contraparte, se acepta el valor fijado como suma a indemnizar, en tanto esta figura procesal se funda en el principio constitucional de la buena fe del artículo 83 Superior y busca otorgar agilidad a las actuaciones procesales permitiendo a las partes participar activamente en la solución de sus conflictos de índole pecuniario. Por ello, como se expuso ampliamente en acápites anteriores, se tendrá como prueba de la cuantía del perjuicio material, la manifestación jurada de la víctima, siempre que el material probatorio acopiado no la desvirtúe.

Lo anterior, además, por las dificultades de demostración de las víctimas del desplazamiento forzado, las cuales imponen flexibilizar la exigencia probatoria en tratándose de graves violaciones a los derechos fundamentales de las personas.

No sobra indicar que la valoración del juramento estimativo debe sujetarse a las reglas de apreciación del mismo, en virtud de las cuales, no basta con las afirmaciones del demandante, pues es menester de una parte, que las sumas se encuentren señaladas de manera razonada, y de otra, que de conformidad con la sustancialidad de las formas debe mediar un principio de acreditación, siquiera precario, de cuanto se expresa en él, sin olvidar, que corresponde en el trámite de la Ley de Justicia y Paz al postulado pronunciarse al respecto y formular las objeciones u observaciones a que haya lugar, o por el contrario, asumir una actitud pasiva, denotando con ello que se allana al pedimento en tales condiciones presentado.

Debe destacarse, que no en vano el artículo 278 de la Ley 600 de 2000 dispone:

“Para determinar (...) la cuantía y el monto de la indemnización, podrá ser la que fije el perjudicado bajo la gravedad de juramento, siempre y cuando no sea impugnada durante la investigación”
(subrayas fuera de texto).

En suma, advierte la Sala que si bien el juramento estimatorio depende en buena medida de cuanto exprese el demandante y de la oposición que sobre el particular formule el postulado, lo cierto es que en estos casos los funcionarios judiciales en su papel proactivo no pueden atenerse

simple y llanamente a cuanto dijo aquél, pues les corresponde constatar que hay medios de prueba cuya apreciación permite dar fundamento material a dichas afirmaciones, garantizando con ello que la forma no predomine, sin más, sobre la materialidad y sustancialidad, según lo dispone el artículo 228 de la Carta Política.

(c) Considera la Sala que tratándose de violaciones masivas de derechos humanos como ocurre en los casos abordados en el marco de la Ley de Justicia y Paz, será de especial utilidad, en punto de la cuantificación de las reparaciones, adoptar **modelos baremo o diferenciados**, esto es, a partir de la demostración del daño acaecido a ciertas personas, podrá deducirse también y hacerse extensiva tal cuantificación a quienes se encuentren en situaciones similares pero no hubieren orientado adecuadamente su labor a acreditar el quantum de los perjuicios sufridos. V.g. identidad de oficios, edades, situación socioeconómica o familiar, etc.

No hay duda que con una tal extensión se consigue garantizar el derecho de igualdad de las personas ante la ley, desde luego, siempre que se encuentren en situaciones iguales o muy similares (*inter pares*), pues no puede desconocerse que razones de la más variada índole, todas ellas válidas, pueden concurrir cuando una víctima no demuestra adecuadamente el monto de los perjuicios.

(d) Igualmente será pertinente acudir a las **presunciones**, las cuales comportarán la inversión de la carga de la prueba a favor de las víctimas, de modo que será del resorte de los postulados y sus defensores desvirtuar lo que con ellas se da por acreditado. Por ejemplo, cuando desconociendo el ingreso percibido por un trabajador se presume que devenga el salario mínimo. En este sentido el Consejo de Estado⁸¹ ha dicho:

“Si bien la jurisprudencia de esta Sala ha recurrido tradicionalmente a la elaboración de presunciones para efectos de la demostración del perjuicio moral, en relación con los parientes cercanos, es claro que aquéllas se fundan en un hecho probado, esto es, la relación de parentesco (...) se construye una presunción, que permite establecer un hecho distinto, esto es, la existencia de relaciones afectivas y el sufrimiento consecuente por el daño causado a un

⁸¹ Sentencia, radicado No. 21266, 7 de febrero de 2002.

pariente, cuando éste no se encuentra probado por otros medios dentro del proceso (subrayas fuera de texto).

(e) Otro instrumento valioso en la apreciación de las pruebas serán las **reglas de la experiencia**, las cuales se configuran⁸² a través de la observación e identificación de un proceder generalizado y repetitivo frente a circunstancias similares en un contexto temporo – espacial determinado. Por ello, tienen pretensiones de universalidad, que sólo se exceptúan frente a condiciones especiales que introduzcan cambios en sus variables con virtud para desencadenar respuestas diversas a las normalmente esperadas y predecibles.

Así las cosas, las reglas de la experiencia corresponden al postulado “*siempre o casi siempre que se presenta A, entonces, sucede B*”, motivo por el cual permiten efectuar pronósticos y diagnósticos. Los primeros, referidos a predecir el acontecer que sobrevendrá a la ocurrencia de una causa específica (prospección) y los segundos, predicables de la posibilidad de establecer a partir de la observación de un suceso final su causa eficiente (retrospección).

Tal como se ha planteado, resulta palmario que el especial manejo en la ponderación de las pruebas a favor de las víctimas dando aplicación al principio *pro hómine*, no corresponde a una decisión en equidad correctiva de la ley, sino a una determinación en derecho, suficientemente motivada y sustentada en los medios de prueba obrantes en la actuación, acudiendo para su valoración a un delicado manejo de los hechos notorios, los juramentos estimativos, los modelos baremo o diferenciados, las presunciones y las reglas de la experiencia, entre otros.

Si ya se precisó, que la decisión en equidad busca corregir la ley justa de manera general cuando se torna injusta en el caso particular, no se procede a ello en aquellos casos en los cuales por las dificultades probatorias de un asunto determinado se prescinde de los medios de convicción y se faculta a quien decide para que se pronuncie prudencialmente con única sujeción a su discrecionalidad.

⁸² Cfr. Sentencia, radicado No. 19888, 28 de septiembre de 2006.

A manera de ejemplo se encuentra que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, acudiendo a la equidad, decidió en el caso *Herrera Ulloa versus Costa Rica*⁸³, que se ocupaba de la condena penal de varios periodistas por publicar artículos en contra de personajes públicos, tasar los perjuicios inmateriales en U\$20.000, mientras que en el caso *Ricardo Canese versus Paraguay*⁸⁴, con hechos similares al anterior, menos de dos meses más tarde cuantificó dichos perjuicios en U\$35.000, sin que mediara explicación alguna sobre tal diferencia en una y otra decisión.

Igualmente, el mismo Tribunal, con fundamento en la equidad, en el caso de los *19 comerciantes versus Colombia*⁸⁵, tasó el daño material entre U\$55.000 y U\$57.000 por víctima, mientras que en el caso de la *masacre de Mapiripán versus Colombia*⁸⁶ cuantificó el mismo perjuicio entre US35.000 y US350.000, y en el caso de la *Masacre de Ituango versus Colombia* dispuso US30.000 para las víctimas, US10.000 para ascendientes o descendientes y US1.500 para los hermanos. A su vez, en el caso *Masacre de La Rochela versus Colombia*⁸⁷, cuantificó en US100.000 para cada víctima y US70.000 para cónyuges, ascendientes y descendientes, y en US15.000 para los hermanos de las víctimas.

Algo similar ha ocurrido en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues en el caso *Gergogieva versus Bulgaria*⁸⁸ estableció el daño moral en €3.000, mientras que en un asunto similar, caso *Garriguene versus Francia*⁸⁹, lo cuantificó en €4.000, con solo una semana de diferencia.

Lo expuesto permite concluir a la Sala que, tratándose de perjuicios demostrados cuya cuantía no cuenta con suficientes elementos de acreditación, en lugar de acudir a la equidad con el fin de dotar al fallador de amplias facultades en su tasación, menester resulta afinar los criterios de ponderación de las pruebas con las que se cuente, todo ello con el fin de evitar inequidades y tratamientos desiguales frente a supuestos de

⁸³ Fallo del 2 de julio de 2004. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

⁸⁴ Fallo del 31 de agosto de 2004. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

⁸⁵ Fallo del 5 de julio de 2004. Fondo, reparaciones y costas.

⁸⁶ Fallo del 15 de septiembre de 2005. Fondo, reparaciones y costas.

⁸⁷ Fallo del 11 de mayo de 2007. Fondo, reparaciones y costas.

⁸⁸ Fallo del 3 de julio de 2008.

⁸⁹ Fallo del 10 de julio de 2008.

hecho semejantes, máxime, si como ya se ha expuesto, la función de la equidad no es esa, sino la de corregir la ley en el caso particular.

Desde luego, coincide la Corte en que la especial circunstancia de agravio, profunda lesión, quebranto a la dignidad en formas manifiestamente oprobiosas, colocan a las víctimas, tanto al momento de la ejecución de los actos cometidos contra ellas y sus familiares, como ulteriormente en el curso de los trámites judiciales, en una situación de ostensible desventaja frente al poderío de los aparatos delincuenciales armados organizados, de modo que se impone brindarles toda clase de protección y salvaguarda en procura de reparar, en cuanto ello sea posible, el quebranto de sus derechos.

Efectuadas las anteriores precisiones, considera la Sala que para superar los escollos derivados de la imposibilidad de acreditación probatoria o de la insuficiencia de medios de convicción, no es procedente acudir a la decisión en equidad, pero sí es preciso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta Política, materializar el derecho fundamental a la igualdad de las víctimas, dada su evidente condición de desventaja en casos como el de la especie en que la criminalidad armada y organizada los sometió en su núcleo familiar a cruentas afrentas a sus derechos.

Advierte esta Corporación que en el propósito de hacer efectivo el derecho a la igualdad de las víctimas de violaciones graves y masivas de los derechos humanos, se impone flexibilizar las reglas de apreciación de las pruebas, no por vía de facultar la discrecionalidad ilimitada, sino de afinar los métodos de ponderación probatoria.

Extracto No. 34

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

Precisiones sobre la liquidación del perjuicio material en el delito de desplazamiento forzado

El artículo 211 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 10 de la Ley 1395 de 2010, exige que la estimación de la indemnización, compensación o pagos pretendidos se haga “razonadamente”, esto es, que además de indicar una cuantía se deben otorgar razones y aducir, si se tienen, los documentos que apoyan la cifra indicada.

En este sentido, la definición del término⁹⁰ impone no la simple manifestación de una opinión, creencia o estimativo sobre un aspecto, por cuanto, además, obliga a entregar razones, argumentos y explicaciones sobre el mismo.

(...)

No obstante, como ya se analizó, los principios *pro homine* y de buena fe, pilares de nuestro ordenamiento jurídico, permiten acudir a la flexibilidad de la prueba aconsejada por la jurisprudencia interna y foránea para los eventos de graves y masivas violaciones a los derechos humanos.

(...)

Finalmente, como parámetro adicional se tendrá la reiterada jurisprudencia de la Corporación⁹¹, en virtud de la cual en materia de

⁹⁰ En el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, se define razonadamente así: “adv. m. Por medio de razones/2. ant. Conforme a la razón”. Este adverbio se deriva del verbo razonar cuyas acepciones incluyen, según el mismo diccionario: “razonar. ...2. Hablar dando razones para probar una cosa. ...3. tr. Tratándose de dictámenes, cuentas, etc., exponer, aducir las razones o documentos en que se apoyan....”.

⁹¹ En la Sentencia, radicado No. 21726, noviembre 10 de 2004 la Sala expuso sobre la materia:

“En torno a la temática planteada por el recurrente, la Corte tanto en vigencia del

indemnización de perjuicios no opera la *reformatio in pejus*, por cuya razón se excluirán como sujetos de indemnización aquellas personas respecto de las cuales se encuentre acreditado que no sufrieron daño con ocasión de los hechos punibles objeto de este proceso, bien porque no tenían la condición de desplazados o aún no habían nacido, entre otros factores. Así mismo, se ajustarán algunas cuantías reconocidas para adecuarlas al daño irrogado.

Decreto 2700 de 1991 como en la de la Ley 600 de 2000 tiene definido, por mayoría, que la prohibición constitucional y legal de la no reformatio in pejus, es ajena a la obligación civil indemnizatoria”

En igual sentido las providencias radicado No. 14003, septiembre 23 de 2003 y radicado No. 21595, marzo 16 de 2005.

4.1.6 Monetización del daño moral para el homicidio, secuestro y desplazamiento forzado

Extracto No. 35

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

Pues bien, el artículo 97 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal establece un límite máximo de 1.000 salarios mínimos legales mensuales en tratándose de perjuicios morales subjetivados⁹², pero lo cierto es que la tasación debe hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.

Es decir, que no obstante que hay un límite máximo, el juez cuenta con un amplio rango de movilidad dentro del cual puede oscilar para fijar la indemnización por perjuicios morales subjetivados, lo cual no significa arbitrariedad o capricho, pues debe seguir los parámetros fijados en la ley y en la jurisprudencia.

Al respecto, debe tenerse en cuenta cómo la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia⁹³ normalmente fija un monto máximo de 40 millones de pesos como indemnización por este concepto, equivalentes actualmente a 72,7 salarios mínimos legales mensuales, mientras que el Consejo de Estado⁹⁴ sugiere fijar una cifra máxima, para los casos de mayor gravedad, equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales.

En igual sentido, cuando esta Sala ha debido tasar perjuicios de orden moral o pronunciarse sobre tal tópico en los procesos que conoce en virtud del recurso extraordinario de casación, ha fijado sumas que oscilan entre 1 y 312 salarios mínimos legales mensuales⁹⁵.

⁹² Cfr. Sentencia C-916 de 2002.

⁹³ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia, radicado No. 0215, 20 de enero de 2009.

⁹⁴ Consejo de Estado, Sentencia, radicado No. 17534, abril 23 de 2008.

⁹⁵ En las siguientes providencias la Sala ha tasado perjuicios de orden moral subjetivo o revisado el punto en proceso de de casación: a) Radicado No. 10342 del 21 de noviembre de 2002 los tasó en 70 S.M.M.L. en un homicidio agravado; b) Radicado

Teniendo en cuenta los anteriores parámetros, relativos al daño moral subjetivado, la Sala considera razonable reconocer un tope de 100 S.M.M.L.V. para esposa, padres e hijos y de la mitad de este rubro para los hermanos.

Lo anterior por cuanto la indemnización del perjuicio moral no compensa el dolor, angustia y tristeza derivados de la pérdida de la vida de un ser querido, pero con ella se trata de satisfacer o mitigar el daño ocasionado. En este sentido, la Sala Civil de la Corporación ha dicho:

*“En torno al perjuicio moral es de recordar que su indemnización no obedece a un criterio compensatorio, desde luego que la vida humana es inconmensurable, sino a uno satisfactorio, destinado a mitigar en lo posible la enorme pena que en el fondo queda ante la ausencia de un ser amado, razón por la cual en su apreciación han de considerarse el dolor de quien lo sufre, la intensidad de su congoja, la cercanía con el ser perdido, entre otras cosas, para, con cimientto en la equidad, arribar al más justo valor; distante por lo general de la matemática exactitud con que se escruta el daño material. Acúdense entonces al denominado arbitrium iudicis en virtud de la imposibilidad de entregar su tasación a peritos, arbitrio que, es evidente, no corresponde con la idea de lo antojadizo, sino, contrariamente, con la de lo racional y lo ponderado”.*⁹⁶

No. 23687 del 26 de enero de 2006, ratifica los 24,3 S.M.M.L fijados en la sentencia en un caso de extorsión agravada; c) Radicado No. 23687 del 20 de septiembre de 2006 por homicidio, ratifica la cifra de 61,2 S.M.M.L; d) Radicado No. 24985 del 21 de marzo de 2007 por concurso acceso carnal violento, ratifica los 66.2 S.M.M.L impuesto; e) Radicado No. 29186 del 23 de abril de 2008 por homicidio, confirma los 35.2 S.M.M.L; f) Radicado No. 27107 del 17 de julio de 2008, homicidio culposo, ratifica los 17.7 S.M.M.L fijados en la sentencia; g) Radicado No. 28268 del 12 de diciembre de 2008, lesiones, ratifica los 39.7 S.M.M.L fijados; h) Radicado No. 28085 del 4 de febrero de 2009, lesiones, ratifica 1 S.M.M.L como indemnización; i) Radicado No. 32117 del 21 de octubre de 2009, lesiones, ratifica los 60 S.M.M.L impuesto en la sentencia; j) Radicado No. 32007 del 11 de noviembre de 2009, responsabilidad médica homicidio, considera razonable los 312 S.M.M.L tasados en la sentencia; k) Radicado No. 30862 del 10 de marzo de 2010, responsabilidad médica homicidio, confirma los 175 S.M.M.L fijados sentencia; l) Radicado No.32503 del 21 de abril de 2010 homicidio, confirma los 150 S.M.M.L impuestos.

⁹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia, radicado No. 10351, 5 de abril de 2009.

(...)

La indemnización por el daño moral derivado del secuestro se fija en una suma equivalente a 30 S.M.M.L. para cada una de las víctimas, pues es indudable la afectación síquica que la privación de la libertad, forzada e ilegal, comporta al producir terror, angustia y zozobra. Sin embargo, la reparación del perjuicio moral es apenas una ayuda para mitigar dichos daños, en tanto ninguna suma de dinero hará desaparecer el mal recuerdo y temor a perder nuevamente la libertad.

(...)

El **daño moral** originado por el hecho del desplazamiento es incontrovertible, pues abandonar abruptamente el sitio de residencia o domicilio dejando abandonadas parcela, casa y pertenencias, como única forma de huir del peligro y salvaguardar la vida ante amenazas injustas e ilegales de grupos armados al margen de la ley, causa dolor, miedo, terror, tristeza y desazón. Por ello, la indemnización apenas constituye un estímulo para mitigar sus efectos, en tanto no compensa el padecimiento sufrido.

Sobre este tópico la sentencia objeto de impugnación, emitida por la Sala de Justicia y Paz el Tribunal Superior de Bogotá, consideró la ausencia de referente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, razón por la cual acudió al criterio plasmado por el Consejo de Estado⁹⁷ en los casos de desplazamiento forzado en los cuales ha fijado 50 S.M.M.L.V. como indemnización. A partir de esa cifra, el Tribunal *a quo* determinó que cada persona desplazada de un mismo núcleo familiar recibirá una cuantía de 17 millones de pesos, con un máximo por núcleo familiar de 120 millones de pesos.

Dicho parámetro será confirmado por la Corporación por cuanto se encuentra debidamente ponderado y se ajusta a los criterios planteados por el Consejo de Estado, morigerado de acuerdo a la extensión de cada grupo familiar.

⁹⁷ Las sentencias hasta ahora emitidas por el Consejo de Estado sobre el tema de indemnización a desplazados son las siguientes: Radicado No. 2002-0004-01, 15 de agosto de 2007; radicado No. 2001-00213-01, 26 de enero de 2006, ambas de la Sección Tercera.

La Colegiatura considera importante resaltar que se precisa de la acción estatal para mejorar las condiciones sociales, educativas, de vías de acceso, económicas y de seguridad en los territorios objeto del fenómeno del desplazamiento en virtud de la cual las víctimas puedan retornar a su terruño en mejores condiciones a las existentes antes de la diáspora. De esta manera se obtendrá una indemnización duradera, en tanto el componente reparación individual apenas es un aspecto que contribuye a mejorar la dinámica particular de cada víctima, pero que, aisladamente, no tiene la potencialidad de cambiar las condiciones de vulnerabilidad de la comunidad desplazada.

4.1.7 La reparación por el daño al proyecto de vida o pérdida de oportunidades debe obedecer a un menoscabo real y serio de las expectativas de vida de la víctima. Se admite la posibilidad de indemnizar el daño futuro pero se excluye la indemnización de daños hipotéticos o eventuales

Extracto No. 36

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

Acerca de esta solicitud se advierte que la jurisprudencia y doctrina nacionales coinciden en señalar como condición indispensable para obtener una indemnización, la certeza del daño, es decir, que esté o se haya efectivamente consolidado al momento de emitir la sentencia o pueda presentarse después de ella. Requiere que ese perjuicio no consista en simples probabilidades o en una especulación, todo lo cual conduce a admitir la posibilidad de indemnizar el daño futuro pero a excluir la indemnización de daños hipotéticos o eventuales⁹⁸.

Sobre el particular esta Sala ha señalado:

*“Y, es que no se puede atribuir al Tribunal el falso raciocinio por desestimar los anteriores factores económicos señalados por el perito como perjuicios a cargo de los procesados, por cuanto, si bien es cierto, como lo dice el actor, el daño futuro puede ser resarcible, **también es verdad, que sólo lo es, en la medida que el daño objeto de reparación sea cierto y esté acreditado en el proceso**, así lo ha expresado la Sala de Casación Civil de la Corte, en pronunciamiento que por oportuno al caso se precisa recordar: ‘Al respecto la Corte reitera que el daño objeto de reparación debe ser cierto, pero no necesariamente debe ser actual, porque el daño cierto y futuro, como igualmente se ha sostenido, también es indemnizable, tal como ocurre con las lesiones o secuelas que afectan la integridad física personal y exigen una atención médica o quirúrgica.*

⁹⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 15 de diciembre de 2005. Exp. 12158; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia, radicado No. 12286, 10 de febrero de 1998; Sentencia, radicado No. 20139, 11 de agosto de 2004 y Sentencia, radicado No. 17722, 23 de febrero de 2005, entre otras.

Estas lesiones o secuelas son el daño mismo, por ende cierto. Desde luego que el daño futuro, cierto e indemnizable es tal en tanto sea susceptible de evaluación en el momento en que se formula la pretensión y sea desarrollado de un daño presente. En cambio no es reparable el perjuicio eventual o hipotético, por no ser cierto o haber 'nacido' como dice la doctrina dejando a salvo los eventos de pérdida de una probabilidad. De manera que es necesario no confundir el perjuicio futuro cierto con el eventual o hipotético"⁹⁹ (subrayas fuera de texto)¹⁰⁰.

La pérdida de oportunidad o “*de chance*”, como la denomina también la doctrina, se refiere al menoscabo sufrido cuando se frustra una posibilidad que existe como tal. En estos casos, para determinar su ocurrencia, corresponde examinar si la hipótesis objetivamente se habría presentado, de no mediar el hecho lesivo, teniendo en cuenta que su pérdida constituye, precisamente, el daño.

En ese orden, el menoscabo debe ser real y serio, de lo contrario no es indemnizable, al no existir un daño cierto, sino la sola eventualidad.

Estos criterios son aplicados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando al definir el reconocimiento de indemnizaciones en casos concretos, ha señalado:

“La Corte considera también que es presumible y razonable suponer que el joven Bulacio no habría desempeñado esta actividad el resto de su vida, pero no hay un hecho cierto que permita establecer la actividad o profesión que desarrollaría en el futuro, es decir, no existen elementos suficientes para determinar la pérdida de una oportunidad cierta, la cual 'debe estimarse a partir de un perjuicio cierto con suficiente fundamento para determinar la probable realización de dicho perjuicio...'”¹⁰¹ (subrayas fuera de texto).

⁹⁹ Sentencia, radicado No. 4897, 9 de agosto de 2009.

¹⁰⁰ Sentencia, radicado No. 19865, 1º de septiembre de 2004.

¹⁰¹ CIDH, Sentencia 18/09/03, *Caso Bulacio contra Argentina*. La cita 56 dice: “Cfr., Caso Castillo Páez, Reparaciones, *supra* nota 26, párr. 74”.

4.1.8 Las medidas de reparación simbólica deben consultar los intereses de la comunidad beneficiaria

Extracto No. 37

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

g) El mismo apoderado pidió, como medida de reparación simbólica, ordenar al Gobierno Nacional tramitar, a través del Ministerio de Cultura, una iniciativa legislativa encauzada a declarar el 11 de marzo de cada año como “*el día nacional del ñame*”, fecha en la cual, como homenaje a las personas ultimadas en la vereda Las Brisas, los municipios y departamentos donde se cultive ese producto, deben realizar programas de promoción, participación, recreación e integración social, a través de un evento denominado “*Festival del ñame Dalmiro Barrios*”.

Al respecto encuentra la Sala que la solicitud se orienta a introducir, a nivel nacional, la consagración de una festividad alusiva a una actividad enraizada en unas precisas comunidades y bajo el nombre exclusivo de quien fuera uno de sus habitantes.

Atendido ese contexto, para la Corte es claro que ella resulta improcedente, en tanto la decisión de optar por este tipo de celebraciones debe consultar, no los intereses estrictamente particulares de una familia, con independencia de las personales razones que la inspiren, sino las de la colectividad a la cual pretende imponerse, única con los criterios necesarios para decidir si una propuesta semejante está o no de acuerdo con su idiosincrasia, cuáles son los beneficios que puede reportarle, la denominación y fecha que le resulte más representativa, entre otros aspectos.

Por esa causa, es claro que un festejo de ese tenor sólo puede circunscribirse a las regiones donde la siembra del ñame haga parte de sus tradiciones, modo de vida y costumbres, no a todo el territorio nacional, dada la diversidad cultural característica de nuestra población, la cual debe preservarse.

Entonces, no es a través de una orden judicial como se pueden conciliar esos intereses, sino implementando los mecanismos de participación ciudadana establecidos en el artículo 103 Superior, directamente por aquellos a quienes importe instituir el festejo, o por sus representantes en los municipios a donde pertenecen.

A modo de ejemplo puede acudirse a la iniciativa popular legislativa o a la consulta popular, reguladas en la Ley 134 de 1994, sin perder de vista que como función especial de los Concejos Municipales se encuentra la de velar por la conservación y defensa del patrimonio cultural, según lo dispone el numeral 8° de la Ley 136 de 1994.

4.1.9 Noción de reparación transformadora. El fallo debe contemplar medidas de reparación transformadora. Las medidas de reparación transformadora deben distinguirse de las políticas sociales

Extracto No. 38

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Radicado No. 34547- 27 de abril de 2011

Verificado entonces que esta aseveración del impugnante no refleja el contenido del fallo, se entrará a analizar el aspecto concerniente a si las medidas ordenadas no cumplen con el fin de reparación transformadora, como forma de compensar el daño sufrido por las víctimas.

Pues bien, durante las intervenciones del recurrente y de la comisionada de la CNRR en el incidente de reparación integral, se llamó la atención sobre la necesidad de acoger este concepto como componente del daño colectivo causado, en el entendido de que su reconocimiento no debía limitarse a restituir a las comunidades victimizadas al estado y condiciones de pobreza, olvido y desamparo en que se encontraban antes de la perpetración de las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos que padecieron, sino a unas mejores que rescataran plenamente su dignidad lacerada y su estatus democrático en la sociedad. Para comprender la noción de reparación transformadora conviene traer a colación lo expuesto por Beristain:

“...la reparación colectiva no tiene por qué relacionarse siempre de forma específica con el daño ocasionado con la violación y la reconstrucción de la situación previa, ya que si esta era de marginación social, no se trata de volver a las condiciones iniciales. En este sentido, se relaciona más bien con los medios que pueden permitir la recuperación del tejido social y comunitario, y propiciar condiciones para llevar adelante un proyecto de vida digno...”¹⁰².

¹⁰² Carlos Martín Beristain. *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IIDH, 2008), 527.

El Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, sobre el mismo tema, apunta lo siguiente:

*“Así como el Estado tiene la obligación de garantizar la reparación integral de las víctimas a través del establecimiento de mecanismos de reparación tanto material como simbólica, en contextos como el colombiano, el Estado debe procurar que dichas medidas no tengan únicamente un alcance restitutorio, sino que también tengan un potencial transformador de las desigualdades sociales, con miras a garantizar la no repetición de las atrocidades”*¹⁰³.

El tema de la reparación con vocación transformadora sobre el cual el recurrente focaliza la mayor parte de su crítica al fallo, como en general lo es el de las medidas de reparación colectiva, hasta hace muy poco se ha incorporado al debate en torno a la reparación integral del daño. Ello, ante la insuficiencia que han mostrado los mecanismos de reparación exclusivamente restitutivos orientados a dejar a las víctimas en el estado original previo a su victimización, situación que se torna de suma gravedad en contextos de sociedades inequitativas y comprometidas en procesos de justicia transicional, como así lo destaca el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ):

*“En contextos de transición, y en sociedades desiguales, el ideal de reparación integral de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos conduce a un dilema difícil. Las víctimas tienen derecho a la restitución plena, o al menos a una reparación proporcional al daño sufrido; no sólo debido a las restricciones económicas e institucionales, sino también por cuanto una implementación estricta de dicho principio puede contradecir ideales de justicia distributiva y vulnerar los deberes estatales frente a la población de escasos recursos, si se trata de sociedad con alta desigualdad y pobreza extendida...”*¹⁰⁴

¹⁰³ Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon, *Plan Nacional de Desarrollo y reparaciones. Propuesta de un programa nacional masivo de reparaciones administrativas para las víctimas de crímenes atroces en el marco del conflicto armado* (Bogotá: Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado. Corporación Dejusticia, 2007).

¹⁰⁴ Centro Internacional para la Justicia Transicional, *Tareas pendientes. Propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia* (Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional, ICTJ, 2010), 230.

Los objetivos de esa perspectiva reparadora están condensados en el primer documento relacionado:

*“La vocación transformadora de las estrategias de reparación tiene entonces el propósito de modificar las relaciones de subordinación, marginación y exclusión social que se encuentran al origen del conflicto que busca ser superado y que impiden la construcción de un orden social verdaderamente democrático e incluyente. Como tal, las políticas de reparación deben incluir distintas dimensiones transformativas, en el entendido de que las relaciones de poder que buscan ser superadas son múltiples y heterogéneas. Así, como se mencionó anteriormente, es fundamental que las reparaciones tengan una dimensión transformadora de las relaciones sociales, económicas y políticas que han permitido la exclusión o marginación de la generalidad de las víctimas del acceso a sus derechos y a una ciudadanía plena. Sin embargo, igualmente es importante que las reparaciones tengan una dimensión transformadora de las relaciones de poder que han subordinado o excluido a ciertos tipos de víctimas, tales como las mujeres, los grupos étnicos o los sindicatos, de forma tal que las mismas conduzcan a una reformulación de las situaciones de dominación patriarcal y racial que han alimentado la exclusión y la violencia en Colombia”.*¹⁰⁵

(...)

Así, por ejemplo, es viable concluir de las múltiples medidas encaminadas a la reconstrucción de los corregimientos de San Cayetano y Mampuján¹⁰⁶, consistentes en el levantamiento o reparación de escuelas, escenarios deportivos, vías de acceso, provisión de servicios públicos esenciales (agua, luz, alcantarillado y comunicaciones), instalaciones para la promoción de eventos culturales y lúdicos, capacitación en áreas técnicas vinculadas con la actividad agrícola y de seguridad alimentaria, entre otras, que se corresponden, a no dudarlo, con una visión transformadora de dichas colectividades si en cuenta se tienen las carencias que en ese orden padecían las comunidades afectadas antes de ser victimizadas por el grupo armado organizado al margen de la ley al que pertenecían los postulados y por razón de los hechos a los cuales se contrae esta actuación y, además, porque están orientadas a rescatar su

¹⁰⁵ Documento en cita, p. 9.

¹⁰⁶ Apartados 387 a 402 de la sentencia.

dignidad personal y colectiva a través de la reconstrucción de su tejido social, pero, sobre todo, a propiciar su retorno.

Es más, con esa misma visión transformadora, la Corte opta en esta oportunidad, como ya se explicó *in extenso*, por establecer las medidas de indemnización o de compensación económica conforme a derecho y no bajo el criterio de equidad acogido por el Tribunal, sistema éste que crea un mayor desequilibrio por no atender específicamente al daño individual ocasionado con las afectaciones, agravando con ello el problema precedente de desigualdad y pobreza de las comunidades.

No obstante, en este punto la Sala comparte la preocupación manifestada por el Director de la CNRR ante el Tribunal¹⁰⁷, cuando señala que las medidas de reparación del daño colectivo y más aún cuando tienen el componente transformador aludido, tienden a confundirse con las políticas de desarrollo que debe implementar el Estado para combatir los graves problemas socio-económicos que agobian tanto al país en general como a sus regiones en particular (desigualdad, pobreza, etc.), por lo que el mejor escenario para su discusión y corrección no es, definitivamente, el proceso de justicia y paz, sino que ello ha de formar parte de una estrategia macro impulsada por el Gobierno, como así lo ilustran los autores Uprimny y Saffón en el documento reseñado, contentivo de una propuesta para adoptar un programa nacional masivo de reparaciones administrativas para las víctimas de crímenes atroces en el marco del conflicto armado:

“A diferencia de lo que sucede con las reparaciones de contenido meramente restitutivo, si las políticas de reparación tienen también una dimensión transformadora, puede resultar difícil distinguirlas de las políticas sociales. En efecto, como se mencionó anteriormente, las reparaciones con vocación transformadora buscan no solamente restituir a las víctimas a la situación en la que se encontraban antes de que sus derechos fueran violados, sino mejorar dicha situación con la finalidad específica de transformarla en aquellos aspectos que generan su marginación, exclusión o dominación y que por ende pueden obstaculizar la construcción de un orden social pacífico, democrático e incluyente, que sea sostenible en el largo plazo. Como tal, la vocación transformadora de las reparaciones apunta necesariamente a una serie de cuestiones que

¹⁰⁷ Comunicación del 28 de mayo de 2010, fol. 507.

usualmente son abordadas por las políticas sociales del Estado, tales como la garantía de la igualdad de oportunidades de todos los ciudadanos, de una ciudadanía incluyente, de una democracia pluralista, de la equidad de género, de la no discriminación por motivos raciales o étnicos, etc.

*Ahora bien, a pesar de que las políticas de reparación en su dimensión transformadora y las políticas estatales de contenido social pueden coincidir en sus orientaciones y campos de trabajo, la distinción entre ambas existe y es muy importante mantenerla...*¹⁰⁸ (subrayas fuera de texto).

En ese orden de ideas, para la Corte es claro que la reparación por vía judicial dentro del contexto transicional debe tener una visión transformadora respecto de daños originados o causalmente vinculados con las graves violaciones de derechos humanos a que fueron sometidas la víctimas, pero también lo es que el juez penal no debe apersonarse de las políticas sociales de desarrollo cuya competencia es gubernamental, como así se infiere de lo previsto en el artículo 49 de la Ley 975 de 2005, según el cual los programas de reparación colectiva en general competen al Gobierno Nacional, a partir de las recomendaciones que en tal sentido formule la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación:

“Artículo 49. Programas de reparación colectiva. El Gobierno, siguiendo las recomendaciones de la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparaciones, deberá implementar un programa institucional de reparación colectiva que comprenda acciones directamente orientadas a recuperar la institucionalidad propia del Estado Social de Derecho particularmente en las zonas más afectadas por la violencia; a recuperar y promover los derechos de los ciudadanos afectados por hechos de violencia, y a reconocer y dignificar a las víctimas de la violencia” (subrayas fuera de texto).

Así también lo prevé el parágrafo 2° del Decreto 3391 de 2006:

“Parágrafo 2°. Sin perjuicio de las acciones de reparación a cargo de los responsables, el Gobierno Nacional llevará a cabo acciones orientadas a recuperar la institucionalidad en las zonas más afectadas por la violencia, a promover los derechos de los ciudadanos

¹⁰⁸ Documento en cita, p. 9.

afectados por los hechos de violencia y reconocer la dignidad de las víctimas, para lo cual tendrá en cuenta las recomendaciones que en tal sentido formule la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación y el presupuesto asignado para el efecto...” (subrayas fuera de texto).

Desde ese punto de vista, encuentra la Sala que en la sentencia impugnada se ordenan, como ya se precisó, medidas de reparación con evidente proyección transformadora, cuyo nexo con las conductas vulneradoras aparece suficientemente demostrado, por lo que el planteamiento del recurrente carece de fundamento.

4.1.10 El ofrecimiento de disculpas por las entidades estatales debe estar sustentado en elementos de juicio que verifiquen algún grado de responsabilidad estatal

Extracto No. 39

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

La Sala, advierte el **Delegado** de la Procuraduría, no ordenó la “*disculpa pública y publicitada*” a la comunidad de San Cayetano por parte de la Armada Nacional, concretamente de la *Comandancia de la Infantería de Marina*, rechazo sustentado por el a quo en la imposibilidad de atribuir responsabilidad a la base militar de Malagana, ubicada en la zona donde ocurrieron los hechos, sin que, previamente, las autoridades competentes adelanten la investigación y establezcan las responsabilidades correspondientes.

(...)

En punto de la primera de las contradicciones señaladas, importa recordar cómo la disculpa “*pública y publicitada*” a las comunidades de San Cayetano y Las Brisas por parte de la Armada Nacional, fue requerida por el apelante cuestionando al batallón de Malagana, específicamente por “...*no haber tomado las precauciones y previsiones necesarias para desvincular de la fuerza a miembros activos que colaboraron, facilitaron y permitieron las atrocidades que se generaron al interior de las comunidades de Las Brisas y San Cayetano*”¹⁰⁹.

En ese contexto, la solicitud de disculpas deviene improcedente, por cuanto el expediente no arroja elemento de juicio alguno que permita endilgar o descartar desidia por parte de la Armada Nacional, en la adopción de medidas dirigidas a excluir de la institución militar a miembros vinculados con los delitos cometidos en contra de las comunidades mencionadas.

¹⁰⁹ Audiencia incidente de reparación del 29/04/10, primera sesión, min. 2:26:00

4.2 Prueba del daño

4.2.1 La reparación en la Ley 975 de 2005 requiere la demostración del daño, su antijuridicidad y su imputación a los postulados

Extracto No. 40

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

Establecida la obligación de fallar en derecho, la Sala debe entrar a definir los conceptos básicos que estructuran la indemnización solicitada por los representantes de las víctimas, atendiendo, además, al contenido del inciso tercero del artículo 8 de la Ley 975 de 2005, según el cual *“la indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito”*, lo cual comporta: (i) la demostración del daño; (ii) la verificación de su antijuridicidad; y (iii) la constatación de que es imputable a los postulados.

(...)

Si bien el principio de complementariedad del artículo 62 de la Ley 975 de 2005, para todo lo no previsto en dicho estatuto remite a la Ley 782 de 2002 y al Código de Procedimiento Penal, lo cierto es que aún acudiendo a ellos, algunos aspectos continúan sin regulación, por cuya razón se impone atender los ordenamientos jurídicos afines a la naturaleza del proceso de Justicia y Paz.

Ello porque la normatividad nacional conforma un sistema dentro del cual es posible encontrar respuesta a los diversos problemas jurídicos planteados, y por tal motivo, en materia de indemnización de perjuicios originados en el delito, para complementar las disposiciones de la Ley de Justicia y Paz, será necesario aplicar las reglas establecidas en la Ley 599 de 2000 o Código Penal y aún, en el Código Civil, ordenamiento definitorio del perjuicio material y sus componentes.

(...)

Como se indicó con antelación, en la Ley 975 de 2005 existen algunas temáticas sin regulación expresa, razón por la cual se acudirá al principio de complementariedad consagrado en el artículo 62 de tal estatuto, para acudir a ordenamientos que reglamentan la materia, en especial al Código Penal.

En el ámbito penal, el deber de reparar el menoscabo originado en el delito se encuentra previsto por el artículo 94 del Código Penal o Ley 599 de 2000, así:

“Reparación del daño. La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella”.

Y el artículo 97 del citado estatuto establece unas reglas mínimas sobre su liquidación así:

“Indemnización por daños. En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales.

Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado

Los daños materiales deben probarse en el proceso”.

De todo lo anteriormente expuesto, se colige:

- a) El delito origina la obligación de reparar los perjuicios causados.
- b) Los perjuicios son del orden material e inmaterial.
- c) Los daños que sean susceptibles de cuantificación económica (materiales y morales objetivados¹¹⁰) deben probarse en el proceso y su cuantía dependerá de lo acreditado¹¹¹.

¹¹⁰ La jurisprudencia nacional distingue, como atrás se precisó, entre perjuicios morales subjetivados y objetivados. Por los primeros se entiende el dolor, sufrimiento, tristeza, angustia, miedo originados por el daño en la psiquis de la víctima y por los segundos, las repercusiones económicas que tales sentimientos puedan generarle. Esta última clase perjuicio y su cuantía debe probarse por parte de quien lo aduce. En tal sentido, su tratamiento probatorio es similar al de los perjuicios materiales, tal como fue expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-916 de 2002.

¹¹¹ En este sentido fallo del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, radicado No. 17175, 9 de marzo de 2011.

d) El perjuicio moral subjetivado también debe demostrarse pero su cuantía, conforme al *arbitrium iudicis*, puede fijarse hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales¹¹².

En otras palabras, para obtener indemnización por el perjuicio material y por los perjuicios morales objetivados debe demostrarse: a) su existencia y b) su cuantía, mientras en el de carácter moral subjetivado sólo se debe acreditar la existencia del daño, luego de lo cual, el Juez, por atribución legal, fijará el valor de la indemnización en tanto que la afectación del fuero interno de las víctimas o perjudicados impide la valoración pericial por inmiscuir sentimientos tales como tristeza, dolor o aflicción.

En ese orden de ideas, la tasación del daño moral subjetivado le corresponde al juzgador, quien tiene como guía los aspectos determinados en la ley, es decir, la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado, acudiendo siempre a la sensatez y a la ponderación de las diversas aristas que envuelven la situación analizada por cuanto el prudente arbitrio del juez no significa arbitrariedad¹¹³.

(...)

No obstante, la Corte Constitucional en la sentencia C-916 de 2002 condicionó la exequibilidad de la precitada disposición, determinando

¹¹² Sentencia C-916 de 2002.

¹¹³ En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-916 de 2002 al sentar las siguientes subreglas sobre la indemnización de perjuicios en materia penal: “De las características de la regulación de la indemnización de perjuicios que establecen las leyes 599 de 2000 y 600 de 2000, sobresalen tres elementos relevantes para efectos de la determinación de la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal: (i) la indemnización integral de los daños ocasionados por la conducta punible incluye tanto los daños materiales como los morales, como quiera que el objetivo de la reparación es que, cuando no es posible que las cosas vuelvan al estado anterior a la ocurrencia del delito, se compense a las víctimas y perjudicados por los daños sufridos; (ii) la liquidación de los perjuicios ocasionados por el delito se debe hacer de acuerdo con lo acreditado en el proceso penal, como quiera que la acción civil dentro del proceso penal depende de que la parte civil muestre la existencia de los daños cuya reparación reclama y el monto al que ascienden; (iii) cuando no es posible la valoración de los perjuicios, se acude a criterios, tales como la magnitud del daño y la naturaleza de la conducta, puesto que el legislador orientó la discrecionalidad del juez penal frente a este tipo de daños, cuyo quantum sólo puede ser fijado con base en factores subjetivos”.

que el referido límite sólo opera cuando se trata de daño moral subjetivo, no así frente al daño moral objetivado, ni menos aún en los casos de daño material.

En esos últimos eventos, entonces, el juez está facultado para establecer unos montos superiores a los 1.000 salarios mínimos legales mensuales, dependiendo desde luego de la demostración arrojada por la prueba aportada en punto a su existencia y a la cuantía del mismo.

No hay razón alguna para excluir del anterior tratamiento los delitos cometidos por las organizaciones criminales que se acogen al procedimiento previsto en la Ley 975 de 2005. Ni siquiera motivos relacionados con las limitaciones del presupuesto nacional, como equivocadamente lo sugiere la sentencia impugnada, según lo ya anotado.

4.2.2 La existencia del daño a la vida de relación debe probarse

Extracto No. 41

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

No se olvide cómo la demostración del daño y el consecuente perjuicio causado constituyen presupuesto esencial para la reparación y la indemnización, más aún en esta materia donde no existe presunción de configuración del daño a la vida de relación. Por tanto, al estar ausente la prueba de este perjuicio no se reconocerá la indemnización deprecada.

Por demás, las características propias de esa clase de perjuicio hacen que, por regla general, lo padezca la víctima directa del delito, a quien se le hace más dificultosa la existencia al modificarse negativamente sus condiciones sociales de vida. Excepcionalmente las víctimas indirectas pueden argumentar esa clase de daño, por ejemplo, la esposa(o), compañera(o) cuando su pareja ha sufrido afectación de su capacidad de disfrute sexual. Para el caso en estudio, la víctima directa ha dejado de existir y por lo mismo no tendrá limitación en las situaciones de la vida práctica o en el desenvolvimiento en el entorno personal, familiar o social.

Este criterio aplica para las restantes liquidaciones, por estar presentes las mismas circunstancias para todos los casos aquí analizados.

(...)

En cuanto al daño a la vida de relación, la Sala encuentra que no se acreditó su configuración, razón por la cual no se reconocerá indemnización por ese concepto. Lo anterior porque los principios básicos de la reparación del daño imponen su demostración como precedente necesario que habilita su reparación.

En otras palabras, al incidente de reparación integral no se trajeron pruebas indicativas de la forma como el secuestro influyó en cada una de las víctimas deteriorando su calidad de vida, dificultando su capacidad para

establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas o generando la pérdida de la posibilidad de disfrutar de los placeres de la existencia corriente, entre otros factores constitutivos de esa clase de menoscabo.

Para reconocer esta clase de daño y, consecuentemente, ordenar su reparación no basta con la afirmación de su concreción efectuada por la víctima y/o su abogado; además, se debe acreditar a través de los medios de convicción previstos en la ley, por cuanto respecto de él no opera ninguna presunción legal.

(...)

En cuanto al **daño a la vida de relación**, la Sala entiende que la modificación al proyecto de vida inicialmente construido por las personas y familias obligadas a salir de su entorno geográfico, social y cultural está intrínsecamente inmersa en el tipo penal del desplazamiento forzado por cuanto las víctimas son colocadas en situación de absoluta vulnerabilidad, dificultando su formación y consolidación como seres humanos dignos e iguales¹¹⁴.

Por ello, el daño a la vida de relación pregonado por los apoderados de las víctimas respecto de este tipo penal debía ser especialmente

¹¹⁴ En tal sentido, la Corte Constitucional en la sentencia T-1215 de 1997 señaló:

“No existe duda sobre la violación continua de los derechos de las personas obligadas a migrar de su lugar de origen y cuya circunstancia de vulnerabilidad e indefensión es manifiesta. Los devastadores y trágicos efectos materiales de quienes se ven obligados intempestivamente a dejarlo todo con el único fin de proteger su vida e integridad personal, van acompañados del sentimiento de pérdida, incertidumbre y frustración que conlleva el desarraigo de sus bienes, de su tierra y de su entorno natural, pues, de alguna manera, impide que los afectados reconstruyan en el corto plazo su vida familiar, social, cultural, psicológica y económica”. Así mismo, en la sentencia T-721 de 2003 dijo:

“También la Corte ha destacado que las heridas físicas y afectivas generadas por el desplazamiento, comportan traumas de toda índole de difícil recuperación, los que se agravan al tener que soportar las escasas o nulas posibilidades de acceder a una vida digna, que les ofrecen las ciudades, que los albergan en condiciones de hacinamiento e indigencia. Así mismo, habrá de señalarse que el desplazamiento –de acuerdo con los estudios realizados al respecto– conlleva abruptos cambios psicológicos y culturales en las mujeres, debido a que a éstas a menudo les corresponde asumir solas la reconstrucción del hogar en todos los órdenes, y ser el apoyo de los hombres enfermos e incapacitados, no pocas veces en razón de los mismos hechos que dieron lugar al desplazamiento, como también de niños y ancianos, atemorizados e inermes”.

deslindado de las consecuencias propias del punible para acreditar la forma en que cada persona vio disminuida su capacidad para establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas o perdió la posibilidad de disfrutar de los placeres de la existencia corriente, para mencionar sólo algunos de los aspectos que la jurisprudencia ha enlistado como expresión de esta clase de menoscabo.

Sin embargo, en el evento bajo estudio, la Sala no encuentra acreditado este perjuicio por cuanto ningún apoderado cumplió con la carga procesal de demostrar la configuración del daño, en tanto se limitaron a enunciar el concepto traído por la jurisprudencia nacional, sin señalar cómo se modificaron las condiciones particulares de cada víctima. Por ello, no hay lugar a reconocer la indemnización deprecada por este concepto.

4.3. Competencia de la Sala de Justicia y Paz en materia de reparaciones

4.3.1 Incompetencia de la Sala de Justicia y Paz para la inclusión o pago prioritario de indemnización por vía administrativa conforme el decreto 1290 de 2008

Extracto No. 42

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

Al respecto se tiene que el Decreto 1290 de 2008, mediante el cual se creó el Programa de Reparación Individual por Vía Administrativa, señala sus principios rectores, el lapso para presentar la solicitud de inclusión en él y los términos en los cuales corresponde decidirla, así como las medidas de reparación que pueden decretarse y el periodo en el cual han de implementarse, fijando de manera precisa el marco jurídico que rige el Programa.

Por ello, la decisión de ordenar la inscripción “*de facto*” de todas las víctimas, además de desbordar la competencia de la Corte, aparejaría el desconocimiento de dichos parámetros legales, en tanto, en primer término, se ignora si aquellas diligenciaron siquiera la solicitud de reparación, indispensable para dar inicio al proceso de inscripción, o si lo hicieron en el término fijado en esa preceptiva, suministrando los datos necesarios para permitir al Comité de Reparaciones Administrativas pronunciarse sobre ella.

(...)

En segundo lugar, una determinación semejante implica desconocer los principios rectores legalmente fijados al Programa, entre ellos los de autonomía, colaboración armónica, voluntariedad y gradualidad, señalados en el artículo 3o. del Decreto citado, amén de que el Comité de Reparaciones Administrativas es el único organismo facultado para decidir sobre el reconocimiento de la calidad de víctimas o beneficiarios y las medidas de reparación aplicables a cada caso.

Las mismas razones impiden acoger la solicitud orientada a que se ordene el pago prioritario de indemnizaciones a los afectados con los hechos juzgados en este caso, petición que, además, apunta al desconocimiento de lo señalado en el artículo 14 del decreto referido, atinente a la ejecución gradual de las indemnizaciones reconocidas.

4.3.2 En materia de reparaciones colectivas la Sala de Justicia y Paz no puede dar órdenes de ejecución de medidas al Estado

Extracto No. 43

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

La Corte no desconoce que con la reparación judicial a las víctimas contemplada en la Ley 975 de 2005 la Sala de Conocimiento del Tribunal está revestida de facultades para ordenar en la sentencia medidas de restitución (art. 46), indemnización (art. 44), rehabilitación (art. 47), satisfacción y de no repetición (art. 48), así como medidas de reparación colectivas (inc. 8, art. 8o.) en su favor, como taxativamente lo recoge el artículo 43 de la misma obra, cuando advierte que: *“El Tribunal Superior de Distrito Judicial al proferir sentencia, ordenará la reparación a las víctimas y fijará las medidas pertinentes”*.

Ello también se desprende de lo establecido en el artículo 45, según el cual, *“las víctimas de los grupos armados al margen de la ley pueden obtener reparación acudiendo al Tribunal Superior de Distrito judicial, en relación con los hechos que sean de su conocimiento”*.

Adicionalmente, el inciso final del artículo 8o. de la misma ley, consagra el derecho-principio a la reparación de las víctimas, de acuerdo con el cual:

“Las autoridades judiciales competentes fijarán las reparaciones individuales, colectivas o simbólicas que sean del caso, en los términos de esta ley”.

En el mismo sentido, el último inciso del artículo 15 del Decreto 3391 de 2006, reglamentario de la Ley 975 dispone:

“La respectiva sentencia proferida por la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial establecerá la reparación a la que se encuentren obligados los responsables”.

Dicha facultad también está prevista en el primer inciso del artículo 17 de ese mismo decreto, al señalar:

“Determinación judicial de la reparación. La Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial correspondiente determinará en concreto, dentro de la sentencia condenatoria respectiva, la reparación que sea del caso a cargo de los responsables, señalando las acciones mediante las cuales se deberá materializar”.

Según lo expuesto, ninguna dubitación emerge para colegir que el Tribunal, de acuerdo con la normatividad de la justicia transicional, no sólo goza de potestad al momento de dictar sentencia para decretar todas las medidas dirigidas a la reparación de las víctimas, sino que le es imperativo ordenarlas para garantizar el derecho que a ellas les asiste a obtener una indemnización integral por el daño causado con las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos en este caso aceptadas por los postulados.

Sin embargo, tales medidas, principalmente las de carácter colectivo, pueden comprometer en su materialización a entidades estatales. Así ocurre, por ejemplo, con algunas restitutivas dispuestas en la sentencia tendientes a garantizar el retorno en condiciones dignas al lugar de origen (construcción de vías, escuelas, redes eléctricas, etc.) y de rehabilitación asistencial (atención en salud, educación, capacitación laboral, etc.).

Ante esta realidad surge el interrogante de si la autoridad judicial dentro del proceso de justicia y paz puede “ordenar” a estas entidades su ejecución, tal como se dispuso en la sentencia impugnada.

Para la Sala la respuesta es negativa, porque tal proceder resquebraja el postulado de separación de poderes consagrado en el artículo 113 de la Constitución Política¹¹⁵, fundante y estructural del Estado Democrático de Derecho al que adscribe la misma Carta Fundamental en su artículo

¹¹⁵ Artículo 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

primero¹¹⁶, por lo que no puede el juez, bajo ninguna circunstancia, arrogarse funciones que constitucionalmente no le son deferidas¹¹⁷.

En consecuencia, el procedimiento correcto para conciliar el principio democrático de separación de poderes adoptado en la Constitución Política, los derechos de las víctimas y las facultades de las autoridades judiciales dentro del régimen transicional de justicia y paz, cuando tales medidas de reparación involucran a entidades del Estado de cualquier nivel, esto es, nacional, departamental o municipal, es exhortarlas para su cumplimiento, con lo cual, además, se satisfacen los estándares internacionales en punto del contenido de tales medidas¹¹⁸, principalmente desarrolladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus últimos fallos.

A propósito de las órdenes dictadas por este Tribunal internacional, cuya competencia aceptó el Estado colombiano por haber suscrito y posteriormente ratificado la Convención Interamericana de Derechos Humanos a través de la Ley 16 de 1972, recuérdese que su jurisdicción abarca los Estados partes y, por ende, es natural que los fallos de responsabilidad contengan este tipo de órdenes, situación que, por manera alguna, resulta asimilable a la de los Tribunales y jueces internos, quienes no pueden invadir órbitas funcionales que constitucionalmente no le son propias.

(...)

¹¹⁶ Artículo 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

¹¹⁷ Sobre el principio de separación de poderes pueden consultarse, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-141 de 2010, C-588 de 2009 y C-1040 de 2005.

¹¹⁸ El derecho a la reparación y sus diferentes componentes están reconocidos en instrumentos internacionales tales como: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 10 y 63); la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes (art. 14); la declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 19); la Convención del La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (art. 13); y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I, art. 91).

De lo anterior se infiere que las sentencias dictadas en virtud de la competencia contenciosa¹¹⁹ de la Corte surten efectos vinculantes para los Estados partes en litigio en cuanto han reconocido o reconozcan dicha jurisdicción, por declaración o convención especial.

Además, como acertadamente lo afirma la representante del Ministerio Público, tampoco es viable equiparar la competencia del juez penal interno con la del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, porque según la Convención la responsabilidad de los Estados es de carácter principal, mientras en el ámbito interno de justicia transicional es subsidiaria frente a las víctimas, como lo enfatizó la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006:

“6.2.4.1.13. En efecto, en contextos de transición a la paz, podría parecer proporcionado que el responsable de delitos que ha decidido vincularse a un proceso de negociación, conserve una parte de su patrimonio de forma tal que pueda vivir dignamente e insertarse plenamente en la sociedad democrática y en el Estado de derecho. Lo que sin embargo parece no tener asidero constitucional alguno es que el Estado exima completamente de responsabilidad civil a quienes han producido los daños que es necesario reparar y traslade la totalidad de los costos de la reparación al presupuesto. En este caso se estaría produciendo una especie de amnistía de la responsabilidad civil, responsabilidad que estarían asumiendo, a través de los impuestos, los ciudadanos y ciudadanas de bien que no han causado daño alguno y que, por el contrario, han sido víctimas del proceso macrocriminal que se afronta. La Corte no desconoce que frente al tipo de delitos de que trata la ley demandada parece necesario que los recursos públicos concurren a la reparación, pero esto solo de forma subsidiaria. Esto no obsta, como ya se mencionó, para que el legislador pueda modular, de manera razonable y proporcionada a las circunstancias de cada caso, esta responsabilidad. Lo que no puede hacer es relevar completamente a los perpetradores de delitos atroces o de violencia masiva, de la responsabilidad que les corresponde por tales delitos. De esta manera, resulta acorde con la Constitución que los perpetradores de este tipo de delitos respondan con su propio patrimonio por

¹¹⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos también cumple una función consultiva no litigiosa, de conformidad con el artículo 62.1 de la Convención para interpretar la Convención Americana u otros tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos a través de Opiniones Consultivas (OC).

los perjuicios con ellos causados, con observancia de las normas procesales ordinarias que trazan un límite a la responsabilidad patrimonial en la preservación de la subsistencia digna del sujeto a quien dicha responsabilidad se imputa, circunstancia que habrá de determinarse en atención a las circunstancias particulares de cada caso individual... ” (subrayas fuera de texto).

Entonces, con la salvedad indispensable referida a la competencia que asiste a los jueces en materia de acción de tutela para la protección de derechos fundamentales, en cuyo caso la misma Carta Política les otorga el carácter de jueces constitucionales, estando facultados, por ello mismo, para dar órdenes a las diferentes autoridades estatales –y en determinados casos a los particulares– orientadas, por lo general, a la realización de actos extraños a la función de administrar justicia, considera la Sala que el Tribunal en este asunto desbordó su competencia al emitir órdenes a dichas entidades, pues su función reparadora en el contexto transicional se agota conminando o exhortando a estas autoridades para el cumplimiento de las medidas, máxime cuando con ellas se comprometen recursos del presupuesto nacional, municipal o departamental, para cuya disposición tampoco goza de facultad constitucional.

(...)

Tal potestad, sin embargo, y así lo entiende la Sala, no es óbice para que las autoridades judiciales en el contexto transicional establezcan medidas a cargo de las diversas autoridades estatales necesarias para cumplir con el presupuesto de reparación integral de las víctimas de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos por el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley, para lo cual podrá requerir informes periódicos a tales entidades orientadas a supervisar su ejecución.

4.4 Entrega de bienes en el proceso establecido por la Ley 975 de 2005

4.4.1 La entrega de bienes en el proceso de Justicia y Paz no es suficiente. Es necesario evaluar la voluntad del postulado de reparar a las víctimas

Extracto No. 44

M.P. DR. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
Radicado No. 34571 - 13 de diciembre de 2010

“El marco del proceso de justicia transicional, y en materia de indemnización de perjuicios –reparación integral a las víctimas– juega importante papel; de una parte, el compromiso del desmovilizado de ofertar los bienes lícitos e ilícitos cuya propiedad ostenta, sin perjuicio de la facultad de la Fiscalía, del Ministerio Público, de la defensa y de las propias víctimas, de presentar, señalar, denunciar los bienes que pertenezcan al desmovilizado que aparezcan, o no, registrados a su nombre, con los mismos propósitos indemnizatorios y como una manera de contribuir de manera efectiva a la consecución de la paz nacional mediante la reparación –aunque sea parcial– a las víctimas y a los perjudicados con el conflicto y con las acciones ilegales del desmovilizado (artículo 11 ib.).

(...)

[L]a falta de medidas administrativas, legales (referidas a la titulación y estado financiero de las propiedades revertidas para garantizar la indemnización en el proceso de justicia transicional¹²⁰), no

¹²⁰ “272. La Sala considera que la localización y decreto de medidas cautelares de todos los bienes lícitos, además de los ilícitos, de los postulados (si bien los desmovilizados sólo han de ofrecer en principio los que son fruto de su actividad ilícita, la Fiscalía tiene la obligación de solicitar a los Magistrados de Garantías la adopción de medidas cautelares sobre todos sus bienes lícitos si esta medida aparece como necesaria para garantizar la ejecución de las futuras medidas de reparación otorgadas a las víctimas) no es una tarea fácil. En este sentido, la propia Corte Constitucional ha subrayado que los grupos armados organizados a que se refiere la Ley 975, y sus líderes, “*hacen parte de complejas estructuras y organizaciones*”, de

es óbice para examinar la voluntad real de indemnizar por parte del desmovilizado.

(...)

Al hilo de los objetivos de la Ley 975 de 2005, el juzgador está avocado a examinar qué tanta voluntad de indemnizar a las víctimas asiste en el desmovilizado, pues, corresponde al juez develar el verdadero propósito del sometimiento en el marco del acuerdo humanitario regido por el proceso penal ante la justicia de transición.

Si es claro que el desmovilizado es el menos interesado en faltar a la verdad, y si denuncia bienes suyos, pero esas propiedades aparecen en cabeza de terceros (ya testafierros, ya personas de buena fe), lo que corresponde examinar es si actúa con la intención real de hacer entrega y de indemnizar parcialmente a sus víctimas (en el entendido –como lo precisara el magistrado de control de garantías– que ante la multiplicidad de crímenes de lesa humanidad cometidos, los bienes que entrega siempre serán absolutamente insuficientes para tales efectos), o si lo hace como una manera de dilatar el proceso penal en el marco del

manera que *“los bienes obtenidos ilícitamente han sido escondidos o trasladados a testafierros o incluso a terceros de buena fe a través de los cuales “lavan” los correspondientes activos”*. De la misma forma señala que uno de los factores más importantes para medir el éxito de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz es la identificación, embargo y secuestro de los bienes de las personas y grupos armados a que se refiere la normatividad y su dedicación preferente a la reparación integral en vía judicial a las víctimas.

²⁷³ Por ello, como se demuestra de la mera lectura de las cifras arriba señaladas, resulta a todas luces insuficiente el esfuerzo desplegado hasta el momento por la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía, y se torna absolutamente necesario para el cumplimiento del objetivo y fin de la Ley 975 que se cree una unidad con personal especializado en el análisis de operaciones financieras nacionales e internacionales, estudio de títulos y lavado de dinero que, además de culminar el proceso de verificación de los bienes ofrecidos por los postulados en sus versiones libres, se (i) dedique de manera rigurosa a la identificación de los bienes de las personas y grupos armados a que se refiere la Ley 975 y a su aseguramiento ante los Magistrados de Control de Garantías; (ii) proceda a la identificación de las hectáreas de tierras despojadas a las víctimas, no solo de desplazamiento forzado, sino de todas aquellas que se vieron en la necesidad de negociarlas por precios irrisorios, a causa del conflicto armado y (iii) presente un informe bimensual ante esta Sala de los avances logrados en esta materia”. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Sentencia de primera instancia, radicado No. 110016000253200680077, 29 de junio de 2010.

proceso de transición. De ahí que se imponga el análisis de tales presupuestos en cada caso concreto.

El proceso de Justicia y Paz se funda en una confianza recíproca, en el principio de lealtad, en el compromiso del desmovilizado de contribuir a la reconciliación nacional, todo ello sometido a verificación en el proceso penal de Justicia y Paz (artículo 2o. Ley 975 de 2005).

Obviamente que, desde la entrega de bienes también se ponen trabas al proceso de paz, y por esa vía el desmovilizado ofrece un punto a examinar, para saber qué tan cierto es el propósito de reconciliación de los miembros del grupo desmovilizado.

4.4.2 Los bienes ofrecidos por el postulado deben estar en condiciones aptas para ingresar al Fondo de Reparación para las Víctimas

Extracto No. 45

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

(...) En materia de bienes, esto es, conforme al requisito de elegibilidad previsto en el numeral 5 del artículo 11 de la citada ley, los postulados como condición previa han de entregar todos los conseguidos de forma ilegal y, posteriormente, con el fallo por medio del cual se los declara responsables, deben responder con su patrimonio obtenido lícitamente, como así lo señaló el Tribunal Constitucional en la referida decisión:

“Los requisitos de elegibilidad de que tratan los artículos 10 y 11 parcialmente demandados, son requisitos ‘para acceder a los beneficios que establece la presente ley’, es decir, son condiciones de accesibilidad. En estas circunstancias no parece necesario que en esta etapa la persona entregue parte de su patrimonio lícito, pues al menos técnicamente, no existe aún un título para dicho traslado. Ciertamente, los bienes de procedencia ilícita no le pertenecen y, por lo tanto, la entrega no supone un traslado de propiedad sino una devolución a su verdadero propietario –mediante la restitución del bien– o al Estado. Sin embargo, su patrimonio lícito le pertenecerá hasta tanto no exista una condena judicial que le ordene la entrega. En cambio, los bienes producto de la actividad ilegal, todos ellos sin excepción, deben ser entregados como condición previa para acceder a los beneficios que establece la Ley 975/05. El legislador puede establecer ese requisito de elegibilidad, tanto para la desmovilización colectiva como para la desmovilización individual. Por estas razones la Corte no encuentra inenquadrables las expresiones ‘producto de la actividad ilegal’ del numeral 10.2 del artículo 10 de la Ley y ‘producto de la actividad ilegal’ del numeral 11.5 del artículo 11 de la misma Ley. Así se declarará en la parte resolutive de esta providencia”.

En armonía con la anterior interpretación, esta Sala ha venido insistiendo en la importancia que esa entrega tiene en orden a que los postulados

permanezcan en el régimen transicional, hasta el punto de que los bienes ofrecidos deben estar en condiciones aptas para ingresar al Fondo de Reparación para las víctimas, so pena de exclusión:

“...el ofrecimiento de bienes debe ser un acto de plena responsabilidad, lleva a que el postulado asuma todas las consecuencias que se puedan derivar de la entrega de bienes que no puedan ingresar finalmente al Fondo para la Reparación de Víctimas, porque se encuentren sometidos a otros gravámenes o limitaciones a la propiedad (hipoteca, prenda, suspensión del poder dispositivo, embargo, secuestro, afectación de inenajenabilidad, comiso, etc.), se trate de bienes baldíos o sean reclamados exitosamente por terceros de buena fe, por ejemplo, supuestos en los cuales el postulado asume la consecuencia de la expulsión de los beneficios que le ofrece la Ley de Justicia y Paz por haberse resistido a brindar una confesión completa y veraz¹²¹, y porque con tal conducta está demostrando renuencia a la entrega de sus bienes con el propósito de indemnizar a las víctimas¹²², amén de la posible responsabilidad por el delito de fraude procesal”¹²³.

¹²¹ El artículo 17 de la Ley 975 de 2005 fue declarado exequible mediante sentencia C-370/06 de la Corte Constitucional, *en el entendido que la versión libre debe ser completa y veraz*.

¹²² Tal comportamiento desvirtúa el objeto de la Ley 975 de 2005 y constituye un grave incumplimiento de los requisitos de elegibilidad previstos en sus artículos 10-10.2 y 11-11.5.

¹²³ Auto, radicado No. 30360, 8 de septiembre de 2008.

4.5 La reparación como condición para la concesión de la pena alternativa

Extracto No. 46

M.P. DR. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
Radicado No. 36563 - 3 de agosto de 2011

El incidente de reparación integral, de conformidad con el original artículo 102 de la Ley 906 del 2004 se iniciaba cuando el juez de primera instancia anunciaba el sentido condenatorio del fallo, pero, con la modificación que le introdujo el artículo 86 de la Ley 1395 del 2010, el mismo debe supeditarse a la ejecutoria de la sentencia condenatoria.

Sobre el tema, debe precisarse: si bien respecto del trámite para sustentar el recurso de apelación se está ante una formalidad que, como acaba de verse, antes de estructurar una lesión a los derechos, se convierte en una garantía para ellos, lo mismo no sucede cuando del incidente de reparación integral se trata, en tanto el asunto está ligado sustancialmente a los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición.

Ese aspecto torna totalmente diferente el asunto propuesto y la solución que debe darse al mismo, la cual no puede ser diversa a la de concluir en la aplicación irrestricta de los presupuestos de la Ley 975 del 2005.

En efecto, si bien la ley de justicia y paz propende por la reincorporación de los integrantes de grupos armados ilegales a la sociedad civil, ello se supedita a que se garanticen los aludidos derechos de las víctimas, al punto que quienes se acojan a ese mecanismo pueden acceder a una benéfica pena, alternativa a la señalada dentro de un juicio normal, precisamente como premio a su contribución, entre otros aspectos, a la reparación de los daños causados a las víctimas.

CAPÍTULO III

Trámite del proceso

1. Versión libre: objetivo y características de la versión libre en el proceso establecido por la Ley 975 de 2005

Extracto No. 47

M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
Radicado No. 34423 - 23 de agosto de 2011

1.1 Eficacia de la versión libre

Ya se ha señalado que uno de los objetivos primordiales de la transición es obtener la verdad de todo lo sucedido durante el accionar armado del desmovilizado individual o colectivo, candidatizado a favorecerse de la significativa reducción punitiva contenida en la ley que la regula.

Esto, entre otras cosas, porque para garantizar la no repetición de tales atrocidades, resulta trascendental conocer las distintas circunstancias relacionadas con su cómo, cuándo, quiénes y por qué; además de ser los parámetros necesarios para la dosificación de la pena integral, de la alternativa y de los mecanismos de reparación a las víctimas. En otras palabras, la consecución de la verdad es el primer paso, el presupuesto necesario para la justicia y la reparación.

Así pues, la versión libre es el momento estelar del trámite transicional, es en él donde se delinean los delitos propios del accionar armado, donde se vislumbra la imputación que será objeto de aceptación, y fundamento de la sentencia; donde se reconstruyen los tiempos del dolor que se quiere mitigar con la justicia y la reparación.

1.1.1 Objetivo de la versión libre

Claramente y sin ambages se puede afirmar que la versión libre tiene como objetivo el conocimiento judicial de toda la verdad con consecuencias jurídicas que vivió y posee el desmovilizado con ocasión de su vinculación al grupo armado ilegal.

Al decir del Legislador, en la versión libre se debe obtener del desmovilizado¹²⁴:

“la confesión completa y veraz de todos los hechos delictivos en los que participó o de los que tenga conocimiento cierto durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley e informar las causas y las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su participación en los mismos o de los hechos de que tenga constancia, a fin de asegurar el derecho a la verdad. Igualmente manifestará su fecha de ingreso al respectivo bloque o frente e indicará la totalidad de los bienes de origen ilícito, los cuales deberán ser entregados para reparar a las víctimas, sin perjuicio de las obligaciones con cargo a su patrimonio lícito que proceden en virtud de la declaratoria judicial de responsabilidad a que haya lugar”.

1.1.2 Características de la versión libre

1.1.2.1 Debe ser completa y veraz

Siendo el espacio en que se obtiene la verdad, este debe ser tan amplio y tan generoso como sea necesario, para que el desmovilizado relate todo lo acaecido durante su accionar armado. Así lo precisó la Corte Constitucional al ocuparse de la exequibilidad del artículo 17 de la Ley 975 de 2005, cuando explicó¹²⁵:

“En efecto, según las disposiciones del bloque de constitucionalidad, el ocultamiento, el silencio o la mentira sobre los delitos cometidos, no pueden ser las bases de un proceso de negociación que se ajuste a la Constitución. Sin embargo, el relato genuino y fidedigno de los hechos, acompañado de investigaciones serias y exhaustivas y del reconocimiento de la dignidad de las víctimas, pueden ser las bases de un proceso de negociación en el cual, incluso, se admita constitucionalmente la renuncia a la imposición o aplicación plena de las penas que el derecho penal ordinario ha establecido, inclusive para los delitos que la humanidad entera ha considerado de la mayor gravedad”.

Y agregó,

¹²⁴ Artículo 9o. del Decreto 3391 de 2006.

¹²⁵ Sentencia C-370 de 2006.

“En este sentido no sobra enfatizar que frente al tipo de delitos a que se refiere la ley demandada, sólo la identificación completa de la cadena de delitos cometidos por cada uno de estos grupos armados específicos permite conocer la real dimensión de lo sucedido, identificar a las víctimas, repararlas, y adoptar medidas serias y sostenibles de no repetición.”

1.1.2.2 Debe estar respaldada por un proceso de investigación por parte de la Fiscalía

De acuerdo con la regulación de la versión libre, la Sala ha llamado la atención en distintos pronunciamientos sobre la posición activa que debe caracterizar a la Fiscalía General de la Nación en la recolección de información que recabará, antes, durante y después de su diligenciamiento; como única manera para asegurar siquiera medianamente que lo relatado por el desmovilizado sea la totalidad de lo que sabe y que corresponde a la verdad.

Esto porque la versión libre no se puede limitar al universo fáctico buenamente escogido y relatado por el justiciable, sino que por el contrario, debe ampliarse al que el fiscal construya con la información recolectada, con la que indagará, inquirirá y cuestionará al desmovilizado de manera que pueda constatar la veracidad y totalidad de su dicho.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 4o. del Decreto 4760 de 2005, **antes de la versión** el fiscal debe desplegar una serie de actividades investigativas. Veamos:

“Recibida la lista de postulados enviada por el gobierno Nacional, el Fiscal Delegado competente asignado, previamente a la recepción de la versión libre, realizará las actividades tendientes a la averiguación de la verdad material, la determinación de los autores intelectuales, materiales y partícipes, el esclarecimiento de las conductas punibles cometidas, la identificación de bienes, fuentes de financiación y armamento de los respectivos grupos armados organizados al margen de la ley así como los cruces de información y demás diligencias tendientes al cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 15 y 16 de la Ley 975 de 2005 durante el plazo razonable que se requiera para el efecto, que no podrá exceder del término de seis (6) meses previsto en el artículo 325 de la Ley 600 de 2000.

La información y los elementos materiales probatorios legalmente obtenidos en desarrollo de las actuaciones previas, podrán ser aportados en la etapa de juzgamiento y valorados por la Sala del Tribunal del Distrito Judicial de conformidad con el Código de Procedimiento Penal”.

En distintos pronunciamientos¹²⁶ la Corte ha reiterado la necesidad de pesquisas **previas** a la versión libre.

Ahora bien, de acuerdo con la pluralidad de hechos delictivos a confesar por el desmovilizado y la complejidad del relato, el Legislador ha previsto la posibilidad de que la versión deba adelantarse a lo largo de varias sesiones¹²⁷, en cuyo curso la investigación de la Fiscalía debe orientarse a constatar lo que el desmovilizado va confesando, o a recaudar información que amplíe el universo factual del que deba ocuparse en la continuación.

Así lo ha precisado la Sala¹²⁸:

“Lo anterior no obsta para que en el curso de la versión del desmovilizado la fiscalía adelante actos investigativos de verificación”¹²⁹. Aceptar que se debe esperar a la culminación de la diligencia, sería atropellar el derecho que tienen las víctimas a conocer la verdad; incluso, conduciría al absurdo de que si el desmovilizado en desarrollo de la misma revela la ubicación del cadáver o cadáveres de algunas de sus víctimas, el ente investigador no podría proceder a verificar de inmediato esa información, pese al clamor de los familiares del occiso u occisos, erigidos así en consecuenciales víctimas de los grupos de autodefensas o paramilitares, de obtener rápida y pronta noticia acerca del paradero de sus seres queridos, así sea de sus cuerpos”.

Después de la versión libre debe confeccionar el programa metodológico según lo dispuesto en el artículo 17, orientado a “*comprobar la veracidad de la información suministrada y esclarecer esos hechos y todos aquellos de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia*”.

¹²⁶ Entre ellos en Autos radicados No. 31539, 31 de julio y No. 32022, 21 de septiembre de 2009.

¹²⁷ Inciso 5o. del artículo 50. del Decreto 4760 de 2005.

¹²⁸ Providencia, radicado No. 31539, 31 de julio de 2009.

¹²⁹ Cfr. Auto de segunda instancia radicado No. 29992, 8 de julio de 2008.

De modo que, antes, durante y después de la versión libre la Fiscalía debe ir comprobando la veracidad y totalidad de lo relatado por el desmovilizado, lo que, de no lograrse, o mejor, de acreditarse la existencia de otros hechos no confesados en los que tenga responsabilidad el postulado, o que lo dicho por él, no corresponde a la verdad, de inmediato se tendría el fundamento para la solicitud de exclusión del procedimiento transicional.

Así pues, solo serán imputados aquellos hechos que han sido ofrecidos en una versión completa y veraz, y en ese orden, la superación de la audiencia será el reconocimiento formal de su aptitud, llevado a cabo por parte de la administración de justicia acerca de que el candidato cumple con los requisitos de elegibilidad.

De manera que no tiene el menor sentido, y por el contrario, constituye una absurda dilación del proceso, con franco deterioro de la dignidad humana de las víctimas, la formulación de la imputación para aquellos a quienes la investigación mostró como versionados con relatos incompletos o mendaces, estando a cargo de la Fiscalía la opción de ampliarles la versión para dilucidar dichas inconsistencias, u ordenar su remisión para que sean sujetos de una investigación formal y completa en la justicia ordinaria, con la solicitud de exclusión del trámite transicional.

1.1.2.3 Es una diligencia en la que están claros los roles de quienes en ella participan

Ya se ha señalado que la expectativa del postulado a favorecerse de la indulgencia punitiva prevista en la Ley 975 de 2005 está centrada en que relate toda la verdad de los hechos con trascendencia jurídica en los que es responsable y de aquellos de los que tiene conocimiento, a propósito de su militancia armada ilegal; actividad en la que estará siempre acompañado de su defensor.

Por su parte, el fiscal, actuando en nombre del interés general y de las víctimas, armado con toda la investigación realizada, tiene la obligación de escuchar el relato, además de precisar, pero sobre todo, preguntar, inquirir, cuestionar, contrastando todo aquello que haciendo parte de la investigación realizada para el servicio de su causa, resulte diferente, o nuevo frente a lo relatado por el desmovilizado.

Ya esta Corporación lo había señalado al advertir¹³⁰:

“El rol de la fiscalía en el contexto de la versión libre no es pasivo. Tiene el deber institucional de interrogar al desmovilizado para lograr el esclarecimiento de la verdad, que constituye un presupuesto de la investigación y de la labor de verificación que debe agotar con miras a consolidar una formulación de cargos. Sin embargo, antes de iniciar el cuestionario deberá inquirirlo sobre si es su voluntad expresa de acogerse al procedimiento y beneficios de la Ley, como requisito para adelantar las demás etapas del proceso judicial¹³¹.”

El desmovilizado, por su parte, está obligado a efectuar una confesión completa y veraz¹³² de los hechos delictivos en los que participó y de todos aquellos que tenga conocimiento durante y con ocasión de su pertenencia al grupo organizado al margen de la ley, así como informar las causas y circunstancias de tiempo, modo y lugar de su participación en los mismos o de los que le conste, para asegurar el derecho a la verdad. Adicionalmente, deberá indicar la fecha de ingreso al respectivo frente o bloque y enumerar todos los bienes de origen ilícito que deberán ser entregados para efectos de reparar a las víctimas.

La confesión es un compromiso que adquiere quien está interesado en acogerse a los beneficios de la justicia transicional¹³³, y constituye presupuesto esencial para acceder a ellos¹³⁴. Dicho instituto -se insiste- es un medio de prueba y será valorado como tal por el fiscal para proceder a la imputación. De modo que se tendrán en cuenta aspectos referidos a los argumentos de pertinencia, eficacia y profundidad con los cuales pueda estimar su mérito, atendiendo a la coherencia interna y externa del relato, el objeto percibido, su nivel de descripción y, por tratarse de hechos que fueron cometidos con ocasión y durante la militancia del postulado en el aparato ilegal armado de poder, se verificará si el *modus operandi* se corresponde con el patrón delictivo del grupo, para lo cual deberá auscultarse la razón de la victimización y así, de su sistematicidad.”

¹³⁰ Auto, radicado No. 31539, 31 julio de 2009.

¹³¹ Artículo 1o. del Decreto 2898 de 2006.

¹³² Artículos 17 de la Ley 975 declarado exequible condicionado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006. Artículos 9o. del Decreto 3391 de 2006 y 5o. del Decreto 4760 de 2005.

¹³³ Cfr: Autos de segunda instancia radicado No. 30120, 23 de julio de 2008 y radicado No. 30998, 12 de febrero de 2009

¹³⁴ Cfr: Auto de segunda instancia radicado No. 31150, 12 de mayo de 2009.

En otra ocasión señaló en el mismo sentido¹³⁵:

“Lo dicho quiere significar que el rol de la Fiscalía no es pasivo, puesto que tiene el deber institucional de practicar cuanto medio probatorio esté a su alcance, con el fin de confirmar o infirmar lo confesado por el desmovilizado, resaltándose que en esa labor de verificación, es apenas natural y obvio que las víctimas jueguen un papel preponderante, pues, a su turno, pueden aportar elementos de juicio en uno u otro sentido”.

Sobra decir que corresponde a la Fiscalía que conduce la versión libre estar atenta a mezquinos intereses originados en falsas imputaciones o delaciones contra terceros, o espurias retractaciones; o cómodas aceptaciones de cargos en procesos adelantados por crímenes que podrían acumularse al de Justicia y Paz; actividades todas encaminadas a defraudar a la administración de justicia, pero sobre todo, a desprestigiar a la sociedad que les ha tendido la mano indulgente de la reconciliación.

Así pues, una vez desarrollado el programa metodológico surgido de la versión libre, y con toda la investigación realizada de manera previa y concomitante con su recepción, la Fiscalía habrá de tener claro si da un paso hacia delante, esto es, si avanza a la formulación de la imputación camino a la posibilidad de la pena alternativa, o si frustra dicha empresa, dado el incumplimiento de una o varias de las condiciones de elegibilidad o de las obligaciones legalmente impuestas al desmovilizado como condición de su avance por la senda de la transición.

De modo que a la finalización de la versión libre la Fiscalía debe poder desentrañar si hay causal de archivo, de preclusión, si el desmovilizado ha desistido de su decisión de trasegar por la vía transicional, si hay razón para excluirlo, o si están dados los presupuestos para formular imputación, entre los cuales está, se insiste la versión completa y veraz; y actuar en consecuencia.

Lo anterior sin perjuicio de la posibilidad de imputaciones parceladas, las que también están caracterizadas por la veracidad y por la completitud de la parcialidad correspondiente.

¹³⁵ Auto de segunda instancia radicado No.32022, 21 de septiembre de 2009.

2. Formulación de imputación

2.1 Adecuación típica realizada por la Fiscalía en la formulación de imputación: el magistrado de control de garantías puede “excepcionalmente” modificar la adecuación típica al momento de decidir la solicitud de imponer la medida de aseguramiento

Extracto No. 48

M.P. DR. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
Radicado No. 33039 - 16 de diciembre de 2010

El punto a dilucidar entonces es, cuáles son las alternativas del juez con funciones de control de garantías frente a la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, en el evento de no compartir la imputación jurídica formulada por la Fiscalía.

En una primera aproximación a la respuesta a dicho problema, y entendiendo que tal situación se vive al interior de un sistema con clara tendencia acusatoria (el contenido en la Ley 906 de 2004), en el que el fiscal actúa como requirente, se podría simplemente pensar que el juez, al no constatar la satisfacción de los presupuestos exigidos en el artículo 308, en tanto en su sentir los hechos por los cuales procede la investigación se adecúan a una distinta descripción legal a la señalada por la Fiscalía, no le quedaría opción diferente a la de negar lo pretendido por ella.

Sin embargo, tal decisión puede calificarse como drástica e indiferente; lo que torna necesario –tal como lo entendió el legislador en el artículo 306 de la Ley 906 de 2004– viabilizar la posibilidad de modificar la calificación jurídica de los hechos jurídicamente relevantes, exclusivamente a efectos de la imposición de la medida y sólo a favor de los intereses del procesado, pues de otra manera se estaría traicionando el principio general del *favor rei*; sin que tal modificación afectara el de congruencia, ya que éste se predica entre los hechos formulados en la acusación y la condena.

Razonar de otra manera sería atar al juez de manera pétrea a la calificación jurídica propuesta por la Fiscalía, y quitarle de tajo la opción del ejercicio de su función de control de garantías, en la que tiene cierto margen dispositivo en la audiencia de imposición de medida de aseguramiento toda vez que en ella se admite controversia, tal como lo prevé el artículo 306, tanto en relación con los elementos de conocimiento con los que se sustenta la petición de medida como su urgencia; careciendo de sentido dicho debate si el juez no puede salirse de los parámetros dictados por la Fiscalía.

A diferencia del proceso regido por la Ley 906 de 2004, en el ritualizado por la Ley 975 de 2005, en el que la víctima es la protagonista, y la reivindicación de sus derechos la esencia de la justificación de un concepto de justicia transicional, el magistrado competente, claramente podría modificar la calificación jurídica de los hechos jurídicamente relevantes, aún en contra de los intereses del desmovilizado; se insiste de manera excepcional en este tipo de proceso en el que se privilegian ante todo los derechos de quienes hasta ahora han sufrido la desesperación producida por la humillación y el desconocimiento de la más mínima consideración a su dignidad.

En conclusión, en contraposición a lo que señala el representante de la Fiscalía, hace parte de las posibilidades del magistrado con función de control de garantías, imponer medida de aseguramiento por la descripción legal que considere tipificada, aún distanciándose de la identificación típica realizada por la Fiscalía, eso sí, sin salirse de la imputación fáctica; y sin que tal consideración afecte el principio de congruencia; el cual, se insiste, se predica entre los hechos contenidos en la formulación de cargos y la sentencia condenatoria.

2.2. Formulación de imputación: alcance del principio de legalidad. Posibilidad de adecuar típicamente hechos cometidos con anterioridad a la vigencia de la Ley 599 de 2000 como delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario (título II libro segundo C.P.)

Extracto No. 49

M.P. DR. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
Radicado No. 33039 - 16 de diciembre de 2010

En ese orden, en tratándose de crímenes internacionales la legalidad supone la integración de los tratados internacionales a los sistemas jurídicos domésticos con plenos efectos como ley previa para hacer viable su sanción, así los mismos no estuvieran formalmente tipificados en la legislación nacional al momento de su comisión, tal como se ha concluido en procesos adelantados por las Cortes Supremas de Justicia de Uruguay¹³⁶, Argentina¹³⁷, Chile¹³⁸ y Perú¹³⁹, entre otros.”

(...)

Hay que ser enfáticos en señalar que dicha flexibilidad al principio de legalidad es atendible exclusivamente a las cuatro categorías de los llamados delitos internacionales, vale decir a los crímenes de genocidio, agresión, de lesa humanidad y contra el derecho internacional humanitario.

La Sala recientemente se ocupó del asunto reconociendo calidad de fuente de derecho penal a los tratados internacionales suscritos por

¹³⁶ Caso “Plan Cóndor” en Uruguay, sentencia contra José Niño Gavazzo Pereira y otros; en el mismo sentido la sentencia contra Juan María Bordaberry de 10 de febrero de 2010.

¹³⁷ Recurso promovido en representación del Gobierno de Chile (Enrique Lautaro Arancibia Clavel).

¹³⁸ Caso Molco de Choshuenco (Paulino Flores Rivas y otros); también Sentencia contra Alberto Fujimori, de 19 de abril de 2009.

¹³⁹ Recurso de habeas corpus promovido por Gabriel Orlando Vera Navarrete.

nuestro Estado con indiferencia de ley interna que los concrete y viabilice; y por tal razón, desde su entrada en vigencia se legitima la punibilidad de las conductas descritas en tales instrumentos y por tanto se entienden incorporadas al ordenamiento jurídico nacional¹⁴⁰.

Así, siendo que las conductas contra el llamado Derecho Internacional Humanitario contenidas en los cuatro convenios ginebrinos de 1949 y sus dos protocolos adicionales, tienen rango de Tratado Internacional de Derechos Humanos, son incorporadas automáticamente a la legislación interna desde que se surtieron en nuestro país todos los pasos para que tal calidad pudiera ser predicada de los mencionados acuerdos internacionales.

Desde dicho precedente, aunque referido al delito de genocidio, no importa que la ley que tipifica los crímenes contra el D.I.H. sólo tenga como límite temporal de su inicio el 25 de julio de 2001, ya que desde que los Tratados internacionales fueron suscritos y ratificados por nuestro país, se adquirió la obligación de su positivización y sanción.

¹⁴⁰ Auto, radicado No. 33118,13 de mayo de 2010.

2.3. Imputaciones parciales: es necesario imponer medida de aseguramiento por cada uno de los delitos imputados

Extracto No. 50

M.P. DR. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
Radicado No. 34606 - 9 de diciembre de 2010

[C]ada delito por el que se realice imputación en el proceso de Justicia y Paz debe tener su correspondiente medida de aseguramiento, como parámetro orientador del cumplimiento de las obligaciones del desmovilizado en relación con cada víctima a la hora de la evaluación de si se concede la pena alternativa, según lo dispuesto por los artículos 3o. y 29 de la citada ley.

(...)

En consecuencia, cada víctima tiene derecho a saber que el desmovilizado está privado de la libertad, también por los delitos por los que ella ha sufrido; de manera que al imponerle la pena alternativa, la víctima tenga la seguridad de que dentro del tiempo que el justiciable ha permanecido privado de la libertad también lo ha sido como causa del delito o delitos que cometió contra ellas.

(...)

Finalmente, de no imponerse medida de aseguramiento por cada delito imputado, podría suceder que al modificarse la prueba en relación con la imputación inicial, se abra el espacio para una eventual revocatoria de la medida de aseguramiento, lo cual supondría una afrenta a los derechos de las víctimas.

En conclusión, la medida de aseguramiento debe extenderse a los hechos delictivos contenidos en las imputaciones adicionales, como forma de garantizar el derecho a la justicia y por tanto la decisión impugnada será revocada.

3. Formulación de cargos

3.1 Trámite

Extracto No. 51

MP. DR. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
Radicado No. 36125 - 31 de agosto de 2011

En seguimiento de lo anotado, la corte estableció el trámite formal que ha de comportar la audiencia de legalización de cargos, del siguiente tenor:

“ i) Los magistrados de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, luego de las presentaciones de rigor; constatarán y reconocerán la representación legal de las víctimas y se les interrogará acerca de la necesidad de medidas de protección¹⁴¹.

ii) Seguidamente, interrogarán al postulado acerca del conocimiento cabal de todos y cada uno de los cargos que fueron presentados por la Fiscalía en la audiencia de formulación de cargos –por ello no es necesario que se reiteren uno a uno, dado que ya se supone conocidos con antelación-, verificando que su aceptación haya sido libre, voluntaria, espontánea y asistida por su defensor.

iii) Se concederá la palabra a la representación de las víctimas y al Ministerio Público, para que hagan sus manifestaciones en torno de los cargos aceptados por el postulado, permitiéndoseles no sólo argumentar, sino presentar los elementos de juicio en que basan su pretensión.

iv) De los argumentos y elementos de juicio presentados, se dará traslado a los otros intervinientes y después a la Fiscalía, para que ésta decida si efectivamente agrega hechos, elimina cargos, amplía las circunstancias o modifica la forma de imputación o denominación jurídica.

v) Tanto si la Fiscalía acepta lo propuesto por las víctimas, el Ministerio Público o incluso el postulado y su defensa, luego del

¹⁴¹ Ello se anotó en el Auto, radicado No. 29560, 28 de mayo de 2008.

correspondiente debate, como si se niega a ello, el asunto debe ser decidido allí mismo por los Magistrados de Conocimiento, en pronunciamiento de fondo¹⁴² que faculta la interposición de los recursos de reposición y apelación.

vi) De no interponerse los recursos o una vez resueltos estos, si existió algún tipo de modificación respecto de los cargos, esa modificación debe ser objeto de nueva aceptación por parte del postulado, en la cual es necesario verificar las notas de libertad, voluntad, espontaneidad y asistencia letrada.

vii) Si el postulado no acepta uno o varios de los cargos modificados, la Sala de Decisión de Justicia y Paz debe disponer la ruptura de la unidad del proceso para que la justicia ordinaria adelante la correspondiente investigación.

viii) Por último, la Sala de Decisión decreta la legalidad de los cargos finalmente aceptados por el postulado, para lo cual se torna indispensable declarar judicialmente la militancia del procesado en la organización armada ilegal¹⁴³, y a renglón seguido dispone que las actuaciones procesales ordinarias adelantadas en contra del desmovilizado y que se hallan suspendidas, se acumulen definitivamente al proceso de Justicia y Paz tramitado dentro de los lineamientos de la Ley 975 de 2005”.

¹⁴² Para el efecto, conforme se señala en el Auto radicado No. 31.539, 31 de julio de 2009, debe establecer:

“si se cumple el presupuesto de verdad en la revelación de los hechos, si se satisfacen los requisitos de elegibilidad (...) constatará la pertenencia de....a la organización armada ilegal y, de contera, la comisión de los hechos delictivos durante y con ocasión de esa militancia”.

¹⁴³ Acorde con lo señalado en el Auto, radicado No. 29560, 28 de mayo de 2008.

3.2 Procedimiento desarrollado por la Sala de Decisión para agotar el objeto de la audiencia de legalización de cargos

Extracto No. 52

M.P. DR. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
Radicado No. 36125 - 31 de agosto de 2011

Las precisiones efectuadas por la Sala (respecto de la audiencia de legalización de cargos) partieron tanto de consultar lo que la ley dispone sobre el particular, como de buscar materializar los principios tutelares de la Ley 975 de 2005, en particular, la necesidad de que todos los intervinientes y especialmente las víctimas, participen en la búsqueda de la verdad.

(...)

En este sentido, es prudente significar que uno solo de los procesos, dígame el que ahora se tramita, apenas constituye fragmento del todo ejecutado por el grupo criminal y, en general, por las organizaciones armadas al margen de la ley, por manera que no resulta posible exigir de la parte virtudes omnicomprendivas, únicamente pasibles de adquirir cuando la totalidad de los procesos culminen y se haya reconstruido lo más exhaustivamente posible el accionar, finalidades, hechos, daños y víctimas de ese tipo de violencia.

Por ello, el horizonte de verificación judicial necesariamente ha de comprender esas limitaciones, precisamente consagradas por la ley cuando del postulado exige, para acceder a los beneficios de alternatividad punitiva, apenas que diga todo lo que sabe y entregue los bienes destinados a la reparación.

Así las cosas, como se anotó ya, cuando el Tribunal, y la Corte en segunda instancia, deben hacer el correspondiente pronunciamiento respecto al cumplimiento de los objetivos de la audiencia de legalización de cargos, han de verificar, en concreto, si el postulado efectivamente narró todo lo por él conocido, si la Fiscalía adelantó al respecto una investigación juiciosa encaminada a corroborar o desvirtuar lo narrado, si se tomaron en consideración las controversias y elementos de juicio aportados por los demás intervinientes, especialmente las víctimas y, finalmente, si la denominación típica de los hechos es la adecuada.

4. Inaplicación la Ley 1395 de 2010 respecto al incidente de reparación previsto en la Ley 975 de 2005

Extracto No. 53

M.P. DR. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
Radicado 36125 - 31 de agosto de 2011

Del solo hecho que la Sala en reciente decisión¹⁴⁴, tomada en este mismo asunto, advirtiera concordante con los postulados básicos de la Ley 975 de 2005, la posibilidad, eminentemente procesal, de sustentar en primera instancia el recurso de apelación, no se sigue invariable, y ni siquiera consecuente, que igual suceda con el incidente de reparación integral y la solicitud encaminada a que se realice una vez ejecutoriada la sentencia, en seguimiento de la reforma en tal sentido realizada por el artículo 86 de la Ley 1395 de 2010, al artículo 102 de la Ley 906 de 2004.

Claramente en el auto en cuestión la Sala advirtió cómo esa posibilidad de sustentar el recurso de apelación ante la primera instancia, no solo respeta los principios fundamentales que irradian la ley de Justicia y Paz, sino que además permite desarrollar otros transversales a todos los procedimientos en general, como los de celeridad y economía procesales que, finalmente, redundan en la satisfacción de las legítimas aspiraciones de las víctimas.

Esa evaluación, sobra anotar, operó en concreto, exclusivamente respecto del objeto en discusión, sin que por sí misma tenga la virtualidad de permitir interpretaciones extensivas a otros asuntos no tratados allí, los cuales, de ser menester, demandan de estudio específico, no sea que por el camino si se quiere elemental de decir similar lo que en su esencia difiere sustancialmente, se llegue a soluciones erradas o contrarias a caros derechos de los intervinientes.

¹⁴⁴ Auto, radicado No. 32022, 26 de febrero de 2011.

De esta manera, el examen del tema necesariamente debe partir por significar cómo el incidente de reparación integral, dentro de la sistemática de la Ley de Justicia y Paz, posee una naturaleza y finalidades completamente diferentes a las que regulan la pretensión resarcitoria de las víctimas en las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004.

Ya suficientemente claro se halla, dada la reiterada y pacífica jurisprudencia que sobre el particular han consolidado esta Sala y la Corte Constitucional, que las víctimas cumplen en la Ley 975 de 2005, un papel preponderante como el que más, al punto que se erigen en norte de su tramitación los principios basilares que cubren sus derechos y, en concreto, la necesidad de que a través del procedimiento allí instituido se cumplan a satisfacción los presupuestos de verdad, justicia y reparación.

No es la reparación, cabe agregar, un aspecto subsidiario o colateral a los otros de verdad y justicia, entre otras razones, porque el proceso regulado en la Ley 975 de 2005, posee unas connotaciones bastante particulares, que obligan diferenciarlo de la simple investigación penal del delito encaminada a la sanción de su responsable, enmarcándose en una política de reconciliación que demanda verificar aspectos mucho más amplios que los referidos a la investigación histórica de lo sucedido y consecuente respuesta estatal con fines de prevención especial y general.

Como esos fines tienen miras mucho más amplias, el trámite reclama, no ya como aspecto subsidiario o colateral, que la víctima intervenga desde un comienzo para que se hagan valer sus derechos de verdad, justicia y reparación, los cuales interactúan en un plano de igualdad, en atención a lo cual desde los albores mismos de la investigación adelantada por la Fiscalía y la aceptación de responsabilidad que cabe al postulado, se facultan medidas encaminadas no sólo a demostrar el daño efectivamente causado, sino a facilitar que de inmediato pueda conjurarse.

No es, como sucede en los procedimientos penales vigentes, Leyes 600 y 906, que el aspecto indemnizatorio opere accesorio, incluso vinculado a la manifestación expresa que en tal sentido haga la víctima, ora constituyéndose en parte civil, cual sucede en la primera normatividad

citada, ya solicitando el inicio del incidente de reparación integral, conforme lo regula la segunda.

Ese carácter subsidiario o residual que el tópico reparativo comporta en la normatividad ordinaria, ha facultado que, incluso, en los casos en los cuales la víctima ha escogido la vía civil para hacerlo valer, omita el trámite penal cualquier procedimiento o pronunciamiento al respecto.

Por lo demás, no se discute que sea así, el que no hubiese forma de demostrar el daño o su monto, o que la tramitación eminentemente civil sea fallida, en nada incide para que pueda emitirse sentencia de fondo en lo penal, con plenas legitimidad y validez.

Ya la Corte, respecto a la naturaleza de la pretensión indemnizatoria en el proceso penal ordinario, ha señalado¹⁴⁵:

“El incidente de reparación integral adoptado en la sistemática de la Ley 906 de 2004, es un mecanismo procesal encaminado a viabilizar de manera efectiva y oportuna la reparación integral de la víctima por el daño causado con el delito, por parte de quien o quienes puedan ser considerados civilmente responsables o deban sufragar los costos de tales condenas (el declarado penalmente responsable, el tercero civilmente responsable y la aseguradora), trámite que tiene lugar una vez emitido el fallo que declara la responsabilidad penal del acusado, agotadas, por supuesto, las etapas procesales de investigación y juicio oral.

Se trata, entonces, de un mecanismo procesal independiente y posterior al trámite penal propiamente dicho, pues el mismo ya no busca obtener esa declaración de responsabilidad penal, sino la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil derivada del daño causado con el delito -reparación en sentido lato- y cualesquiera otras expresiones encaminadas a obtener la satisfacción de los derechos a la verdad y a la justicia, todo lo cual está cobijado por la responsabilidad civil, como ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional”.

(...)

¹⁴⁵ Sentencia, radicado No. 34145 del 13 de abril de 2011.

“Y, en segundo término, parece evidente que en nuestra legislación, aunque se puede tabular en un mismo proceso el aspecto penal y el civil, se ha querido separar ambos tipos de responsabilidad, mucho más con las recientes modificaciones al trámite del incidente de reparación integral, al punto de demandar, para que este pueda tener lugar, del pronunciamiento previo de responsabilidad penal en sentencia ejecutoriada¹⁴⁶.

Esa ostensible separación de objetos también conlleva la distinción de trámites, al punto que se consagra en la Ley 906 de 2004, la forma incidental para el cobro de perjuicios, destinando un capítulo para su regulación, en el cual, cabe anotar, sólo se establecen pautas generales, para efectos de que sea la normativa especial, dígase el procedimiento civil, la que cubra los vacíos, o mejor, de forma general regule el asunto propio de su naturaleza”.

Esa naturaleza de la pretensión civil, se repite, es completamente distinta a la que se consagra en la Ley 975 de 2005, para lo cual basta con hacer una relación sucinta de las normas que aquí objetivamente consagran una finalidad distinta al trámite de Justicia y Paz.

Así, el artículo 1o. de la normatividad en cita, luego de advertir que su propósito es facilitar los procesos de paz, señala que ello debe operar *“garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”*.

A su vez, el artículo 4o. contempla como principios inmanentes los de verdad, justicia y reparación.

A renglón seguido, el artículo 8o. desarrolla el derecho a la reparación, significando que comprende *“...las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas”*.

Ya en un plano procedimental referido a los cometidos de la Fiscalía General de la Nación en la labor investigativa propia del trámite de Justicia y Paz, el inciso segundo del artículo 15, establece:

¹⁴⁶ Artículo 87 de la Ley 1395 de 2010.

“La Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz creada por esta ley, deberá investigar, por conducto del fiscal delegado para el caso, con el apoyo del grupo especializado de policía judicial, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron las conductas punibles; las condiciones de vida, sociales, familiares e individuales del imputado o acusado y su conducta anterior; los antecedentes judiciales y de policía, y los daños que individual o colectivamente haya causado de manera directa a las víctimas, tales como lesiones físicas o psicológicas, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de derechos fundamentales”. (Lo resaltado no pertenece al original).

Por su parte, el artículo 37, al detallar los derechos de las víctimas, señala en su numeral 38.3: *“A una pronta e integral reparación de los daños sufridos...”*

En seguimiento de estos postulados, el artículo 80. del Decreto 3391 de 2006, estatuye en su inciso primero: *“Se garantiza la oportunidad de participación judicial de las víctimas desde el inicio de los procesos que se surtan contra los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley en el marco de la Ley 975 de 2005, con el fin de que hagan efectivos dentro de los mismos sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación”.*

Si la citación normativa antes efectuada, demuestra que la tríada de verdad, justicia y reparación constituye un todo íntegro e indivisible, evidente asoma que los presupuestos propios de la justicia penal ordinaria se modifican diametralmente, en tanto, el objeto del trámite procesal de Justicia y Paz opera múltiple, dentro de criterios absolutos, y no apenas eventualmente complejo en los casos en los cuales se decide discutir ante la justicia ordinaria la pretensión resarcitoria.

Entonces, en un plano lógico-jurídico, si el objeto del trámite procesal de Justicia y Paz, es brindar a la víctima verdad, justicia y reparación, todos esos componentes en igualdad, no puede ser posible que la decisión a través de la cual el órgano jurisdiccional resuelve ese objeto, esto es, la sentencia, opere de manera fraccionada y, entonces, allí apenas exista un pronunciamiento de verdad y justicia, a la espera de que después un procedimiento accesorio o posterior pero, en todo caso, colateral y no principal, despeje el tercero de los elementos que cubren los derechos de la víctima.

Ahora, esos principios básicos también encuentran desarrollo cabal en normas precisas que sin dificultad verifican evidente cómo la pretensión del legislador, por lo demás acorde con la teleología de la Ley 975, no es otra diferente a que el incidente de reparación integral sea adelantado antes de la emisión del fallo y, consecuentemente, que este contenga el pronunciamiento definitivo sobre reparación, incluso, haciendo depender de este los beneficios punitivos otorgados al desmovilizado.

A ese efecto, el artículo 23 de la Ley 975 de 2005, expresamente define que en la misma audiencia en la cual se declara la legalidad de la aceptación de cargos, se abrirá de inmediato el incidente de reparación integral. El inciso tercero de la norma consagra que la decisión del incidente se integra al fallo.

En similar sentido, el artículo 24 *ibídem*, referido al contenido de la sentencia, reseña:

“De acuerdo con los criterios establecidos en la ley, en la sentencia condenatoria se fijarán la pena principal y las accesorias. Adicionalmente se incluirán la pena alternativa prevista en la presente ley, los compromisos de comportamiento por el término que disponga el Tribunal, las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas y la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación.

La sala correspondiente se ocupará de evaluar el cumplimiento de los requisitos previstos en esta ley para acceder a la pena alternativa”. (Lo resaltado no pertenece al original).

El artículo 43 reitera: *“El Tribunal Superior de Distrito Judicial al proferir sentencia ordenará la reparación a las víctimas y fijará las medidas pertinentes”.*

Para mayor precisión, el artículo 44, que se refiere a los actos de reparación, estatuye en los incisos 1 y 2:

“La reparación de las víctimas de la que trata la presente ley comporta los deberes de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción.

Para tener derecho a gozar del beneficio de la libertad a prueba, el condenado deberá proveer al Fondo para la Reparación de las Víctimas los bienes, destinados para tal fin; realizar satisfactoriamente los actos de reparación que se le hayan impuesto; colaborar con el Comité Nacional de Reparación y Reconciliación o suscribir un acuerdo con el Tribunal Superior de Distrito Judicial que asegure el cumplimiento de sus obligaciones de reparación”.

En seguimiento de estas obligaciones, el artículo 17 del Decreto 3391 de 2006, significa que al momento de emitir la sentencia, debe la correspondiente Sala del Tribunal, determinar en concreto, la reparación a cargo del postulado *“señalando las acciones mediante las cuales se deberá materializar”*.

Seguidamente, la norma determina como parte de esa reparación, los actos preprocesales de restitución de bienes a la víctima, o los bienes entregados al Fondo de Reparación previo a la versión libre o a la formulación de imputación.

Por último, los incisos 2o. y 4o. del artículo 8o. del Decreto 4760 de 2005, determinan:

“De conformidad con los artículos 3o., 24, 29 y 44 de la Ley 975/2005, el beneficio jurídico de suspensión de la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia reemplazándola por una pena alternativa consistente en la privación de la libertad por un período mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y la colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos, únicamente podrá concederse en la sentencia si se encuentra acreditada la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas, su adecuada resocialización y el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 975/2005, incluyendo los previstos en los artículos 10 y 11 de la misma, según sea el caso.

(...)

“En la sentencia condenatoria la Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial fijará la pena principal y las accesorias que correspondan por los delitos cometidos de acuerdo con las reglas del Código Penal, y adicionalmente incluirá la pena

alternativa, los compromisos de comportamiento y su duración, las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas y la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación. La pena alternativa no podrá ser objeto de subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias”.

Este último acopio normativo además de demostrar, como se dijo, que el tema de la reparación forma parte inescindible de la decisión final plasmada en la sentencia, advierte, de un lado, que el fenómeno indemnizatorio es transversal a toda la actuación propia del proceso de Justicia y Paz, vale decir, que incluso desde antes de que se entregue la versión libre o formule imputación se realizan actos encaminados a cubrir ese derecho; y del otro, que la definición de un tan importante pilar resulta indispensable para que en la misma sentencia pueda fijarse el beneficio de la pena alternativa, dado que ese compromiso restaurativo o indemnizatorio ha sido establecido como uno de los requisitos a cumplir o garantizar cumplir por el postulado para que pueda acceder al mecanismo en cuestión.

Es más, como el postulado debe seguir cumpliendo determinados requisitos cuando ya ha accedido al beneficio de pena alternativa, entre ellos los atinentes al cometido reparativo, es necesario que previamente ellos hayan sido fijados, so pena de que la exigencia se torne inane.

Entonces, junto con los argumentos que atienden a la finalidad de la Ley 975 de 2005 y los principios básicos que la irradian, a más de la expresa voluntad del legislador, la Corte observa que en el caso específico del incidente de reparación integral, su realización con posterioridad a la ejecutoria del fallo desnaturaliza los efectos de este y, en particular, impide que puedan verificarse los requisitos establecidos por la ley para otorgar al postulado el beneficio de pena alternativa, o en aras de comprobar después que los viene cumpliendo.

Así las cosas, la falta de definición del derecho en la sentencia crea una paradoja insoluble, pues, ya no contará el Tribunal con todos los elementos de juicio exigidos para definir si el postulado puede acceder o no a la pena alternativa, al punto que sólo puede optar por dos soluciones, ambas equivocadas: o concede el mecanismo sin verificar el cumplimiento de las exigencias legales, o se abstiene de pronunciarse al respecto, dejando la situación jurídica del desmovilizado en el limbo.

Desde luego, la Corte no puede prohiar por vía jurisprudencial que el trámite de Justicia y Paz se problematice mucho más de lo que ahora se halla, en cuanto, se advierte que la propuesta por el Fiscal no es la mejor solución, ni mucho menos consulta los postulados, finalidades, principios y fundamentos procesales de la Ley 975 de 2005.

Por lo demás, si se tratara de abundar en razones ha de tomarse en consideración que uno de los motivos fundamentales por los cuales se entendió necesario, para la normatividad penal ordinaria dispuesta en la Ley 906 de 2004, modificar lo concerniente al incidente de reparación integral a efectos de esperar la ejecutoria de la sentencia, atiende a que, en la práctica, el gasto de tiempo, dinero y logística –muchas veces representativo de altas sumas de dinero si se atiende a la naturaleza del incidente y la necesaria integración con normas de procedimiento civil–, terminaba siendo inane cuando en segunda instancia o por virtud del recurso extraordinario de casación, esa condena dispuesta por el *A quo* era revocada, dejando sin efecto, a la par, la decisión indemnizatoria.

Pero, no admite controversia que esa dificultad entrevista por el legislador en la Ley 1395 de 2010, de ninguna manera opera en el trámite de Justicia y Paz, advertidos que al incidente se llega una vez aceptados por el postulado los cargos consignados en la audiencia de legalización de los mismos.

Por último, ya dentro de un plano eminentemente práctico, a la Sala también le inquieta que dejar para después de la ejecutoria del fallo la resolución del derecho a la reparación, pueda tornar etéreas o gaseosas las legítimas aspiraciones de las víctimas, en tanto, como el momento histórico así lo verifica, si para la Fiscalía –y, en sentido general, para la justicia– el reclamo de la sociedad la impele a llegar hasta la sentencia, visto que son pocos los asuntos que al día de hoy han culminado con decisión definitiva, el cumplimiento de ese cometido puede conducir a que ya no se estime apremiante atender a las necesidades reparativas que se discuten en el incidente de reparación integral, de alguna manera estimado accesorio o subsidiario.

Incluso, si se tiene establecido que de alguna forma el componente de reparación integra el de justicia, en la opinión pública y, especialmente, en las víctimas, puede generarse la sensación de que el pronunciamiento definitivo de la jurisdicción extraordinaria lejos estuvo de hacer justicia, deslegitimando así la ley y a los encargados de materializarla.

5. Sentencia y pena alternativa

5.1 Obligación de motivar las decisiones judiciales

Extracto No. 54

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

Como lo expresó la Corte en recientes sentencias¹⁴⁷, dicha obligación constituye componente de los derechos fundamentales al debido proceso y defensa y es inherente a un Estado Social y Democrático de Derecho, pues con él se controla la arbitrariedad judicial.

En las remembradas decisiones se dijo también, acorde con precedentes jurisprudenciales atinentes al tema, que la exigencia a los sujetos procesales de sustentar los recursos se correlaciona con la obligación impuesta a los funcionarios judiciales de motivar sus providencias, pues sólo mediante la satisfacción de ese deber funcional se brinda a las partes la posibilidad de ejercer adecuadamente el derecho de contradicción.

En ese sentido, es preciso anotarlo nuevamente,

*“el principio de motivación de las decisiones judiciales desempeña una doble función: (i) endoprocesal: en cuanto permite a las partes conocer el pronunciamiento sirviendo de enlace entre la decisión y la impugnación, a la vez que facilita la revisión por el tribunal ad quem; y (ii) función general o extraprocesal: como condición indispensable de todas las garantías atinentes a las formas propias del juicio, y desde el punto de vista político para garantizar el principio de participación en la administración de justicia, al permitir el control social difuso sobre el ejercicio del poder jurisdiccional”.*¹⁴⁸

Es imperioso señalar aquí también que normativamente, tal exigencia se encuentra consagrada en el artículo 55 de la Ley 270 de 1996

¹⁴⁷ Sentencias radicado No. 33458, 25 de agosto de 2010 y radicado No. 32018, 2 de febrero de 2011.

¹⁴⁸ Sentencia, radicado No. 22041, 28 de septiembre de 2006.

(Estatutaria de la Administración de Justicia), así como en los artículos 170 de la Ley 600 de 2000 y 162 de la Ley 906 de 2004. La primera de esas disposiciones establece que *“las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales”*. La segunda, en su numeral 4o. señala como requisito de las sentencias *“el análisis de los alegatos y la valoración jurídica de las pruebas en que ha de fundarse la decisión”*. Y la tercera, también en su numeral 4º, establece como presupuesto de las sentencias y autos la *“fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral”*.

5.2 Antes de individualizar la pena, la Sala de Justicia y Paz debe aplicar el trámite previsto en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004

Extracto No. 55

M.P. DR. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
Radicado No. 36563 - 3 de agosto de 2011

De conformidad con los artículos 23 y 29 de la Ley 975 del 2005, al momento de proferir sentencia condenatoria, el Tribunal debe fijar las penas, principal y accesorias, conforme a la normatividad común y, adicionalmente, la alternativa prevista en aquella legislación.

En esas condiciones, el Tribunal corre con la carga de realizar un doble proceso de dosificación punitiva, uno relativo al castigo que correspondería conforme a los lineamientos del Código Penal, y otro respecto de la sanción alternativa reglada en la ley de justicia y paz.

Tal procedimiento obedece a que, en el supuesto de incumplimiento por parte del acusado de las obligaciones impuestas para hacerse a la pena alternativa, se impone su revocatoria y, por ende, entre a cumplir con la penalidad determinada conforme a la normatividad común. Así lo dice expresamente el artículo 12 del Decreto reglamentario 3391 del 2006.

En esas condiciones, como la Ley 975 del 2005 no estableció procedimiento alguno para realizar ese mecanismo de dosificación, se impone aplicar la regla de integración de su artículo 62 y, por tanto, suplir ese vacío de conformidad con los parámetros del artículo 447 de Ley 906 del 2004.

Por tanto, al Ministerio Público recurrente le asiste razón sobre este tema, pues resulta de buen recibo que, previo a la individualización de la pena, el Tribunal aplique el trámite del citado artículo 447 procesal, en el entendido obvio de conceder el traslado para pronunciarse sobre el tema, no solamente a la Fiscalía y a la defensa, como parece surgir de la disposición, sino también a los demás intervinientes, especialmente a las víctimas, dado, como ya se explicó, su rol preponderante en el trámite de justicia y paz.

5.3 Individualización de la pena en el marco del proceso de Justicia y Paz

Extracto No. 56

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

Sobre la queja referida a la **falta de individualización de la pena para cada delito**, encuentra la Corte que de conformidad con el inciso primero del artículo 31 del Código Penal de 2000, quien con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, *aumentada hasta en otro tanto*.

Acerca de la forma como debe proceder el juzgador cuando afronta la labor de dosificación punitiva en caso de concurso de conductas punibles, la Sala tiene dicho lo siguiente:

“En materia de concurso de hechos punibles, (art. 26 del C.P.) la ley dispone que el condenado quedará sometido a la disposición que establezca la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto. Ello implica entonces, que el fallador, de entre los varios ilícitos concurrentes, deba seleccionar cuál fue en concreto el hecho punible que ameritaría pena mayor, y para éste efecto debe proceder a individualizar las distintas penas, con el fin de escoger la más gravosa y, posteriormente, decidir en cuánto la incrementa habida consideración del número de delitos concursantes, su gravedad y sus modalidades específicas.

En ese ejercicio debe tener en cuenta no solamente que la pena final no debe exceder el doble de la individualmente considerada como más grave, sino además que ella no puede resultar superior a la suma aritmética de las que corresponderían en el evento de un juzgamiento separado de las distintas infracciones, ni de 60 años de prisión, siguiendo siempre, en el proceso de dosificación individual de cada una de las penas, los criterios que sobre el particular ha venido sentando la Sala en torno a los factores modificadores de los límites legales (menor y mayor) previstos para cada delito, y a las reglas que, a la

luz del artículo 61 del C.P., le dan un margen de movilidad racional dentro de los límites mínimo y máximo así deducidos.

*Entendidas de ese modo las cosas, cuando concurren delitos cuyas penas mínimas y máximas difieren, la fijación de cuál es el que tiene establecida la sanción más grave no puede quedar reducida a la fórmula de seleccionar el de pena mínima más severa o el de mayor pena máxima. El problema se debe resolver dosificando la pena de cada hecho punible en el caso concreto conforme a los criterios de individualización del artículo 61 del C.P., y escogiendo como punto de partida el que resulte con la mayor sanción; es sobre ésta pena sobre la que opera el incremento autorizado por el artículo 26 del Código Penal, y su mayor o menor intensidad depende del número de infracciones y de su mayor o menor gravedad individualmente considerados ”.*¹⁴⁹

Acorde con la jurisprudencia citada, para determinar la disposición que contempla la pena más grave es necesario que el fallador individualice la sanción aplicable para cada delito concursante, considerando para ello los factores previstos en el artículo 61 del Código Penal.

(...)

De lo expuesto se concluye entonces que el querer del legislador apunta a exigir del sentenciador la individualización punitiva para cada conducta punible. Sin embargo, para la Sala, si el juez selecciona una de ellas como más grave, por resultar ostensible que así lo es, constituirá irregularidad intrascendente la no determinación individual de la pena correspondiente a cada delito. En ese caso, para efectos de asegurar la no vulneración del límite previsto en el inciso primero del artículo 31 del Código Penal, conforme al cual la sanción que se imponga no debe superar “*la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas*”, habrá de entenderse que para los demás ilícitos seleccionó la pena mínima imponible.

En el presente evento, se tiene que la Sala *a quo* se limitó a indicar los extremos mínimos y máximos aplicables para cada delito y a establecer los cuartos punitivos imponibles. Sin embargo, no realizó la tasación punitiva concreta relativa a cada uno de ellos, circunscribiéndose a

¹⁴⁹ Sentencia, radicado No. 10987 del 7 de octubre de 1998.

concluir que en este caso el delito más grave corresponde al homicidio agravado.

Como se dijo, dicho proceder no se aviene exactamente a las normas que regulan la dosificación punitiva en caso de concurso de hechos punibles. Sin embargo, en el presente evento surgía indudable que el homicidio agravado equivale al ilícito más grave, atendidos los extremos impondibles para él.

(...)

Así, la anomalía en la cual incurrió la instancia deviene intrascendente. Habrá sí de entenderse que, para efectos del límite previsto en el inciso primero del artículo 31 del estatuto punitivo, las sanciones consideradas por el Tribunal para los punibles concursantes corresponden a los extremos mínimos.

(...)

Acerca de la **no aplicación de los criterios establecidos por el artículo 61 del Código Penal**, considera la Sala que, como se dijo, el Tribunal tomó como base el delito de homicidio agravado, cuyos extremos punitivos van de 25 a 40 años de prisión, es decir, 300 a 450 meses. Para individualizar la sanción seleccionó el cuarto mínimo, atendiendo la no concurrencia de circunstancias de menor o mayor punibilidad. Fijó de esa manera como ámbito punitivo los guarismos que van de 300 a 345 meses, entre los cuales aplicó el extremo máximo, invocando para el efecto “*la gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que la agravan, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto, la naturaleza de los hechos punibles y el ineludible perjuicio causado a las víctimas*”.

Se trata de los criterios establecidos en el inciso tercero del artículo 61 del estatuto punitivo, luego no es cierto que el juez *a quo* no los haya ponderado.

Ahora bien, es cierto sí que en el aparte destinado a la dosificación punitiva la Sala de instancia no sustentó los factores que tuvo en cuenta para justipreciar la sanción dentro del ámbito seleccionado, limitándose simplemente a citarlos.

Extracto No. 57

M.P. DR. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
Radicado No. 36125 - 31 de agosto de 2011

Ya ampliamente ha discurrido la Corte, en esta y otras decisiones anteriores, acerca de la naturaleza especial que comporta el procedimiento dispuesto en la Ley 975 de 2005, de lo cual surge que, en principio, las normas sustanciales y de procedimiento establecidas en las leyes ordinarias operan por vía subsidiaria, o mejor, en complemento de lo que el plexo normativo no contiene; para solucionar aspectos oscuros o confusos; o en aras de hacer más actuales los principios que gobiernan la justicia transicional allí inserta.

Empero, tampoco puede perderse de vista que si bien, el proceso busca brindar verdad, justicia y reparación a las víctimas, esa segunda forma de satisfacción de sus derechos opera a partir de la imposición de una sanción penal al postulado, que se delimita legítima a partir del respeto al principio de legalidad y una vez cubiertas inexcusables formas procesales necesarias para garantizar al desmovilizado unos mínimos de debido proceso y derecho de defensa.

Desde luego que el cumplimiento de determinadas exigencias, que parten de la obligación de decir la verdad y culminan con el efectivo compromiso reparativo, faculta otorgar al postulado un caro beneficio de pena alternativa, oscilante entre 5 y 8 años de prisión.

Ese beneficio, no puede pasarse por alto, es alternativo a la pena principal que por vía ordinaria compete aplicar al postulado una vez hallado responsable de la comisión de cualesquiera delitos, cuando menos el de concierto para delinquir agravado.

Entonces, no se duda que la definición concreta de cuál es la pena que ordinariamente debería cumplir el desmovilizado una vez encontrado responsable de los delitos aceptados, debe guiarse por esas normas ordinarias, en lo sustancial y lo procedimental.

Ahora, el que haya aceptado el postulado la comisión de esas conductas, *conditio sine qua non* para acceder a los beneficios de la Ley 975 de 2005, no puede implicar que la imposición de la pena original opere por vía discrecional o caprichosa para los Magistrados de Conocimiento, pues, la sola eventualidad de que en el futuro deba ser cumplida en su totalidad, de revocarse el beneficio alternativo, advierte de la necesidad de respetar esos trámites que aseguran la legalidad, el debido proceso y el derecho de defensa.

De esta manera, tanto en la Ley 600 de 2000, como en la Ley 906 de 2004, se consagran espacios procesales para que, dejado de lado el tópico de responsabilidad penal, las partes e intervinientes argumenten respecto de los factores interesantes a la fijación concreta de la pena y la concesión o no de beneficios anejos a la sanción.

Ello no tiene por qué variar o eliminarse en sede del trámite de Justicia y Paz, cuando del apartado específico de la pena ordinaria se trata, pues, ha de ofrecerse un espacio para que las partes e intervinientes hagan sus alegaciones en aras de que ellas sean tenidas en cuenta por el fallador para delimitar esa sanción última que ha de descontar el procesado, en respeto de la legalidad y la limitada discrecionalidad a él otorgada por las normas penales.

En la Ley 600 de 2000, debe recordarse, esa posibilidad de referirse a los antecedentes de todo orden del procesado, la naturaleza y gravedad del delito y la necesidad de efectiva aplicación de la pena, opera dentro del alegato de cierre de la audiencia pública de juzgamiento, conjunta o concomitante a la fundamentación de responsabilidad penal.

De manera distinta, en la Ley 906 de 2004 se han separado formalmente los espacios para discutir responsabilidad penal y cuantificación de la sanción, o concesión de subrogados, dado que lo segundo, conforme lo establecido en el artículo 447, sólo se materializa cuando el juez, después de practicarse las pruebas y allegarse los alegatos de cierre pertinentes, anuncia sentido de fallo condenatorio.

Es este procedimiento el que mejor se aviene con el trámite de la Ley 975 de 2005, dado que ambas normativas parten de que la responsabilidad penal de la persona se halla dilucidada y sólo resta intervenir

para que las partes, como lo señala el artículo 447 en cita “...se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Si lo consideran conveniente podrán referirse a la probable determinación de la pena aplicable y la concesión de algún subrogado”.

Desde luego, la especial naturaleza que se ha atribuido al proceso de la Ley 975 de 2005, e incluso la legitimación que las víctimas tienen en el procedimiento ordinario, conforme la jurisprudencia de esta Sala y la Corte Constitucional, implica que ellas, como sucede con la Fiscalía y la defensa, tengan directa participación en esta tramitación, pues, el principio de justicia, tan caro a los afectados y sus familiares, también dice relación con el monto de las penas ordinarias, así que debe escuchárseles y tomarse en cuenta sus apreciaciones para el momento de la dosificación judicial.

Si se hiciese un parangón entre los acuerdos de la Ley 906 de 2004, y los cargos finalmente aceptados por el postulado en la audiencia de legalización de los mismos, luego de superado el filtro de las instancias, es fácil advertir que precisamente después de que se encuentra en firme esa legalización de cargos, ora porque no se controvertió la decisión del Tribunal, ya en atención a que la segunda instancia de la Corte resolvió el recurso de apelación y el postulado manifestó su aceptación de los mismos, ha de abrirse un espacio procesal para que, ante el Tribunal, los intervinientes hagan uso de la facultad establecida en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

5.4 En el procedimiento de Justicia y Paz no procede rebaja en la pena ordinaria por beneficios por colaboración

Extracto No. 58

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

Sobre el particular, se tiene que dentro del esquema procedimental diseñado en la Ley 975 de 2005, al momento de dictar la respectiva sentencia condenatoria a la Sala de Justicia y Paz le corresponde fijar dos clases de sanción, la ordinaria y la pena alternativa, la cual entra a reemplazar la privativa de la libertad impuesta en la primera y será la que cumpla el desmovilizado si satisface las condiciones señaladas en la referida disposición legal.

De acuerdo con los incisos primero de los artículos 24 y 29 de la misma Ley 975 de 2005, la pena ordinaria se fija de acuerdo con los criterios previstos en el Código Penal. Esto quiere decir, por tanto, que para ese efecto el juez debe considerar las sanciones establecidas para cada delito, incluidos los fundamentos modificadores de los extremos punitivos, al igual que los parámetros dosimétricos previstos en el mismo estatuto penal, como son las circunstancias de mayor y menor punibilidad destinadas a fijar el cuarto de dosificación, ámbito dentro del cual habrá luego de determinar la sanción de acuerdo con los criterios contemplados en el artículo 61.

Es cierto también que el artículo 62 de la Ley 975 contempla el principio de complementariedad, señalando que “*para todo lo no dispuesto en la presente ley*” se aplican la Ley 782 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal, norma frente a la cual la Sala tiene dicho que esa última remisión se refiere tanto a la Ley 906 de 2004 como a la Ley 600 de 2000.

Sin embargo, lo anterior no significa que en el procedimiento de la Ley de Justicia y Paz deban aplicarse ciegamente todas las normas contenidas en los precitados estatutos procesales.

A este respecto, es necesario tener en cuenta que el trámite previsto en la Ley 975 de 2005 tiene una naturaleza y finalidades diversas a la ritualidad regulada en los códigos procesales contenidos en las disposiciones arriba señaladas.

(...)

En otras palabras, la Ley de Justicia y Paz corresponde a un cuerpo normativo *sui generis*, encauzado hacia la obtención de la paz nacional, para lo cual sacrifica caros principios reconocidos por el derecho penal de corte democrático, como los de proporcionalidad e igualdad, porque, en resumidas cuentas, se termina por otorgar a quienes a ella se acojan una pena alternativa significativamente inferior a la contemplada para las demás conductas delictivas cometidas por personas no pertenecientes a un grupo armado al margen de la ley, aunque, como contrapartida, se hace especial énfasis en los derechos de las víctimas a acceder a la verdad de lo sucedido, a que se haga justicia y a que se les brinde reparación efectiva, propendiendo además porque se les aseguren las garantías de preservación de la memoria colectiva de los hechos que los condujeron a esa condición y de no repetición, como de manera prolija lo ilustra la Corte Constitucional a través de la sentencia C-370 de 2006.

Por eso, lo tiene también establecido la jurisprudencia de esta Corporación, entre la legislación penal ordinaria y la transicional se destacan varias diferencias, que bien pueden identificarse de la siguiente manera¹⁵⁰:

- (i) Con relación a sus destinatarios: porque mientras el régimen penal ordinario está dirigido a los ciudadanos del común que eventualmente pudieran ser, en el futuro, responsables de una conducta delictiva, la normatividad concebida para buscar la reconciliación y la conquista de la paz se aplica a personas que hacen parte de grupos organizados al margen de la ley, dedicados en el pasado a sembrar el terror y a quienes el Estado busca ahora atraer a la institucionalidad.
- (ii) En cuanto a la expectativa de su aplicación: por cuanto mientras el marco de la regulación ordinaria asegura garantías al justiciable, el

¹⁵⁰ Cfr. Auto, radicado No. 309559, febrero de 2009.

ordenamiento previsto en la Ley 975 de 2005 le ofrece a los desmovilizados significativas ventajas punitivas, que de otra manera serían imposibles de alcanzar.

- (iii) Frente a los derechos de que son titulares cada uno de los dos procesados en las distintas legislaciones: pues mientras el de la justicia ordinaria tiene derecho a exigir que se le investigue dentro de un plazo razonable, amparado entre otros, por el derecho a la no autoincriminación, el desmovilizado somete su poder al del Estado (entregándole sus armas y cesando todo accionar violento), renunciando a la garantía constitucional contenida en el artículo 33 superior, para confesar voluntariamente sus crímenes, ofrecer toda la información suficiente para que se constate su confesión y esperar a cambio de dicha actitud las ventajosas consecuencias punitivas que consagra la ley a cuyo favor se acoge.
- (iv) Respecto de la actitud asumida por el sujeto pasivo de la acción: porque al paso que el procesado por la justicia y con la legislación ordinaria está enfrentado con el Estado, en términos de combativa exigencia, producto del ejercicio pleno de sus garantías procesales, el justiciable desmovilizado se encuentra sometido, doblegado voluntariamente ante el Estado en busca de la indulgencia ofrecida por la alternatividad penal prevista en la Ley.
- (v) En lo concerniente al objetivo buscado con la pena: en tanto en la legislación ordinaria el anuncio general de la sanción tiene una función preventiva, frente a la legislación de Justicia y Paz el anuncio de una pena tan benigna busca efectos seductores, si se quiere, de invitación a la reconciliación sin mayor retribución, a la otra oportunidad, al ejercicio de la alternativa por una vida alejada de la violencia, a la restauración de las heridas causadas con su accionar delincencial, a la transición hacia una paz sostenible, posibilitando la desmovilización armada y la reinserción a la vida civil de los integrantes de aquellos grupos violentos.
- (vi) Finalmente, en lo correspondiente al sujeto protagonista del proceso penal: mientras la modernidad lo construyó para rodear de garantías y derechos al sindicado, la legislación de Justicia y Paz colocó como eje central de su accionar a la víctima, para quien

hay que reconstruir la verdad de todo lo acontecido, respecto de lo cual hasta ahora sólo ha percibido el dolor de la muerte, el desplazamiento, la violencia sexual y la desesperanza producida por la soledad en la que la abandonó el Estado.

De modo, pues, que la referencia en la Ley 975 de 2005 a los criterios establecidos en la ley penal para tasar la sanción y la consagración en la primera de esas disposiciones del principio de complementariedad no implica, *per se*, que el postulado tenga derecho a obtener rebaja por razón de mecanismos posdelictuales previstos en la legislación ordinaria.

En ese sentido, se advierte cómo la aceptación de cargos, la confesión y la colaboración con la justicia regulados en la Ley de Justicia y Paz se estructuran sobre bases distintas a las establecidas en la Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004.

Sobre el particular, es necesario tener en cuenta que el acceso a la justicia transicional reviste carácter voluntario, en el sentido de que a sus trámites solamente ingresan quienes, haciendo parte de grupos armados al margen de la ley, así lo manifiestan. Pero una vez allí, su permanencia depende de que confiesen integralmente sus delitos, colaboren eficazmente con la justicia y acepten los cargos. Si no lo hacen saldrán de inmediato de dicho marco y serán procesados por la justicia ordinaria.

En cambio, los procedimientos ordinarios están diseñados para ser aplicados a todo aquel que es sindicado de cometer un delito, sin importar el querer del sujeto pasivo de la acción, de manera que una vez puesta la noticia criminal o verificada la legitimidad de quien la da a conocer en los casos de delitos querellables, es obligación para el Estado adelantar el correspondiente procedimiento, salvo si se aplica, en la sistemática de la Ley 906 de 2004, el principio de oportunidad, pero aún en ese evento, ello no dependerá de la decisión del investigado, sino de la Fiscalía con el aval del respectivo juez de garantías si se dan los presupuestos establecidos en la ley para el efecto.

A su vez, iniciado el procedimiento penal, opera para el procesado la garantía de no auto incriminación, de manera que para la continuidad del trámite el indiciado, imputado o acusado no está en la obligación de aceptar los cargos, confesar o colaborar con la justicia. Si lo hace, se

hará acreedor a descuentos punitivos o a la eventual aplicación del principio de oportunidad, si se trata de colaboración con la justicia dentro del marco de la Ley 906 de 2004. En caso contrario, el proceso penal seguirá tramitándose hasta culminar con la respectiva sentencia, sin que entonces el hecho de no optarse por algunos de esos mecanismos procesales dé lugar a la terminación del diligenciamiento.

Como se observa, la confesión, aceptación de cargos y colaboración con la justicia son de la esencia del esquema diseñado en la Ley 975 de 2005, de manera que sin su presencia no habrá lugar a la aplicación de sus trámites. En cambio, en los procedimientos penales ordinarios tales mecanismos son eventuales, en forma que de su concurrencia no depende la continuación del trámite.

Si lo anterior es así, resulta improcedente que dentro de la determinación de la pena ordinaria que se impone en el marco de la Ley 975 de 2000, se pretenda la aplicación de beneficios propios de las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004. Para que esto ocurra, será necesario que el procesado haya sido investigado y juzgado conforme a los trámites regulados en dichas codificaciones. Como esa situación no acontece en el presente caso, la solicitud en tal sentido de los defensores debe despacharse negativamente.

5.5. El beneficio de la pena alternativa opera solamente sobre la privación de la libertad. La multa y las penas accesorias se cumplen conforme la ley vigente al momento de la ocurrencia de los hechos

Extracto No. 59

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

Sobre el particular, es necesario recordar que uno de los propósitos de la expedición de la Ley 975 de 2005 obedeció a la dificultad que tenían los organismos estatales de lograr la captura y consiguiente judicialización de quienes, perteneciendo a grupos armados al margen de la ley, se dedicaban a cometer impunemente actividades delictuales de gran envergadura, constitutivas algunas de delitos de lesa humanidad.

Y, precisamente, por la gran fortaleza organizacional y financiera que tenían esas agrupaciones ilegales, se hizo necesario que el Estado declinara su pretensión punitiva ordinaria y propusiera a sus integrantes el otorgamiento de un beneficio atractivo que los persuadiera a no continuar con sus acciones y se reintegraran a la vida civil, en lugar de cumplir las altas sanciones privativas de la libertad establecidas en la ley penal, cuya imposición de todas maneras quedaba latente ante la eventual captura de los aludidos.

Ese cometido de la Ley de Justicia y Paz de algún modo quedó expresado en la exposición de motivos con la cual el Gobierno Nacional presentó en su momento en el Congreso Nacional el proyecto que se convirtió posteriormente en dicha disposición legal. En efecto, allí se señaló siguiente:

“En necesario diferenciar el manejo que debe darse a quienes insisten en la vía de las armas, del que debe darse a quienes, no obstante haber causado el mismo dolor, optan por el abandono de éstas y ofrecen soluciones de reconciliación.

Se trata de encontrar una adecuada relación, un equilibrio entre justicia y paz, que nos permita satisfacer los intereses de la primera, al tiempo que se avanza de manera audaz y efectiva en la

superación de los problemas de violencia que tanto sufrimiento le han causado al país.

La no repetición de los hechos, finalidad última de los modelos contemporáneos de justicia penal, busca asegurar la comparecencia del responsable ante los jueces y la fijación de su condena...”.

“Pero también es lógico que satisfechas las condiciones de verdad, justicia y reparación, sea indispensable ofrecer a las personas que muestren propósito de enmienda y actitud de rectificación, un camino para su reincorporación a la sociedad, gozando de un beneficio jurídico compatible con su colaboración para la recuperación institucional y la consolidación de la paz. De manera general, dicho beneficio consiste en la posibilidad de gozar de la suspensión condicional de la pena una vez purgado un periodo básico de privación efectiva de la libertad, y haber cumplido los compromisos impuestos por los jueces en términos de reparación, buen comportamiento y penas accesorias” (subrayas fuera de texto).

La motivación entonces para que dichos individuos accedieran a entregarse a las autoridades e hicieran dejación de sus armas giró en torno a la aspiración de purgar unos pocos años de cárcel para luego quedar exentos de cualquier persecución de esa naturaleza.

Esa intención quedó, finalmente, plasmada en la Ley 975 de 2005, pues allí se estableció el beneficio de la pena alternativa, pero únicamente frente a la sanción privativa de la libertad. Así se observa claramente en el inciso segundo de su artículo 29 cuando señala:

“En caso que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en esta ley, la Sala le impondrá una pena alternativa que consiste en privación de la libertad por un periodo mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos” (subrayas fuera de texto).

Como se observa, la norma en ningún momento extiende el beneficio a sanciones distintas a la privativa de la libertad. Es más, obsérvese cómo en su inciso quinto prevé la extinción únicamente de la “*pena principal*”, una vez se cumplan las obligaciones impuestas al momento de concederse el beneficio de la pena alternativa y transcurra el período de prueba respectivo, mientras el parágrafo de la misma disposición

prohibió la aplicación de subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias a la pena alternativa.

(...)

Sea esta la oportunidad para señalar que tampoco la sanción pecuniaria hace parte de la pena alternativa. Sobre el particular, no puede pasarse por alto, además de lo ya dicho, que la Ley 975 de 2005 en manera alguna consagró indultos ni mucho menos amnistías respecto de los delitos y sanciones previstas en la legislación ordinaria. Así lo consideró la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006, en cuanto sobre el particular, luego de precisar que mientras la amnistía extingue la acción penal, esto es, en ese caso el Estado olvida el delito, el indulto es una institución que redime la pena correspondiente a la conducta punible, es decir, no lo ignora sino que exime de la pena al responsable, concluyó:

“Aplicadas las nociones precedentes al análisis de la Ley 975 de 2005, se observa por la Corte que en ella no se dispone la extinción de la acción penal en relación con los delitos que puedan ser imputados a miembros de grupos armados que decidan acogerse a aquella, razón por la cual resulta claro que el Estado no decidió mediante esta ley olvidarse de las acciones delictuosas, por lo que en rigor jurídico-constitucional la afirmación según la cual dicha ley concede una amnistía, no es de recibo.

Por lo que hace a la supuesta concesión de un indulto, tampoco se encuentra que alguna de las normas contenidas en la ley acusada disponga que la pena con la cual culmine un proceso iniciado contra los miembros de grupos armados ilegales que decidan acogerse a esa ley una vez impuesta por sentencia judicial, deje de ejecutarse. Es decir, no contiene la Ley 975 de 2005 una disposición que exonere al delincuente del cumplimiento de la sanción penal. Si bien es verdad que se le hace objeto de un tratamiento jurídico penal menos riguroso que el existente en el Código Penal –si se cumplen por el infractor unos requisitos determinados en relación con las víctimas y por la colaboración con la administración de justicia–, lo cierto es que, aun así, no desaparece la pena. Esta se impone, pero el procesado puede -con estricta sujeción a los requisitos y condiciones que el legislador señaló- hacerse acreedor a un beneficio que podría reducirle la privación de la libertad por un tiempo, sin que ésta desaparezca...” (subrayas fuera de texto).

Como se recuerda en la sentencia de constitucionalidad antes citada, el indulto implica eximir a su beneficiario de la pena que se le imponga en la respectiva sentencia. En consecuencia, integrar la multa a la pena alternativa implicaría ni más ni menos que conceder un indulto, pues de esa manera el postulado quedaría exonerado de cumplir una de las sanciones contempladas en la legislación penal, lo cual no está en armonía con la normativa consagrada en la Ley de Justicia y Paz que no consagró ese tipo de beneficios sino exclusivamente un tratamiento más benigno en punto de la pena privativa de la libertad, como lo refirió también la Corte Constitucional en el aparte final transcrito del fallo arriba evocado.

En esas condiciones, cuando el inciso quinto del artículo 29 de la Ley de Justicia y Paz impone declarar extinguida “*la pena principal*” una vez cumplidas las obligaciones que dieron lugar a la pena alternativa y superado el período de prueba, ha de entenderse que la norma alude exclusivamente a la sanción privativa de la libertad, lo cual se confirma en cuanto la referencia se hace en forma singular.

Por lo anterior, acertada resultó la decisión de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal de Bogotá cuando en los numerales cuarto y quinto de la parte resolutive de la sentencia impugnada únicamente suspendió la ejecución de la pena de prisión por la pena alternativa.

5.6 La pena alternativa empieza a contar desde el momento en que se está privado de la libertad en establecimientos bajo la competencia del INPEC.

Extracto No. 60

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

El recurrente plantea dos reparos en este punto. El primero tiene que ver con la omisión del juzgador de fijar el momento a partir del cual ha de entenderse empezó el cumplimiento de la sanción, aspecto frente al cual pretende se dé aplicación al artículo 31 de la Ley 975 de 2005, declarado inexecutable por la Corte Constitucional. Y el segundo, permitir al desmovilizado descontar tiempo de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo del artículo 11 del Decreto 3391 de 2006.

Sobre el primero de dichos temas, se tiene que, ciertamente, el artículo 31 en mención fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, decisión adoptada en la sentencia C-370 de 2006. La mencionada norma establecía:

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

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

Consideró la alta Corporación citada que el artículo 31 quebrantaba el deber que tiene el Estado de imponer y ejecutar sanciones efectivas a quienes incurran en violaciones a la ley penal, sobre todo en tratándose de grave criminalidad, pues quienes permanecen en las zonas de concentración lo hacen en forma voluntaria, sin estar sujetos a la

imposición coercitiva de la restricción de derechos fundamentales, situación que prescinde y desplaza las intervenciones estatales que caracterizan el monopolio estatal de la potestad sancionadora.

Si bien la Corte Constitucional no otorgó a la sentencia, como lo aduce el recurrente, efectos retroactivos, eso no significa que la norma excluida del ordenamiento jurídico pueda aplicarse a situaciones ocurridas antes de la declaratoria de inexecutable. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema ha dicho que tal aplicación no resulta procedente cuando el texto legal se opone materialmente a la Constitución Política. Así lo consideró respecto del artículo 71 de la misma Ley 975 de 2005 que indebidamente asimiló delitos comunes como el concierto para delinquir, a los delitos políticos¹⁵¹.

Estimó la Sala que aun cuando dicha norma había sido declarada inexecutable por vicios de forma, de todas maneras acusaba materialmente una oposición abierta a las normas superiores que imponían acudir a la excepción de inconstitucionalidad para inaplicarla.

La anterior situación es también predicable en el presente caso, si se tiene en cuenta que la propia Corte Constitucional excluyó el artículo 31 de la Ley 975 de 2005 del ordenamiento jurídico por vulnerarlo en forma material.

En consecuencia, no hay lugar a reconocer a los postulados como pena cumplida el tiempo que permanecieron en la zona de concentración.

En cuanto se refiere a la no aplicación del parágrafo del artículo 11 del Decreto 3391 de 2006, se tiene que esa disposición establece:

“Parágrafo. Los miembros desmovilizados del grupo armado organizado al margen de la ley, que voluntariamente se pongan a disposición de las autoridades en virtud de su acogimiento a la Ley 975 de 2.005, podrán ser ubicados en los establecimientos de reclusión de justicia y paz administrados y definidos por el Inpec y en los previstos por el parágrafo 2 del artículo 21 de la Ley 65 de 1.993, mientras se adelantan los procesos judiciales pertinentes de que trata la citada ley. El tiempo de privación de la libertad

¹⁵¹ Cfr. Auto, radicado No. 26945, 11 de julio de 2007.

cumplido en estos establecimientos de reclusión, previo a que el magistrado de control de garantías profiera la respectiva medida de aseguramiento de conformidad con la Ley 975 de 2.005, se imputará al cumplimiento de la pena alternativa que corresponda”.

Ningún obstáculo encuentra la Corte a la aspiración de considerar el tiempo que los desmovilizados permanecieron en privación de la libertad en los establecimientos de reclusión de justicia y paz administrados y definidos por el Inpec conforme lo autoriza la norma antes transcrita. De todas maneras, es preciso señalar que el tiempo a reconocer deberá ser definido en su momento por la autoridad judicial encargada de vigilar y controlar la ejecución de la pena, a la cual le corresponderá verificar que el tiempo de descuento pretendido se haya cumplido en un establecimiento de reclusión que garantizó la efectiva ejecución de la sanción.

5.7 Imposibilidad de otorgar el beneficio de libertad provisional en el trámite de Justicia y Paz

Extracto No. 61

M.P. DR. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Radicado No. 36015 - 27 de abril de 2011

Este auto analiza la posibilidad de conceder la libertad provisional en el proceso establecido en la Ley 975 de 2005 y reitera lo sostenido por la Corte Suprema en el auto de segunda instancia del 24 de junio de 2010, radicado No. 34170 y lo señalado, sobre el mismo tema en el auto de segunda instancia del 9 de diciembre de 2010, radicado No. 34606. La Corte agrega los siguientes argumentos:

“Cabe agregar a lo expuesto que de conformidad con la arquitectura de la Ley 975 de 2005, en relación con quienes se encuentran privados de la libertad por cuenta de procesos adelantados por la Ley de Justicia y Paz, es decir, respecto de aquellas personas con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión impuesta en los términos del inciso 2o. del artículo 18 ídem, la única posibilidad “ordinaria” para acceder a la liberación surge a través de la “libertad a prueba” luego de haber cumplido la pena alternativa acorde con lo reglamentado en el artículo 29 íbidem.

Lo anterior, sin perjuicio obviamente de que si el desmovilizado privado de la libertad por cuenta de la Ley 975 de 2005, no satisface los requisitos de elegibilidad consagrados los artículos 10 y 11 íbidem (según el caso), o no acepta los cargos, o se retracta de los admitidos en la versión libre, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 8o. del Decreto 4760 de 2005, “no habrá lugar al beneficio de la pena alternativa consagrado en la misma y la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz remitirá la actuación al funcionario competente conforme con la ley vigente al momento de la comisión de las conductas investigadas”, evento en el cual, en el escenario de la justicia ordinaria, se aplicarán las normas sobre subrogados y libertad del Código Penal y del Procedimiento Penal correspondientes.

Igualmente, conviene apuntar que de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 12 del Decreto 3391 de 2006, si al desmovilizado condenado se le revoca la pena alternativa, “en su lugar se harán efectivas las penas principales y accesorias ordinarias inicialmente determinadas en la sentencia, procediendo en este caso los subrogados y descuentos ordinarios previstos en el Código Penal y de Procedimiento Penal que correspondan y computándose el tiempo que haya permanecido privado de la libertad; caso en el cual el juez competente realizará las readecuaciones punitivas a que hubiere lugar”.

Lo plasmado en precedencia permite afirmar que quien se encuentre detenido por razón del procedimiento de la Ley de Justicia y Paz, únicamente podrá lograr su excarcelación a través de la libertad a prueba, previo el cumplimiento pleno de los requisitos previstos en el artículo 29 *ibídem*.

Además, que en la Ley 975 de 2005 no opera la libertad provisional porque el tiempo de detención es parte de la pena a la cual inexorablemente se verá enfrentado el desmovilizado, pues desde el artículo 3o. *ídem* y luego con el artículo 29 *ibídem*, queda claro que se producirá una sentencia condenatoria cuya pena será reemplazada por otra, denominada “alternativa”, que “se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización”.

A su vez, que la Ley de Justicia y Paz no prevé ningún subrogado penal, en el entendido que la reducción de la sanción en razón de la pena alternativa resulta más que suficiente.

6. Recurso de apelación

6.1 Competencia para conocer de la sustentación del recurso de apelación¹⁵²

Extracto No. 62

M.P. DR. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Radicado No. 36015 - 27 de abril de 2011

1. La Corte es competente para resolver los recursos de apelación contra las decisiones que adoptan en primera instancia los Tribunales Superiores (artículos 75-3 de la Ley 600 de 2000 y 32-3 de la Ley 906 de 2004), y en el caso concreto de las Salas de Justicia y Paz porque tal atribución fue expresamente conferida en el artículo 26 de la Ley 975 de 2005.

2. Si bien en el inciso 3° del artículo 26 en mención se prevé que para la sustentación de la impugnación el Magistrado ponente de la Corte debe citar a las partes e intervinientes a fin de que ante la Sala de Casación Penal se lleve a cabo la audiencia de argumentación oral y en este caso se siguió el trámite previsto en el artículo 178 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 90 de la Ley 1395 de 2010, es decir que se sustentó el recurso ante el *a quo*; se observa que tal proceder resultó acorde con el criterio fijado por esta Corporación sobre la materia.

En efecto, la Corte recientemente precisó¹⁵³ que si bien el legislador no contempló de manera expresa que esa modificación introducida al Código de Procedimiento Penal se extienda al trámite previsto en el artículo 26 de la Ley 975 de 2005, no hay obstáculo jurídico para que tanto la sustentación del recurso como las intervenciones de los no recurrentes

¹⁵² Sobre el tema la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia también se ha pronunciado en el Auto, radicado No. 36563, 3 de agosto de 2011 (M.P. José Luis Barceló Camacho) y en el Auto, radicado No. 35637 del 9 de febrero de 2011 (M.P. Alfredo Gómez Quintero).

¹⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de segunda instancia, radicado No. 35582, 2 de febrero de 2011. En sentido semejante, Auto de sustanciación del 26 de enero de 2011.

se adelanten ante el mismo funcionario que adoptó la decisión objeto de impugnación, por cuanto ninguno de los principios procesales o sustanciales consagrados en la Ley 975 de 2005 se ve comprometido con tal proceder, en particular los de la oralidad¹⁵⁴, esclarecimiento de la verdad¹⁵⁵, o los derechos de defensa y contradicción¹⁵⁶, siempre y cuando el *a quo* conceda al apelante, así como a los no recurrentes, un plazo prudente y razonable (acorde con la naturaleza del asunto debatido) para desarrollar la respectiva intervención.

Agregó, por el contrario, que al seguirse el trámite dispuesto en el reformado artículo 178 de la Ley 906 de 2004, se asegura la realización del principio de celeridad¹⁵⁷, como también la consolidación de los derechos de las víctimas, en particular el de acceso a la administración de justicia contenido en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia¹⁵⁸.

En esa medida, advirtió que como la Ley 1395 de 2010 trajo un conjunto de medidas en materia de descongestión judicial, incluyendo, frente al Código de Procedimiento Penal, una reforma con el explícito propósito de simplificar y agilizar el trámite ante la segunda instancia consistente en suprimir las audiencias de argumentación oral, no había razón para impedir que ésta tuviera repercusiones en relación con la Ley de Justicia y Paz, cuyas diligencias por múltiples circunstancias se aplazan.

También puso de presente la Sala, que acoger lo dispuesto en el reformado artículo 178 de la Ley 906 de 2004 no afecta la estructura del debido proceso de la Ley de Justicia y Paz, por cuanto en ésta la ritualidad no es un fin en sí mismo sino un medio para obtener una solución pacífica al conflicto armado afrontado por el país, es decir, “constituye un instrumento procesal de transición hacia el logro de una paz sostenible”¹⁵⁹.

¹⁵⁴ Artículo 12 de la Ley de Justicia y Paz.

¹⁵⁵ Artículo 15 *Ibid.*

¹⁵⁶ Artículo 14 *ibid.*

¹⁵⁷ Artículo 13 *Ibid.*

¹⁵⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 8o.), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (artículo 14-1), Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 25).

¹⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de segunda instancia radicado No. 30442, 3 de octubre de 2008. En igual sentido, Auto de segunda instancia, radicado No. 33257, 24 de marzo de 2010, entre otros.

Así las cosas, la no aplicación rigurosa del trámite previsto en el artículo 26 de la Ley 975 de 2005 y, por el contrario, el acogimiento de lo preceptuado en el modificado artículo 178 de la Ley 906 de 2004, no entraña irregularidad alguna, pues más bien asegura la materialización del derecho de contradicción por la vía de la impugnación de las decisiones, efectiviza la celeridad de la actuación, lo que a su vez se proyecta al acceso a la administración de justicia y, de contera, no afecta otros principios procesales, dando lugar evidentemente a la consolidación de los fines torales de la Ley 975 de 2005.

Extracto No. 63

M.P. DR. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Radicado No. 35582 - 2 de febrero de 2011

Sin embargo, la Corte no encuentra obstáculo jurídico alguno para rechazar, desconocer o restarle efectos a la posibilidad que, de ahora en adelante, tanto la sustentación del recurso de apelación como las intervenciones de los no recurrentes se presenten ante el mismo funcionario que profirió la decisión, ni tampoco a que la actuación de la Corte en segunda instancia se reduzca a cumplir lo dispuesto en los incisos 2º y 3º del artículo 90 de la Ley 1395 de 2010¹⁶⁰, es decir, a adoptar la decisión que en derecho corresponda y a adelantar una audiencia de lectura para la notificación de la providencia.

En primer lugar, ninguno de los principios procesales que consagra la Ley 975 de 2005 se vería afectado por un proceder de tal índole.

No se pondría en peligro la naturaleza oral de la actuación¹⁶¹ por el hecho de que el trámite de sustentación y traslado del recurso se agote ante el funcionario de primera instancia y no ante la corporación de segunda. Tampoco podría menoscabarse el esclarecimiento de la verdad¹⁶², ni mucho menos los derechos de defensa o contradicción¹⁶³, siempre y cuando el a quo conceda al apelante, así como a los no recurrentes, un plazo prudente y razonable (acorde con la naturaleza del asunto debatido) para desarrollar la respectiva intervención.

¹⁶⁰ Artículo 90 [Ley 1395 de 2005]-. El artículo 178 de la Ley 906 de 2004 quedará así: / [...] / Recibida la actuación objeto del recurso el juez lo resolverá en el término de cinco (5) días y citará a las partes e intervinientes a audiencia de lectura de auto dentro de los cinco (5) días siguientes. / Si se trata de juez colegiado, el magistrado ponente dispondrá de cinco (5) días para presentar el proyecto y de tres (3) días la Sala para su estudio y decisión. La audiencia de lectura de providencia será realizada en cinco (5) días.

¹⁶¹ Artículo 12 de la Ley de Justicia y Paz.

¹⁶² Artículo 15 *Ibid.*

¹⁶³ Artículo 14 *Ibid.*

En segundo lugar, seguir el trámite del reformado artículo 178 del Código de Procedimiento Penal facilitaría la realización del principio de celeridad¹⁶⁴, y por contera de los derechos de las víctimas, en especial el de acceso a la administración de justicia (o tutela judicial efectiva) consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia.

(...)

En este orden de ideas, si la Ley 1395 de 2010 consagró, como en efecto lo hizo, una serie de medidas en materia de descongestión judicial para los ordenamientos procesales ordinarios, incluido el Código de Procedimiento Penal de 2004, y de manera concreta creó en este ámbito una norma con el inobjetable propósito de simplificar y agilizar el trámite ante la segunda instancia, consistente en suprimir las audiencias de debate o argumentación oral, no habría motivo razonable para impedir que ésta tuviera repercusiones en materia de Justicia y Paz, cuyas diligencias por múltiples circunstancias han sido objeto de aplazamientos, atrasos y dilaciones.

En tercer lugar, no es posible predicar una alteración relevante o sustancial de la estructura del debido proceso. Recuérdese que la Ley de Justicia y Paz es de índole extraordinaria, pues al contrario de la tradicional actuación jurídico-penal obedece a una especial política criminal de justicia restaurativa, en la que el respeto a la ritualidad no es tanto un fin en sí mismo como un mecanismo para obtener una solución pacífica al conflicto armado o, así mismo, un instrumento procesal de transición hacia el logro de una paz sostenible¹⁶⁵.

De ahí que la Sala haya reconocido en otra oportunidad¹⁶⁶, respecto de aparentes vulneraciones sustanciales al debido proceso, que la estricta observancia de esta garantía debe ceder ante la búsqueda de los propósitos propios de la Ley 975 de 2005, como el cese de las actividades delictivas, la no repetición, la reparación de las víctimas y la recuperación de la institucionalidad del Estado de Derecho, entre otros.

¹⁶⁴ Artículo 13, inciso 1°, *Ibid.*

¹⁶⁵ Cf. Auto radicado 30442, 3 de octubre de 2008. Así mismo, Auto radicado 33257, 24 de marzo de 2010, entre otros.

¹⁶⁶ *Ibid.*.

Por lo tanto, el no atenerse de manera estricta al trámite previsto en el artículo 26 de la Ley de Justicia y Paz, sino en lugar de ello dar prelación a lo dispuesto en el artículo 178 de la Ley 906 de 2004 (modificado por la Ley 1395 de 2010), no implica anomalía alguna; en cambio, se traduce en una necesidad para asegurar la efectividad del instituto, en la medida en que garantiza la celeridad de la actuación y por ende la tutela judicial a favor de la víctima, al mismo tiempo que no pone en peligro ni lesiona trascendentemente otros principios procesales de similar o idéntica raigambre, lo que de paso contribuye a la consecución de los fines primordiales de la Ley 975 de 2005.

6.2 Sustentación del recurso de apelación

Extracto No. 64

M.P. DR. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
Radicado No. 36125 - 31 de agosto de 2011

Sobre el particular, ha de advertirse que la Sala no ignora la naturaleza *sui generis* del trámite procesal consagrado en la Ley 975 de 2005, atendidas sus finalidades y, particularmente, la necesidad de respetar y hacer actuantes los derechos de verdad, justicia y reparación que asisten a las víctimas.

Empero, si se trata de controvertir una decisión judicial en la cual se plasman motivaciones jurídicas y probatorias, lo menos que puede esperarse de la sustentación del recurso, es que se expongan de manera clara y suficiente las razones por las cuales no se comparte lo decidido, los yerros que ello comporta y, en punto de trascendencia, el efecto nocivo o daño que apareja para la parte que impugna.

El debate dialéctico, entonces, se produce por la tensión entre dos extremos: los fundamentos de la decisión y los argumentos en contrario presentados por el recurrente.

A partir de allí, no es posible obtener que lo decidido se revoque o modifique, si no ha sido cabalmente demostrado el yerro o falencia y, a la par, verificado que sus efectos fueron nocivos.

Así la segunda instancia, encargada de dirimir el debate, podrá conocer no sólo el motivo de la inconformidad, sino la naturaleza de la medida que debe tomarse para restañar el daño.

6.3 Alcance de la competencia del *ad quem*. En el trámite del recurso de apelación no es posible la práctica de pruebas

Extracto No. 65

M.P. DR. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS
Radicado No. 33857 - 1 de septiembre de 2010

Pues bien, el trámite del que ahora es objeto esta actuación –la resolución por el *ad quem* de un recurso de apelación respecto de una decisión tomada por el Magistrado de Control de Garantías– no contempla la práctica probatoria; de suerte que si ésta tuviera lugar en sede de segunda instancia el recurso de apelación se desnaturalizaría, pues la Corte ya no entraría a pronunciarse sobre los elementos de juicio que tomó en consideración el funcionario de primer grado, así como sobre la determinación adoptada con fundamento en ellos, sino que lo haría sobre elementos de juicio sobrevinientes, respecto de los cuales el competente –en este caso el Magistrado de Control de Garantías– no ha tenido oportunidad de emitir una decisión.

CAPÍTULO IV

Otros aspectos procesales

1. Función de control de garantías

1.1 Variación de la tipicidad al momento de formular la imputación y al momento de proferir medida de aseguramiento por parte del magistrado de control de garantías

Extracto No. 66

M.P. DR. ALFREDO GOMEZ QUINTERO
Radicado No. 36163 - 26 de mayo de 2011

Es oportuno recordar que esta Corte ha señalado¹⁶⁷ que la formulación de imputación es un acto de parte, en la que el juez con funciones de control de garantías, debe asegurarse de que el acto de comunicación se realice de manera eficaz, pero no está llamado a improbar o aprobar la misma, ni ese resulta ser el escenario procesal en que se discuta la tipificación de los hechos. Respecto a la ritualidad del proceso penal de Justicia y Paz se ha sostenido que,

“De acuerdo con estos pronunciamientos, en los que la Corte viene fijando los alcances del proceso de Justicia y Paz, los siguientes aspectos deben quedar claros en relación con la audiencia de formulación de imputación:

1. Que la esencia de la imputación se agota en ser acto de comunicación de la Fiscalía al desmovilizado.

2. Que lo que se comunica son unos hechos jurídicamente relevantes atribuidos al desmovilizado, los cuales surgen de la inferencia razonada de que es autor o partícipe de tales conductas punibles.

3. Que el alcance semántico de la expresión “mera comunicación” no implica que se trate de una información abreviada.

¹⁶⁷ Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto, radicado 33039, 16 de diciembre de 2010.

4. *Que no es la oportunidad para realizar debates jurídicos en torno a la tipicidad, ni tampoco para que el desmovilizado acepte la imputación.*

Así las cosas, en estricto sentido, la legalidad de la audiencia no es que la imparta el magistrado de control de garantías, sino que debe ser la característica integral del cumplimiento cabal de la responsabilidad de la fiscalía y del compromiso del desmovilizado, sin los cuales, por más que el magistrado manifiesta que imparte legalidad, la formulación de la imputación estaría viciada, más que de ilegalidad, de falta de diligencia y compromiso, o de falta de honestidad y de arrepentimiento sincero, según el origen del vicio, con consecuencias trascendentales en las diversas situaciones.

Como se ve, ha explicado la Corte que el magistrado de control de garantías en la audiencia de formulación de imputación ejerce un juicio de legalidad formal, relacionado con aspectos preliminares, de obligatoria verificación, como son:

- 1. Confirmar que el gobierno certificó la postulación del desmovilizado.*
- 2. Constar en la audiencia que el imputado hizo parte de un grupo armado organizado al margen de la ley.*
- 3. Verificar la actitud sincera del desmovilizado, motivada en contribuir decisivamente a la reconciliación nacional.*
- 4. Revisar que los hechos imputados en su integridad se cometieron durante y con ocasión de la pertenencia al grupo armado ilegal, y dentro de los límites fijados por la Ley 875 de 2005 para otorgar el beneficio de la pena alternativa.*
- 5. Asegurarse que los hechos imputados fueron perpetrados antes del 25 de julio de 2005”.¹⁶⁸*

Como se evidencia el magistrado de control de garantías no está facultado para discutir el *nomen iuris* que la fiscalía ha dado a los hechos por los cuales se realiza la formulación de imputación. Situación distinta se predica de la solicitud de medida de aseguramiento en donde

¹⁶⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto, radicado 31788, 1 de julio de 2009 .

el magistrado competente, en aplicación del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, debe verificar los elementos materiales probatorios y evidencia física de donde se infiere que el imputado puede ser autor o partícipe de una conducta punible, y de manera adicional comprobar la correcta tipificación.

“De suerte que tal norma vincula al juez con funciones de control de garantías con la verificación de elementos de convicción que lo conduzcan a acreditar la tipicidad de la conducta formulada de manera fáctica en la imputación, y por supuesto, de la correcta tipificación; sin que la modificación del nomen iuris que provisionalmente postula la Fiscalía en la formulación de imputación suponga conculcación del principio acusatorio, dado que la solicitud de medida de aseguramiento no es en estricto sentido un acto propio del debate probatorio oral que caracterice el proceso acusatorio, sino la discusión sobre la limitación de un derecho del justiciable (libertad personal) propia de cualquier sistema procesal”¹⁶⁹;

La posibilidad que tiene el Magistrado con funciones de control de Garantías de variar la tipificación no puede tenerse como vulneración del principio de congruencia dado que este se predica únicamente de los hechos relevantes, los cuales deben ser concordantes en la imputación, el escrito de acusación, los alegatos de conclusión y el fallo, contrario a la denominación jurídica la cual puede variar al transcurrir el debate probatorio. Lo anterior se desprende de los artículos 448 y 443 de la Ley 906 de 2004, en donde se exige a la fiscalía una tipificación expresa tan sólo al momento de realizar los alegatos de clausura.

En conclusión, hace parte de las posibilidades del magistrado con función de control de garantías imponer medida de aseguramiento por la descripción legal que considere tipificada, aún distanciándose de la identificación típica realizada por la Fiscalía, eso sí, sin salirse de la imputación fáctica.

¹⁶⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto, radicado 33 039, 16 de diciembre de 2010.

1.2 Los magistrados de control de garantías tienen competencia para resolver las solicitudes de cancelación de títulos inmobiliarios

Extracto No. 67

M.P. DR. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Radicado No. 34415 - 30 de marzo de 2011

9. En relación con la competencia de los Magistrados con funciones de control de garantías de la Sala de Justicia y Paz para resolver sobre la cancelación de un título obtenido fraudulentamente, no obstante ser una medida definitiva, la Corte en decisión recordada por la Fiscal 17 Delegada ante la Unidad Nacional de Justicia y Paz de Medellín, expresó lo que aquí reitera:

El marco en el que debe desenvolverse la solución del problema es sin duda la equidad, y la condición transicional del proceso judicial contenido en la Ley 975 de 2005.

Esto porque el sistema de reparación diseñado en la mencionada ley suponía que cada desmovilizado aportaría uno o varios bienes a la bolsa común con la que se garantizaría el pago de la reparación integral de los delitos producidos por los grupos paramilitares, tal como se infiere de los artículos 23, 42, entre otros y que el pago de la reparación se ordenaría con cargo al Fondo Nacional de Reparación y Reconciliación.

Sin embargo, el artículo 44 ibídem al precisar el alcance de los actos de reparación, en su orden indica que la misma, “*comporta los deberes de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción.*”, de donde el de restitución es el primero de todos.

A su turno, el artículo 46 de la misma ley, al concretar el deber de restitución advierte que:

“La restitución implica la realización de los actos que propendan por la devolución a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos. Incluye el restablecimiento de la libertad, el retorno a su lugar de residencia y la devolución de sus propiedades”.

Frente a este escenario resulta razonable pensar que la reparación ordenada en la sentencia, no incluye la restitución, en situaciones como

las vividas por los desplazados, que fueron obligados a abandonar sus parcelas y en algunos casos se falsificaron documentos para facilitar la tradición, en todo caso ilegal, de bienes inmuebles a los paramilitares o sus testaferros.

Esto porque lo justo en estos casos es que desde el inicio del proceso, por el magistrado con funciones de control de garantías, se ordene la restitución, en un trámite incidental en el que se respeten o se sopesen los derechos de terceros de buena fe, se acredite que el desmovilizado confesó en su versión libre el desplazamiento y se acredite la apropiación espuria por medio de títulos fraudulentos de los bienes de los desplazados.

La justicia transicional no puede ser indiferente a la tragedia humanitaria que vive nuestro país de cuenta de los millones de desplazados que deambulan con rumbo a ninguna parte por los cinturones de miseria y mendigan en los semáforos de las grandes ciudades, invisibles de cuenta de la técnica y la inflexibilidad jurídica.

Y la forma en que la administración de justicia se puede vincular con la superación, o por lo menos con la mitigación de este drama, es facilitando la restitución de tierras en la fase temprana del proceso transicional.

El artículo 11 de la Ley 906 de 2004 llama la atención sobre los derechos de las víctimas en cuya satisfacción, más que nada en el proceso regido por la Ley 975 de 2005, se compromete al juez, advirtiendo en el literal “c”, sobre que la reparación debe ser oportuna, al señalar como derecho:

“A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código.”

Los desplazados, familias -y en muchos casos poblaciones- invisibles, trashumantes de la miseria y de la indiferencia, se merecen que se aplique en su favor los criterios moduladores de la actividad procesal, previstos en el artículo 27 de la misma Ley 906 de 2004, para que se pondere y flexibilice el alcance del artículo 23 de la Ley 975, en función de su necesidad extrema, precisamente para evitar excesos de dilación, que el paso del tiempo cuente contra ellos.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto segunda instancia, radicado No. 34740, 15 de septiembre de 2010. En el mismo sentido, Corte Suprema de

2. Terminación extraordinaria del procedimiento

2.1 Modalidades de exclusión del proceso de Justicia y Paz

Extracto No. 68

M.P. DR. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Radicado No. 34423 - 23 de agosto de 2011

Esta Corporación encuentra necesario precisar cuáles son las distintas modalidades por las cuales una persona postulada para ser beneficiaria de las ventajas punitivas de la llamada Ley de Justicia y Paz, puede ser excluida de dicho trámite, desde el supuesto de que tal normatividad tiene como objetivo principal facilitar la reincorporación a la vida civil de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional. Son ellas:

1. El archivo de las diligencias.

Este evento está consagrado en el artículo 27 de la Ley 975 de 2005, que dispone:

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

En tratándose propiamente **del archivo de la investigación**, la Sala ha precisado reiteradamente que tal orden debe ser adoptada directamente por el fiscal, cuando advierta que los hechos admitidos o no por el desmovilizado no satisfacen los elementos propios de la conducta punible,

específicamente el de la tipicidad objetiva, siempre que no se haya formulado la imputación¹⁷¹:

*“Frente al **archivo** de las diligencias se ha dicho¹⁷² que en virtud del trámite dispuesto en la Ley 975 de 2005, en consonancia con los decretos 4760 del mismo año artículo 4o. y 2898 de 2006 parágrafo del artículo 1o., es deber de la fiscalía adoptar esta decisión cuando concluya, luego de ponderar los resultados de la actuación previa y de la investigación, que no convergen los elementos objetivos del tipo penal, teniendo la posibilidad de reabirla si sobrevienen elementos de prueba o información que así lo amerite.*

Ese archivo, en caso que sea procedente, debe efectuarse antes de la audiencia de imputación, cuando el fiscal determine que los hechos admitidos o no por el desmovilizado, no pueden identificarse como delictuosos. Esta actuación del ente instructor, sin la intervención de los magistrados de Justicia y Paz, precisa de un requisito procesal consistente en que no se haya formulado imputación, y otro material, referido a que se trate de atipicidad objetiva, dentro de los términos que para ella fija la Corte Constitucional en sentencia C-575 de 2006, y las precisiones de la Corte Suprema, en su Sala Plena dentro del radicado 11-001-02-30-015-2007-0019 del 5 de julio de 2007”.

De acuerdo con su esencia, esta resolución de archivo no tiene connotación definitiva, en tanto puede ser revocada en el evento de que aparezcan nuevos fundamentos probatorios que la desvirtúen.

2. La preclusión de la investigación.

Por su parte **la preclusión de la investigación**, supone una serie de eventos dispuestos por el legislador, cuyos presupuestos corresponden ser verificados por la Sala de Justicia y Paz con Funciones de Conocimiento; institución frente a la cual esta Corporación también se ha ocupado en diferentes oportunidades, manifestando en una de ellas que¹⁷³:

¹⁷¹ Auto, radicado 31539, 31 de julio de 2009.

¹⁷² Cfr: Autos de segunda instancia: radicado No. 27873 del 27 de agosto de 2007; radicado No. 28492, 26 de octubre de 2007; y radicado No. 30998, 12 de febrero de 2009.

¹⁷³ Auto, radicado No. 31539, 31 de julio de 2009.

“Si ya se ha formulado imputación o la discusión opera en otros tópicos del delito diferentes a su tipicidad objetiva, el Fiscal debe acudir ante la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, a través del mecanismo de la preclusión”.

La preclusión se tramita bajo los mandatos contenidos en los artículos 331, 332, 333, 334 y 335 de la Ley 906 de 2004, por remisión de la Ley 975 de 2005.

Así, el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, señala que el fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos: (i) Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; (ii) existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal; (iii) inexistencia del hecho investigado; (iv) atipicidad del hecho investigado; (v) ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado; (vi) imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia; (vii) vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este código”.

La Corte se ha referido a la situación originada en la muerte del desmovilizado¹⁷⁴ para concluir que, en tanto es uno de los eventos en que la investigación no podía iniciarse o proseguirse por extinción de la acción penal, se maneja como preclusión:

“ El Código Penal en el artículo 82-1 señala que una de las causales de extinción de la acción penal es “la muerte del procesado”.*

**. Dado que la responsabilidad penal es personal e indelegable, cuando se produce la muerte de una persona a quien se atribuye la realización de uno o varios delitos, bien sea en forma individual o en coparticipación criminal, surge una circunstancia insuperable que impide al Estado ejercer la potestad jurisdiccional de perseguir al presunto delincuente, sin que para estos efectos importe que se trate de asuntos que corresponden a la justicia ordinaria o a la transicional.*

**. Ante la muerte de una persona que aparece como elegible para los efectos de la Ley de Justicia y Paz, se está ante una causal de preclusión de la investigación cuya aplicación debe ser solicitada ante los Magistrados de la jurisdicción especial, quienes están facultados para resolverla.*

¹⁷⁴ Auto, radicado No. 28492 26 de octubre de 2007.

**. Lo anterior se explica a partir de los principios que deben imperar en la actuación procesal. Resultaría absurdamente dilatorio pedir a la jurisdicción especial que excluya del trámite excepcional a una persona que ha fallecido, pues luego se tendría que acudir ante otro fiscal o juez para que proceda a decretar la preclusión de las investigaciones que se adelanten contra el interfecto”.*

Se ha dicho reiteradamente que la preclusión de la investigación tiene ejecutoria tanto formal como material y en ese orden, al hacer tránsito a cosa juzgada sólo puede ser modificada excepcionalmente por el procedimiento previsto para la acción de revisión.

3. El desistimiento de la solicitud de aplicación de la Ley de Justicia y Paz.

Si la decisión de participar del proceso de justicia y paz es voluntaria, también lo es la de mantenerse en él y de ser beneficiario de sus ventajas, de suerte que no es forzosa su permanencia, máxime cuando la voluntad en tal sentido supone, por parte del postulado, su disposición para satisfacer inicialmente los requisitos de elegibilidad y cumplir luego con las obligaciones legales, los compromisos adquiridos y las órdenes judiciales contenidas en la sentencia.

Por eso la ley exige la voluntad, desde el inicio del procedimiento hasta el último día del cumplimiento de la pena alternativa, y aún con posterioridad, de manera que tal disponibilidad es un requisito vinculado con la vocación de contribución a la paz, con el propósito de enmienda de todos los daños causados a la vida, honra, bienes, integridad, libertad sexual y personal, y tantos otros derechos de las víctimas que claman por su espacio en esta sociedad que hasta ahora se los había negado.

Como el ingreso y su permanencia es potestativo del desmovilizado, hace parte de su decisión libre el ingresar y mantenerse, y la forma como se exhibe dicha disponibilidad y lealtad con el fin de consolidar la paz, se ponen de presente en cada paso de la dinámica procesal; de suerte que de no existir, no tiene sentido mentirle al país, a la administración de justicia, pero por sobre todo a las víctimas.

El presupuesto del proceso está cifrado en la voluntad libre e inquebrantable del desmovilizado en buscar de manera sincera, amplia y generosa la paz nacional; para lo cual se han definido los alcances de su colaboración.

El artículo 2o. de la Ley de Justicia y Paz al precisar el ámbito de su aplicación, insiste en que sus destinatarios son aquellos “*que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decididamente a la reconciliación nacional*”; lo que supone que la determinación de dejar las armas sea voluntaria; así como también la de permanecer en el proceso transicional.

Así pues pudiéndose desertar, ese desistimiento puede ser manifiesto o tácito.

3.1. Desistimiento expreso

Frente a dicha posibilidad la Sala ha sido clara al señalar que resolver la solicitud del desmovilizado en tal sentido es asunto que compromete sólo a la Fiscalía General de la Nación¹⁷⁵:

“4.Dado que la solicitud de exclusión del trámite provino originalmente del postulado al renunciar al inicio de la versión libre al trámite, es claro que el competente para resolverla era y es el mismo fiscal de conformidad con lo normado por los artículos 1o. del Decreto 4417 de 2006, 19, parágrafo 1o. y 21 de la Ley 975 de 2005, a través de una orden observando los parámetros previstos en los artículos 161 y 162 del Código de Procedimiento Penal.

Bien hizo el a quo de abstenerse de resolver la solicitud de la Fiscalía por falta de competencia, porque al no surtirse la diligencia de versión libre y limitarse la misma a la renuncia que hizo el postulado al procedimiento de la Ley de Justicia y Paz, su exclusión tiene que ser dispuesta mediante decisión judicial que recae en la Fiscalía”.

3.2. Desistimiento tácito

Bien puede suceder que el desmovilizado, aún privado de la libertad, se niegue a rendir versión libre, o a asistir a las audiencias para las que sea citado, o se desinterese de forma tal que el abandono de su pretensión de favorecerse de los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, pueda inferirse de manera indubitable.

¹⁷⁵ Auto, radicado No. 31235, 4 de marzo de 2009.

De tal situación también la Sala se ha ocupado en reiteradas oportunidades, para recalcar que en esos eventos corresponde a la Sala de Justicia y Paz con Funciones de Conocimiento, verificar lo planteado por la Fiscalía; en una de las cuales indicó¹⁷⁶:

“Al respecto, como se recordó más arriba, la Sala ha considerado, y lo sigue haciendo, que cuando obra manifestación expresa del postulado para que se le excluya del procedimiento de justicia y paz, es suficiente que la fiscalía atienda tal petición y remita la actuación a la justicia ordinaria.

Esta tesis encuentra como variante que el desmovilizado, después de haberse iniciado la fase judicial del trámite, se torne renuente a comparecer al proceso a ratificar su voluntad de acogerse al proceso de justicia transicional de la Ley 975 de 2005 y a rendir la versión libre y confesión, pues en tal supuesto aun cuando francamente no ha hecho ninguna afirmación, la Fiscalía con base en las constancias procesales, deduce que desistió del trámite o, dicho de otro modo, que ahí” se presenta una manifestación tácita de exclusión”.

En tales condiciones, la conclusión de la Fiscalía tiene un fundamento subjetivo que proviene de la estimación que hace de lo que hasta ese momento obra en el proceso, el cual, por la trascendencia de la decisión que se profiera frente a los derechos del desmovilizado, que, se repite, no ha hecho ningún pronunciamiento expreso, exige que la Sala de Justicia y Paz del Tribunal verifique si procesal y objetivamente se presenta el comportamiento omisivo e injustificado del postulado a partir del cual se deduce que ha desistido de continuar en el proceso de justicia y paz.

Lo anterior en cuanto las consecuencias de la decisión de exclusión se tornan nefastas para el postulado que injustificadamente es renuente a comparecer, pues a partir de la misma tendrá que enfrentar ante la justicia ordinaria los diferentes procesos por los hechos que cometió durante su militancia en el grupo armado ilegal, sin que tenga posibilidad alguna de ser postulado nuevamente al proceso de justicia y paz”.

¹⁷⁶ Auto, radicado No. 31162, 31 de marzo de 2009, refrendado entre otros por auto de Auto, radicado No. 31181, 15 de abril de 2009.

4. La exclusión.

Es el mecanismo por medio del cual la Sala con Funciones de Conocimiento de Justicia y Paz, decide expulsar del trámite previsto en la Ley 975 de 2005 al postulado –procesado o condenado–, por incumplimiento de uno de los requisitos de elegibilidad, o por faltar a las obligaciones impuestas, bien por la ley, ora en la sentencia condenatoria.

4.1. La exclusión por incumplimiento de los requisitos de elegibilidad.

El artículo 2o. de la Ley de Justicia y Paz al precisar el ámbito de su aplicación determina que sus destinatarios son aquellos que perteneciendo a grupos armados al margen de la ley “*hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decididamente a la reconciliación nacional*”; lo que supone que tal determinación comporta una serie de decisiones y actitudes encaminadas a dejar atrás su quehacer delictivo para ingresar a la civilidad, decisiones y actitudes que implicaban el cumplimiento de una serie de exigencias vinculadas con el ayer delictual y el inicio de un futuro en la búsqueda de la reconciliación, la paz y la convivencia propios del nuevo rumbo.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2º del Decreto 3391 de 2006,

“La Ley 975 de 2005 consagra una política criminal especial de justicia restaurativa para la transición hacia el logro de una paz sostenible, mediante la cual se posibilita la desmovilización y reincorporación de los grupos armados organizados al margen la ley, el cese de la violencia ocasionada por los mismos y de sus actividades ilícitas, la no repetición de los hechos y la recuperación de la institucionalidad del Estado de derecho, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la preparación...”

Así, que la normatividad transicional supone que sus beneficiarios son tanto el Estado como las víctimas, pero también los ofensores: el Estado por cuanto se consolida como Estado de Derecho y asume el monopolio de la fuerza y se aproxima a la concreción de una paz sostenible; las víctimas por conocer la verdad de la causa de su dolor y por ser reparadas integralmente; y los victimarios ya que en su favor, el Estado renuncia a una parte de la pena ordinaria, a cambio de que los postulados se

comprometan con aquello que es exigido como requisito de elegibilidad, esto es, que suspendan su accionar armado, y en general que cambien su actitud en el futuro inmediato, a partir de su desmovilización.

La elegibilidad, entendida como la cualidad de una eventual posibilidad para ser seleccionado como beneficiario de las ventajas punitivas, o mejor dicho, de la renuncia parcial del Estado y las víctimas a la justicia plena, es una condición relacionada, tanto con la actitud, como con el tiempo.

Esto es, que la condición de elegibilidad está vinculada con dejar de hacer lo que se había venido realizando. De suerte, que para poder ejercer la opción de ser favorecido con la pena alternativa, para poder ser beneficiario de la indulgencia punitiva de la justicia transicional, se debe, no sólo expresar, sino materializar la decisión de dejar atrás el accionar violento, lo que concreta el legislador con los requisitos de elegibilidad, se insiste, referidos a lo que los desmovilizados se comprometieron a dejar de hacer.

Así pues, la materia prima con la cual se construyó la esperanza de un mejor país que subyace en la filigrana de la Ley de Justicia y Paz, es **la voluntad** de sus intervinientes, de tal forma que decidan escoger el camino de la paz en vez del sendero de la guerra; la voluntad, esa facultad intelectual en la que se concentra tanto la fuerza del querer como una motivación, esa tan importante para el devenir social que se identifica con la realización de la paz y la convivencia, presupuestos del orden, la seguridad, el progreso y la justicia.

Pero esa voluntad debe tener elementos concretos de evaluación ya que no se puede quedar en vacías declaraciones de meras intenciones, sino que requiere manifestaciones externas, expresiones concretas, tangibles y por tanto evaluables de su sinceridad.

Así, los requisitos de elegibilidad son las exigencias iniciales, inmediatas, la expresión concreta de la voluntad, a cuyo cumplimiento se condiciona el acceso a la posibilidad de beneficiarse de los significativos descuentos punitivos contenidos en la ley.

Los requisitos de elegibilidad colectiva, contenidos en el artículo 10º de la citada Ley 975 de 2005, están vinculados al fenecimiento de la

actividad delictiva, esto es, la modificación en el presente y en el futuro, de lo que ha sido su actividad criminal del pasado. Por eso se exige, como requisito de desmovilización colectiva:

“1. Que el grupo armado organizado de que se trata se haya desmovilizado y dismantelado en cumplimiento del acuerdo con el Gobierno Nacional.

2. Que se entreguen los bienes producto de la actividad ilegal¹⁷⁷.

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

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

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

6. Que se liberen a las personas secuestradas, que se hallen en su poder”.¹⁷⁸

A su turno, la desmovilización individual, según lo dispuesto por el artículo 11, trae como requisitos de elegibilidad; esto es, como actitud inicial de cada postulado que se desmoviliza en forma individual, lo siguiente:

“11.1 Que entregue información o colabore con el dismantelamiento del grupo al que pertenecía.

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

¹⁷⁷ Expresión que fue declarada exequible, mediante sentencia C-370 de 2006, “en el entendido de que también deben informar en cada caso sobre la suerte de las personas desaparecidas”.

¹⁷⁸ Este numeral fue declarado exequible mediante la sentencia C-370 de 2006, condicionado “en el entendido de que también deben informar en cada caso sobre la suerte de las personas desaparecidas”.

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

11.4. Que cese toda actividad ilícita.

11.5. Que entregue los bienes producto de la actividad ilegal¹⁷⁹, para que se repare a la víctima”.

De tal manera que, constatada la satisfacción de los requisitos de elegibilidad, el desmovilizado camina ahora el sendero del cumplimiento de las obligaciones contenidas en la ley e impuestas en la sentencia, relacionadas con la satisfacción de la verdad, la justicia y la reparación de sus víctimas.

Pero, de otra parte, una vez comprobado el incumplimiento de alguno de los requisitos de elegibilidad, el desmovilizado, no apto para trasegar el camino de la transición y de la alternatividad, al que sólo se llega después de cruzar la elegibilidad, será expulsado de la candidatura a beneficiarse del tratamiento punitivo que le otorga la ley transicional.

Dicho en otros términos, a quien incumple algún requisito de elegibilidad, se le declara inepto para recorrer el camino, por no satisfacer las exigencias previstas en la ley, que lo comprometen a despojarse de las ambiciones políticas, económicas y estratégicas que se alcanzarían a través del accionar armado, y con cesar toda actividad asociada con las aspiraciones que se construyen y renuevan a partir de su vinculación con el paramilitarismo.

La Sala ha expresado lo siguiente en ese sentido¹⁸⁰:

“a) Puede afirmar la Sala que, en términos generales, la exclusión del postulado de los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, opera cuando éste no cumple con los requisitos generales objetivos establecidos en la Ley 975 de 2005, para su vinculación al trámite especial, o cuando en curso del proceso o dentro de la ejecución de la pena alternativa dispuesta por la justicia, incumple con las obligaciones propias de su condición.

¹⁷⁹ Expresión declarada exequible por la sentencia C-370 de 2006, condicionada.

¹⁸⁰ Auto, radicado No. 30998, 12 de febrero de 2009.

A ese efecto, el artículo 10 de la Ley 975 de 2005, establece los requisitos *puntuales que ha de cumplir la persona para que pueda ser postulada por el Gobierno Nacional en aras de acceder a los beneficios allí contenidos.*

6. De no cumplirse estos, pese a que el Gobierno Nacional incluyó a la persona en la lista enviada a la Fiscalía, es obligación del funcionario acudir ante la sala de Conocimiento de Justicia y Paz, a fin de obtener la desvinculación de la persona a través del mecanismo de la exclusión.

Esa exclusión no representa pronunciamiento de fondo respecto de los delitos confesados por el postulado en su versión libre y objeto del proceso de Justicia y Paz, pues, simplemente su investigación y juzgamiento correrá eventualmente a cargo de la justicia ordinaria.

El Estado, una vez defraudado con una manifestación de voluntad que no viene acompañada de las expresiones concretas por las cuales se hubiera podido apreciar su sinceridad, no puede ser nuevamente engañado, y por eso, el desmovilizado expulsado del proceso de justicia y paz no merece volver a ser postulado como posible beneficiario de la pena alternativa, por respeto a la organización social, a los demás desmovilizados, como garantía a la proporcionalidad con los justiciables de la criminalidad ordinaria y como expresión de la majestad de la justicia que no por magnánima se le puede tomar como débil o doblegada.

4.2. La exclusión por incumplimiento de las imposiciones legales y compromisos voluntarios.

El otorgamiento de una pena benigna está condicionado a que luego de satisfacer los requisitos de elegibilidad, el desmovilizado cumpla a cabalidad las exigencias legales.

4.2.1. Deberes del desmovilizado relacionadas con la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación.

El artículo 29 de la Ley de Justicia y Paz prevé el supuesto del cumplimiento de las obligaciones a cargo del desmovilizado, determinando en su inciso segundo:

“En caso de que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en esta ley, la Sala le impondrá una pena alternativa que consiste en privación de la libertad por un período mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos”.

Por otra parte, el inciso final del artículo 24 advierte que:

“La Sala correspondiente se ocupará de evaluar el cumplimiento de los requisitos previstos en esta ley para acceder a la pena alternativa.”

A su turno, el inciso final del artículo 8° del Decreto 4760 de 2005 señala:

La Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial deberá realizar un estricto seguimiento sobre el cumplimiento de la pena alternativa, las obligaciones impuestas en la sentencia y las relativas al período de prueba. Para tal efecto, la Sala Administrativa del consejo Superior de la Judicatura, de conformidad con las atribuciones que le confiere el artículo 85 de la Ley 270/96, establecerá los mecanismos idóneos para el efecto.”

4.2.1.1. Obligaciones relacionadas con la satisfacción de la verdad.

El inicio del proceso de reconciliación se identifica con la posibilidad de conocer las razones, los hechos, los responsables, los auspiciadores, la financiación, los beneficiados, la forma, los sitios, el momento, y en general todo aquello que esclarezca la situación victimizante.

Por eso, la satisfacción de la verdad supone, entre otras actividades, el relato de lo sucedido de la manera más amplia posible, precisando hechos, responsables, tiempos, formas, razones y todo aquello que conduzca a arrojar luz sobre la confusión que provoca el dolor y la ignominia. Ello implica, entre otras cosas: a) la confesión completa y veraz de las circunstancias de tiempo, modo, cantidad, cualidad, relación y lugar en que el desmovilizado haya participado en las conductas delictivas con ocasión de su pertenencia a estos grupos, que sean anteriores a su

desmovilización¹⁸¹; b) colaborar con el esclarecimiento de los hechos y en particular ofrecer la información que se tenga para lograr el hallazgo de personas desaparecidas o secuestradas¹⁸²; c) aceptar los cargos que se le formulen con ocasión de lo confesado y de lo investigado por la Fiscalía¹⁸³; d) aceptar la responsabilidad por hechos incluidos en las investigaciones anteriores a la desmovilización¹⁸⁴; y, e) participar activamente en la reconstrucción de la memoria histórica de lo acontecido con su accionar armado¹⁸⁵.

4.2.1.2. Obligaciones referidas a la justicia.

El ejercicio del derecho a la justicia de que son titulares las víctimas implica por parte del desmovilizado, entre otras actividades: a) permanecer privado de la libertad hasta que la autoridad judicial competente lo disponga¹⁸⁶ o estar a su disposición; b) asistir a todas las audiencias a las que sea citado; c) cumplir los compromisos de comportamiento incluidos en la sentencia¹⁸⁷.

4.2.1.3. Obligaciones relacionadas con la reparación.

De acuerdo con el contenido del artículo 8 de la Ley 975 el derecho de las víctimas a la reparación *“comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas.”*

Dentro de las obligaciones referidas a la satisfacción de este derecho de las víctimas, señala el artículo 44 de la misma normatividad:

“Para tener derecho a gozar del beneficio de la libertad a prueba, el condenado deberá proveer al Fondo para la Reparación de las Víctimas los bienes destinados para tal fin; realizar satisfactoriamente los actos de reparación que le hayan impuesto; colaborar

¹⁸¹ Tal como lo indican los artículos 7o. y 17 de la ley 975 de 2005.

¹⁸² Según lo ordenado en el artículo 17 *Ibid.*

¹⁸³ En los términos de los artículos 19 y 21 de la Ley de Justicia y Paz.

¹⁸⁴ Así como lo dispone en artículo 22 de la Ley 975 de 2005.

¹⁸⁵ Según lo dispuesto en el literal “d”, del artículo 19 del Decreto 3391 de 2006.

¹⁸⁶ Como se indica en los artículos 3o. y el inciso tercero del artículo 29 de la Ley 975 de 2005.

¹⁸⁷ Artículo 24 de la Ley 975 de 2005.

con el Comité Nacional de Reparación y Reconciliación o suscribir un acuerdo con el Tribunal Superior de Distrito Judicial que asegure el cumplimiento de sus obligaciones de reparación”.

(...)

“Son actos de reparación:

- 1. La entrega al Estado de bienes para la reparación de las víctimas¹⁸⁸.*
- 2. La declaración pública que restablezca la dignidad de la víctima y de las personas vinculadas con ella.*
- 3. El reconocimiento público de haber causado daños a las víctimas, la declaración pública de arrepentimiento, la solicitud de perdón dirigida a las víctimas y a promesa de no repetir tales conductas punibles.*
- 4. La colaboración eficaz para la localización de personas secuestradas o desaparecidas y la localización de los cadáveres de las víctimas.*
- 5. La búsqueda de los desaparecidos y de los restos de personas muertas, y la ayuda para identificarlos y volverlos a inhumar según las tradiciones familiares y comunitarias”.*

En la normatividad que desarrolla la justicia transicional se encuentran además las siguientes obligaciones:

- Vincularse a proyectos productivos o programas de generación de ingresos y capacitación vocacional que posibiliten su acceso a empleos productivos¹⁸⁹.
- Participación en los programas de asistencia psicológica adecuados que faciliten su reinserción social¹⁹⁰.
- Conciliar aquello que resulte procedente en el incidente de reparación integral¹⁹¹.
- Cumplir las obligaciones relacionadas con la reparación moral y económica de las víctimas¹⁹².

¹⁸⁸ En concordancia con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 975 de 2005.

¹⁸⁹ Artículo 66 de la Ley 975 y Literal “j” del artículo 19 del Decreto 3391 de 2006.

¹⁹⁰ Inciso final del artículo 66 de la Ley 975 de 2005.

¹⁹¹ De acuerdo con lo previsto en el artículo 23 de la Ley de Justicia y Paz.

¹⁹² Como lo dispone el artículo 24 de la Ley 975 de 2005.

-Participar activamente en la reparación simbólica, lo que¹⁹³ implica la preservación de la memoria histórica (el relato de todo lo sucedido), la aceptación pública de los hechos, la solicitud pública de perdón, y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.

Ya en lo relacionado con la garantía de no repetición, es obligación del desmovilizado:

- Participar de manera activa y responsable en los procesos de reconciliación¹⁹⁴.

- Su adecuada resocialización, a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad¹⁹⁵.

- Promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció¹⁹⁶.

- Purgar la pena impuesta¹⁹⁷ en las condiciones previstas en la sentencia.

- Asistir y participar en cursos de capacitación en materia de derechos humanos, de ser impuesta esta medida en la condena correspondiente¹⁹⁸

De modo que ser beneficiario de la pena alternativa implica el cumplimiento de estas obligaciones, además de las que se incluyan en la sentencia, orientadas a satisfacer los derechos en reivindicación de quienes hasta ahora sufrieron la persecución, la amenaza, el destierro, el asesinato de sus parientes, la humillación y tantos otros execrables vejámenes.

Precisamente la disposición solícita en el cumplimiento de tales obligaciones es lo que evaluará la Sala de Justicia y Paz con Funciones de Conocimiento para determinar si el candidato reúne los requisitos para ser premiado con la pena alternativa.

¹⁹³ De acuerdo con el artículo 8 inciso 7º de la Ley 975 de 2005.

¹⁹⁴ Decreto 3391 artículo 19 literal “c”.

¹⁹⁵ Artículos 3º y 29 inciso tercero de la Ley 975 de 2005.

¹⁹⁶ Artículo 29 inciso segundo de la Ley 975 de 2005.

¹⁹⁷ Artículo 49.5 de la Ley 975 de 2005.

¹⁹⁸ Como lo prevé el artículo 49.8 de la Ley 975 de 2005.

4.3. Aspectos generales de la exclusión.

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

En referencia al **tiempo** ha de ser claro que la exclusión se puede solicitar, analizar y decidir tan pronto se evidencie la situación mediante la cual se ponga de manifiesto el incumplimiento de algún requisito de elegibilidad u obligación legal o judicial –esto es, sin que sea necesaria la previa formulación de la imputación-, tanto en el curso del proceso como en la ejecución de la sentencia, así como en el período de prueba, según lo dispuesto en el inciso final del artículo 29 de la multicitada ley.

En lo atinente a la exclusión originada en el incumplimiento de la obligación legal referida a que el desmovilizado no cometa más conductas punibles, esta Corporación tuvo la oportunidad de precisar que mientras no exista sentencia condenatoria por el nuevo delito, no procede la exclusión¹⁹⁹:

“8. Las facultades para excluir a una persona de la lista de postulados, así como ocurre con la de archivar unas diligencias o la de precluir un proceso que se tramita de acuerdo con la Ley 975, deben ser entendidas dentro del espíritu del Acto Legislativo 03 de 2002, razón por la cual resulta imperativo examinar las potestades de fiscales y Magistrados a la luz de la Ley 906 de 2004.

(...)

15. En primer lugar se ha de destacar que la paz que se pretende alcanzar con la ley en cita es aquella perturbada por el accionar de los grupos armados ilegales, de modo que el alcance de la

¹⁹⁹ Auto, radicado No. 29472, 10 de abril de 2008.

expresión «ilícita» debe entenderse en el contexto de las acciones delictivas realizadas en el pasado por los desmovilizados en tanto miembros de una organización dedicada a la ejecución de infracciones punibles de diferente naturaleza.

*Si el desmovilizado-postulado transgrede las normas que regulan el tráfico automotor, no paga sus obligaciones con el fisco, incumple contratos o perturba la convivencia porque desde su residencia se producen olores o ruidos molestos para los vecinos, no cabe duda que está realizando **actividades ilícitas**, pero las mismas al no estar vinculadas directamente al espíritu de la ley no constituyen por sí solas condición suficiente para estructurar una causal de exclusión de la Ley de Justicia y Paz.*

16. Para poder establecer si una persona realiza acciones ilícitas -se entiende delictivas- o prosigue la actividad criminal es menester acudir a la Constitución Política porque ella establece en su artículo 29 que

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable, axioma que se completa con un conjunto de disposiciones provenientes del denominado Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁰⁰, el que por mandato de la propia Carta se integran al sistema normativo nacional por vía del bloque de constitucionalidad.

17. La Corte tiene dicho desde antaño que la presunción de inocencia significa que es al Estado a quien corresponde demostrar que el procesado es el responsable del delito que se le atribuye²⁰¹, razón

²⁰⁰ Se destacan:

- Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11. *Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.*

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley 16 de 1972, artículo 8o. 2. *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.*

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley 74 de 1968, artículo 14-2. 2. *Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.*

- Convención sobre los Derechos del Niño, Ley 12 de 1991, artículo 40. 2.a. *Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.*

²⁰¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de casación de 20 de junio de 1966, Gaceta Judicial CXVI, p. 301.

por la cual solamente la culminación de un proceso podrá deducir el verdadero alcance de su responsabilidad penal o si es el caso, su ajenidad a la imputación como en los supuestos de cesación de procedimiento o resolución de preclusión de la instrucción.

Al producirse una decisión judicial definitiva desaparece toda posibilidad de vulneración pues con la declaratoria legal de responsabilidad, termina la presunción de inocencia²⁰².

Y más adelante se dijo que

La presunción de inocencia referida al proceso penal es una garantía de toda persona a no ser considerada culpable mientras no se la declara judicialmente como tal a través de sentencia definitiva²⁰³.

En este punto se resalta que la jurisprudencia de la Sala ha precisado, a los efectos propios de la teoría del delito, que

La presunción de inocencia opera en relación con todos los elementos del delito²⁰⁴.

Y el Tribunal Constitucional ha expuesto que

La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental... Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querella o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse a favor del acusado²⁰⁵.

Por ello es que existe unanimidad en la doctrina y la jurisprudencia al entender que en Colombia solamente tienen el carácter de

²⁰² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de casación, radicado No. 8740, 7 de agosto de 1994.

²⁰³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de casación, radicado No. 11378, 3 de febrero de 1998.

²⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de casación, radicado No. 15834, 26 de enero de 2001.

²⁰⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-774/01.

antecedentes judiciales las condenas penales proferidas mediante sentencias²⁰⁶, que estando en firme, es decir, ejecutoriadas –porque no admiten recursos o porque los que procedían fueron resueltos–, desvirtuaron cualquier duda y permitieron constatar con grado de certeza o verdad particular y concreta que el imputado es responsable del hecho delictivo por el cual fue investigado, de modo que hacia el futuro le aparecerá como antecedente la condena impuesta por la autoridad judicial.

18. Según la reseña precedentemente expuesta, solamente se podrá señalar a una persona como responsable de un delito cuando en contra de la misma se haya proferido una sentencia que alcanza ejecutoria formal y material, de donde se sigue que toda expresión usada por el legislador desde la cual se generen efectos por la participación de un sujeto en la ejecución de conductas delictivas, consumadas o tentadas, ha de entenderse que la consecuencia solamente se produce una vez ha sido verificada la existencia de la verdad judicial declarada en un fallo que se encuentra en firme.

19. No es posible generar consecuencias en contra de una persona presumiendo su responsabilidad penal, como sería el caso de tenerla como autor o partícipe de un hecho que apenas se indaga o investiga, sin que importe que la persona se encuentre privada de la libertad o beneficiada por alguna figura excarcelatoria o que el proceso se encuentre en etapa investigativa o de juzgamiento, pues tal proceder implicaría desconocer el postulado superior ya citado y el bloque de constitucionalidad que lo acompaña.

20. Que una persona sea requerida en extradición para que comparezca en juicio ante los tribunales de justicia del país requirente, apenas indica, desde la perspectiva de la responsabilidad criminal por la conducta punible imputada, que en caso de ser extraditada será sometida a juicio en el que se tratará de desvirtuar la presunción de inocencia que opera a su favor”.

En el mismo sentido²⁰⁷:

“7. Así sucede, igualmente, cuando ocurra que el postulado incumple sus obligaciones –a manera de ejemplo, cuando sigue delinquiendo al interior del sitio de reclusión que lo alberga– en curso

²⁰⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-087/97.

²⁰⁷ Auto, radicado No. 30998, 12 de febrero de 2009.

del trámite en cuestión y previo a la emisión del fallo que otorga la sanción alternativa.

Ahora, si ya se ha pronunciado el fallo y se ejecuta la pena alternativa, pero se demuestra, a tono con el artículo 12 del Decreto 3391 de 2006, que el favorecido incurrió en conductas delictivas, incumplió las obligaciones establecidas en la ley o el fallo para el goce del beneficio, o se demuestra, con sentencia judicial, que cometió un delito ocultado por él en la versión libre y que tenga relación directa con su pertenencia al grupo paramilitar “....se revocará la pena alternativa y en su lugar se harán efectivas las penas principales y accesorias ordinarias inicialmente determinadas...”.

La Corte encuentra oportuno llamar la atención sobre la necesidad de ponderación que debe presidir la actividad de la Sala encargada de resolver la solicitud de exclusión, en el entendido de que la fragilidad del equilibrio político obtenido con la desmovilización no puede ser el único argumento para adoptar la decisión, en la que también debe pesar, entre otros aspectos, el sentido de la justicia como valor, las expectativas de las víctimas y de la sociedad; acudiendo al margen de maniobra que le otorga el contenido del inciso segundo del artículo 29 de la citada ley, según el cual, la consideración de la gravedad de los delitos y la colaboración efectiva en su esclarecimiento, son los aspectos a tener en cuenta para la tasación de la pena alternativa, en una dosificación que va de cinco a ocho años de prisión.

2.2 La ausencia de voluntad de reparar a las víctimas puede ser motivo para solicitar la exclusión del postulado del procedimiento de la Ley 975 de 2005

Extracto No. 69

M.P. DR. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
Radicado No. 34571- 13 de diciembre de 2010

Cuando no hay lealtad en el marco del acuerdo humanitario, lo propio es tramitar la exclusión del desmovilizado del programa de justicia transicional y la entrega del caso a la justicia ordinaria, porque se revela que la intención defensiva del desmovilizado es alcanzar impunidad (relativa) y nada más.

Ciertamente que no basta con que el desmovilizado se declare responsable “*por cadenas de mando*” de crímenes cometidos por la organización, cuando en materia de reparación de víctimas devela falta de sinceridad, falta de seriedad, falta de interés de resarcir, maniobras para retardar el proceso, etc., pervirtiendo el alcance y los propósitos del proceso de paz como mecanismo para garantizar los derechos sociales a la verdad, la justicia y la reparación en el marco de un proceso penal, regido por la Ley 975/05.

Con ese modo de ver las cosas, la Corte no hace cosa diversa que re-frendar “las reglas del juego” que motivaron el acuerdo humanitario en el marco del proceso de justicia, en cumplimiento de los acuerdos de paz (artículos 10 y 11 de la ley 975)²⁰⁸.

²⁰⁸ Auto, radicado No. 31539, 31 de julio de 2009; Auto, radicado No. 30360, 8 de septiembre de 2008.

2.3 Desistimiento del postulado

Extracto No. 70

M.P. DR. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
Radicado No. 37075 - 7 de septiembre de 2011

El desistimiento, entendido como la decisión de abandonar aquello que se ha emprendido, lo cual bien puede traducirse en actos positivos que traducen el ejercicio de tal opción, o simplemente tener lugar la deserción silenciosa; no puede llenarse de exigencias en tratándose del proceso de Justicia y Paz, máxime que, como se ve, puede ser expreso, pero también tácito.

Así pues, carece de toda lógica elaborar un catálogo de exigencias de tipo formal y pretender verificar su cumplimiento, en tratándose del desistimiento de permanecer en el proceso transicional, como lo entiende la Fiscalía, precisamente, porque, se insiste, el simple abandono, puede llegar a configurarlo.

(...)

No se pierda de vista que es potestativo del desmovilizado mantenerse y retirarse del proceso transicional, y por tanto, debió tramitarse su manifestación desde el 9 de junio de 2008 cuando la hizo de manera expresa; y no esperar más de tres años para discutir si debe atenderse tal petición o proferirse preclusión por muerte del procesado.

3. Suspensión de procesos ordinarios por decisión de la Sala de Justicia y Paz

Extracto No. 71

M.P. DR. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
Radicado No. 33065 - 13 de diciembre de 2010.

Cuando se tramitan procesos en la justicia ordinaria por conductas del desmovilizado, sucedidas **durante y con ocasión de la pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley**²⁰⁹, y existe —como en este caso— la manifestación libre de aceptar esos cargos en el proceso de transición, lo pertinente es establecer las condiciones de la suspensión y posterior acumulación de las investigaciones, partiendo del presupuesto de que los procesos penales ordinarios que se tramitan ya por la Ley 600 de 2000, ora por la Ley 906 de 2004 (Sistema Penal Acusatorio), no coinciden en su estructura procesal con el trámite de la Ley 975 de 2005 que fijó el marco jurídico de la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional, en el marco de un acuerdo humanitario.

(...)

Baste con decir que a partir de la postulación del desmovilizado al trámite de Justicia y Paz, lo que de hecho implica la base para iniciar el proceso penal en la justicia de transición, **en todo momento** es susceptible de suspender un proceso ordinario (Ley 600 de 2000 – Ley 906 de 2004) donde se investiguen conductas sucedidas *durante y con ocasión de la pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley*, con la finalidad de definir a futuro si se acumula o no al proceso de justicia y paz, pues así lo establece el artículo 20 de la Ley 975 (conc. art. 22), y así lo viene reseñando la jurisprudencia:

²⁰⁹ Corte Suprema de Justicia, Auto, radicado No. 33610, 12 de mayo de 2010.

*“2.2.10. En lo atinente a la **acumulación** de procesos se ha afirmado que²¹⁰ tiene lugar una vez declarada la legalidad de la aceptación de los cargos por la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial, y que esa figura es distinta a la de la **suspensión** de los procesos que estén a cargo de otras autoridades, por conductas cometidas por el imputado durante o con ocasión de su pertenencia al grupo armado ilegal. En concreto, la suspensión es una medida de carácter provisional que compete al magistrado de control de garantías y tiene como objeto permitir a la fiscalía ahondar sobre ese vínculo a fin de poder imputarlas en la audiencia de formulación y aceptación de cargos -si no han sido admitidas por el desmovilizado en la versión libre-. La acumulación, en cambio, es definitiva y compete al funcionario de conocimiento”.²¹¹ (Destaca la Sala)*

Si en el proceso penal ordinario se cuenta con fundamento probatorio y con decisión que satisfaga de manera razonable los presupuestos de la imputación fáctica (la narración de los hechos jurídicamente relevantes) que permitan inferir la imputación jurídica (provisional, pues aún faltan controles a la imputación por parte de la Sala de Justicia y Paz) y fundamentar la atribución subjetiva de esos hechos al desmovilizado, habrá que predicar entonces que tal acto de imputación del proceso ordinario (L. 600 / L. 906) corresponde con el momento procesal de la audiencia de formulación de imputación en Justicia y Paz ante el magistrado de control de garantías²¹² quien dispondrá válidamente la **suspensión** del proceso ordinario.

La audiencia de formulación de imputación se contrae a que, tanto la fiscalía como el magistrado de control de garantías verifiquen las condiciones jurídicas y procesales de la aceptación por parte del desmovilizado de los cargos (hechos jurídicamente relevantes) que surjan del acto de imputación que viene materializado en el proceso penal ante la justicia ordinaria, y lo pertinente entonces es que el juez que funge como control de garantías en Justicia y Paz –una vez

²¹⁰ Cfr: Auto de segunda instancia, radicado No. 28250, 25 de septiembre de 2007.

²¹¹ Corte Suprema de Justicia, Auto de segunda instancia, radicado No. 31539, 31 julio de 2009; Auto de segunda instancia, radicado No. 28250, 25 de septiembre de 2007.

²¹² “...el juicio de legalidad material que le corresponde al magistrado de control de garantías en la audiencia de imputación, está circunscrito a los motivos fundados que propician la inferencia razonable de la probable autoría o participación del procesado en los hechos a él atribuidos. Esto es que está circunscrita su intervención en este punto, a la revisión del fundamento argumentativo de la imputación”. Auto, radicado No. 31788, 01 de julio de 2009.

verifique las condiciones legítimas de la imputación y aceptación por parte del desmovilizado— disponga la suspensión de la investigación del trámite ordinario. (...) Por ello, leído el asunto en clave de justicia de transición, no encuentra la Sala dificultad alguna en que se provea la suspensión del proceso —penal ordinario— en el expediente de Justicia y Paz, donde se asumirá el juzgamiento de la totalidad de conductas cuya responsabilidad acepta el desmovilizado, para que se continúe la investigación y juzgamiento bajo el trámite de la ley 975 de 2005.

2.3. Ahora bien, como la promoción de la acción penal en Justicia y Paz es de cargo de la fiscalía (artículo 251 de la C. Pol., modificado por el Acto Legislativo número 03 de 2002), resulta evidente que es al fiscal a quien corresponde definir la manera como enfrentará los demás hechos delictivos por imputar, teniendo en cuenta que las imputaciones parciales permiten agilidad a la investigación y al juzgamiento, y que sin obstáculo alguno ofrecen una visión general y conjunta de los hechos que se investigan.²¹³

En suma, aunque el fiscal de Justicia y Paz se encuentre recibiendo versión libre al desmovilizado y aún no tenga fundamento probatorio suficiente para solicitar audiencia de formulación de imputación *en su investigación*, *ello no obsta* para que, con fundamento en las conductas que se investigan, o en las medidas que se adopten por la fiscalía en el proceso ordinario (definición de situación jurídica —acusación) formule imputación o formule cargos ante el Magistrado de Control de Garantías según el estadio más o menos avanzado del proceso ordinario.

Esas posibilidades de audiencia de formulación de imputación o audiencia de formulación de cargos (con fundamento en las pruebas del proceso ordinario) le permiten al fiscal solicitar y al magistrado de control de garantías disponer que se suspenda el proceso ordinario, siempre y cuando aquél trate de conductas cometidas *durante y con ocasión de la pertenencia al grupo*, fundamento de legitimidad de las medidas que se adoptan en Justicia y Paz.

De suerte que si el interés del desmovilizado es que se acumulen aquellas conductas al proceso de Justicia y Paz, simple y llanamente, tanto el Fiscal como el Magistrado de Control de Garantías verificarán que los hechos del proceso ordinario sí prestan mérito para

²¹³ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Auto de segunda instancia, radicado No. 30775, 18 de febrero de 2009.

adoptar la medida de aseguramiento, solicitar y disponer la suspensión del proceso ordinario. En la práctica, ello implica conjurar el desgaste de adelantar investigaciones penales paralelas (una ante la justicia ordinaria y otra ante el sistema de transición) por hechos sucedidos durante y con ocasión de la pertenencia al grupo ilegal que por virtud del proceso de paz, corresponden a la jurisdicción especializada y no a la ordinaria.

Si en Justicia y Paz el desmovilizado se encuentra rindiendo versión libre, es procedente pedir la suspensión del proceso ordinario para que se remitan las diligencias a la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía, con el argumento suficiente de que uno y otro proceso se adelantan... “*por conductas cometidas durante y con ocasión de la pertenencia al grupo ilegal*”.

Ergo, será del resorte de la fiscalía **encarar metodológicamente** la formulación de imputación y las demás audiencias del proceso, con el fin de igualar en la medida de lo posible la acusación en audiencia de verificación de la aceptación de cargos, o control de legalidad formal y material de los cargos ante la Sala de Justicia y Paz, para que el proceso penal avance de manera coordinada; sin perjuicio *—claro está—* de la posibilidad de obtener sentencias parciales cuando no sea posible igualar en la audiencia de control de legalidad los múltiples cargos contra el desmovilizado”.

(...)

La *suspensión* del proceso en la justicia ordinaria no implica en manera alguna que la actuación legítima que allí se surtió tenga que repetirse, simplemente al traer las diligencias (legalmente aducidas y adoptadas) al proceso de justicia transicional éste las adopta como suyas²¹⁴, y lo

²¹⁴ “...resulta oportuno, en ese sentido, de conformidad con la figura de complementariedad o de integración prevista en el artículo 62 de la Ley de Justicia y Paz, acudir a las reglas del Código de Procedimiento Penal, en particular a lo previsto en los artículos 306 a 320 de la Ley 906 de 2004.

Pues bien, la actual normatividad en cuanto a los requisitos para imponer la detención preventiva como medida restrictiva del derecho a la libertad, se ciñe a las directrices sentadas por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-774 del 25 de julio 2001, en cuanto a que para su imposición no basta con la concurrencia de los requisitos formales y sustanciales establecidos en la ley, sino que también debe emanar su necesidad en orden a evitar que el imputado obstruya el ejercicio de la justicia, constituya peligro para la sociedad o la víctima o para conjurar el riesgo de que no comparezca al proceso o no cumpla la sentencia, como así lo recoge el

pertinente es que la fiscalía adscrita a Justicia y Paz continúe con la formulación de imputación por las demás conductas de las que tiene

artículo 308 de la Ley 906 de 2004. Sobre el particular, en el aludido fallo de constitucionalidad, se consignó:

“Para que proceda la detención preventiva no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma. los criterios legales de procedencia y de señalamiento de los fines de la detención preventiva, deben concurrir con los mandatos constitucionales, y podrían ser objeto de juicio de constitucionalidad cuando no se ajusten a los postulados de la Carta fundamental. Si la detención se ordena sin considerar los principios y valores que inspiran la Constitución, y en particular, las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma, en su apreciación en el caso concreto, el presunto infractor de la ley penal, su defensor o el Ministerio Público pueden solicitar el control de legalidad de la medida adoptada, o hacer uso de los mecanismos constitucionalmente previstos para la defensa de los derechos fundamentales, toda vez que de ello, resultaría una violación de los derechos constitucionales a la libertad personal y a la presunción de inocencia y se presentaría, además, una violación del debido proceso, si se establece que la ley se ha aplicado en un sentido excluido como inconstitucional por la Corte”.

Lo anterior, como también lo explica el máximo Tribunal Constitucional, porque la restricción al derecho a la libertad es de carácter excepcional, conforme se precisó recientemente en la sentencia C-318 de 19 de abril de 2008, al señalar:

“...la determinación sobre las medidas de aseguramiento, los requisitos y los supuestos en que ellas resultan procedentes, así como las condiciones para su cumplimiento, son decisiones que involucran consideraciones de política criminal, de conveniencia y de oportunidad que caen bajo la órbita de competencia legislativa. Sin embargo, no se trata de una potestad absoluta sino que ella encuentra su límite en los fines constitucionales y en los derechos fundamentales, y debe estar guiada por los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Los criterios puramente objetivos resultan insuficientes para justificar la razonabilidad de la prohibición de una medida sustitutiva a la privación de la libertad en establecimiento carcelario”.

(subrayas fuera de texto).

Es decir que cuando el funcionario judicial afronta el diagnóstico de establecer si es viable la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, debe acometer una evaluación compleja que no sólo comprende presupuestos formales y sustanciales sino también en torno a su necesidad.

Por consiguiente, en primer lugar se verá compelido a analizar si se cumplen los condicionamientos previstos en la ley para decretar la medida de aseguramiento en sentido general, ya sean privativas o no de la libertad (artículo 307 de la Ley 906 de 2004), contemplados en el artículo 308 *ibídem*.

Dichos presupuestos se proyectan en un doble sentido: por una parte, según el inciso primero de esta preceptiva, determinar si de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente se puede inferir razonablemente que el imputado es probable autor o partícipe

conocimiento y ha instruido, hasta que lleve a término la formulación de cargos y su aceptación por parte del desmovilizado, previo control de legalidad formal y material por parte de la Sala del Conocimiento del Tribunal de Justicia y Paz, para dar paso al incidente de reparación a víctimas.

Es en tal sentido como deben interpretarse los artículos 22 de la Ley 975 de 2005 y 11 del Decreto 3391 de 2006.

de la conducta delictiva investigada. Por otra, auscultar sobre su necesidad en los términos anteriormente expuestos, esto es, conforme a los fines inherentes a tales medidas contenidos en los tres numerales de la misma norma.

En segundo lugar, y sólo cuando ha superado el análisis anterior, el funcionario ha de establecer la procedencia de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, circunscrita a los casos específicos previstos en el artículo 313 *ejusdem*, adicionado por el 26 de la Ley 1142 de 2007, a saber:

- “1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.
3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
4. Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso del año anterior, contado a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente”. Corte Suprema de Justicia, Auto de segunda instancia del 9 de febrero de 2009, rad. núm. 30942; ib. Auto de segunda instancia, radicado No. 31539 del 31 de julio de 2009.

4. Normatividad que debe aplicarse para resolver sobre la solicitud de cancelación de registros obtenidos fraudulentamente

Extracto No. 72

M.P. DR. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
Radicado No. 35185 - 8 de junio de 2011

En orden a definir cuál es la normatividad que debe aplicarse para resolver sobre la solicitud de cancelación de registros obtenidos fraudulentamente, debe destacarse que el artículo 62 de la Ley 975 de 2005, señala que *“Para todo lo no dispuesto en la presente ley se aplicará la Ley 782 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal”*.

Al definir el alcance de esa norma, la Sala se pronunció por Auto del 26 de octubre de 2007²¹⁵, indicando que por regla general se aplicaría la Ley 600 de 2000 para los casos que tuvieron ocurrencia antes del 1 de enero de 2005, y la Ley 906 de 2004, en los eventos que acaecieron a partir de esa fecha.

“2. La Ley de Justicia y Paz es un estatuto especial de transición en el que también imperan las disposiciones del Acto Legislativo 03 de 2002²¹⁶, tal como lo señaló la Sala en oportunidad anterior²¹⁷.

3. La ley “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley”, como ocurre con todos los estatutos especiales, contiene una disposición de “complementariedad” o remisión normativa de acuerdo con la cual “para todo lo no dispuesto (en ella)... se aplicará la Ley 782 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal” (artículo 62).

²¹⁵ Radicado No. 28492

²¹⁶ La citada reforma constitucional está vigente desde su publicación en el *Diario Oficial* No. 45.040, del 19 de diciembre de 2002.

²¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de segunda instancia, radicado No. 2694511, julio de 2007.

4. La citada remisión al “Código de Procedimiento Penal” resulta confusa pues para la fecha de expedición de la Ley 975 de 2005²¹⁸, en el territorio nacional estaban vigentes dos estatutos procesales diferentes, el más antiguo con tendencia mixta (Ley 600 de 2004) y el más reciente acorde con la sistemática acusatoria (Ley 906 de 2004), situación que impone la tarea de dilucidar cuál de dichos códigos es al que se hace referencia en el artículo citado.

5. Para cumplir tal cometido primero hay que advertir que la mayoría de delitos atribuibles a los desmovilizados pertenecientes a los grupos paramilitares ocurrieron en vigencia de la Ley 600 de 2000²¹⁹, y en los precisos términos del artículo 533 de la Ley 906 de 2004, la nueva normatividad solamente será aplicable a los delitos cometidos por los miembros de tal organización ilegal de acuerdo con las reglas de gradualidad²²⁰, de donde se sigue que inicialmente la remisión se debe hacer al estatuto procesal de 2000, pero por la filosofía y acato que se debe tener respecto del Acto Legislativo 03 de 2002, unido a la similitud de algunas instituciones de la nueva codificación procesal de 2004 con las consagradas en la ley de transición, también resulta imperativo examinar las nuevas instituciones.

6. Además de lo anterior no se debe desconocer que en situaciones de sucesión o coexistencia de leyes ha de ser tenido en cuenta el principio de favorabilidad.²²¹

6. En estas condiciones, si se trata de un asunto ocurrido en época anterior al 1o. de enero de 2005, la regla general para efectos de la remisión normativa será la de acudir a la Ley 600 de 2000, salvo que se trate de instituciones que solamente pueden tener **identidad** con las consagradas en la Ley 906 de 2004, caso en el cual la integración normativa se debe hacer con el estatuto procesal de estirpe acusatoria”.

²¹⁸ Fue publicada en el *Diario Oficial* No. 45.980, del 25 de julio de 2005.

²¹⁹ En el caso del concierto para delinquir es posible que por su carácter permanente en algunos casos se pueda establecer que la asociación criminal se proyectó hasta los días en que empezó a regir la Ley 906 de 2004.

²²⁰ Sobre el proceso de implantación del sistema acusatorio previsto en la Ley 906 de 2004, su gradualidad, el aumento de penas consagrado en la Ley 890 de 2004 y el principio de favorabilidad, véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de colisión de competencia, radicado No. 23312, 7 de abril de 2005.

²²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicados 19215, 21347, 23567, 23880, 24020, 24282, 24588, 25021, 25300, 25605, 26071 y 26306, entre otras y Corte Constitucional, Sentencias 1092/03, C-592/05 y C-801/05.

Extracto No. 73

M.P. DR. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Radicado No. 35185 - 8 de junio de 2011

(...) Es notorio además que en este caso debe dársele aplicación a la aludida disposición (Art. 66 Ley 600/00), no sólo porque los hechos ocurrieron en vigencia de la codificación que la contiene, sino por favorabilidad, en consideración a que son más estrictas las exigencias previstas en el artículo 101 de la Ley 906 de 2004.

En efecto, mientras la primera norma permite la cancelación de los títulos “*En cualquier estado de la actuación...*” siempre que “*...aparezcan demostrados los elementos objetivos del tipo penal...*”, la otra sólo autoriza la suspensión provisional del poder dispositivo antes de que se formule la acusación y la cancelación de los títulos y registros en la sentencia, siempre que “*...exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que originaron la anterior medida*”, es decir, con respecto a la existencia de los “*...motivos fundados para inferir que el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente*”.

5. Cancelación de registros obtenidos fraudulentamente

Extracto No. 74

M.P. DR. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
Radicado No. 35185 - 8 de junio de 2011

La “*Cancelación de registros obtenidos fraudulentamente*” es una medida prevista en el artículo 66 de la Ley 600 de 2000, que posibilita su adopción, “...cuando aparezcan demostrados los elementos objetivos del tipo penal que dio lugar a la obtención de títulos de propiedad (...) sobre bienes sujetos a registro...” y siempre que se garanticen los derechos de los terceros de buena fe.

Tal disposición obliga especialmente a demostrar la tipicidad de la conducta a través de sus elementos objetivos, sin que pueda calificarse esa exigencia de exagerada o de obstáculo para los derechos cuyo reconocimiento reclaman las víctimas, precisamente, porque conforme se señaló al estudiar la constitucionalidad del artículo 101 de la Ley 906 de 2004, tal previsión resulta lógica en orden a proteger los derechos de los terceros de buena fe, segundo requisito que debe concurrir en la aplicación de esta figura.

Incluso, la Corte Constitucional en esa oportunidad hizo un estudio de las disposiciones que últimamente han regulado el tema²²² y se refirió a los requisitos que deben cumplirse en cada caso, considerando ajustados a la constitución, aquellos que consagra el artículo 66 de la Ley 600 de 2000:

“La primera de estas disposiciones establecía en relación con el tema:

²²² Artículo 61 del Decreto 2700 de 1991; artículo 66 de la Ley 600 de 2000; y, artículo 101 de la Ley 906 de 2004

Artículo 61. Cancelación de registros obtenidos fraudulentamente. En cualquier momento del proceso en que aparezca demostrada la tipicidad del hecho punible que dio lugar a la obtención de títulos de propiedad sobre bienes sujetos a registro, el funcionario que esté conociendo el asunto ordenará la cancelación de los títulos y del registro respectivo.

La norma de la Ley 600 de 2000 (todavía rigiendo para lo instituido según los artículos 533 y 530 de la Ley 906 de 2004), es de este tenor:

Artículo 66. En cualquier momento de la actuación, cuando aparezcan demostrados los elementos objetivos del tipo penal que dio lugar a la obtención de títulos de propiedad o de gravámenes sobre bienes sujetos a registro, el funcionario que esté conociendo el asunto ordenará la cancelación de los títulos y registros respectivos.

Por su parte, recuérdese que la disposición aquí demandada (fragmento del 2º inciso del artículo 101 de la Ley 906 de 2004), estatuye:

En la sentencia condenatoria se ordenará la cancelación de los títulos y registros respectivos cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que originaron la anterior medida.

La comparación de las tres normas transcritas evidencia que tienen en común la exigencia de que se haya acreditado la tipicidad del delito de que se trata, requerimiento que resulta lógico en la medida en que de esta manera la administración de justicia actúa sobre bases firmes, sin alterar, antes de contar con muy sólido sustento, los derechos de terceros de buena fe a cuyo nombre pudiera encontrarse el título que es objeto de cancelación.

En efecto, que previamente tenga que acreditarse la cabal demostración de la tipicidad —elementos objetivos del tipo—, preserva la presunción de buena fe hasta el momento en que quede plenamente desvirtuada, o que se imponga el derecho genuino por encima de los que se edificaron sobre bases espurias.

Posiblemente en esta misma línea, la norma más recientemente expedida agregó al “convencimiento más allá de toda duda razonable” la circunstancia de que esta decisión sólo podría adoptarse “en la sentencia condenatoria”.

Pero este cambio normativo implica un inconstitucional retroceso en la protección de los auténticos titulares del derecho, que ha de ser restablecido por mandato de un principio rector del mismo Código de Procedimiento Penal (art. 22 L. 906 de 2004), el cual debe prevalecer y aplicarse obligatoriamente sobre cualquier otra disposición de tal Código (art. 26 ib.), “para hacer cesar los efectos producidos por el delito” y procurar que “las cosas vuelvan al estado anterior” a la perpetración criminosa, de modo que, si ello fuere posible, quede como si no se hubiere atentado contra el respectivo bien jurídico, lo cual debe realizarse “independientemente de la responsabilidad penal”.²²³ (Negrilla y subrayado no original).

La tesis que viene de transcribirse, además reafirma lo que la Sala había expuesto en párrafos precedentes en materia de favorabilidad, al ocuparse del trámite que debía seguirse en los casos de cancelación de títulos fraudulentamente obtenidos.

Ahora bien, no basta entonces con elevar la petición. Es indispensable –se itera– demostrar los elementos objetivos del tipo penal que dio lugar a la obtención de títulos de propiedad sobre los bienes sujetos a registro.

(...)

Conforme lo señaló ya esta Corporación, desde los albores mismos del proceso es factible atender a los requerimientos de restitución de la víctima, en los procesos de Justicia y paz. Pero, precisamente por virtud de la naturaleza y efectos de una medida de tanta envergadura como lo es la cancelación de registros y consecuente entrega del inmueble, es necesario cumplir unos mínimos probatorios que, para el caso, atienden a estimar inconcusa la condición de víctima de la persona en favor de la cual se verifica ella y, más importante aún, determinar que efectivamente el bien fue objeto de despojo o apropiación indebidos.

Ello, desde luego, puede fluir incontrovertible desde el inicio mismo del trámite de justicia y paz, en cuyo caso nada obsta para que la medida se tome de inmediato, ante la seguridad de que, de un lado, se está restableciendo un legítimo derecho y, del otro, los derechos de terceros de

²²³ Corte Constitucional. Sentencia C-060, 30 de enero de 2008.

buena fe son insuficientes para controvertir esa necesidad de volver las cosas al estado anterior al delito.

Sin embargo, si ese conocimiento fundamental no ha sido allegado, o existe duda racional acerca de las circunstancias en que operó la transmisión del inmueble, al punto de considerarse posible que fuera fruto de una negociación lícita, como aquí sucede, será necesario adelantar el proceso de justicia y paz a fin de depurar probatoriamente el tema, para que, finalmente, se decida si hubo o no delito en la transacción y, consecuentemente, si se hace necesario o no restablecer derechos.

6. Medidas cautelares

6.1 Medidas cautelares reales

6.1.1 Posibilidad de ordenar medidas cautelares sobre bienes que aparecen titulados a nombre de terceros

Extracto No. 75

M.P. DR. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
Radicado No. 34571 - 13 de diciembre de 2010

Es claro que el ofrecimiento de bienes, ora la delación de los mismos (presentación, señalización) por parte de los interesados, los representantes de víctimas, por la Fiscalía o por el Ministerio Público es... *“prueba sumaria de los actos de dominio y posesión”*²²⁴ que el desmovilizado ejerce sobre los inmuebles relacionados en el proceso, y por ello no es relevante que... *“aparezcan documentalmente como de propiedad de otras personas*²²⁵”, es decir, que las medidas cautelares que se adopten sobre ellos es legítima, sin perjuicio de que se demuestre en el proceso el mejor derecho del tercero²²⁶.

²²⁴ Corte Suprema de Justicia, Auto, radicado No. 30360, 8 de septiembre de 2008.

²²⁵ Caso en el cual la Fiscalía General de la Nación tiene la obligación de determinar la responsabilidad penal que (por delitos tales como testaferrato, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, falsedad documental, etc.) pueda recaer en tales personas.

²²⁶ La prueba sumaria es aquella que reúne las características de plena prueba, que aún no ha sido controvertida.

6.1.2 Imposición y levantamiento de medida cautelar: la decisión debe adoptarse en el proceso adelantado contra el postulado con independencia de la ubicación del bien²²⁷

Extracto No. 76

MP. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Radicado No. 36653 - 13 de junio de 2011

Si bien el incidente es un trámite similar al proceso en la medida que se inicia con una petición, se recaudan pruebas y se emite una decisión, siempre está ligado a otra actuación, de la que se deriva. En esa medida, no es independiente del proceso del cual surge, aún si resuelve asuntos de gran influencia en la controversia planteada.

²²⁷ Sobre el mismo tema se ha pronunciado la Sala de Casación Penal en el Auto, radicado No. 36583, 7 de julio de 2011 (M.P. María del Rosario González de Lemos).

6.2 Medidas cautelares personales

6.2.1 La detención preventiva en el proceso de la Ley 975 de 2005 tiene características y objetivos distintos a los previstos en el proceso ordinario

Extracto No. 77

M.P. DR. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
Radicado No. 34606 - 9 de diciembre de 2010

Los objetivos de la medida de aseguramiento previstos en el Código de Procedimiento Penal no tienen el mismo alcance y dimensión en el proceso transicional previsto por la Ley 975 de 2005:

1. En referencia a la forma en que unos y otros llegan a ser procesados judicialmente. Es sabido que la Fiscalía General de la Nación en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, en especial en relación con la que le otorga la titularidad del ejercicio de la acción penal, dispone cuándo una persona debe responder de una o varias conductas punibles y en tal caso inicia la investigación y gestiona la privación de la libertad –en los eventos en que siendo procedente se acredite la necesidad de tal determinación– en tratándose del procedimiento ordinario; en cambio en el proceso transicional, los desmovilizados voluntariamente han acudido ante la administración de justicia a solicitar su indulgencia a cambio del cumplimiento de una serie de exigencias, algunas de las cuales deben satisfacer, precisamente durante el período de detención preventiva, en todo caso, camino a la concesión de una pena alternativa.

(...)

2. *En relación con su naturaleza jurídica. La privación de la libertad es excepcional en el proceso ordinario, y sólo se justifica si responde a alguno de los objetivos declarados por la ley, mientras que en el proceso transicional no solo es la única medida aplicable y se impone en todos los casos por disposición legal, sino que ciertamente dicha privación de la libertad es una anticipación de la pena que inexorablemente se impondrá en dicho proceso, a menos que el desmovilizado sea expulsado del procedimiento por el incumplimiento de alguno de los compromisos asumidos por él o*

de las obligaciones impuestas por la ley para hacerse merecedor de la pena alternativa.

Esta conclusión surge clara del inciso tercero del artículo 29 de la Ley en mención, dado que allí se advierte que la resocialización, mediante trabajo, estudio o enseñanza, es un compromiso del desmovilizado durante todo el tiempo que permanezca privado de su libertad; lo cual difiere sustancialmente con lo dispuesto para el proceso ordinario, en el que es incuestionable que los objetivos de la pena –siendo el principal de todos en el Estado social y democrático de derecho, el de la resocialización–, se cumplen en la ejecución, y no hacen parte de la justificación de la privación preventiva de la libertad.

(...)

3. En su dimensión cronológica. En el proceso ordinario la privación de la libertad es eminentemente cautelar, en todo caso temporal, en tanto se define la situación del procesado por medio de una absolución o condena, o mediante una preclusión de la investigación. De suerte que la privación física de la libertad del procesado, que le es inherente, tiene unos límites máximos cuyo vencimiento supone el nacimiento de la expectativa liberatoria. En cambio, en el proceso previsto en la Ley 975 de 2005 la detención preventiva es el inicio de la pena que inexorablemente será impuesta, a partir de lo confesado por el propio desmovilizado; lo cual se evidencia, no sólo en que en tal legislación no se previeron causales de libertad provisional, sino que en dicha ley en el Capítulo VI dedicado al “*Régimen de la privación de la libertad*” nada se dice del cómputo de la detención y en cambio en el artículo 30 se menciona el establecimiento de reclusión donde “*debe cumplirse la pena*”; y en el derogado artículo 31 se indicaba que el tiempo que los desmovilizados permanecieran en la zona de concentración, se computaría “*como tiempo de ejecución de la pena alternativa, sin que pueda exceder de dieciocho (18) meses*”.

Así que el legislador previó desde el principio que la detención preventiva tenía como único objetivo descontar la pena que se impondría al finalizar el proceso regulado por la Ley de Justicia y Paz.

(...)

Mientras en el proceso ordinario el Estado se asegura por medio de la detención preventiva de que el procesado no va a poner en peligro la

comunidad o la prueba, o que va a comparecer al proceso o a someterse a la ejecución de la pena que eventualmente se imponga; en el proceso transicional quien debe asegurar que va a cumplir con las obligaciones que le impuso la Ley 975 de 2005 es el propio desmovilizado, él directamente con su actuar, so pena de ser expulsado o excluido del trámite por medio del cual podría terminar con una pena alternativa altamente indulgente en comparación con la que efectivamente le correspondería en la dimensión del proceso ordinario.

(...)

En efecto, la detención preventiva en el proceso reglado por la Ley 975 de 2005 es, ante todo, el espacio en el cual el Estado protege la integridad física del desmovilizado para que no sea presa de la venganza privada; pero además, es el escenario en el que se le permite que cumpla con las obligaciones previstas en la ley a la que se acogió; y por eso el análisis de la detención preventiva en el escenario de la Ley de Justicia y Paz no puede hacerse bajo mismos parámetros del proceso ordinario, porque, como se puede apreciar, tienen teleologías diferentes y sirven a propósitos también disímiles.

6.2.2 Detención preventiva: el tiempo de privación de la libertad del postulado debe computarse al momento de definirse la pena

Extracto No. 78

M.P. DR. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
Radicado No. 34606 - 9 de diciembre de 2010

En el proceso previsto en la Ley 975 de 2005 la detención preventiva es el inicio de la pena que inexorablemente será impuesta, a partir de lo confesado por el propio desmovilizado; lo cual se evidencia, no sólo en que en tal legislación no se previeron causales de libertad provisional, sino que en dicha ley en el Capítulo VI dedicado al “*Régimen de la privación de la libertad*” nada se dice del cómputo de la detención y en cambio en el artículo 30 se menciona el establecimiento de reclusión donde “*debe cumplirse la pena*”; y en el derogado artículo 31 se indicaba que el tiempo que los desmovilizados permanecieran en la zona de concentración, se computaría “*como tiempo de ejecución de la pena alternativa, sin que pueda exceder de dieciocho (18) meses.*”

Así que el legislador previó desde el principio que la detención preventiva tenía como único objetivo descontar la pena que se impondría al finalizar el proceso regulado por la Ley de Justicia y Paz.

6.3 Facultad de ordenar una comisión para garantizar la realización de una medida cautelar. Posibilidad de comisionar funcionarios de la Fiscalía General de la Nación

Extracto No. 79

M.P. DR. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Radicado No. 35582 - 2 de febrero de 2011

2.1.1. El principio de complementariedad señalado en el artículo 62 de la Ley 975 de 2000 prescribe que para todos los asuntos no dispuestos en la norma se aplicará la Ley 782 de 2002 (reguladora de los acuerdos con los grupos armados al margen de la ley), así como “*el Código de Procedimiento Penal*”²²⁸.

Dado que en la actualidad coexisten dos ordenamientos procesales penales, la Sala ha señalado al respecto lo siguiente:

“(…) si se trata de un asunto ocurrido en época anterior al 1° de enero de 2005, la regla general para efectos de la remisión normativa será la de acudir a la Ley 600 de 2000, salvo que se trate de instituciones que solamente pueden tener identidad con las consagradas en la Ley 906 de 2004, caso en el cual la integración normativa se debe hacer con el estatuto procesal de stirpe acusatoria”.²²⁹

La figura de la comisión se halla prevista en el artículo 84 de la Ley 600 de 2000, sin que encuentre parangón alguno en el Código de Procedimiento Penal del sistema acusatorio, que incluso en su norma rectora del artículo 16 le impone al juez de conocimiento, debido a la relevancia del principio de inmediación, la prohibición absoluta de comisionar para la práctica de pruebas.

²²⁸ Por su parte, el artículo 2 del Decreto 4760 de 30 de diciembre de 2005, reglamentario de la Ley de Justicia y Paz, consagra que en lo no previsto de manera específica por dicho estatuto “*se aplicarán las normas de procedimiento penal contenidas en la Ley 906 de 2004 y, en lo compatible con la estructura del proceso regulado por aquélla, lo dispuesto en la Ley 600 de 2000, así como la Ley 793 de 2002 [o Ley de Extinción de Dominio] y las normas civiles en lo que corresponda*”.

²²⁹ Auto, radicado No. 28492, 26 de octubre de 2010.

Adicionalmente, son de tener en cuenta los artículos 31 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en la medida en que contemplan aspectos no regulados en ninguno de los estatutos penales, y a éstos es posible acudir en virtud del principio de remisión, o de integración normativa, de que trata el artículo 23 de la Ley 600 de 2000 y el artículo 25 de la Ley 906 de 2004.

La comisión, de acuerdo con las citadas disposiciones, es aquel acto judicial en el que un funcionario le otorga facultades a otro para la práctica de una prueba o determinada diligencia cuando éstas deban surtirse por fuera de la sede del primero, de modo que el segundo, o comisionado, tendrá las mismas potestades del comitente en relación con lo que se le delegue, siempre y cuando tenga competencia para adelantarlas, tanto desde el punto de vista territorial como funcional.

En el presente asunto, la Magistrada de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla tenía el deber de garantizar el cumplimiento de la medida cautelar por ella decretada, consistente en la devolución provisional y material de unos predios situados por fuera de su jurisdicción, a favor de los derechos de quienes habían sido víctimas de las acciones delictivas de grupos armados ilegales.

Por consiguiente, el mecanismo idóneo para asegurar la efectividad de dicha medida no era otro que el de comisionar para la entrega de los inmuebles a una autoridad idónea para adelantar la diligencia, en este caso, a la Fiscalía, cuyos delegados tienen competencia para decretar medidas cautelares en todo el territorio nacional, según lo previsto en los artículos 60 y 82 de la Ley 600 de 2000.

2.1.2. En lo que atañe a la posibilidad de facultar a delegados de la Fiscalía para garantizar la realización de lo ordenado en audiencia, de una lectura aislada del inciso 3o. del artículo 84 del Código de Procedimiento Penal del sistema mixto²³⁰ podría derivarse que los tribunales de distrito y otros funcionarios judiciales sólo estarían autorizados para comisionar, por fuera de su sede, a cualquier autoridad que sea de idéntica o inferior categoría a la del comitente.

²³⁰ Los tribunales de distrito judicial y otros funcionarios judiciales podrán comisionar fuera de su sede a cualquier autoridad judicial del país de igual o inferior categoría”.

No obstante, el inciso 4o. *ibídem*²³¹ les permite a los jueces comisionar durante la fase de juzgamiento a servidores de la Fiscalía, siempre que estos últimos de ninguna manera hayan participado durante la instrucción o la formulación de la acusación.

Así mismo, el inciso 5o. siguiente²³² consagra que los fiscales podrán comisionar para la práctica de una prueba o diligencia a cualquier funcionario judicial, a menos de que se trate de uno adscrito a un cuerpo colegiado.

Una interpretación armónica de tales preceptos, que se compadezca con la naturaleza *sui géneris* del proceso de Justicia y Paz, permite colegir que los Magistrados de Control de Garantías, en el curso de las audiencias preliminares, sí pueden comisionar a delegados de la Fiscalía General de la Nación, en la medida en que los primeros no ejercen funciones propias de juzgamiento, mientras que los segundos decretan medidas cautelares como el embargo y secuestro de bienes previsto en el artículo 60 de la Ley 600 de 2000.

En otras palabras, como el Magistrado de Control no es un juez de conocimiento y, por el contrario, tiene la potestad de decretar medidas similares a las que durante la etapa de instrucción profieren los fiscales dentro del proceso penal ordinario de la Ley 600 de 2000, la Sala no encuentra contrario a derecho que comisione a estos últimos para efectos de garantizar el cumplimiento de lo ordenado en las audiencias preliminares de la Ley de 975 de 2005.

²³¹ “En la etapa de juzgamiento no podrá comisionarse a ningún funcionario de la Fiscalía General de la Nación que haya participado en la etapa de instrucción o en la formulación de la acusación”.

²³² “Los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación no podrán comisionar a las corporaciones judiciales, pero podrán hacerlo para la práctica de cualquier prueba o diligencia a otros funcionarios judiciales o con funciones de policía judicial, conforme a lo dispuesto en el presente código”.

7. Extinción del derecho de dominio

7.1 Objeto, causa, fin, destino de los bienes y competencia para decretar la extinción del derecho de dominio establecida en la Ley de Justicia y Paz. Diferencias con lo previsto en la Ley 793 de 2002 sobre extinción de dominio

Extracto No. 80

M.P. DR. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
Radicado No. 35370 - 25 de mayo de 2011

(i). Por el trámite, la acción de extinción del derecho de dominio consagrada en la Ley 793 de 2002 es autónoma (artículo 1o.), mientras que la extinción del dominio prevista en la Ley 975 de 2005 depende del proceso de justicia transicional que es regido por ésta (artículo 24).

(ii). Por el objeto, en la Ley 793 de 2002 la extinción del derecho de dominio procede principalmente contra bienes ilícitos (artículo 2o.), salvo en aquellos casos donde la propiedad, a pesar de ser adquirida legítimamente, su uso atenta contra los recursos naturales y el medio ambiente²³³, mientras

²³³ En este sentido expresó la Corte Constitucional en sentencia C-740 de 2003: “En relación con la extinción de dominio por incumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad privada, hay que decir que el punto de partida para la acción estatal no está determinado por la adquisición sólo aparente del derecho en razón de la ilegitimidad implícita en el título, pues se está ante un derecho legítimamente adquirido y por lo mismo protegido por la Constitución y la ley. Lo que ocurre en este caso es que el derecho de propiedad, en el contexto, primero, de un Estado social y, luego, de un Estado constitucional, impone obligaciones al propietario. Éste tiene una facultad de disposición sobre sus bienes. No obstante, esta facultad tiene límites impuestos por la Constitución misma, límites que se orientan a que tales bienes sean aprovechados económicamente no sólo en beneficio del propietario, sino también de la sociedad de la que hace parte y a que ese provecho se logre sin ignorar el deber de preservar y restaurar los recursos naturales renovables. Ese es el sentido de la propiedad en cuanto función social y ecológica. De allí que cuando el propietario, pese a haber adquirido justamente su derecho, se desentiende de la obligación que le asiste de proyectar sus bienes a la producción de riqueza social y del deber de preservar y restaurar los recursos naturales renovables, incumpla una carga legítima impuesta por el Estado y que éste, de manera justificada, opte por declarar la extinción de ese derecho”.

que en la Ley 975 de 2005 la extinción del dominio se dirige contra bienes ilícitos y lícitos (artículos 10.2 y 11.5 de la Ley 975 de 2005 y Sent. C-370 de 2006).

(iii). Por la causa, mientras que en la Ley 793 de 2002 se precisan las actividades ilícitas que dan lugar a la extinción del derecho de dominio, las cuales preferentemente tienen como común denominador la obtención de una utilidad económica ilegal, tales como delitos contra la administración pública, el patrimonio económico, contra la salud pública y contra la libertad individual; en la Ley 975 de 2005 no se hace mención taxativa a conductas punibles, pero es indiscutible que la extinción del dominio obedece a graves violaciones de los derechos humanos.

(iv). Por el fin, en la Ley 793 de 2002 la extinción del derecho de dominio persigue sustraerle el mismo a la persona en favor del Estado, en tanto que en la Ley 975 de 2005 la extinción del dominio tiene un propósito eminentemente reparador del daño causado a las víctimas.

(v). Por el destino de los bienes, en la Ley 793 de 2002 se ordena en la sentencia su tradición a favor de la Nación a través del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado, mientras que en la Ley 975 de 2005 se dispone que hagan parte del Fondo para la Reparación de las Víctimas, ya para reparar a las mismas o serles restituidos debido a su previo despojo.

(vi). Por la competencia, la acción de extinción del derecho de dominio a que alude la Ley 793 de 2002 corresponde conocerla inicialmente a la Fiscalía General de la Nación y luego a los Jueces Penales del Circuito Especializados (artículo 11), en tanto que la extinción del dominio es del resorte de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior correspondiente (artículo 24).

7.2 Competencia y oportunidad para decretar la extinción del dominio en el proceso de Justicia y Paz

Extracto No. 81

M.P. DR. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Radicado No. 35370 - 25 de mayo de 2011

Así las cosas, de conformidad con el sistema de justicia transicional regulado por la Ley 975 de 2005 donde se adopta una pena alternativa, es claro que cuando en el artículo 14 del Decreto 3391 de 2006 se alude a que “la autoridad judicial procederá a compulsar copias para que se inicien los procesos penales a que haya lugar” con fundamento en que los desmovilizados no cumplieron con la obligación descrita en los artículos 10.2, 11.5 y 17 de la Ley 975 de 2005, es decir, “Que entreguen los bienes producto de la actividad ilícita” y, a su vez, “se decretará la extinción del dominio con destino a la reparación de las correspondientes víctimas; se alude a que ésta extinción se hará en la sentencia.

Ello también se desprende de lo preceptuado en el artículo 18 del Decreto 3391 de 2006, donde son mencionados los bienes que integran el Fondo para la Reparación de las Víctimas, pues allí se establece que es posible la entrega provisional de un bien a la víctima “hasta que se resuelva sobre el mismo en la sentencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 15 del Decreto 4760 de 2005 en aras de garantizar el derecho de restitución”, toda vez que a su vez en esta última norma se prevé que “Los bienes sobre los que se adopten medidas cautelares quedarán de inmediato a disposición de Acción Social – Fondo para la Reparación de la Víctimas el cual tendrá la administración de los mismos que será provisional hasta tanto se profiera la sentencia de extinción de dominio a su favor. Sin embargo, en aras de garantizar el derecho a la restitución, el magistrado que ejerza el control de garantías, a solicitud de la Fiscalía, del Ministerio Público o de la Víctima, podrá entregar en provisionalidad el bien a la víctima hasta que se resuelva sobre el mismo en la sentencia”.

Para abundar en razones, no debe perderse de vista que en el acápite anterior, al identificar los bienes pasibles de extinción del dominio y

la normatividad que ha de servir de regulación al interior del proceso de justicia transicional, se mencionó que dejando a salvo la naturaleza, particularidades y fines de la Ley de Justicia y Paz, era posible acudir, con fundamento en el artículo 8o. de la Ley 153 de 1887, a la Ley 793 de 2002, en la cual se observa que la extinción sólo se decretará en el fallo, conforme lo regula el artículo 18, donde se consagra que “La sentencia declarará la extinción de todos los derechos reales, principales o accesorios, desmembraciones, gravámenes o cualquiera otra limitación a la disponibilidad o el uso del bien y ordenará su tradición a favor de la Nación a través del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado”.

Conclúyese de lo anotado en precedencia, que únicamente en la sentencia es posible decretar la extinción del dominio en el marco del proceso de justicia transicional regulado por la Ley 975 de 2005 y, por ende, es de competencia de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior adoptar una decisión al respecto en tal oportunidad.

7.3 Efectos de la decisión que define la extinción del dominio de bienes destinados a la reparación de las víctimas, proferida en aplicación de la Ley 793 de 2002. Posibilidad de ordenar su entrega al Fondo de Reparación a las Víctimas y no al Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado

Extracto No. 82

M.P. DR. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
Radicado No. 35370 - 25 de mayo de 2011

Debe quedar claro desde ahora, que como la acción de extinción del derecho de dominio no es una pena, de conformidad con el criterio sentado por la Corte Constitucional²³⁴, el cual se recordó en esta decisión, nada se opone para que en atención a las especialísimas particularidades del proceso de justicia transicional contenido en la Ley 975 de 2005, que prevé una forma de extinción de dominio, con las debidas garantías y teniendo como fundamento la responsabilidad civil solidaria de los grupos armados ilegales en relación con la reparación a las víctimas, se determine la procedencia de tal extinción en la sentencia que aquí se dicte, una vez se agote el incidente de reparación integral correspondiente.

(...)

Para ello, el funcionario judicial que emita sentencia dentro del trámite de extinción de dominio, luego de comprobado que los bienes sobre los cuales recae la decisión pertenecen a miembros del grupo armado organizado al margen de la ley, deberá, de conformidad con el artículo 54 en cita, ordenar su tradición, no a favor del referido Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado, sino del Fondo para la Reparación de las Víctimas, administrado por Acción Social²³⁵.

²³⁴ Sentencia C-740 de 2003.

²³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia, radicado No. 34547, 27 de abril de 2011.

8. Procede la ruptura de la unidad procesal en los casos en los que se presenten situaciones fácticas y jurídicas diferentes, para evitar una dilación injustificada del trámite

Extracto No. 83

M.P. DR. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
Radicado No. 36563 - 3 de agosto de 2011

La revisión de los hechos y cargos presentados y admitidos en contra de cada uno de los acusados muestra que la situación fáctica y jurídica de cada uno de ellos se observa completamente diferente, esto es, que los casos de uno y otro son disímiles si se tienen en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de los sucesos imputados a cada uno.

(...)

Como consecuencia, surge razonable que en el caso analizado se aplique el principio según el cual por cada conducta punible debe tramitarse una actuación procesal, entendida ésta con los casos conexos que, respecto de cada acusado, vienen dados precisamente en relación con la identidad de sujeto activo del delito.

La Sala de Casación Penal ha avalado, incluso, que en supuestos en donde en estricto sentido no se estructure una causal de las regladas para disponer la ruptura de la unidad procesal, es viable que el juzgador opte por ella para evitar la dilación injustificada del trámite, lo cual sucedería en el caso de **Torres León**, no tanto en desmedro suyo, sino en el de las víctimas que dependen de la solución de su caso.

En efecto, en Auto, radicado 24211 del 18 de octubre de 2005, la Corte discurrió con ese alcance, razonando que las amplias facultades de dirección y ordenamiento del juicio con que cuenta el juzgador lo habilitan para disponer esa ruptura en aras de procurar la realización de los fines de la administración de justicia y garantizar a las partes

e intervinientes la defensa cierta y eficaz de sus intereses, en tanto es deber del juez velar por la rápida solución del proceso, imponiéndosele adoptar las medidas necesarias que, respetuosas de los derechos de los sujetos procesales, propicien por una mayor economía procesal.

9. Corrección de errores en la sentencia

Extracto No. 84

M.P. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ LEMOS

Radicado No. 34547 - 8 de junio de 2011

En atención a que la sentencia cuya adición se solicita fue proferida en segunda instancia por esta Corporación el 27 de abril de la corriente anualidad, la Sala es competente para resolver la petición formulada.

Como las normas de alternatividad penal no reglamentan el tema relativo a las modificaciones de la sentencia, para decidir el punto propuesto debe acudirse, en aplicación del principio de complementariedad, a la Ley 600 de 2000 que regula la situación de la siguiente manera²³⁶:

“Art. 412. Irreformabilidad de la sentencia. La sentencia no es reformable ni revocable por el mismo juez o sala de decisión que la hubiere dictado, salvo en caso de error aritmético, en el nombre del procesado o de omisión sustancial en la parte resolutive. ...”.

Lo anterior, además, porque conforme al criterio expuesto por la Sala sobre el particular, el estatuto procesal penal constituye la normativa aplicable al tema de las aclaraciones y adiciones por regular integralmente esas materias, razón por la cual no hay lugar a acudir, con esos propósitos, a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil²³⁷.

El tenor literal de esa norma permite colegir la existencia del principio general de irreformabilidad de las sentencias, postulado que sólo puede ser atemperado en los eventos expresamente enlistados allí, es decir, *“en caso de error aritmético, en el nombre del procesado o de omisión sustancial en la parte resolutive”*, porque, en lo demás, el fallo se torna inmodificable por el mismo funcionario que lo profirió.

²³⁶ El artículo 62 de la Ley 975 de 2005 establece que los temas no regulados en ella se resolverán conforme a la Ley 782 de 2002 y al Código de Procedimiento Penal.

²³⁷ Cfr. Autos: radicado No. 18498, 12 de mayo de 2004; Radicado No. 23183, 18 de mayo de 2006; radicado No. 30601, 24 de julio de 2009.

10. Remisión a otros procedimientos

Extracto No. 85

M.P. DR. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Radicado No. 37271 - 14 de septiembre de 2011

1.- La Ley 975 de 2005 “*Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios*”, prevé que en los temas no regulados en ella, se aplicará la Ley 782 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal²³⁸. Por su parte la Ley 906 de 2004²³⁹, remite en virtud del principio de integración al Código de Procedimiento Civil.

2.- Por esta razón la Magistrada con Funciones de Control de Garantías de la Sala Penal de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en aras de atender debidamente la oposición presentada en relación con la entrega provisional de los predios La Paz y San Carlos por parte de los señores Juan de Jesús Díaz Sanabria, Leonor Rodríguez de Walteros y Gloria Marina Cuellar Salamanca y siguiendo los lineamientos de esta Corporación²⁴⁰, ordenó tramitarlo como incidente.

Dicha situación obligaba a las partes a cumplir con los presupuestos y fases previstos en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil. Así, en relación con los opositores, debían indicar los hechos fundantes de su pretensión, los medios probatorios que pretendían aducir, y acompañar los documentos y pruebas anticipadas que buscaba hacer valer y que se encontraran en su poder.

²³⁸ Artículo 62.

²³⁹ Artículo 25 Ley 906 de 2004. En materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal.

²⁴⁰ Providencia, radicado No. 32452, 28 octubre de 2009, .

Agotada dicha etapa se surtía el mismo trámite respecto de los demás sujetos procesales.

Como se trata de un asunto regido por la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz, el trámite previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil *“debe aplicarse en los tópicos esenciales, más no en su literalidad, por cuanto el procedimiento de la Ley de Justicia y Paz, se asemeja más al trámite del sistema acusatorio donde prima la oralidad, razón por la cual el trámite incidental y su resolución deben adoptarse en audiencia ante el juez de control de garantías, a efectos de materializar los principios de inmediación, celeridad y concentración”*²⁴¹.

²⁴¹ Así lo precisó esta Corporación en Auto, radicado No. 34549, 6 de octubre de 2010.

11. Nulidades: la ausencia de una actitud proactiva frente a la conciliación no genera la nulidad del incidente de reparación

Extracto No. 86

M.P. DRA. MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
Radicado No. 34547 - 27 de abril de 2011

Pues bien, uno de los principios que regenta el decreto de las nulidades es el de trascendencia, acorde con el cual sólo se acude a esta medida extrema si la irregularidad de carácter sustancial afecta garantías de los sujetos procesales o las bases fundamentales de la actuación.

(...)

Ante esta situación, el Tribunal, ciñéndose al rito contemplado en el artículo 23 de la Ley 975 de 2005, invitó a los intervinientes a conciliar con resultados negativos. Es verdad, como lo indica la Procuradora, que esa Corporación no realizó ingentes esfuerzos por obtener un acuerdo conciliatorio, ni desplegó una vigorosa actividad mediadora; empero, tal circunstancia dista de configurar un menoscabo de los derechos de los distintos intervinientes dentro de esta actuación o de resquebrajar las bases fundamentales del proceso que justifique, en el actual estado del proceso, acudir al instituto *ultima ratio* de la nulidad, punto fundamental sobre el cual tampoco la representante del Ministerio Público ahondó para tener por estructurada adecuadamente su pretensión.

Al contrario, no duda la Sala que retrotraer la actuación a ese estadio en procura de propiciar fórmulas conciliatorias de posturas tal diametralmente opuestas ante la enorme diferencia entre lo propuesto por las víctimas y lo ofrecido por los postulados, comportaría mayor vulneración de los derechos de las primeras, expectantes por obtener una pronta satisfacción de sus derechos a la verdad, justicia, reparación y a acceder a las garantías de no repetición declaradas en el fallo por hechos ocurridos hace más de diez años.

Tampoco se observa que tal actitud haya afectado los derechos de los postulados, interesados en alcanzar el beneficio de la pena alternativa reconocida en el fallo.

Menos aún se advierte que por no haber adoptado el Tribunal una actitud más decidida en pro de la conciliación entre las partes, se haya desnaturalizado la esencia del incidente de reparación integral tal como está concebido en el proceso de justicia y paz, según señala equivocadamente la impugnante, pues en su seno fue posible la individualización de las víctimas²⁴² y la concreción de sus demandas en orden a obtener medidas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción en los ámbitos individual y colectivo.

²⁴² Al respecto puede consultarse el Tercer Informe, septiembre de 2010, del Observatorio Internacional DDR – Ley de Justicia y Paz del Centro Internacional de Toledo para la Paz, p. 37.

12. Basta con el juramento como medio de prueba para sustentar la solicitud del amparo de pobreza

Extracto No. 87

M.P. DR. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA
Radicado No. 36420 - 8 de junio de 2011

1. La Ley 975 de 2005 “*Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios*”, prevé que en los temas no regulados en ella, se aplicará la Ley 782 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal²⁴³.

Por su parte, la Ley 906 de 2004²⁴⁴, en virtud del principio de integración, remite al Código de Procedimiento Civil y a otros ordenamientos procesales.

(...)

El artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el Decreto 2282 de 1989, determina que se concederá el amparo de pobreza “*a quien no se halle en capacidad de atender los gastos del proceso sin menoscabo de lo necesario para su propia subsistencia y la de las personas a quienes por ley debe alimentos, salvo cuando pretenda hacer valer un derecho litigioso a título oneroso*”.

Dicho instituto, podrá solicitarse por el demandante antes de la presentación del libelo, o por cualquiera de las partes durante el curso del proceso, siendo requisito según el artículo 161 ibídem, el “*afirmar bajo juramento, que se considera prestado por la*

²⁴³ Artículo 62.

²⁴⁴ Artículo 25 Ley 906 de 2004. En materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal.

presentación de la solicitud, que se encuentra en las condiciones previstas en el artículo precedente, y si se trata de demandante que actúe por medio de apoderado, deberá formular al mismo tiempo la demanda en escrito separado...". (subrayas fuera de texto).

La simple lectura de las normas en mención es suficiente para concluir que no se exige prueba alguna tendiente a demostrar la carencia de medios económicos para atender los gastos del proceso, pues basta que tal circunstancia se afirme bajo juramento. Si ello es así, no resulta dable que la Magistrada de Control de Garantías les impusiera la carga de acreditar el por qué de su pretensión.

Ello sin perjuicio de que en cualquier estado del proceso se dé por terminado el amparo si se prueba que han cesado los motivos para su concesión²⁴⁵, o que de llegar a acreditarse que se faltó a la verdad en las afirmaciones realizadas bajo juramento, se proceda conforme a lo previsto en el artículo 80 del Código de Procedimiento Civil²⁴⁶.

(...)

4. Razón le asiste al recurrente en cuanto señala que el juramento es un medio de prueba, pues no solamente el ordenamiento procesal civil así lo establece expresamente al prever en el artículo 175 que: "*Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento...*", sino la Corte Constitucional cuando al analizar la inexequibilidad sobre algunas de las normas que en la legislación colombiana consagran tal instituto jurídico, en sentencia C- 249 de 1999, sostuvo:

"La garantía de veracidad por la que propende el juramento como medio de prueba, encuentra su concreción en los tipos penales que sancionan el faltar a la verdad en las afirmaciones que

²⁴⁵ Así lo prevé el artículo 167 Código de Procedimiento Civil.

²⁴⁶ "Si se probare que el demandante o su apoderado, o ambos, faltaron a la verdad en las afirmaciones hechas bajo juramento, además de remitirse copia al juez penal competente para la investigación del delito y al tribunal superior del distrito judicial para lo relacionado con faltas contra la ética profesional, si fuere el caso, se impondrá a aquellos mediante incidente, multa individual de cinco a diez salarios mínimos a favor de la parte demandada y se les condenará a indemnizarle los perjuicios que haya podido sufrir, estos se liquidaran en el mismo incidente que se tramitará con independencia del proceso".

se profieran bajo este ritualismo. En efecto, nuestro Código Penal consagra de manera general el delito de falso testimonio que reprime la conducta de faltar a la verdad o callarla total o parcialmente, en desarrollo de alguna actuación judicial o administrativa llevada a cabo bajo juramento (art. 172 C.P.). Y adicionalmente tipifica también, como delitos contra la administración de justicia, la falsa denuncia y la falsa denuncia contra persona determinada (arts. 166 y 167 C.P.).

“La justicia en el Estado social de derecho que proclama nuestra Carta Política, se construye sobre la base del principio de la buena fe y de los deberes de los asociados, los que, en particular, entrañan el deber ético de actuar ante la administración de justicia en forma veraz, en orden a que ésta pueda ser dispensada en forma justa, celera y eficaz, máxime tratándose de actos que pueden implicar a terceros. Los efectos civiles y políticos que el Constituyente y el Legislador confieren al juramento, no derivan de una especial ritualidad. Dimanan tanto del postulado constitucional de la buena fe, como de los deberes que a los ciudadanos impone la Carta Política, en especial, de colaborar con la justicia y de contribuir a la convivencia pacífica y a la vigencia de un orden social justo; son, pues, expresión de los imperativos éticos de proceder rectamente y de asumir responsabilidad por las propias acciones. Sin su observancia serían inconcebibles la convivencia pacífica, la justicia y la vigencia de un orden social justo. La norma acusada constituye nítida expresión de sus presupuestos ideológicos y cabal desarrollo del Preámbulo y de los artículos 2º, 6º, y 29 Constitucionales que, paradójicamente, el demandante estima conculcados. Sin ella, resultarían inefectivos varios principios, entre ellos, el de la buena fe, el del recto proceder y el de la colaboración ciudadana con la administración de justicia.”(negrillas fuera de texto).

CAPÍTULO V

Conductas punibles

1. Desaparición forzada

1.1 Desaparición Forzada: concurso con homicidio

Extracto No. 88

M.P. DR. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Radicado No. 36563 - 3 de agosto de 2011

No admite discusión que la desaparición forzada es una conducta punible de ejecución permanente, esto es, que desde el acto inicial, la retención arbitraria de la víctima, el hecho continúa consumándose de manera indefinida en el tiempo, y el límite final de ejecución del delito está dado por la terminación de ese estado de privación de libertad, ya porque de alguna manera se recupera ésta (el victimario la libera, es rescatada, etc.), ya porque se ocasiona su deceso.

Si la persona es privada de su libertad de locomoción, luego de lo cual se le causa la muerte, no genera incertidumbre la comisión de dos conductas diferenciables que, por tanto, concurren, en tanto se presentan dos momentos, uno de retención y otro de muerte, pero es evidente que la primera deja de consumarse cuando se causa el homicidio. Pero la fijación de un momento cierto en el cual termina la consumación no descarta la existencia de la desaparición.

La situación es diversa cuando solamente existe un momento, esto es, sucede la privación de libertad y no existe prueba alguna respecto de que se puso punto final a ese estado; por tanto, la desaparición continúa ejecutándose de manera indefinida en el tiempo y, así, el término de prescripción de la acción penal (cuando sea viable tal **instituto**) no comienza a correr, pues tal sucede exclusivamente cuando cesa la privación de la libertad, o, lo que es lo mismo, cuando deja de consumarse la desaparición.

1.2 Asentamiento del registro civil de defunción prima sobre las formalidades dispuestas en la normatividad civil en relación con el proceso de muerte por desaparecimiento. Consideraciones a tener en cuenta cuando se presenta en concurso la desaparición forzada y el homicidio

Extracto No. 89

M.P. DR. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
Radicado No. 36163 - 26 de mayo de 2011

La legislación civil vigente en nuestro ordenamiento, desde tiempo atrás ha sostenido que la persona termina con la muerte real o presunta, siendo esta segunda modalidad regulada por el artículo 97 del Código Civil y el artículo 657 del Código de Procedimiento Civil

(...)

Al realizar una interpretación teleológica de la norma... es menester concluir que el espíritu e intención del legislador al momento de implantar el procedimiento y condiciones para la declaratoria de muerte por desaparecimiento, consistía en agotar todos los medios posibles (publicaciones en el periódico oficial, recepción de testimonios, amplios lapsos entre los emplazamientos) para encontrar a quien es reportado como desaparecido logrando así un convencimiento al juez de la probable muerte del individuo. En otros términos, lo pretendido con el proceso ante la jurisdicción voluntaria es acopiar suficientes medios probatorios de donde se colija la muerte de quien se ignora el paradero.

De otra parte se debe tener en cuenta que el ordenamiento civil ha dispuesto diferencias en cuanto al desaparecimiento ordinario y aquel producido por circunstancias excepcionales y que comportan una alta probabilidad sobre la muerte del desaparecido tal y como se prevé en el numeral 7 del artículo 97 ya citado en donde se señala que el interesado debe presentar la demanda luego de cuatro años del desaparecimiento, y el día fijado será el mismo día en que ocurrió la desaparición.

Así mismo la Corte Constitucional ha admitido que en ciertas condiciones particulares, se adopten decisiones en contra del procedimiento establecido por el Estatuto Civil, esto es el trámite ante la jurisdicción voluntaria, especialmente al tratarse de sucesos donde la probabilidad de la muerte es muy alta.²⁴⁷ De allí que la decisión del juez penal en que ordena la inscripción del registro de defunción no comporta una vulneración a los principios constitucionales del debido proceso.

De otro lado, es necesario reiterar lo manifestado por esta Sala con respecto a los derechos de las víctimas dentro del proceso de justicia y paz. En providencia de 19 de enero de 2011, radicado 34634 la Corte Suprema indicó que,

*“la intervención de las víctimas en el proceso penal y su interés porque la justicia resuelva un asunto, pasó de la mera expectativa por la obtención de una reparación económica -como simple derecho subjetivo que permitía que el delito como fuente de obligaciones tuviera una vía judicial para el ejercicio de la pretensión patrimonial- a convertirse en derecho constitucional fundamental que además de garantizar (i).- la efectiva **reparación** por el agravio sufrido, asegura (ii).- la obligación estatal de buscar que se conozca la **verdad** sobre lo ocurrido, y (iii).- **un acceso expedito a la justicia, pues así se prevé por la propia Constitución Política, la ley penal vigente y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad**”²⁴⁸ (Resaltado añadido).*

²⁴⁷ Constitucional, Sentencia C-217 de 1999. En esta decisión se estudia el procedimiento para declarar la muerte de quienes desaparecieron a raíz del terremoto ocurrido el 25 de enero de 1999, y en referencia al Decreto 3822 de 1985 sobre los desaparecidos a raíz de la toma del Palacio de Justicia de Bogotá y la actividad volcánica del Nevado del Ruiz ocurridos en el año de 1985.

²⁴⁸ Véase Corte Constitucional, Sentencia C-209/07. En ésta providencia se hace un resumen de la forma como ha discurrido la jurisprudencia en materia de los derechos de las víctimas. Especial mención se hace de las sentencias C-580/02 (estableció que el derecho de las víctimas del delito de desaparición forzada de personas y la necesidad de garantizar los derechos a la verdad y a la justicia, permitían que el legislador estableciera la imprescriptibilidad de la acción penal, siempre que no se hubiera identificado e individualizado a los presuntos responsables); C-004/03 (garantía jurídica con que cuentan las víctimas para controvertir decisiones que sean adversas a sus derechos); C-979/05 (derecho de las víctimas a solicitar la revisión extraordinaria de las sentencias condenatorias en procesos por violaciones a derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, cuando una instancia internacional haya concluido que dicha condena es aparente o irrisoria); C-1154/05 (derecho de las víctimas a que se les comuniquen las decisiones

Por su parte la Corte Constitucional, en decisión compartida por esta Corporación, señaló,

“c.- El derecho a la reparación integral del daño que se ha ocasionado a la víctima o a los perjudicados con el delito.

*El derecho de reparación, conforme al derecho internacional contemporáneo también presenta una dimensión individual y otra colectiva. Desde su dimensión individual abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas individuales relativas al derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición. En su dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas*²⁴⁹.

La integralidad de la reparación comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación”²⁵⁰

Es obligación del Estado y de los funcionarios judiciales procurar mecanismos legales ágiles, eficaces y efectivos para garantizar la reparación a las víctimas de los grupos armados al margen de la ley en el trámite de la Ley 975 de 2005, herramientas que deben dirigirse a devolver a la víctima, en lo posible, al estado en que se encontraba antes de la vulneración de sus derechos. Bajo esta premisa es necesario deducir que el sometimiento de la víctima a un proceso que puede demorar más de 2 años y que genera altos costos en su trámite (publicaciones, transporte), no sólo incumple la obligación estatal de facilitar el acceso a la administración de justicia sino que

sobre el archivo de diligencias); C-370/06 (los derechos de las víctimas en procesos inscritos en contextos y modalidades de justicia transicional de reconciliación); y, C-454/06 (la garantía de comunicación a las víctimas y perjudicados con el delito opera desde el momento en que éstos entran en contacto con las autoridades; señala que los derechos a la verdad, la justicia y la reparación las autoriza a solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía).

²⁴⁹ Cfr. Art. 33 del Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

²⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 2006.

genera aun más obstáculos para la reparación integral y efectiva de los afectados.

Contrario sensu, la orden de asentamiento del registro civil de defunción por parte del Magistrado de control de garantías, ofrece un trámite ágil y expedito a una situación compleja y dispendiosa para quien ha sido objeto de las conductas delictivas imputadas.

Las dificultades en el registro civil de quienes ostentan la calidad de víctimas directas e indirectas, afecta de manera grave la memoria histórica que debe acompañar todo proceso transicional. Al respecto se ha pronunciado esta Corporación en los siguientes términos,

“La Corte Suprema de Justicia, recogiendo experiencias y estándares internacionales, ha fijado parámetros encaminados a establecer la verdad, bajo particularidades del proceso de desmovilización y reconciliación. Respecto del tema de la verdad y las pruebas que la sustentan en el decurso de la Ley de Justicia y Paz, dijo que “en el proceso de justicia transicional no solo se construye a partir de lo confesado por el postulado en la diligencia de versión libre, sino también de las actividades investigativas adelantadas por la Fiscalía General de la Nación y el aporte de las víctimas (...) En este evento, debe hacerse una interpretación flexible sobre el concepto de verdad, a partir de lo aportado por el desmovilizado en su versión libre, dado que, como lo sostuvo la Corte Constitucional en la citada Sentencia C-370 de 2006 (apartado 6.2.2.1.7.20), no puede perderse de vista que la Ley 975 está diseñada para ser aplicada a personas que han cometido múltiples y graves delitos, en desarrollo de los cuales apelaron a toda clase de maniobras para esconder su real dimensión y las pruebas de los mismos, lo cual necesariamente dificulta la labor investigativa”²⁵¹.

*También la Sala, en el auto antes citado, reconoció que “**la complejidad de la reconstrucción de los hechos por virtud de la degradación del conflicto y la barbarie de los métodos utilizados en la ejecución de las conductas (descuartizamiento, fosas comunes), sumado a las dificultades de huella histórica de muchos hechos, por deficiencias en el registro civil (nacimientos, defunciones), en los registros notariales y mercantiles, por los permanentes***

²⁵¹ Caso Gian Carlo Gutiérrez, Providencia, radicado No. 32022, 21 de septiembre de 2009.

movimientos de las comunidades desplazadas, entre otras y tantas dificultades, obliga a exámenes de contexto y a la flexibilización de los umbrales probatorios, no solo respecto de la comprobación del relato del postulado, sino, sobre todo, del daño causado, el que deberá acreditarse con medios propios de la justicia transicional”, agregando que “resulta desproporcionado, como aquí se pretende, que se exija del desmovilizado, quien ha relatado genéricamente unos hechos ocurridos hace varios años y confesado la comisión de múltiples conductas punibles, que especifique todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la ejecución de cada una de ellas” (Resaltado añadido) ²⁵²

La verdad es una garantía y obligación transversal en el trámite de la Ley de Justicia y Paz ya que constituye un elemento de reparación a las víctimas y sustancial para la memoria histórica necesaria en todo proceso de paz, siendo vinculante concluir que las dificultades provocadas por la falta de definición en el registro civil de las personas provocan enormes obstáculos a los fines de la justicia transicional. Ante evidencias contundentes sobre la muerte de una persona determinada, conservar su situación jurídica como desaparecida no es otra cosa que faltar a la verdad histórica.

(...)

Es forzoso deducir que en aquellos casos en donde los fines de la norma prevista para la declaratoria de muerte presunta se encuentran satisfechos y las formalidades legales se encuentran en colisión con los derechos fundamentales y prevalentes de las víctimas, deben preponderar estos últimos y en consecuencia se debe confirmar la decisión adoptada por el juez de primera instancia.

Así las cosas es definitivo diferenciar entre la imputación únicamente por el delito de desaparición forzada y aquella imputación en donde se presentan en concurso la desaparición forzada y el homicidio.

Es claro para esta Sala, y así fue reiterado en una cita anterior, que el sustento probatorio principal en el trámite de Justicia y Paz lo constituyen las versiones libres prestadas por los postulados, razón por la

²⁵² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión radicado No. 26585, 8 de agosto de 2010.

cual si la fiscalía a partir de éstas y de la investigación complementaria que haya logrado adelantar, concluye que en un determinado caso se presenta el delito de desaparición forzada en concurso con homicidio y así lo imputa, es porque tiene el convencimiento absoluto de la muerte de quien fue víctima directa del acto delictivo. Si por el contrario, en el momento de la imputación los cargos se limitaron al delito de desaparición forzada es porque el fiscal duda sobre la muerte del afectado directo y en tal evento mal podría la Corte autorizar el respectivo asentamiento en el registro de defunción.

2. Porte ilegal de armas: en el proceso de Justicia y Paz no puede concursar con el delito de concierto para delinquir y los delitos establecidos en el Título II Capítulo Único del Código Penal (Ley 599 de 2000)

Extracto No. 90

M.P. DR. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
Radicado No. 36563 - 3 de agosto de 2011

De manera oficiosa, la Corte considera necesario pronunciarse sobre la imposibilidad de que en los procesos sometidos al trámite de justicia y paz se hagan concursar comportamientos como el concierto para delinquir y los relacionados con el título II, Capítulo Único de la Parte Especial del Código Penal, con el porte y uso de armas de fuego.

El concierto para delinquir cargado en contra de los postulados al trámite y beneficios de la Ley 975 del 2004, parte del presupuesto necesario de la conformación o pertenencia a grupos armados ilegales.

Los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH, tienen como elemento estructurante indispensable que las conductas se realicen “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado”.

En esas condiciones, no admite discusión que la persona se encuentra vinculada al trámite de justicia y paz, en razón de que necesariamente hizo parte de un grupo armado ilegal. Por tanto, el empleo de armas de fuego se convierte en un elemento de los tipos penales imputables, desde donde surge que tal conducta no puede ser cargada de manera independiente, pues ella se subsume dentro de aquellas que hicieron viable la vinculación al procedimiento de la Ley 975 del 2005.

La conclusión se ratifica cuando la razón de ser de la Ley 975 precisamente comporta la militancia en un grupo armado ilegal. Así, el legislador, al momento de su expedición, motivó que se trata de la ley “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de grupos

armados organizados al margen de la ley...”, criterio que fue reiterado en sus artículos 1o., 2o., 5o., 6o., 7o., 9o. (éste, incluso, define como desmovilización el acto de “dejar las armas”), 10, 11, 16, 17, 20, 25.

En relación con el delito de rebelión, la Corte se ha pronunciado en similares términos, los cuales resultan aplicables en este caso, en tanto, con la salvedad de su connotación de delito político, lo cierto es que la estructura de ese tipo penal, al igual que sucede con el de concierto para delinquir (en la modalidad de conformación de grupos armados ilegales), exige como elemento el empleo de armas de fuego, supuesto en el cual la última conducta (porte de armas), tampoco se pone a concursar con la rebelión.

(...)

De tal manera que si el uso de armas de fuego, además de convertirse en elemento de los tipos penales habilitantes del proceso de justicia y paz, se convierte en un presupuesto de procedibilidad que permite al postulado hacerse acreedor al trámite y beneficios de la Ley 975 del 2005, el mismo no puede ser cargado de manera independiente y concurrente con tales comportamientos, que, así, lo subsumen.

3. Concierto para delinquir

3.1 Posibilidad de modificar el criterio de la Corte Suprema de Justicia que considera el delito de concierto para delinquir agravado un crimen de lesa humanidad

Extracto No. 91

M.P. DR. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
Radicado No. 36125 - 31 de agosto de 2011

El Fiscal encargado del asunto concita la reflexión de la Corte para que modifique su postura en torno del delito de concierto para delinquir agravado que se atribuye a los desmovilizados, a efectos de que no lo siga considerando de lesa humanidad, dado que ese rótulo, en su sentir, impide que los patrulleros o militantes rasos de los grupos armados al margen de la ley, accedan a beneficios tales como el principio de oportunidad.

Para responder las inquietudes del funcionario lo primero que debe significar la Sala es que a partir de manifestaciones meramente insulares, descontextualizadas y carentes de rigor jurídico, resulta imposible derribar o, cuando menos, suscitar inquietud acerca de la posibilidad de modificar una doctrina estructurada a partir del análisis profundo de normas internacionales y nacionales completamente pertinentes.

Tampoco puede tener buen suceso, en el cometido abordado por el impugnante, sustentar su petición en meras razones de conveniencia, como si aspectos basilares a la vida misma de la nación y la necesaria protección de las víctimas, pudieran soslayarse sólo por el prurito de encontrar una salida práctica a la imposibilidad de tabular tantas investigaciones o procesos penales, cuantos desmovilizados rasos han sido contabilizados.

En este sentido, el que no haya superado mínimos raseros constitucionales una legislación anterior que propugnaba por favorecer casi automáticamente a estos desmovilizados con el principio de oportunidad, lejos de sustentar la necesidad de variar la posición de la Corte, advierte

de cómo ella es acertada, pues, delitos graves o de lesa humanidad no pueden pasar indemnes por raseros de impunidad que además de abjurar, para el país, los compromisos internacionales suscritos, representan ostensible vulneración de caros derechos de las víctimas, resumidos en verdad, justicia y reparación.

La Corte, entonces, permanece invariable en su doctrina, así resumida en providencia anterior²⁵³:

“Teniendo en cuenta que los reatos ejecutados por los postulados se refieren a desapariciones forzadas, desplazamiento forzado, torturas, homicidios por razones políticas, etc., y como dichos punibles se entienden comprendidos dentro de la calificación de delitos de lesa humanidad, tal valoración se debe extender al denominado concierto para delinquir agravado en tanto el acuerdo criminal se perfeccionó con tales propósitos.

Destaca la Sala que el Estatuto de Roma que dio origen a la Corte Penal Internacional ha tenido en cuenta no sólo la conducta del autor o de los partícipes sino que también ha considerado en especial la existencia de propósitos dirigidos a cometer delitos de lesa humanidad, lo cual significa que también deben ser castigadas en igual medida aquellas conductas preparatorias para la comisión de los delitos que incluyen tanto el acuerdo como el tomar parte en una actividad dirigida a ese fin, como ocurre con el concierto para delinquir agravado.

Para llegar a considerar a los responsables de concierto para delinquir como autores de delitos de lesa humanidad deben estar presentes los siguientes elementos²⁵⁴:

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

(ii) Que sus integrantes sean voluntarios; y

²⁵³ Auto, radicado No. 29472, 10 de abril de 2008.

²⁵⁴ Sigue lo expuesto por M. Cherif Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law* (La Haya: Kluwer Law International, 1999, 2a. Ed.), 385, citado por Juan Carlos Maqueda, *voto particular*, Corte Suprema de la Nación Argentina, Sentencia, causa No. 259, 24 de agosto de 2004.

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

Bases a partir de las cuales varios tribunales internacionales y nacionales consideran que el concierto para cometer delitos de lesa humanidad también debe ser calificado como punible de la misma naturaleza²⁵⁵, como lo determina la Corte en este momento para el caso colombiano y con todas las consecuencias que ello implica²⁵⁶.

Ha de agregarse que al ordenamiento jurídico nacional han sido incorporados diferentes tratados y convenciones, bien por anexión expresa o por vía del bloque de constitucionalidad (artículo 93 de la Constitución Política), que permiten constatar que el concierto para delinquir sí hace parte de los crímenes de lesa humanidad. Tal aserto se puede confirmar una vez se revisa el contenido de los siguientes estatutos:

(I). Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Colombia firmó la convención el 12 agosto de 1949 y ratificó el 27 de Octubre de 1959. Ley 28 de 27 de mayo de 1959).

Art. III. Serán castigados los actos siguientes:

a) El genocidio.

b) La asociación para cometer genocidio.

c) La instigación directa y pública a cometer genocidio.

d) La tentativa de genocidio.

e) La complicidad en el genocidio.

(II). Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada en Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 (Aprobada mediante Ley 70 de 1986).

²⁵⁵ Por ejemplo: Tribunal Criminal Internacional para Ruanda, Cámara I, Sentencia de 27 de enero de 2000, Fiscal v. Alfred Musema, Caso No. ICTR 96-13-T; Corte Suprema de la Nación Argentina, sentencia de 24 de agosto de 2004, causa N° 259 y Juzgado Federal de Buenos Aires (Juez Norberto Oyarbide), auto de 26 de septiembre de 2006.

²⁵⁶ Por ejemplo, la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena (Artículo VII de la Ley 707 de 2001, aprobatoria de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el artículo 29 de la Ley 742 de 2002, por medio de la cual se aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Las citadas leyes, convención y Estatuto fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, sentencias C-580/02 y C-578/02, respectivamente.

Artículo 4o.

*1. Todo Estado Parte velará porque todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. **Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.***

(III). Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Adoptada por la Asamblea General de la OEA en Cartagena de Indias en 1985, aprobada mediante la Ley 406 de 1997).

Artículo 3o.

Serán responsables del delito de tortura:

a. Los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan.

b. las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.

(IV). Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Aprobada por la Ley 707 de 2001).

Artículo 2o.

Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

(IV) Por último, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998 (Aprobado por medio del Acto Legislativo 2 de 2001 que adicionó el Artículo 93 de la Constitución Política y Ley 742 de 2002), se establece en el artículo 25 que si bien la responsabilidad penal es de carácter individual también responderá por los delitos de su competencia, quien

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;

- b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;*
- c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;*
- d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:*
 - i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o*
 - ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;*
- e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;*
- f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.*

Como se ve, para responder al apelante, el único argumento que se utilizó no fue el de la inclusión del delito en el Estatuto de Roma, y en el texto se explica perfectamente a qué se debe la extensión interpretativa de sus preceptos.

(...)

Ahora, no se trata apenas de que la *ratio decidendi* de una determinada decisión por sí misma constituya precedente jurisprudencial, pues para que tal suceda, es necesario combinar criterios cuantitativos y cualitativos.

Los primeros dicen relación con la existencia de un conjunto de decisiones que de manera reiterada y pacífica aborden a profundidad un tema de derecho y lo desarrollen, entendiéndose que esa reiteración implica ya una decantada posición que reclama de los operadores judiciales asumirla o continuarla.

A su turno, el aspecto cualitativo remite a la trascendencia y consecuencias de esas decisiones, ora porque efectivamente asume el estudio detallado de una cuestión problemática, ya en atención a que se busca que esa solución hallada sirva de guía o norte para que casos similares se resuelvan de igual manera.

3.2. El delito de concierto para delinquir y las condenas ya proferidas por el mismo

Extracto No. 92

M.P. DR. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
Radicado No. 36125 - 31 de agosto de 2011

La Sala ha de advertir que el fenómeno del delito permanente, como se rotula la conducta punible de concierto para delinquir agravado atribuida al desmovilizado, ya ha sido tratado en sus limitaciones fácticas y efectos a futuro.

A ese efecto, en salvamento de voto a decisión del 18 de noviembre de 2004, en el radicado 20005, se señaló la necesidad de establecer un límite al delito permanente que se seguía ejecutando, para efectos de definir históricamente cuáles hechos son objeto de sanción penal, fijándose el cierre de investigación como tope fáctico y jurídico.

Ese salvamento fue retomado, ya como tesis principal, en sentencia del 20 de junio de 2005, radicado 19915, donde se reiteró que:

“Ciertamente, si lo que se pretende en el proceso penal es juzgar las conductas punibles a partir de la indagación que el ente instructor realiza de comportamientos cuya ejecución se inició obviamente con anterioridad, aunque continúe realizándose en el tiempo, investigación que se concreta en el doble acto de imputación fáctica –que compendia las circunstancias de tiempo, modo y lugar de comisión del hecho- y jurídica –que califica la conducta desde la normativa penal- contenida en la acusación, aún tratándose de delitos de ejecución permanente existe un límite a la averiguación, de manera que cuando se convoca a juicio al procesado su conducta posterior no podrá ser objeto de análisis ni de reproche en el mismo proceso sino, acaso, en otro diferente.

Que ese límite o momento cierto en el que el Estado define los términos del juzgamiento lo constituye la resolución acusatoria, ya había sido señalado por la Corte cuando, a propósito del examen del principio de congruencia, anotó:

*La resolución de acusación es acto fundamental del proceso dado que tiene por finalidad garantizar la unidad jurídica y conceptual del mismo, delimitar el ámbito en que va a desenvolverse el juicio y, en consecuencia, fijar las pautas del proceso como contradictorio. Por eso la ley regula los presupuestos procesales de la acusación (art. 438), sus requisitos sustanciales (art. 441) y su estructura formal (art. 442). Por eso también la ley, al regular la estructura de la sentencia recoge el concepto de acusación como punto de referencia obligado (art. 180 # 1, 3, 5, 7) y señala como vicio de la misma, demandable en casación, su falta de correspondencia (art. 220 #2).*²⁵⁷

En la misma providencia, precisó respecto de los delitos de ejecución permanente que el límite cronológico máximo de la imputación es el de la acusación y por tanto la sentencia debe atenerse al mismo.

4. En consecuencia, como con la ejecutoria de la resolución de acusación se hace, por así decirlo, un corte de cuentas en el delito permanente que permite valorar el comportamiento ilícito que el procesado realizó por lo menos hasta el cierre de la investigación, se debe aceptar como cierto, aunque en veces sea apenas una ficción, que allí cesó el proceder delictivo y, en consecuencia,

i) los actos posteriores podrán ser objeto de un proceso distinto; y, ii), a partir de ese momento es viable contabilizar por regla general el término ordinario de prescripción de la acción penal como que, en virtud de la decisión estatal, ha quedado superado ese “último acto” a que se refiere el inciso 2º del artículo 84 del Código Penal.

5. Se afirma que por regla general, porque es factible que antes de esa fecha se realicen actos positivos que demuestren que cesó la ilicitud –verbigracia, que se haga dejación de las armas- o se aprehenda al rebelde, casos en los cuales en esas ocasiones, en principio, se debe entender cumplido el último acto de ejecución del delito permanente para efectos de la prescripción de la acción penal”.

En el caso examinado evidente surge la aplicación de la jurisprudencia transcrita, dada la identidad fáctica y jurídica de los casos contrastados.

²⁵⁷ Sentencia, radicado No. 13588 del 3 de noviembre de 1999.

Al efecto, está claro que no se trata de condenar dos veces por el mismo hecho, ni de pasar por alto el principio de cosa juzgada, pues, la sentencia proferida (...) remitió exclusivamente a la conducta ejecutada hasta el 2 de diciembre de 2001, y la que ahora se le atribuye al postulado delimita lo realizado a partir de ese momento.

Por lo demás, en términos lógicos y de política criminal, asoma un verdadero contrasentido que el proferimiento de una sentencia, cuando la persona prosigue en su incursión criminal dentro del espectro del delito permanente, se alce como una especie de patente de corso o certificado de inmunidad penal para que nada enerve esa propensión delictuosa, y desde luego la profunda afectación del bien jurídico tutelado, pues, ya no podrá ser sancionado por los eventos posteriores, que así ejecutará en absoluta impunidad.

4. Naturaleza de los crímenes atribuidos a grupos paramilitares

Extracto No. 93

M.P. DR. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
Radicado No. 36125 - 31 de agosto de 2011

En Colombia se cumplen todos los presupuestos establecidos por la normatividad internacional para advertir la existencia de conflicto armado interno, a partir de lo cual fue detallada la diferencia entre delitos de lesa humanidad y aquellos que afectan el D.I.H., significándose que perfectamente, en los crímenes atribuidos a los grupos paramilitares, pueden coincidir ambas categorías.

El Proceso Penal de Justicia y Paz. Compilación de autos y sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Tomo III, se terminó de imprimir en el mes de diciembre de 2011 en los talleres de Opciones Gráficas Editores Ltda., en la ciudad de Bogotá, D.C., Colombia. Somos una empresa responsable con el ambiente.

