

Normas A.P.A.

López Díaz, C., (2010), Nulidad y Ley de Justicia y Paz: Auto de 31 julio 2009, Sala de Casación Penal, radicado 31539. [Versión electrónica] consultado día- mes- año: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp3/nulidad-ley-justicia-pazdp3.pdf , Cuadernos de Derecho Penal No. 3, Pág. 181.

Normas Icontec

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Nulidad y Ley de Justicia y Paz: Auto de 31 julio 2009, Sala de Casación Penal, radicado 31539. En Cuadernos de Derecho Penal [En línea]. No. 3 (2010). [Acceso: día-mes-año] Disponible en: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp3/nulidad-ley-justicia-pazdp3.pdf

NULIDAD Y LEY DE JUSTICIA Y PAZ

PROFESORA CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ*

El delito de concierto para delinquir es vital y esencial dentro del proceso de justicia y paz. Por ello no es factible admitir que un trámite de esta naturaleza finalice sin la presencia de esa conducta punible, como tampoco puede concebirse que en la sentencia no se declare la responsabilidad del desmovilizado dentro de la organización al margen de la ley y su ingreso a ella para delinquir. La labor de la Fiscalía y de los demás funcionarios que intervienen en la actuación está orientada a indagar fenómenos propios de la criminalidad organizada. En ese contexto, el fallo que ponga fin a la actuación debe sancionar en primera instancia por la pertenencia al grupo armado ilegal, porque, si se quiere, los delitos restantes resultan colaterales, en cuanto derivan de la existencia de ese grupo, son su consecuencia y, por tanto, solo pueden ser cobijados en la sentencia proferida al amparo de la Ley 975 de 2005 si, y solo si, previamente obra condena por concierto, pues aquellos dependen de éste. No hacerlo conduce, entonces, a la declaratoria de nulidad de la actuación. Además, la Sala de Casación Penal traza, diversas directrices que en su opinión han de observarse en los procesos de justicia y paz.

A. LA SENTENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

San Andrés Islas Providencia y Santa Catalina, treinta y uno (31) de julio de dos mil nueve (2009).

* Doctora en Derecho, Investigadora adscrita al Departamento de Derecho Penal de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda; coordinadora del Programa en Derecho Procesal Penal de la Maestría en Derecho de la misma casa de estudios.

VISTOS

El 19 de marzo del año en curso la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió sentencia por medio de la cual declaró elegible, para acceder a los beneficios contemplados en la Ley de Justicia y Paz, a WILSON SALAZAR CARRASCAL, alias “el loro”, “cepillo” y “Lorenzo”, desmovilizado de las autodefensas unidas de Colombia.

Los representantes del Ministerio Público y de las víctimas interpusieron recurso de apelación, que fue sustentado ante esta Sala de Casación el pasado 2 de junio.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. El Fiscal Décimo de la Unidad de Justicia y Paz, con sede en la ciudad de Barranquilla, le recibió versión a SALAZAR CARRASCAL durante los días 14 y 15 de diciembre de 2006, 9, 10 y 11 de enero de 2007 y 7 y 8 de febrero de 2007.

2. El Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla, con funciones de control de garantías, celebró la audiencia de formulación de imputación el 18 de octubre de 2007 y la de formulación de cargos el 28 de enero de 2008.

En esta última impartió aprobación a los cargos: (i) **uno**, doble homicidio agravado; (ii) **tres**, falsedad material en documento público, tipificada en el artículo 287 de la Ley 599 de 2000, y (iii) **cuatro**, extorsión, tipificada en el artículo 244 del mismo estatuto sustancial, formulados por la fiscalía. No procedió igual respecto del cargo **dos**, falsedad material de particular en documento público, contenida en el artículo 220 del Código Penal de 1980, por considerar que la acción penal se encontraba prescrita.

3. El 1° de abril de 2008 la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla celebró audiencia en la que declaró la legalidad de la aceptación de los cargos formulados a SALAZAR CARRASCAL. Esa decisión fue recurrida por la representante del Ministerio Público y por el defensor, quienes reclamaron, entre otros aspectos, la nulidad por no haberse incluido el delito de concierto para delinquir.

4. El 28 de mayo de 2008, al desatar la impugnación, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no decretó la nulidad pero dispuso que por cuerda paralela y subsiguiente se formulara la imputación relativa al concierto para delinquir agravado y a las otras atribuciones que surgieran de las indagaciones sobre los daños colectivamente causados por la organización, *durante y con ocasión de la militancia* de WILSON SALAZAR CARRASCAL.

5. La Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá avocó el conocimiento del asunto el 14 de julio de 2008 y, a través de las audiencias celebradas los días 13 y 19 de agosto y 6 y 7 de noviembre del mismo año, agotó el trámite incidental de reparación. Con posterioridad, escuchó a los intervinientes en sus alegaciones conclusivas, en audiencias que se realizaron los días 2 de diciembre siguiente y 19 y 26 de enero de 2009.

6. El 19 de marzo del año en curso dictó sentencia de primera instancia, en virtud de la cual *(i)* declaró al procesado elegible para acceder a los beneficios contemplados en la Ley de Justicia y Paz; *(ii)* lo halló responsable de la comisión de los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo, extorsión y falsedad material en documentos públicos; *(iii)* le impuso la pena principal de cuatrocientos sesenta (460) meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de veinte (20) años; *(iv)* le concedió el beneficio de la pena alternativa por un periodo de setenta (70) meses de privación de la libertad, y, como consecuencia de ello, *(v)* le suspendió el cumplimiento de la pena ordinaria.

Además, atendiendo el contenido del auto del 28 de mayo de 2008¹, dictado por esta Sala, dispuso la suspensión condicionada de la pena alternativa hasta tanto la Fiscalía Delegada ante la Unidad de Justicia y Paz realizara la imputación del delito de concierto para delinquir agravado y de los nuevos punibles aceptados por SALAZAR CARRASCAL.

7. El fallo fue recurrido en apelación por el representante del Ministerio Público y por los representantes de las víctimas.

CONSIDERACIONES

1. Sería del caso resolver los recursos propuestos, si no fuera porque se advierte una irregularidad sustancial que obliga a la Corte a invalidar lo actuado a partir del acto de formulación de cargos, inclusive.

Estas son las razones:

1.1. En el marco de la regulación normativa de la Ley 975 de 2005, las actividades delictivas objeto de atribución responden a fenómenos propios de la criminalidad organizada, cuya ejecución y consumación se dinamiza en el contexto de la concertación interna de cada bloque o frente. Bajo este presupuesto, la construcción de la verdad histórica debe tener como punto de partida el esclarecimiento de los motivos por los cuales se conformó la organización ilegal, las cadenas de mando, el modelo delictivo del grupo, la estructura de poder, las órdenes impartidas, los planes criminales trazados, las acciones delictivas que sus integrantes hicieron efectivas para el logro sistemático de sus objetivos, las razones de la victimización y la

¹ Radicado 29.560.

constatación de los daños individual y colectivamente causados, con miras a establecer tanto la responsabilidad del grupo armado ilegal como la del desmovilizado.

En ese sentido, la sentencia de constitucionalidad C-370 del 18 de mayo de 2006, precisó:

“...que para la ley bajo examen resulta particularmente relevante la causalidad existente entre los hechos punibles judicializados y la actividad de los grupos armados específicos que después de haberse organizado para cometer delitos decidan desmovilizarse. Esta relación entre la actividad de los individuos que se desmovilizan y su pertenencia al grupo específico dentro del cual delinquieron, genera un nexo de causalidad entre la actividad del grupo específico y los daños ocasionados individual y colectivamente por ese grupo específico dentro del cual realizaron las actividades delictivas. Si bien la responsabilidad penal continúa siendo individual, la responsabilidad civil derivada del hecho punible admite el elemento de la solidaridad, no solamente entre los penalmente responsables, sino respecto de quienes por decisión judicial hayan sido calificados como miembros del grupo armado específico, entendido como el frente o el bloque al que se impute causalmente el hecho constitutivo del daño, en virtud de la relación de causalidad que se estructura entre las conductas delictivas que generan el daño y la actividad en concreto de ese grupo específico que actúa al margen de la ley al cual pertenecieron los desmovilizados. 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, lo que fundamenta la responsabilidad civil del grupo específico al amparo del cual cometieron los delitos juzgados por parte de miembros de un grupo armado determinado, calificados como tales judicialmente.”

Emerge de lo anterior, que los objetivos de política criminal dispuestos en la Ley de Justicia y Paz atienden a violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, cuyo juzgamiento y fallo se centran en la vinculación al grupo armado ilegal (concierto para delinquir) y no, como se ha insistido, en conductas punibles individualmente causadas porque, entonces, su investigación y juzgamiento sería de competencia de la justicia ordinaria (resalta la Sala).

Bajo ese entendido no se discute que, a diferencia de lo que ocurre en los procesos ordinarios, los fallos que se profieran al amparo de la Ley de Justicia y Paz tienen una carga argumentativa mayor en lo que corresponde al examen de los fenómenos de macrocriminalidad y de violaciones sistemáticas y generalizadas de derechos humanos, atendiendo además al marco internacional. Por consiguiente, el funcionario judicial debe no solo analizar el caso concreto sino contextualizarlo dentro del conflicto, identificando los patrones de violencia y los demás actores seguramente de rango superior que también son responsables.

1.2. Una observación completa de la actuación sometida a examen conduce a pregonar, de manera anticipada, que la posibilidad de *“facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”*, como es el objetivo trazado en la Ley 975 de 2005, no puede edificarse sin atender al marco dentro del cual WILSON SALAZAR CARRASCAL cometió los hechos delictivos objeto de atribución, esto es, *durante y con ocasión* de su pertenencia al bloque “Héctor Julio Peinado Becerra” de las autodefensas del sur del Cesar.

Es claro, que si los destinatarios de la Ley son los miembros de grupos armados ilegales, las conductas punibles respecto de las cuales se ha de proferir sentencia con miras a la imposición de pena alternativa, debieron haberse cometido al interior de la respectiva organización, efecto para el cual el delito de concierto para delinquir se perfila en un componente obligado en la formulación de imputación, la formulación de cargos y el fallo, de lo cual adolece esta actuación.

1.3. La Sala ha sostenido, de manera restringida aunque no es lo aconsejable, que las *imputaciones parciales* son compatibles con el proceso de justicia y paz y con la normativa que lo regula.

Inicialmente en el auto del *28 de mayo de 2008*², a propósito de resolver un recurso de apelación formulado dentro de este mismo proceso, advirtió que la imputación hecha no era completa y dispuso que por cuerda paralela se formulara imputación por el delito que tanto la defensa como el Ministerio Público echaban de menos -concierto para delinquir agravado-, así como por los demás que surgieran de indagaciones sobre los daños colectivamente causados por la organización, *durante y con ocasión de la militancia del señor Salazar Carrascal, conforme a las fronteras espaciales y temporales específicas de aquella*, y se instó a la Fiscalía General para que ello sucediera.

Luego, en auto del *23 de julio del mismo año*³, advirtió que tal hipótesis era perfectamente viable y no lesionaba garantías fundamentales, derechos de las víctimas ni chocaba con el principio de unidad procesal.

Tratándose de postulados que soportan condenas por delitos que no tienen relación con el conflicto armado o en su contra se siguen causas penales, se pronunció en los autos del 9 de febrero⁴ y del 18 de febrero de 2009⁵, señalando que en estos eventos es posible realizar la imputación parcial prevista en el párrafo del artículo 5° del Decreto 4760 de 2005.

² Radicado 29.560.

³ Radicado 30.120.

⁴ Radicado 30.955.

⁵ Radicado 30.775.

Sin duda, la finalidad de las imputaciones parciales es imprimir agilidad al proceso y brindar seguridad progresiva en torno a la *“judicialización de lo que el desmovilizado confiese inicialmente en la primera parte de su versión libre, con miras a que la privación de su libertad tenga como soporte una medida de aseguramiento legalmente impuesta, con fundamento en hechos precisos...”*.⁶

Sin embargo, la Sala debe precisar que, a pesar de que las imputaciones parciales pretenden dar agilidad al proceso y no afectan de manera concreta ni con intensidad importante los derechos del justiciable y de las víctimas, no pueden convertirse en una práctica común a todos los procesos de justicia y paz.

En efecto, lo ideal es que la imputación sea completa, esto es, que abarque todos los delitos que se deriven de la versión libre rendida por el desmovilizado, de los elementos materiales probatorios, de la evidencia física y de la información legalmente obtenida, en tanto permite que la fiscalía, el magistrado de control de garantías y la Sala de conocimiento tengan una visión íntegra, completa y común sobre sus actividades y las del grupo al que pertenece. Por ello, las imputaciones parciales no pueden convertirse en una herramienta usual por parte de la fiscalía, sino extraordinaria.

Proceder de manera diversa refleja negligencia de dicho ente en el cumplimiento de sus funciones de investigación, comprobación y verificación y podría, eventualmente, entorpecer la garantía de verdad, justicia y reparación de las víctimas.

En todo caso, debe resaltarse que el delito de concierto para delinquir es *vital y esencial* dentro del proceso de justicia y paz. Por ello no es factible admitir que un trámite de esta naturaleza finalice sin la presencia de esa conducta punible, como tampoco puede concebirse que en la sentencia no se declare la responsabilidad del desmovilizado dentro de la organización al margen de la ley y su ingreso a ella para delinquir. La labor de la fiscalía y de los demás funcionarios que intervienen en la actuación está orientada a indagar fenómenos propios de la criminalidad organizada.

En ese contexto, el fallo que ponga fin a la actuación debe sancionar en primera instancia por la pertenencia al grupo armado ilegal, porque, si se quiere, los delitos restantes resultan colaterales, en cuanto derivan de la existencia de ese grupo, son su consecuencia y, por tanto, solo pueden ser cobijados en la sentencia proferida al amparo de la Ley 975 de 2005 si, y solo si, previamente obra condena por concierto, pues aquellos dependen de éste.

⁶ Auto del 9 de febrero ya citado.

1.4. En razón a lo expuesto, la Corte debe precisar lo consignado en el auto del 28 de mayo de 2008, en el sentido que si bien efectuar imputaciones parciales no socava la estructura del proceso como es debido, las mismas deben ser extraordinarias.

No obstante, de presentarse esa situación inusual las actuaciones dentro del contexto deberán unirse antes de proferirse fallo de primera instancia y, específicamente en el momento de la formulación de cargos, para que este acto se realice como una unidad.

En consecuencia, no se podrá dictar sentencia sin que se haya agotado la actuación correspondiente al delito de concierto para delinquir. El legislador, en la Ley de Justicia y Paz (artículo 24), previó que la sentencia condenatoria, además de contener la pena principal y las accesorias, debe incluir *la pena alternativa*, los compromisos de comportamiento del desmovilizado, las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas y la extinción del dominio de los bienes que serán destinados a la reparación, beneficios supeditados a su desmovilización y, por ende, a la sanción por su pertenencia al grupo, de donde surge que esa conducta punible -concierto para delinquir- es un elemento sustancial del proceso de justicia paz y, por ende, requisito *sine qua non* para la imposición de la pena alternativa.

Por consiguiente, la Sala de Justicia y Paz no podía dictar la sentencia objeto del recurso propuesto, hasta tanto el fallo no estuviese en posición de incluir, necesariamente, el delito de concierto para delinquir.

1.5. La Corte reconoce que el *a-quo* atendió a los términos generales del referido auto del 28 de mayo de 2008 y, como consecuencia de la formulación parcial de cargos, profirió sentencia y supeditó la aplicación de la pena alternativa a la prosperidad de la actuación paralela que se ordenaba por las imputaciones omitidas, en la que se incluía el concierto para delinquir.

Sin embargo, de los argumentos precedentes surge que, ante la ausencia de pronunciamiento respecto del delito base en la Ley de Justicia y Paz -concierto para delinquir- no es posible aplicar la pena alternativa y, obviamente, es utópico proferir una sentencia que no evidencie el nexo de causalidad entre los hechos imputados a SALAZAR CARRASCAL y su ejecución y consumación al interior de la organización armada ilegal.

Por tanto, surge en este caso una falencia grave que choca con la estructura del proceso y que conduce a declarar la nulidad de lo actuado, puesto que –se insiste– uno de los requisitos legales de la sentencia dentro de un proceso de Justicia y Paz es la inclusión de la pena alternativa, y si a SALAZAR CARRASCAL no se le han formulado cargos, y menos ha sido juzgado, por el delito de concierto para delinquir, es inviable reconocerle requisitos de elegibilidad para acceder a dicho beneficio, que esencialmente se otorga por su condición de integrante desmovilizado del grupo armado ilegal.

1.6. En conclusión:

- a) La sentencia que dentro de un proceso de justicia y paz se profiera debe identificar la actuación del desmovilizado al interior del grupo armado y del frente al que pertenecía, sus actividades, la estructura de poder interna, el modelo delictivo de ese grupo, las órdenes impartidas y los planes criminales trazados, para contextualizar los delitos por los que se condena dentro del ataque generalizado y sistemático a la población civil, tal como se precisará al momento de analizar la normativa aplicable a esta materia.
- b) No es posible dictar sentencia sin que al postulado se le hayan formulado cargos por el delito de concierto para delinquir, pues aquella debe proferirse en primer lugar por esta conducta, en tanto que las demás son consecuencia de ésta.
- c) Las imputaciones parciales aceptadas dentro del proceso de justicia y paz, no pueden convertirse en práctica generalizada, y cuando a ellas haya lugar, las actuaciones adelantadas en forma paralela y separada, deben fusionarse en el acto de formulación de cargos.

1.7. Por las razones expuestas, se invalidará lo actuado a partir del acto de formulación de cargos, inclusive, y se devolverá el expediente a la Fiscalía de Justicia y Paz de Barranquilla para que, llegado el momento procesal oportuno en el trámite que en la actualidad adelanta por cuerda paralela en cumplimiento de lo dispuesto por esta Corporación en el plurimencionado auto del 28 de mayo de 2008, proceda a formular cargos contra WILSON SALAZAR CARRASCAL por: el delito de concierto para delinquir, los delitos objeto de esta actuación y los demás a que haya lugar, atendiendo al Bloque de Constitucionalidad.

En el desarrollo de ese ejercicio argumentativo, el instructor deberá observar la valoración jurídica de cada una de las conductas punibles conforme al presupuesto de tipicidad estricta, imputación fáctica, categorías de atribución cometidas por el desmovilizado en su condición de militante del grupo armado ilegal. Así mismo, por tratarse de conductas cometidas por colectividades criminales, al momento de adecuar típicamente esos comportamientos atenderá a la normatividad interna, al bloque de constitucionalidad y a los postulados del derecho internacional y del derecho internacional humanitario, conforme de analizará más adelante.

La asunción a esta fase de la actuación presupone el cumplimiento, por parte de la Fiscalía, de una investigación ceñida a las previsiones del artículo 15 de la Ley de Justicia y Paz, con miras a concretar que la comisión de las conductas responden a un ataque sistemático y generalizado a la población civil por parte de la organización delictiva en la que militó el desmovilizado. Por ello, según el precepto, las indagaciones deben establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron los hechos punibles, las

condiciones de vida, sociales, familiares e individuales del imputado o acusado y su conducta anterior; los antecedentes judiciales y de policía y los daños que individual y *colectivamente* haya causado de manera directa a las víctimas, tales como lesiones físicas o psicológicas, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de derechos fundamentales.

Por su parte, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, al momento de realizar el control formal y material de toda la actuación, además de verificar si la aceptación de los cargos fue espontánea, libre y voluntaria, si se cumple el presupuesto de *verdad* en la revelación de los hechos, si se satisfacen los requisitos de elegibilidad, si las víctimas están legalmente representadas, entre otros aspectos, constatará la pertenencia de WILSON SALAZAR CARRASCAL a la organización armada ilegal y, de contera, la comisión de los hechos delictivos *durante y con ocasión* de esa militancia.

Una vez verifique el cabal cumplimiento de las expectativas y los mandatos legalmente consagrados en punto de la verdad, la justicia y la reparación a las víctimas, proferirá nuevo fallo en el que resuelva sobre todas las conductas punibles, incluido obviamente el delito base, en el que habrá de observar los lineamientos expuestos en este proveído.

2. Atendiendo a que el asunto regresará a la Fiscalía, la Corte aprovechará este espacio para recordar algunas pautas ya trazadas sobre el trámite de los procesos de justicia y paz, la actuación de la fiscalía y de los magistrados que cumplen funciones de control de garantías y funciones de conocimiento.

Es necesario que la judicatura comprenda el papel que cumplen 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 sólo por la corrección jurídica de sus decisiones sino también, por armonizarla con contenidos materiales de Justicia porque de lo contrario, la judicatura colombiana no estaría en el camino de superar las épocas del más rígido formalismo jurídico. En suma, el “deber de cumplir y hacer cumplir” como compromiso convencional, ata al Estado en un todo.

2.1. Principios y bloque de constitucionalidad.

La dinámica procesal consagrada en la Ley de Justicia y Paz reclama de los funcionarios judiciales la plena observancia de normas constitucionales y de instrumentos internacionales, en orden a que eviten incurrir en irregularidades que impidan avanzar en este proceso de reconciliación.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política *nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

Esa consagración constitucional del principio de legalidad de los delitos y de las penas, reconocido desde la época de la Revolución Francesa, protege y garantiza la libertad y la igualdad de las personas contra posibles arbitrariedades de los jueces. Dicho postulado exige que quienes vayan a ser objeto de una sanción penal conozcan con anticipación las conductas que son reprochables por el legislador y las sanciones que habrán de imponerse.

La *reserva legal*, como expresión de la soberanía popular y del principio democrático, asegura que sea el Congreso de la República el que defina las conductas punibles y sus sanciones. La *irretroactividad* garantiza que no se apliquen sanciones *ex post facto*, es decir, establecidas con posterioridad a la realización de los hechos.

A nivel global ese postulado está contenido en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷ pero con el reconocimiento expreso de los actos u omisiones señalados como delictivos tanto en el derecho nacional como en el foráneo, y le otorga preponderancia a los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad multilateral:

“Artículo 15. 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

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

El Constituyente de 1991 (artículo 93 de la Carta Política) fue claro en señalar que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Con el fin de armonizar ese artículo con el 4º *ibídem*, la Corte Constitucional acudió a la noción de *bloque de constitucionalidad*, que definió así:

"el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes,

⁷ Entró en vigor el 23 de marzo de 1976 por virtud de la Ley 74 de 1968.

por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.”⁸

De acuerdo con la jurisprudencia, los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (artículos 93 y 214, numeral 2°, de la Carta Política) forman con el resto del texto constitucional un *bloque de constitucionalidad*.

La obligatoriedad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad imponen al Estado –todo- adaptar las normas internas a los contenidos del derecho internacional humanitario.

En este orden de ideas, las autoridades colombianas deben observar no solo la normatividad interna sino aquella integrada en el bloque de constitucionalidad y las decisiones proferidas por organismos internacionales, tales como el Comité de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Bajo esos parámetros, la labor de la fiscalía, no solo en la etapa de investigación y verificación sino de adecuación típica de la conducta, así como la de los jueces que de alguna manera intervienen en los procesos de justicia y paz, debe estar orientada por esos principios y mandatos *superiores*.

Esa labor no puede ser ajena, entonces, a los postulados del derecho internacional de derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Por ejemplo, el homicidio en persona protegida hace parte del género de delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional y con el fin de cumplir y hacer efectivas las normas del derecho internacional humanitario el legislador de 2000 lo tipificó como delito.

En efecto, los artículos 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra⁹ y 4 del Protocolo II Adicional¹⁰ contemplan la protección que, en caso de conflicto armado no internacional, debe prodigarse a las personas que no participen directamente en las hostilidades o han dejado de participar en ellas, y prohíbe los atentados contra su vida, la salud y la integridad física o mental, en particular el homicidio y los tratos crueles.

Es sin duda un tipo penal que los funcionarios judiciales deben aplicar en un escenario de conflicto armado internacional o no internacional, puesto que el reproche se dirige a conductas cometidas contra personas que no

⁸ Sentencia de C-225 del 18 de mayo de 1995.

⁹ Entraron en vigor para Colombia el 8 de mayo de 1962 por virtud de la Ley 5 de 1960.

¹⁰ Entró en vigencia el 15 de febrero de 1996 por virtud de la Ley 171 de 1994.

hacen parte de las hostilidades y a quienes debe brindarse protección frente a ataques que no están obligadas a soportar.

2.2. Estructura¹¹.

2.2.1. El procedimiento establecido en la Ley 975 de 2005 está integrado por dos etapas: *una administrativa y otra judicial*.

La *primera*, a cargo del Gobierno Nacional que elabora la lista con los nombres de los miembros de grupos armados al margen de la ley que aspiren a obtener los beneficios de la Ley 975. La *segunda*, corresponde a la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, una vez reciba la lista correspondiente, y culmina en los Tribunales de Justicia y Paz.

2.2.2. Antes de escuchar en versión libre al postulado, le corresponde al fiscal de la Unidad Nacional de Justicia y Paz¹² adelantar las *actividades investigativas* necesarias tendientes a: determinar los autores intelectuales, materiales y partícipes; esclarecer las conductas punibles cometidas; identificar los bienes, las fuentes de financiación y el armamento de los respectivos grupos armados al margen de la ley; realizar los cruces de información, y todas las demás diligencias encaminadas al esclarecimiento de la verdad, dentro de un término que no puede superar los seis (6) meses, de acuerdo con el artículo 325 de la Ley 600 de 2000.

2.2.3. Solo una vez culminada la actuación previa el fiscal asignado contará con suficientes elementos de juicio para realizar la diligencia de *versión libre*.

El fiscal tiene la posibilidad de evacuar las versiones en varias sesiones¹³. Ello, por razones eminentemente prácticas, atendiendo la complejidad de los casos, las características de los hechos atribuidos al desmovilizado y al grupo armado al margen de la ley, la obligación legal y constitucional de propiciar que la verdad sea completa y veraz, y la necesidad de garantizar la participación de las víctimas.

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

¹¹ Cfr. Autos de segunda instancia 27873 del 27 de agosto de 2007, 28250 del 25 de septiembre de 2007, 28040 del 23 de agosto de 2007, 30120 del 23 de julio de 2008, 30775 del 18 de febrero de 2009 y 31162 del 11 de marzo de 2009.

¹² Artículos 15, 16 y 17 de la Ley; 4, 9, 1 de los decretos 4760 de 2005, 3391 de 2006 y 4417 de 2006.

¹³ Cfr. Autos de segunda instancia 30120 del 23 de julio de 2008 y 30775 del 18 de febrero de 2009.

si es su voluntad expresa de acogerse al procedimiento y beneficios de la Ley, como requisito para adelantar las demás etapas del proceso judicial¹⁴.

El desmovilizado, por su parte, está obligado a efectuar una confesión completa y veraz¹⁵ 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 transicional¹⁶, y constituye presupuesto esencial para acceder a ellos¹⁷. 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.

2.2.4. Para el ejercicio de su función investigativa y la eficacia de la versión libre, la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía debe elaborar un *plan metodológico* completo respecto de las posibles hipótesis delictivas. El Fiscal General de la Nación desempeña un importante cometido en el asunto, en cuanto es quien debe impartir las instrucciones generales a esa Unidad¹⁸.

Esa estrategia de trabajo¹⁹ debe partir de dos presupuestos mínimos: (i) que el postulado es un confeso transgresor del delito de concierto para delinquir agravado y (ii) que su militancia se desarrolló en un tiempo y en unos lugares específicos. El estudio correlativo radicará en los daños causados individual y colectivamente por el desmovilizado.

¹⁴ Artículo 1 del Decreto 2898 de 2006.

¹⁵ 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 9 del Decreto 3391 de 2006 y 5 del Decreto 4760 de 2005.

¹⁶ Cfr. Autos de segunda instancia 30120 del 23 de julio de 2008, 30998 del 12 de febrero de 2009.

¹⁷ Cfr. Auto de segunda instancia 31150 del 12 de mayo de 2009.

¹⁸ Artículo 5, inciso 4, del Decreto 4760 de 2005.

¹⁹ Cfr. Auto de segunda instancia 29560 del 28 de mayo de 2008.

Ese ejercicio metodológico aproximará al acusador a una verdad que deberá declararse judicialmente y luego difundirse y sancionarse, y sobre ella se hará catarsis con la finalidad de garantizar la no repetición de este tipo de criminalidad.

Lo anterior no obsta para que en el curso de la versión del desmovilizado la fiscalía adelante actos investigativos de verificación²⁰. 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.

2.2.5. Una vez agotado lo anterior el fiscal solicitará al magistrado con funciones de control de garantías programar una audiencia para realizar la *imputación*.

Se trata de una comunicación que se hace al desmovilizado sobre los hechos jurídicamente relevantes que se investigan en su contra²¹, y que tendrá lugar cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física, información legalmente obtenida, o de la versión libre pueda inferirse razonablemente que aquél es autor o partícipe de uno o varios delitos que se investigan. Su finalidad no es otra que la formalización de la iniciación de la investigación penal.

Durante esa audiencia no solo se hará la imputación de los cargos, sino que solicitará la imposición de medida de detención preventiva y la adopción de medidas cautelares.

Conviene destacar que esa *imputación* es *fáctica*²², de modo que habrá de abordar las características delictivas que provisionalmente se le atribuyen y que se están investigando. Es más esa noticia especial debe comprender el universo de los hechos revelados y conocidos, porque el legislador ha previsto que obedezca a la descripción de todos los hechos confesados de forma completa y veraz, y de los que conozca dentro del ámbito de su competencia²³.

En relación con los hechos que pueden ser objeto del tratamiento especial consagrado en Ley 975 de 2005, se han identificado tres escenarios diferentes²⁴

²⁰ Cfr. Auto de segunda instancia 29992 del 28 de julio de 2008.

²¹ Cfr. Auto de segunda instancia 27484 del 8 de junio de 2008.

²² Artículo 18, inciso 2, de la Ley 975.

²³ Cfr. Auto de segunda instancia 30120 del 23 de julio de 2008.

²⁴ Cfr. Auto de segunda instancia 30998 del 12 de febrero de 2009.

bajo el entendido que respecto de todos confluje la exigencia de su ocurrencia *durante y con ocasión* de la pertenencia al grupo desmovilizado al margen de la ley: (i) aquellos que no han sido investigados y son confesados por el desmovilizado en la audiencia de versión libre o verificados por la Fiscalía con posterioridad, que son precisamente los que corresponde tabular en el trámite diseñado por la ley de justicia y paz; (ii) los que están siendo investigados por otra jurisdicción, que se acumulan a este trámite especial, de conformidad con los artículos 20 y 22 de la Ley, y 11 del Decreto 3391 de 2006. En este evento, una vez se imponga medida de aseguramiento por el Magistrado de control de garantías, se suspende el proceso ordinario, se incluyen en la formulación de cargos y, finalmente, una vez se acepte el escrito de acusación por la Sala de conocimiento, se acumulan al diligenciamiento propio de la justicia transicional. Y, (iii) los que ya han sido objeto de pronunciamiento judicial por vía ordinaria, con condena, en donde el mencionado artículo 20 de la Ley permite la acumulación de penas, atendiendo al estudio de constitucionalidad contenido en la sentencia C-370 de 2006.

Ahora bien, en cuanto a los *hechos no confesados*²⁵, el artículo 25 de la Ley estipula que deben investigarse y juzgarse conforme a la ley vigente al momento de la comisión de los mismos, excluyéndolos obviamente de los beneficios mencionados.

Respecto a los *hechos cometidos con posterioridad a la desmovilización*²⁶, debe tenerse en cuenta que como la competencia de la fiscalía y de las salas de Justicia y Paz de los Tribunales Superiores está determinada por los delitos cometidos por el postulado hasta el momento de su desmovilización, colectiva o individual, y la averiguación gira sobre lo expuesto en su versión libre, toda investigación que se inicie por las conductas punibles ejecutadas con posterioridad a aquel hecho corresponde a las autoridades ordinarias y la declaratoria judicial de responsabilidad en ese nuevo asunto tendrá incidencia en el trámite y los beneficios que consagra la Ley de Justicia y Paz.

Importa resaltar que la imputación no es un acto que de manera obligada deba suceder a la versión libre. Es un **juicio lógico de probabilidad** que el fiscal ofrece al magistrado de control de garantías²⁷. Por tanto, si a partir de los elementos materiales probatorios, evidencia física o exposición del postulado, el fiscal no logra colegir que aquel fue el autor o participe de uno o varios delitos que se investigan, sólo podrá imputar la comisión de conductas punibles que cumplan con ese **presupuesto de razonabilidad**²⁸. No se olvide que el fundamento argumentativo de la imputación debe comprender la relación de los hechos delictivos que son materia de investigación, los motivos por los cuales se le atribuye provisionalmente

²⁵ Cfr. Auto de segunda instancia 30999 del 24 de febrero de 2009.

²⁶ Cfr. Autos de segunda instancia Nos 30022 y 30744 del 16 de julio y 18 de noviembre de 2008.

²⁷ Cfr. Auto de segunda instancia No 27484 del 8 de junio de 2007,

²⁸ Cfr. Auto de segunda instancia No 30775 del 18 de febrero de 2009.

responsabilidad al postulado a título de autor o partícipe, que no pueden ser distintos a que su ejecución y consumación se llevó a cabo para y dentro de la organización armada ilegal, antes de su desmovilización, y la indicación del medio de prueba desde el cual se logra la inferencia²⁹.

2.2.6. En cuanto a la *solicitud e imposición de medida de aseguramiento*, se ha considerado que ella se supedita a los presupuestos de acreditación sobre el juicio de probabilidad que permita inferir razonadamente que el imputado es autor o partícipe de las conductas delictivas imputadas³⁰ y, que, además, la medida es necesaria, conforme a los criterios desarrollados ampliamente en los artículos 308 y siguientes de la Ley 906 del 2004.

Acorde con lo dispuesto en los artículos 13-3 y 18 de la Ley de Justicia y Paz³¹, tanto la solicitud de la fiscalía de imposición de medida de aseguramiento, como la decisión del funcionario de control de garantías acerca de su procedencia, se profieren en la misma audiencia preliminar de formulación de imputación. Sin embargo, como no existe otra preceptiva legal o reglamentaria que regule, con carácter especial, tales requisitos, procedencia y la posibilidad de sustitución o revocatoria de la medida de aseguramiento, es viable, por virtud de la complementariedad o 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. Por consiguiente, 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 artículo 308 del estatuto procesal de 2004.

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, deberá analizar:

a) Si se cumplen los condicionamientos legales para decretar la medida, ya sea privativa o no de la libertad (artículo 307 de la Ley 906 de 2004), contemplados en el artículo 308 *ibidem*.

Dichos presupuestos se proyectan en un doble sentido: por una parte, determinar si de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente se puede

²⁹ Cfr. Auto de segunda instancia No 31150 del 12 de mayo de 2009.

³⁰ Cfr. Auto de segunda instancia No 27484 del 8 de junio de 2007.

³¹ Cfr. Auto de segunda instancia No 30942 del 9 de febrero de 2009.

inferir razonablemente que el imputado es probable autor o partícipe 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.

b) Sólo 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.

2.2.7. Respecto a la *imposición de medidas cautelares*, inicialmente se sostuvo³² que conforme al artículo 18 de la Ley de Justicia y Paz sólo era posible en el marco de la audiencia de formulación de la imputación o, cuando menos, luego de que tal acto ya se hubiese realizado, esto es, la determinación sobre bienes, de acuerdo con la estructura de la normativa, habría de ser ulterior al acto de formulación de imputación, ya sea en la misma audiencia preliminar o en una posterior.

No obstante, aplicando un criterio de ponderación, precisó que constituye un error mayúsculo aceptar que las medidas cautelares sólo se pueden imponer cuando el desmovilizado culmine su versión libre y luego de que se efectúe el programa metodológico por parte de la Fiscalía para iniciar la investigación, porque con ello se abriría la posibilidad para que bienes afectables sean objeto de disposición o enajenación que complicarían la reparación.

La imposición de medidas que cobijen a los bienes ofrecidos para la reparación de las víctimas está en estrecha vinculación con los derechos de estas a obtener una reparación integral, especialmente en lo que toca con la restitución, a fin de que las cosas regresen a su estado original previo al de la violación, y al de recibir una indemnización que compense económicamente el daño causado. Lo anterior porque sólo a través de la imposición de tales medidas sobre los bienes ofrecidos se logra el cometido de garantizar que salgan de la esfera de disponibilidad del desmovilizado.

La Corporación precisó³³ que como el ofrecimiento de bienes debe ser un acto de plena responsabilidad, el postulado asume 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

³² Cfr. Auto de segunda instancia 28040 del 23 de agosto de 2007.

³³ Cfr. Auto de segunda instancia 30360 del 8 de septiembre de 2008.

ofrece la Ley de Justicia y Paz por haberse resistido a brindar una confesión completa y veraz, y porque con tal conducta está demostrando renuencia a la entrega de sus bienes con el propósito de indemnizar a las víctimas, comportamiento que desvirtúa el objeto de la Ley 975 de 2005 y constituye un grave incumplimiento de los requisitos de elegibilidad previstos en los artículos 10-10.2 y 11-11.5., amén de la posible responsabilidad por el delito de fraude procesal.

El secuestro y embargo siempre son previos a cualquier acto que sobre bienes ejecute el Fondo para la Reparación de Víctimas. Ello es así, porque solamente en la medida en que se tiene un título jurídico para disponer del bien, así sea provisionalmente y mientras se dicta sentencia, el Estado se blindó frente a demandas de responsabilidad patrimonial ejercitadas por terceras personas.

Posteriormente, la Sala³⁴ anunció la necesidad de ampliar el alcance de la jurisprudencia – contenida en el radicado 28040- en el sentido que la afectación de bienes puede llevarse a cabo antes de la audiencia de imputación bajo dos condiciones: (i) que el desmovilizado esté rindiendo la versión libre en la cual haya confesado delitos que a futuro puedan ser cobijados por la pena alternativa y (ii) que tales bienes hayan sido ofrecidos voluntariamente por el desmovilizado con miras a la reparación. Una fórmula similar de comportamiento procesal tendrá cabida frente a la denuncia de bienes que llegaren a ofrecer las víctimas, el Ministerio Público o la Fiscalía, dado que serán (en ese hipotético evento) semejantes las razones de derecho que podrán ofrecerse, así como idéntico será el derecho a proteger.

En efecto, no se viola el debido proceso cuando antes de la formulación de imputación se decreta el embargo y secuestro o la suspensión del poder dispositivo de los bienes entregados por el desmovilizado, si con ello se persigue precisamente garantizar la finalidad primordial del proceso: la reparación.

2.2.8. Dentro de los sesenta (60) días siguientes a la formulación de imputación, la fiscalía, con apoyo de la Policía Judicial, adelantará las labores de investigación y verificación de los hechos admitidos por el imputado y de todos aquellos que tenga conocimiento en el ámbito de su competencia. Ese término podrá prorrogarse por el magistrado de control de garantías hasta por el lapso previsto en el artículo 158 de la Ley 906 de 2004, a solicitud del fiscal o del imputado³⁵.

2.2.9. Finalizado ese plazo, o antes, de ser posible, el fiscal solicitará al magistrado de control de garantías la programación de una audiencia de

³⁴ Cfr. Auto de segunda instancia 30442 del 3 de octubre de 2008, con aclaraciones de voto.

³⁵ Artículo 6, inciso 2, del Decreto 4760 de 2005.

formulación de cargos, en la que³⁶, a través de una valoración jurídica que satisfaga el presupuesto de tipicidad estricta de las conductas punibles, concrete la imputación fáctica y precise las categorías de atribución subjetivas cometidas por el desmovilizado, en su condición de militante de una organización ilegal, para que de manera espontánea, libre, voluntaria, y asistido por su defensor, manifieste qué *cargos o delitos* acepta.

Si los acepta, se remitirá la actuación a la secretaría del Tribunal Superior del Distrito Judicial de conocimiento, en donde se convocará a audiencia pública para examinar si la aceptación fue libre, voluntaria, espontánea y asistida por su defensor. En caso de encontrar reunidas esas condiciones, el magistrado de conocimiento citará para audiencia de sentencia e individualización de pena.

Ese escrito de *formulación* debe cumplir con ciertas exigencias³⁷ puesto que, junto con el acto procesal de control de legalidad material y formal de la aceptación de cargos por parte de la Sala de conocimiento de Justicia y Paz, conforman *la acusación*, respecto de la cual se afirma la congruencia con la sentencia.

En punto del control de legalidad material es necesario constatar los requisitos de elegibilidad del desmovilizado y la ocurrencia de los hechos delictivos *durante y con ocasión* de la militancia en el grupo armado ilegal, la verificación de la voluntad del postulado, el por qué, el cómo y el cuándo de cada crimen, así como la representación legal de las víctimas y la necesidad de prestarles medidas de protección.

Si el imputado no acepta los cargos o se retracta de los develados en la versión libre, la fiscalía remitirá la actuación al funcionario competente en atención a la ley vigente al momento de la comisión de las conductas investigadas. En ese caso, no accederá a los beneficios consagrados en la Ley de Justicia y Paz.

Pero, si los acepta parcialmente, se romperá la unidad procesal en cuanto a los no admitidos, cuya investigación y juzgamiento corresponde a las autoridades competentes conforme a las normas procesales vigentes al momento de su comisión. En relación con los cargos aceptados, se otorgarán los beneficios previstos en la Ley 975.

Dentro de ese contexto estructural suelen presentarse diversas hipótesis relacionadas con la *situación judicial* del postulado al momento de su desmovilización, así³⁸: (i) si al momento de dejar las armas y reinsertarse a la vida civil no soporta medida de aseguramiento ni condenas pendientes,

³⁶ Cfr. Auto de segunda instancia 27484 del 8 de junio de 2007.

³⁷ Cfr. Auto de segunda instancia 29560 del 28 de mayo de 2008.

³⁸ Cfr. Auto de segunda instancia 30955 del 2 de febrero de 2009.

el procedimiento que se sigue a efectos de su imputación es el gobernado por el parágrafo del artículo 5° del Decreto 4760; frente a este evento la Corte se ha pronunciado autorizando la imputación parcial³⁹, situación que hoy encuentra válida en el marco de las reflexiones expuestas en precedencia; (ii) si al momento de la desmovilización se estuvieran adelantando contra el justiciable procesos judiciales por punibles cometidos en desarrollo de su pertenencia al grupo armado ilegal, en los que se le haya impuesto medida de aseguramiento o incluso sentencias condenatorias, el procedimiento a seguir es el previsto en los artículos 10 y 11 del Decreto 3391 de 2006; (iii) si el justiciable se encuentra privado de la libertad como consecuencia de su desmovilización previa, adelantada de conformidad con la Ley 782 de 2002, el trámite que se sigue es el previsto en los artículos 5° y 6° del Decreto 3391 de 2006; y, (iv) cuando luego de su desmovilización es afectado con medida de aseguramiento o condenas impuestas por delitos perpetrados sin relación con el conflicto armado, la solución jurídica se encuentra en el parágrafo del artículo 5° del Decreto 4760 de 2005, que prevé la figura de la imputación parcial de cargos.

La jurisprudencia ejemplificó⁴⁰ que si un desmovilizado está siendo investigado o juzgado por la justicia ordinaria por un delito de homicidio cometido en desarrollo de su pertenencia a esa organización y ocurrido antes del 25 de julio de 2005, no le basta acudir al proceso adelantado en su contra por la justicia transicional y admitir dicho punible. Para beneficiarse de la pena alternativa es menester que en la diligencia de versión libre indique las circunstancias de tiempo, modo y lugar bajo las cuales cometió el crimen, revele el sitio donde quedaron los despojos mortales de la víctima y procure reparar de manera integral los perjuicios causados con su acción delictiva.

A su turno, el magistrado de control de garantías verificará el cumplimiento de tales condiciones, en orden a viabilizar el trámite correspondiente a la aceptación del cargo o cargos, es decir, si confesó de manera completa y veraz los hechos en torno a los cuales se edificó la imputación o acusación formulada en la justicia ordinaria.

2.2.10. En lo atinente a la *acumulación de procesos* se ha afirmado que⁴¹ 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

³⁹ Cfr. Autos de segunda instancia 25960 y 30120 de 28 de mayo y 23 de julio de 2008.

⁴⁰ Cfr. Auto de segunda instancia 31048 del 9 de marzo de 2009.

⁴¹ Cfr. Auto de segunda instancia 28250 del 25 de septiembre de 2007.

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.

2.2.11. Ahora bien; el beneficio contemplado en la Ley para quienes se acojan a este proceso es la *pena alternativa*, pero para acceder a ella es preciso⁴² (i) haber estado vinculado a un grupo armado organizado al margen de la ley⁴³; (ii) ser autor o partícipe de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a dichos grupos, que no estén cobijados por los beneficios de la Ley 782 de 2002⁴⁴; (iii) manifestar por escrito al Gobierno la voluntad de ser postulado para acogerse al procedimiento y a los beneficios de la Ley, declarando bajo juramento el compromiso de cumplir las exigencias previstas en los artículos 10 y 11 *ibidem*, según corresponda⁴⁵; (iv) según se trate de desmovilización colectiva o individual⁴⁶: desmovilización y desmantelamiento del grupo armado ilegal en cumplimiento de acuerdos con el Gobierno Nacional⁴⁷ o desmovilización y dejación de armas en los términos establecidos por el Gobierno Nacional⁴⁸; (v) entregar los bienes producto de la actividad ilegal⁴⁹; (vi) cesar toda interferencia al libre ejercicio de los derechos políticos, libertades públicas y cualquier otra actividad ilícita o cesación de toda actividad ilícita, según se trate de desmovilización colectiva o individual⁵⁰; (vii) que el grupo no se haya organizado para el tráfico de estupefacientes o enriquecimiento ilícito, o la actividad individual no haya tenido como finalidad las mencionadas conductas punibles⁵¹; (viii) en caso de desmovilización colectiva que se haga entrega de todos los menores de edad reclutados al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar⁵²; (ix) en caso de desmovilización colectiva que se liberen las personas secuestradas en poder del grupo⁵³; (x) en caso de desmovilización individual que se suscriba acta de compromiso con el Gobierno Nacional⁵⁴; (xi) en caso de desmovilización individual entregar información o colaborar con el desmantelamiento del grupo al que perteneció⁵⁵; (xii) postulación por parte del Gobierno Nacional⁵⁶; (xiii) rendir versión libre⁵⁷ que permita

⁴² Cfr. Auto de segunda instancia 30999 del 24 de febrero de 2009.

⁴³ Artículos 1 y 2 de la Ley 975 de 2005.

⁴⁴ Artículo 2 *ibidem*.

⁴⁵ Artículo 3 del Decreto 4760 de 2005.

⁴⁶ Artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005.

⁴⁷ Artículos 2 y 10-1 *ibidem*.

⁴⁸ Artículos 2 y 11-3 *ibidem*.

⁴⁹ Artículos 10-2 y 11-5 *ibidem*.

⁵⁰ Artículos 10-4 y 11-4 *ibidem*.

⁵¹ Artículos 10-5 y 11-6 *ibidem*.

⁵² Artículo 10-3 *ibidem*.

⁵³ Artículo 10-6 *ibidem*.

⁵⁴ Artículo 11-2 *ibidem*.

⁵⁵ Artículo 11-1 *ibidem*.

⁵⁶ Artículo 3° Decreto 4760 de 2005.

⁵⁷ Artículo 5° *ibidem*.

el establecimiento de la verdad a partir de la confesión plena y veraz de los hechos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia al grupo⁵⁸; (xiv) ratificación ante el fiscal de la voluntad de acogerse al procedimiento y beneficios de la Ley 975 de 2005⁵⁹; (xv) contribuir decididamente a la reconciliación nacional -paz nacional⁶⁰; (xvi) colaborar efectivamente con la justicia en el esclarecimiento de los delitos⁶¹ -logro del goce efectivo del derecho de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición-⁶²; (xvii) Promesa de no incurrir en nuevas conductas punibles -garantía de no repetición-⁶³; (xviii) reparar a las víctimas⁶⁴; (xix) compromiso de contribuir con su resocialización a través de trabajo, estudio o enseñanza⁶⁵; (xx) Promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al cual perteneció⁶⁶; y, (XXII) que se trate de hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la Ley 975 de 2005 -25 de julio- (artículo 72) y, en caso de conductas de ejecución permanente, que el primer acto se haya producido antes de la vigencia de la mencionada ley⁶⁷.

2.2.12. En lo referente a la *exclusión del trámite y de los beneficios de la Ley de Justicia y Paz*, se ha precisado⁶⁸ que las decisiones que corresponda adoptar, de oficio o a petición de parte, deben ser proferidas con estribo en lo dispuesto por los artículos 19, parágrafo 1, 21 de la Ley 975 de 2005 y 1 del decreto 4417 de 2006. Si es el postulado quien voluntariamente solicita la exclusión, corresponde al Fiscal de la Unidad Nacional de Justicia y Paz, ordenar finalizar el trámite y remitir las diligencias a la justicia ordinaria. Si es el fiscal u otra parte interesada quienes estimen ausente cualquiera de los requisitos para que el postulado sea beneficiado con la pena alternativa, compete a la Sala de Justicia y Paz del Tribunal del Distrito Judicial correspondiente en cualquier etapa procesal, adoptar la decisión, incluso si comprueba oficiosamente, la ausencia de cualquiera de dichos requisitos. Esta decisión, es susceptible del recurso de apelación. En ambos casos, se deberá informar al Gobierno Nacional. También se advirtió que la decisión de exclusión le impide al postulado acceder a futuro nuevamente al trámite y a eventuales beneficios, entre otras evidentes razones, porque la naturaleza y estructura del proceso lo impiden, pues el incumplimiento

⁵⁸ Artículo 2º Decreto 3391 de 2006.

⁵⁹ Artículo 1º Decreto 2898 de 2006.

⁶⁰ Artículos 2º Ley 975 de 2005, 3º, 8º Decreto 4760 de 2005 y 2º Decreto 3391 de 2006.

⁶¹ Artículo 29 Ley 975 de 2005.

⁶² Artículos 3º y 8º Decreto 4760 de 2005 y 2º Decreto 3391 de 2006.

⁶³ Artículos 3º parágrafo 4º Decreto 4760 de 2005 y 2º Decreto 3391 de 2006.

⁶⁴ Artículos 42 y 44 Ley 975 de 2005, 3º y 8º Decreto 4760 de 2005 y 2º Decreto 3391 de 2006.

⁶⁵ Artículos 29 Ley 975 de 2005, 3º y 8º Decreto 4760 de 2005.

⁶⁶ Artículos 29 Ley 975 de 2005.

⁶⁷ Artículo 26 Decreto 4760 de 2005.

⁶⁸ Cfr. Autos de segunda instancia Nos 27873 del 27 de agosto de 2007, 30998 del 12 de febrero de 2009, 31325 del 4 de marzo de 2009, 31162 del 11 de marzo de 2009 y 31234 del 20 de abril de 2009.

de alguno de los presupuestos legalmente establecidos, desconoce de lleno los derechos a la verdad y a la justicia que demanda el otorgamiento de los beneficios. Además, ante el compromiso serio por parte de quienes han sido postulados por el Gobierno Nacional, inadmisibles se muestran los cambios de criterio, en virtud de la incertidumbre, desconfianza e inseguridad jurídica que tal situación puede generar en la comunidad en relación con este proceso.

A tono con esa directriz, recientemente la Sala⁶⁹ enfatizó que si bien la fiscalía tiene el deber de citar al desmovilizado para escucharlo en versión por los medios legales previstos para el efecto, a éste le es imperativa su realización para poder acceder a los beneficios del régimen especial de justicia y paz, lo cual demanda de su parte obligaciones mínimas orientadas a demostrar que mantiene intacto y latente su interés exteriorizado inicialmente con su desmovilización.

2.2.13. La Corporación pudo verificar⁷⁰, luego de una revisión de los medios consagrados en Ley 975 de 2005 y lo consignado en la Ley 906 de 2004, por virtud de la complementariedad que, en principio, existen tres mecanismos concretos a partir de los cuales se puede dar por *terminado de manera extraordinaria o anticipada, el proceso de Justicia y Paz*: (i) La exclusión del postulado; (ii) El archivo de las diligencias por parte del Fiscal encargado y; (iii) La preclusión de la investigación y que entre esas mismas figuras existen notorias diferencias.

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. Para 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.

Si el postulado incumple los requisitos, pese a que el Gobierno Nacional lo incluyó 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.

La exclusión no representa pronunciamiento de fondo respecto de los delitos confesados por el postulado en su versión libre y objeto del proceso de Justicia y Paz, pues, simplemente su investigación y juzgamiento correrá eventualmente de cargo de la justicia ordinaria.

⁶⁹ Cfr. Auto de segunda instancia 31181 del 15 de abril de 2009.

⁷⁰ Cfr. Auto de segunda instancia 30998 del 12 de febrero de 2009.

Igual sucede cuando el postulado incumple sus obligaciones –a manera de ejemplo, cuando sigue delinquiriendo al interior del sitio de reclusión que lo alberga- en curso del trámite en cuestión y previo a la emisión del fallo que otorga la sanción alternativa.

Si el fallo se ha proferido y se ejecuta la pena alternativa, pero se demuestra 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...”⁷¹.

Frente al *archivo* de las diligencias se ha dicho⁷² que en virtud del trámite dispuesto en la Ley 975 de 2005, en consonancia con los decretos 4760 del mismo año artículo 4° y 2898 de 2006 parágrafo del artículo 1°, 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 reabrir la 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.

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

⁷¹ Artículo 12 Decreto 3391 de 2006.

⁷² Cfr. Autos de segunda instancia Nos 27873 del 27 de agosto de 2007, 28492 del 26 de octubre de 2007 y 30998 del 12 de febrero de 2009.

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.

El artículo 333 siguiente, además de regular el trámite, alude a la obligación por parte de la Fiscalía de demostrar en la correspondiente audiencia, la existencia de la causal invocada, así como a la intervención de las partes para que controviertan la solicitud. A esto agregó la Corte Constitucional, en sentencia C-209 de 2007, la facultad de las víctimas o sus representantes, de presentar o solicitar la práctica de pruebas para desvirtuar la solicitud de la Fiscalía.

Por su parte, el artículo 334 de la misma normativa determina que una vez en firme la decisión de preclusión, “...cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra del imputado por esos hechos...”.

Se concluye así, que la exclusión, frente a la preclusión y el archivo, además de obedecer a causas diferentes, también produce efectos distintos, en cuanto, no constituye pronunciamiento de fondo en torno de los hechos o conductas punibles ejecutadas.

La muerte de una persona que aparece como elegible para los efectos de la Ley de Justicia y Paz, dijo la Corte⁷³, constituye una causal de preclusión de la investigación, cuya aplicación debe ser solicitada ante los Magistrados de la jurisdicción especial, quienes están facultados para resolverla.

2.2.14. En lo atinente a las *víctimas*, la Sala⁷⁴ se ha pronunciado sobre el carácter prevalente del conjunto de derechos a la verdad, la justicia y la reparación, consagrados en el cuerpo normativo de la Ley 975 de 2005, por cuanto la concesión de beneficios a los integrantes de los grupos armados al margen de la ley que opten por desmovilizarse bajo los parámetros determinados, está supeditada a que reparen integralmente a sus víctimas, tal como se infiere de lo expuesto por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-370 de 2006.

2.2.15. Frente al *incidente de reparación integral*, la Sala⁷⁵, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 23, 42-2, 54 de la Ley 975 de 2005, 12-parágrafo 2- del Decreto 4760 de 2005 y 15 del Decreto 3391 de 2005, ha precisado los requisitos para demandar la indemnización y reparación integral.

⁷³ Cfr. Auto de segunda instancia No 28492 del 26 de octubre de 2007.

⁷⁴ Cfr. Autos de segunda instancia 27052 y 28040 de 23 de mayo y 23 de agosto de 2007.

⁷⁵ Cfr. Autos de segunda instancia 28769 del 11 de diciembre de 2007, 29240 del 21 de abril de 2008, 29642 del 23 de mayo de 2008 y 31320 del 12 de marzo de 2009- aclarando que el artículo 12 del Decreto 4760 de 2005 fue derogado por el artículo 22 del Decreto 3391 de 2006.

2.2.16. En punto de la *vigencia de la ley 975 de 2005* expresó la Sala⁷⁶, que los hechos cobijados por la alternatividad penal consagrada allí consagrada, deben haber tenido ocurrencia antes del 25 de julio de 2005, conforme a lo dispuesto expresamente por el legislador en el artículo 72 “...a partir de la fecha de su promulgación”, acto que se cumplió en el diario oficial No. 45.980 del 25 de julio de 2005.

3. No sobra insistir, para finalizar, que la política criminal de la justicia restaurativa, impone a la Fiscalía el deber de adelantar investigaciones serias y congruentes con el esclarecimiento de la verdad, orientadas a desarticular las estructuras delictivas ilegales y la reincorporación de sus miembros para transitar hacia una paz sostenible, garantizando a las víctimas sus derechos ampliamente reconocidos a lo largo de los preceptos que regulan el procedimiento de la Ley de Justicia y Paz. A su turno, los Magistrados de Control de Garantías y de Conocimiento, tienen la carga de promover la distintas etapas del proceso de desmovilización, conforme a los presupuestos formales y materiales que, en términos de razonabilidad, conduzcan a determinar con claridad, si el desmovilizado se hace acreedor a la pena alternativa, gracias a su colaboración con la justicia, el esclarecimiento de la verdad, la garantía de no repetición y la reparación de las víctimas.

4. En suma, la Sala se invalidará lo actuado a partir del acto de formulación de cargos, inclusive, y devolverá el expediente a la Fiscalía de Justicia y Paz de Barranquilla para que, llegado el momento procesal oportuno en el trámite que en la actualidad adelanta por cuerda paralela, proceda a formular cargos contra WILSON SALAZAR CARRASCAL por: el delito de concierto para delinquir, los delitos objeto de esta actuación y los demás a que haya lugar, atendiendo al Bloque de Constitucionalidad.

Como las diligencias que comprenden el concierto para delinquir se encuentran aún en sede de fiscalía, se instará a dicho ente para que imprima agilidad al trámite de imputación y formulación de cargos y, dentro de un término razonable, finalice esas etapas, con plena observancia del debido proceso, de las pautas consignadas en esta providencia, garantizando los derechos de las víctimas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

Primero. Declarar la nulidad de la presente actuación a partir del acto de formulación de cargos, inclusive.

⁷⁶ Cfr. Auto de segunda instancia 30999 del 24 de febrero de 2009.

Segundo. Devolver la actuación a la Fiscalía de Justicia y Paz de Barranquilla para que se proceda conforme a lo expuesto en el considerando 1.7. de esta providencia.

Tercero. Instar a la Fiscalía de la Unidad de Justicia y Paz, con sede en la ciudad de Barranquilla, para que, en los términos expuestos en la parte motiva, imprima agilidad al trámite de imputación y formulación de cargos que por el delito de concierto para delinquir y otros que corresponda adelantar contra WILSON SALAZAR CARRASCAL.

Cuarto. Contra esta decisión no procede recurso.

B. COMENTARIO

1. Introducción.

La justicia transicional¹ constituye una nueva noción reconocida en el ámbito internacional, que atiende a la necesidad de alcanzar la efectividad del derecho a la paz por encima del de justicia o del de reparación, en aquellas sociedades en conflicto afectadas por masivas violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario y en las que se procesa

¹ En su informe anual de 2004 el Secretario General de las Naciones Unidas, refiriéndose a la noción de “justicia de transición”, sostuvo que “abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación”. Tales mecanismos, agregó, “pueden ser judiciales o extrajudiciales, y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos” (Cfr. Informe de tres agosto 2004 del Secretario General de Naciones Unidas: “El Estado de Derecho y la Justicia de Transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, citado por la Corte Constitucional en sent. C-370 de 18 mayo 2006, Expediente D-6032. Apartado 4.2.3. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández. Cfr. GAMBOA TAPIAS, CAMILA (comp.): *Justicia Transicional: Teoría y Praxis. Colección Texto de Jurisprudencia*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2006; ÚPRIMNY YEPES, RODRIGO: “Justicia transicional en Colombia. Algunas herramientas conceptuales para el análisis del caso colombiano”, en *Justicias transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación en Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DJS-, manuscrito de 2005; BOTERO MARINO, CATALINA y ESTEBAN RESTREPO SALDARRIAGA: “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia”, en Angelika Rettberg (comp.): *Entre el perdón y el piedad: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005; SANZ MULAS, NIEVES (Coordinadora): *El desafío de la Criminalidad organizada*, Granada, Ed. Comares, 2006; VARGAS, ÁLVARO, CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, y otros: *Manual de Procedimiento para Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, GTZ, Embajada de la República Federal de Alemania, Ed. Milla Ltda., 2009, págs. 19 y ss.

y acusa a los victimarios ofreciéndoles algunos beneficios para lograr el esclarecimiento de la verdad, la consolidación de la paz y la vigencia del Estado de derecho.

La comunidad internacional ha reconocido esta nueva forma de justicia pero no ha cedido en su exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad en torno a los delitos cometidos y reciban algún tipo de sanción².

En la justicia transicional entran en tensión los derechos a la paz³, a la justicia misma⁴ y las pretensiones de las víctimas⁵. Por ello, compete al legislador identificar las dimensiones de esa tensión y establecer criterios o fórmulas para superarla.

² Cfr. Corte Constitucional, Sent. C-370 de 18 mayo 2006, Expediente D-6032. Apartado 4.2.M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Táfur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

³ La Paz constituye (i) uno de los propósitos fundamentales del Derecho Internacional; (ii) un fin fundamental de Estado colombiano; (iii) un derecho colectivo en cabeza de la Humanidad, dentro de la tercera generación de derechos; (iv) un derecho subjetivo de cada uno de los seres humanos individualmente considerados; y (v), un deber jurídico de cada uno de los ciudadanos colombianos, a quienes les corresponde propender a su logro y mantenimiento. Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-370 de 3006. Apartado 4.1.8.

⁴ Los Estados y en particular Colombia tienen la obligación nacional e internacional de investigar, juzgar y sancionar a penas adecuadas a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos. Este derecho se concreta en cinco principios, a saber: el deber de castigar a los autores de delitos contra el Derecho Internacional Humanitario; el deber del Estado en investigar todos los asuntos relacionados con el tema de la violación de los derechos humanos; el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso y el deber de imponer penas adecuadas a los responsables. Cfr. VARGAS, LÓPEZ DÍAZ y otros, *Manual*, págs. 36 y ss.

⁵ Cfr. “Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” proclamados por la Comisión de derechos humanos ONU en 1998 y que tiene como antecedente el “Informe final del relator especial sobre la impunidad y conjunto de principios para la protección de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” elaborado por LOUIS JOINET. Que se centra en los derechos a saber de la víctima, el derecho de la víctima a la justicia y el derecho de la víctima a la reparación. Cfr. Corte Constitucional. Sent. C-370 de 2006, apartados 4.7; VARGAS, LÓPEZ DÍAZ Y OTROS: *Manual*, págs. 36 y ss. La Corte Constitucional ha hecho referencia a los derechos de las víctimas, entre otros, en los siguientes fallos: Sents. C-228 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda y Eduardo Montealegre; C-178 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda; C-578 de 2002, M.P. Manuel José Céspedes; C-580, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-004 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre; C-740 de 2001; C-1149 de 2001; SU 1184 de 2001; T- 1267 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes; C-282 de 2002; T-249 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre, y C- 875 de 2002.

La normatividad de justicia y paz, ley 975 de 25 de julio de 2005, ha sido el mecanismo escogido por los colombianos para facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de Grupos Armados Organizados al margen de la Ley (GAOML), garantizando el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación⁶. En ella el legislador optó por fórmulas concretas de armonización entre los valores de justicia y paz y el derecho de las víctimas, a través de la concesión de beneficios penales y procedimentales para los desmovilizados, para poner fin al conflicto armado a cambio de la verdad, del desmantelamiento de los GAOML y de la reparación integral a las víctimas.

Con este instrumento jurídico –único en el mundo– se pretende el restablecimiento de la paz interna y la consolidación de los principios del Estado de Derecho. Esta ley, como decisión política del legislativo, tuvo como antecedentes los acuerdos políticos de reconciliación firmados por el Gobierno Nacional con varios actores armados ilegales que operan al interior del país⁷.

⁶ Cfr. Art. 1° de la Ley de Justicia y Paz, intitulado como “Objeto de la ley”; Corte Constitucional, Sent. C-370 de 2006, op. cit. También: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 30442, de tres octubre 2008, M.P. Alfredo Gómez Quintero; Rad. 28250 de 25 septiembre 2007, M.P. María del Rosario González de Lemos; Rad. 25830 de 28 septiembre 2006, M.P. Mauro Solarte Portilla; Rad. 26154 de 19 octubre 2006, M.P. Julio Socha Salamanca.

⁷ Los instrumentos jurídicos que sirvieron como antecedentes a la Ley de Justicia y paz son: Proyecto de Ley de Alternatividad penal; Ley 782 de 2002, por medio del cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 que, además, modifica algunas de sus disposiciones y contiene preceptos para facilitar el diálogo y la suscripción de acuerdos con grupos armados organizados al margen de la ley para su desmovilización, reconciliación y el logro de la convivencia pacífica, sin que sea viable su aplicación a los casos de ferocidad, barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio y homicidio cometido fuera de combate; Decreto 3360 de 2003, para incluir a los desmovilizados en programas de reinserción socioeconómica; Decreto 128 de 2003 –modificatorio del Dto. 1385 de 1994– que reglamenta la Ley 418 de 1997, en lo que tiene que ver con la posibilidad de otorgar los beneficios jurídicos a los grupos de autodefensa, esto es, el indulto, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la cesación de procedimiento, la preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria; Resolución No. 216 de 2003, en la que se declara abierto el proceso de diálogo, negociación y firma de acuerdos con el Bloque Cacique Nutibara de las Autodefensas Unidas de Colombia AUC; Resolución 218 de 2003, por la cual se establece una zona de ubicación dentro del territorio nacional; Resolución 185 de 2002, por la cual se integra una Comisión Exploradora de Paz; Documento de Recomendaciones de ésta Comisión: 25 de junio de 2003; Decreto 1809 de 2002, por el cual se nombra al Alto Comisionado para la Paz, Dr. Luis Carlos Restrepo; Convenio para el acompañamiento al Proceso de Paz en Colombia de la OEA, de cuatro febrero 2004; Resolución 859 de seis febrero 2004, por medio de la cual la OEA apoya el Proceso de Paz en Colombia. También, han existido acuerdos entre el Gobierno y los GAOL, entre ellos podemos citar el Acuerdo de Santa Fe de Realito (quince de julio 2003), mediante el cual los grupos paramilitares se comprometen a desmovilizar gradualmente la totalidad de sus miembros hasta el 31 de diciembre

La ley 975 de 2005 tal y como lo sostuvo la Corte Constitucional⁸ no puede ser entendida como una amnistía o indulto –real o velado– a favor de los de los miembros de los GAOML que se hayan desmovilizado individual o colectivamente y que decidan acogerse voluntaria y libremente a ella, pues no dispone la extinción de la ley penal en relación con los delitos que les puedan ser imputados, ni tampoco existe norma en cuya virtud la pena impuesta por procesos ya culminados deje de ejecutarse.

En efecto, si bien es cierto los procesados en justicia y paz son objeto de un tratamiento jurídico penal menos riguroso del existente en la legislación penal ordinaria, esto no significa que desaparezca ni el procedimiento ni la implantación de una pena que deberá cumplirse por el condenado. La pena ordinaria junto con las accesorias se imponen en la sentencia condenatoria tasadas con base en el ordenamiento penal colombiano, pero quedan suspendidas para conceder el beneficio de la pena alternativa⁹ que va de cinco (5) a ocho (8) años de prisión amén de unas obligaciones que, en el caso de ser incumplidas, facultan al Magistrado de Ejecución de Penas para imponer la pena principal y las accesorias ya determinadas en la sentencia condenatoria.

Naturalmente, como se considera de vital importancia el desarrollo tenido por la ley 975 de 2005 es que se ha querido hacer el comentario del Auto de Segunda Instancia ya transcrito¹⁰. Para su estudio se abordan los siguientes temas: en primer lugar, la criminalidad organizada; en segundo lugar, la problemática de las imputaciones parciales; también, en tercer lugar, el delito de concierto para delinquir como delito base en justicia y paz; y, para culminar, el principio de legalidad y el bloque de constitucionalidad. Desde luego, no se puede desconocer el esfuerzo que hace el Auto de Segunda Instancia para clarificar y sentar bases de discusión sobre otros temas tan importantes como: la ruta jurídica dentro del proceso especial de

de 2005, con cese de hostilidades, mientras el Gobierno se obliga a adelantar las acciones necesarias para reincorporarlos a la vida civil y se conviene establecer zonas de concentración para facilitar la desmovilización gradual y, finalmente, se hace un llamado conjunto para convocar la solidaridad y apoyo de la comunidad nacional e internacional.

⁸ Cfr. Corte Constitucional Sent. C-370 de 2006, ya citada.

⁹ En el examen de constitucionalidad de la Ley 975 de 2004, se consideró que la pena alternativa era una medida encaminada a lograr la paz que estaba acorde con la Carta Política, “en cuanto, tal como se deriva de los a 3º y 24, no entraña una desproporcionada afectación del valor justicia, el cual aparece preservado por la imposición de una pena originaria (principal y accesoria), dentro de los límites establecidos en el Código Penal, proporcional al delito por el que se ha condenado y que debe ser cumplida si el desmovilizado sentenciado, incumple los compromisos bajo los cuales se le otorgó el beneficio de la suspensión de la condena” (cfr. Sent. C-370 de 2006, aparte señalado bajo en número 6.2.1.4.9); Art. 29 de la Ley de Justicia y Paz; art. 8 del Decreto 4760 de 30 diciembre 2005; y, Art. 12 del Decreto 3391 de 29 septiembre 2006.

¹⁰ Cfr. los antecedentes en el cuerpo de la providencia ya transcrito.

justicia y paz; los requisitos para acceder a la pena alternativa; las causales de exclusión del trámite de justicia y paz; los mecanismos para dar por terminado de manera extraordinaria el proceso de justicia y paz; el papel de las víctimas dentro del proceso de justicia y paz; y, la vigencia de la ley 975 de 2005.

2. La criminalidad organizada.

Una lectura atenta de la providencia, muestra como la Sala de Casación Penal inicia sus consideraciones señalando que en el marco de la ley 975 de 2005 las conductas punibles a atribuir a los desmovilizados se corresponden con los fenómenos de la criminalidad organizada, dado que ellas se refieren a violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos ocurridas antes del 25 de julio de 2005, durante y con ocasión a su pertenencia al GAOML, y cuyos juzgamiento y fallo se centran en la vinculación de varias personas a un grupo armado ilegal con el objeto de cometer conductas punibles a su nombre, de acuerdo con las directrices trazadas por la cúpula de esa organización al margen de la ley.

Por esta razón, se considera importante que las decisiones en justicia y paz tengan como punto de partida todas las investigaciones que conduzcan a elaborar un *dossier* de cada GAOML en el cual se establezca con suma claridad tópicos como los siguientes: a) los motivos por los cuales se formó el grupo; b) el aparato organizado de poder con su respectiva cadena de mando; c) los delitos-tipo de cada grupo junto con su *modus operandi*; d) las órdenes impartidas; e) el perfil de las víctimas; f) los premios o castigos por el cumplimiento de órdenes; g) sus fuentes de financiación; h) la sistematicidad y generalidad de las conductas punibles cometidas; i) los medios e instrumentos utilizados para conseguir sus objetivos; j) la población de víctimas que podría ser reparada. A tal efecto, se debe establecer: 1) La actividad delictiva o conductas punibles realizadas por el GAOML; 2) El daño; 3) La relación de causalidad entre 1 y 2; y 4) el perjuicio: individual y colectivo; material e inmaterial¹¹ directo que servirá con posterioridad para determinar los perjuicios causados¹², que se concretarán y se podrán tasar por los Magistrados de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, con base en las pruebas presentadas por la Fiscalía y por todas las demás que se arrimen al proceso en el incidente de reparación integral. Así mismo: k) la responsabilidad penal individual¹³ o colectiva (en el evento que no se logre individualizar al sujeto activo pero se compruebe el daño) y el nexa

¹¹ El daño inmaterial está compuesto por el daño moral, el daño a la vida de relación o alteración a las de las condiciones de existencia.

¹² Debe distinguirse entre *daño* y *perjuicio*. El primero, es el menoscabo, la mengua o desaparición de una cosa, de un bien, la lesión a la integridad física o la muerte; ocurrido éste puede generarse el perjuicio (material e inmaterial), que es lo realmente reparado.

¹³ Cfr. Art. 42 inc. 1, Ley 975 de 2005.

causal con actividades del GAOML; l) la responsabilidad civil: 1) colectiva solidaria¹⁴ pues dentro de los bienes que entran al Fondo Nacional de Reparación están aquellos que pertenecen al GAOML¹⁵; 2) individual pues los postulados deben entregar sus bienes adquiridos lícita o ilícitamente¹⁶ dentro de su pertenencia al GAOML; o, 3) simbólica¹⁷.

Según enseña la providencia, una vez culminada la versión libre el Fiscal –como director del proceso– debe proceder con su equipo de colaboradores de la misma Fiscalía o del Cuerpo Técnico de Investigaciones (CTI) a elaborar un Programa Metodológico que se debe ir ajustando a las necesidades del caso concreto y estructurado a partir de tres componentes fundamentales:

a) Los datos que permitan identificar, ubicar y dismantelar al GAOML, junto con las políticas generalizadas o sistemáticas utilizadas para cometer las conductas punibles, sus cadenas de mando con sus componentes político, militar y financiero, los bienes, las armas y los menores de edad entregados al momento de la desmovilización, los hechos atribuidos y las posibles víctimas;

b) La plena identificación del postulado con sus alías, sus características morfológicas, los sitios dónde actuó, bloques y frentes a los que perteneció,

¹⁴ Cfr. Art. 15 inc. segundo del Decreto 3391 de 2006, que dice: “ Subsidiariamente, y en virtud del principio de solidaridad, quienes judicialmente hayan sido calificados como integrantes del bloque o frente al que se impute causalmente el hecho constitutivo del daño, responden civilmente por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del mismo. Para que surja una responsabilidad solidaria, será necesario que se establezca el daño real, concreto y específico; la relación de causalidad con la actividad del grupo armado y se haya definido judicialmente la pertenencia de los desmovilizados al bloque o frente correspondiente, aunque no medie la determinación de responsabilidad penal individual. La respectiva sentencia proferida por la sala del Tribunal Superior del Distrito Judicial establecerá la reparación a la que se encuentren obligados los responsables”.

¹⁵ El Fondo Nacional de Reparación está integrado por todos los bienes o recursos que a cualquier título se entreguen por el postulado, por el GAOML, por recursos provenientes del presupuesto nacional y por las donaciones en dinero o en especie, nacionales o internacionales. Cfr. Ley 975 de 2005, art. 54, inciso 2°, que fue declarado condicionalmente exequible mediante Sent. C-370 de 2006, “en el entendido de que todos y cada uno de los 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”; cfr. también el Decreto 4760 de 2005, art. 17.

¹⁶ Cfr. arts. 10.2; 11.5, 17 inc. 2°, art. 5 Decreto 4760 de 30 diciembre 2005, art. 5° parágrafo 1; art. 17 del Decreto 3391 de 29 septiembre 2006.

¹⁷ “Se entiende por reparación simbólica toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas” (art. 8 inc. 7). Cfr. Art. 16 del Decreto 3391 de 29 septiembre 2006.

sus condiciones de vida social, familiar e individual, antecedentes y anotaciones de policía, la relación con el GAOML y posición dentro de la Estructura, hechos atribuidos, víctimas, acreditación de los requisitos de elegibilidad; la identificación y ubicación de sus bienes; y, c) Las conductas punibles cometidas por el postulado estableciendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar y su grado de participación en ellas, verificando si la conducta se encuentra judicializada o no, las víctimas, los daños individuales o colectivos causados con su proceder. Así las cosas: el Fiscal como director y coordinador de la investigación, se deberá preguntar: ¿Qué debo probar?, ¿Con qué debo verificar y probar? ¿Que tengo para verificar o probar? ¿Qué me falta para verificar y probar? ¿Quién consigue los medios probatorios? Y, en fin, ¿Cuándo consigo los medios probatorios?¹⁸.

La Sala de Casación Penal insiste en que los fallos o decisiones en los procesos de justicia y paz, deben tener un mayor peso argumentativo en lo que se refiere a los fenómenos macrocriminales y sistemáticos de violaciones de los derechos humanos. Asevera, por ello, que el funcionario judicial no debe atenerse al caso concreto sino que, además, está obligado a contextualizarlo mediante el establecimiento de los motivos por los cuales se conformó la organización al margen de la ley, identificando los patrones de violencia y a otros actores de rango superior dentro del grupo o frente armado ilegal que también tienen que ser considerados como responsables, determinando las cadenas de mando, los planes criminales trazados, las acciones u omisiones delictivas que realizaron para el logro sistemático de sus objetivos, la razones de victimización, etc. para poder, de esta manera, construir la verdad histórica.

3. Las imputaciones parciales¹⁹.

La formulación de la imputación es un acto de comunicación mediante el cual la Fiscalía le hace saber al desmovilizado la existencia de una investigación en su contra por unos hechos jurídicamente reprochables, que apuntan hacia su responsabilidad penal; conforme a la Ley 975 de 2005 y sus decretos reglamentarios, esta *noticia especial* debe comprender el universo de los hechos revelados y los conocidos.

¹⁸ Cfr. VARGAS, LÓPEZ DÍAZ y otros, *Manual*, págs. 238 y ss.

¹⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Autos de Segunda Instancia de: 23 de julio 2008, Rad. 30120. M.P. Alfredo Gómez Quintero; nueve de febrero 2009, Rad. 30955. M.P. José Leonidas Bustos Martínez; 22 de mayo 2009, Rad.31582. M.P. María del Rosario González; 16 de abril 2009. Rad. 31115, M.P. José Leonidas Bustos Martínez; 21 de septiembre 2009, Rad. 32022. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez; 14 de diciembre 2009, Rad. 32575. M.P. María del Rosario González de Lemus. También, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, de siete diciembre 2009, Rad. 110016000253200680281, M.P. Uldi Teresa Jiménez López; y, 25 de enero 2010, Rad. 110016000253200680077, M.P. Uldi Teresa Jiménez López.

Al respecto, la Sala de Casación Penal afirma que la versión de los postulados se puede realizar en diversas sesiones²⁰ e incluso ser ampliada en el evento de que esta fase del proceso ya se haya superado. Este supuesto conduce, ineludiblemente, a las imputaciones parciales que en decisiones anteriores a la aquí analizada²¹ se aceptaban cuando la Fiscalía había adelantado actuaciones tendentes a averiguar la verdad material y a esclarecer las conductas punibles cometidas, de conformidad con lo establecido en el artículo 5° del D. 4760 de 2005²². Es decir, cuando el desmovilizado había rendido versión y de ella era posible hacer una inferencia razonable de su autoría o participación, sin que dichas imputaciones parciales entrañaran –en concepto de la Corte– violación a las garantías fundamentales de los intervinientes o desconocimiento al debido proceso, porque no conculcaban los derechos de las víctimas ya reconocidos o por reconocer, por cuanto para aquéllas se continuaba el proceso de justicia y paz sin tropiezos, con la ventaja de que se tenía un pronunciamiento rápido sobre la verdad y la justicia logrando, a través de sentencias también parciales²³, una efectiva reparación sin dilaciones. Y en cuanto a las víctimas no reconocidas también se estimaba que se veían favorecidas con estas imputaciones parciales porque “...la ampliación de la versión en escenario separado,

²⁰ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión de 23 julio 2008, Rad. 30120, M.P. Alfredo Gómez Quintero; en esa oportunidad se dijo: “La audiencia de versión libre podrá desarrollarse en varias audiencias y a petición del desmovilizado habrá lugar a la ampliación de la versión rendida, lo que se traduce en un derecho del postulado y no una merced del operador judicial, que encuentra explicación en la búsqueda de la verdad de manera racional como principio orientador del procedimiento”; también, Fiscalía General de la Nación, Resolución 3998 de seis diciembre 2006.

²¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Autos de segunda instancia: 29560 de 28 mayo 2008, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán, decisión mediante la cual se abstuvo de decretar la nulidad de las imputación porque no se había atribuido el delito de concierto para delinquir, pero ordenó investigar por cuerda paralela éste ilícito y los demás denunciados por las víctimas; 31539 de 23 julio 2008, M.P. Alfredo Gómez Quintero, Rad. 32022, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez; catorce de diciembre 2009, Rad. 32575, M.P. María del Rosario González de Lemus. También, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, de siete diciembre 2009, Rad. 110016000253200680281, M.P. Uldi Teresa Jiménez López; y, 25 de enero de 2010, Rad. 110016000253200680077.

²² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Autos de segunda instancia de nueve febrero 2009, Radicado 30.955, M.P. José Leonidas Bustos Martínez y 18 febrero 2009, Rad. 30775, M.P. Jorge Luís Quintero Milanés.

²³ Ha dicho la Corte: “Así vista tal secuencia, parece obvio que una imputación parcial pueda concluir también en una sentencia parcial y en la imposición de una pena, que desde luego no cobijaría todos los hechos, pues algunos de ellos investigados y aceptados en la actuación originada en la ruptura de la unidad también comportarían la imposición de otra pena. La solución para efectos de una única sanción la regla el artículo 20 de la Ley 975, bien para acumular esos procesos independientes (de darse tal posibilidad) o -en extremo- para acumular las penas impuestas por separado, acudiéndose a los criterios que sobre la materia regula el Código Penal” (Cfr. Auto de segunda Instancia de 23 julio 2008, M.P. Alfredo Gómez Quintero).

además de permitir su identificación y acceso a la actuación en calidad de intervinientes, hace posible la plena garantía de los derechos que les asisten, incluso con menores dificultades en la medida en que el número de delitos a investigar y el de víctimas por reparar se reduce a los que en el futuro cercano se confesarán²⁴.

Igualmente, cree dicho organismo que las imputaciones parciales buscan en principio facilitar el trámite de los procesos de Justicia y Paz, de suyo complejos, pues lo que se pretende con ellas es que los desmovilizados aporten al Estado, a la sociedad y a las víctimas una información completa y veraz sobre los delitos cometidos con ocasión y en razón a su pertenencia al GAOML²⁵. En el auto en comento, la Sala de Casación Penal aceptó que las imputaciones parciales tienen por objetivo agilizar el proceso y legalizar la medida de aseguramiento en contra de los desmovilizados a los cuales no se les haya dictado por no encontrarse aún judicializados, pero advierte que no puede convertirse en una práctica común para todos los procesos de justicia y paz. Las decisiones adoptadas por los Magistrados de Conocimiento de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá²⁶, fueron impugnadas por los sujetos procesales²⁷ con el argumento de que se debían declarar improcedentes las solicitudes de formulación o legalización parcial de cargos, respectivamente.

Con posterioridad al pronunciamiento que aquí es examinado y una vez conocida la postura de la Sala de Casación Penal, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá en los procesos contra Jorge Iván Laverde Zapata (alias "El Iguano"²⁸ y en el que figuran como postulados Uber Enrique Banquez Martínez (alias "Juancho Dique" y Edgar Cobos Téllez (alias "Diego Vecino"²⁹), declaró la legalidad formal y material

²⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Autos de Segunda Instancia de 23 julio 2008, Rad. 30120, M.P. Alfredo Gómez Quintero; catorce de diciembre 2009, Rad. 32575, M.P. María del Rosario González de Lemus. También: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, siete de diciembre 2009, Rad. 110016000253200680281, M.P. Uldi Teresa Jiménez López; y, 25 de enero 2010, Rad. 110016000253200680077.

²⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de Segunda Instancia, de catorce diciembre 2009, Rad. 32575, M.P. María del Rosario González de Lemus; Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz, siete de diciembre 2009, Rad. 110016000253200680281, M.P. Uldi Teresa Jiménez López; y, 25 de enero 2010, Rad. 110016000253200680077.

²⁶ Cfr. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá., Sala de Justicia y Paz, siete de diciembre 2009, Rad. 110016000253200680281, M.P. Uldi Teresa Jiménez López; y, 25 de enero 2010, Rad. 110016000253200680077, M.P. Uldi Teresa Jiménez López.

²⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de Segunda Instancia, de catorce diciembre de 2009, Rad. 32575, M.P. María del Rosario González de Lemus.

²⁸ Cfr. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz, siete de diciembre 2009, Rad. 110016000253200680281, M.P. Uldi Teresa Jiménez López.

²⁹ Cfr. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz de 25 de enero 2010, Rad. 110016000253200680077, M.P. Uldi Teresa Jiménez López.

de los cargos parciales formulados y aceptados pues entendió que la decisión aquí examinada sólo entiende que no son viables las imputaciones parciales cuando esa “parcialidad impida garantizar la operatividad del proceso y en cuanto que no corresponda a una lógica específica”³⁰.

Igualmente, mediante decisión de catorce de diciembre 2009, la Sala de Casación Penal, consideró que las imputaciones parciales son de recibo, en “la medida que constituyen un avance en la reconstrucción conjunta de un cruento cuadro histórico de la realidad colombiana”. Además, porque se requiere avanzar en los procesos, pues de exigirse la acreditación total de todos los comportamientos, se haría casi nugatorios los fines esenciales de la Ley de Justicia y Paz. En todo caso, dice: “... permitir la formulación de acusación parcial no excluye la ulterior inclusión de nuevos comportamientos, en la medida que nada imposibilita la acumulación jurídica de penas regladas por el referido instrumento legislativo especial para quienes actuaron con ocasión de su pertenencia a un grupo armado al margen de la ley, siempre que, como ya se advirtió, se incluya como delito base, condición para acceder a este instituto legislativo especial, el delito de concierto para delinquir, pues en otro marco no tiene aplicación la benévola pena que para los delitos cometidos con ocasión de la pertenencia a un grupo armado al margen de la ley ha dispuesto el legislador”³¹.

Desde luego, con la última postura de la Sala de Casación Penal es viable a futuro realizar imputaciones parciales, hacer formulación de cargos parciales debidamente legalizadas y, por ende, emitir sentencias parciales, con lo cual lo señalado en la decisión en comentario –en cuanto sólo permitía las imputaciones parciales por motivos extraordinarios y que, en todo caso, debían unirse antes de proferirse el fallo de primera instancia y, específicamente, en el momento de la formulación de cargos–, es ahora cosa del pasado porque se ha vuelto a aceptar las imputaciones parciales.

Con ésta interpretación, pues, se van a emitir muchas sentencias parciales que luego se acumularan a la nueva imputación parcial o total, una vez declarada la legalidad de cargos, con lo cual se augura un caos de proporciones. Sólo para ilustrar el asunto con un ejemplo: en el caso de Jorge Iván Laverde Zapata (alías “El Iguano”), la Fiscalía ha señalado que se encuentran registrados 5.153 casos, correspondientes a 2.978 conductas punibles³², con aproximadamente 8.969 víctimas; hasta hoy, sólo se han

³⁰ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de Segunda Instancia, Rad. 31115 de 16 abril 2009, M.P. José Leonidas Bustos.

³¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de Segunda Instancia, de catorce diciembre de 2009, Rad. 32575, M.P. María del Rosario González de Lemus. Esta providencia sirvió de base al Auto de segunda instancia Rad. 32852 de once marzo 2010. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés, en el que además diferencia las imputaciones parciales de los principios de selectividad y de oportunidad.

³² Cfr. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, siete de diciembre 2009, Rad. 110016000253200680281, M.P. Uldi Teresa Jiménez López.

legalizado treinta y dos cargos investigados y verificados por el Despacho competente desde el quince de agosto 2006, cuando el imputado fue postulado por el Gobierno nacional.

Así las cosas, todo indica que –en medio de una oscilante jurisprudencia– en la actualidad que en estos procesos se quieren retomar las premisas sentadas en la decisión de la Sala de Casación Penal de 28 de mayo de 2008³³, en la cual se aceptaron imputaciones parciales siempre y cuando se formulara el cargo de concierto para delinquir, delito base que permite al postulado acceder al trámite previsto por la Ley 975 de 2005, y además se acreditara la complejidad, cantidad y gravedad de las conductas delictivas cometidas por los postulados³⁴.

Desde luego, ahora se aceptan las imputaciones parciales con el argumento de que es necesario favorecer los intereses de las víctimas e imprimir al proceso agilidad y seguridad progresiva, de tal manera que lo confesado por el desmovilizado sea verificado por la fiscalía y legalizado, formal y materialmente, por los Magistrados de conocimiento de Justicia y Paz. Este proceder, téngase en cuenta, puede llevar a consecuencias desastrosas en la medida en que las actuaciones van a quedar condicionadas a que los postulados realicen confesiones a cuenta gotas y se produzcan imputaciones parciales que serán base para legalizaciones de cargos incompletas y, lo que es peor aún, se tendrá infinidad de sentencias parciales. Con esta estrategia, desde luego errada, que había sido casi erradicada mediante la decisión en comento sólo va a resultar favorecido el postulado quien, ahora, podrá dilatar todo lo que quiera el proceso y cumplir los 8 años, máximo de la pena alternativa, sin que se sepa realmente cuáles fueron las conductas punibles que cometió y cuáles fueron sus víctimas.

Igualmente, considero que no es cierto que las víctimas se vean favorecidas pues en definitiva las sentencias parciales junto con lo decidido en el incidente de reparación quedan suspendidas hasta tanto no se profiera la sentencia total y definitiva que incluye el incidente de reparación donde se estableció la reparación concreta para cada víctima³⁵. Por otro lado, ni la

A folio 6, se remite a los CD correspondientes a la audiencia de control de legalidad formal y material realizada el 18 de junio 2009, tercera sesión, minuto 1:25:30 presentados por la Fiscalía

³³ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de segunda instancia, Rad.: 295560, contra Wilson Salazar Carrascal de 28 mayo 2008, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

³⁴ Cfr. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Proceso No. 2006 80077, Rad. 110016000253200680077, contra Uber Enrique Banquez Martínez (alias Juancho Dique) y Edgar Cobos Tellez, alias Diego Vecino, de 25 enero 2010.

³⁵ Como se recordará, este fue el procedimiento utilizado en la primera sentencia fallida de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, de 19 marzo 2009, con ponencia del Magistrado Eduardo Castellanos Roza, anulada por el auto de segunda instancia que se analiza, que suspendía el fallo hasta

sociedad colombiana ni la comunidad internacional se beneficiarán con estas imputaciones, formulación de cargos y controles de legalidad o sentencias parciales, porque la verdad judicial va a ser muy limitada; además, la justicia se va a tornar más lenta y débil de lo que hasta ahora ha sido, y la reparación se va a demorar hasta que cada caso quede completamente cerrado. Así las cosas, pues, el futuro de la Ley de Justicia y Paz se complica aún más, pues los únicos que hoy creen que el proceso avanza y las víctimas se favorecen, son los propios operadores judiciales.

Por supuesto, la regla general sentada en la decisión de 31 de julio de 2009 que se comenta debe ser bien recibida y ha de ponerse en práctica, porque la mejor forma de que las víctimas directas o indirectas y la sociedad en general conozcan lo que realmente pasó en cada región del país como consecuencia de las conductas realizadas por los GAOML, es a través de imputaciones totales. Sólo así se podrá tener una visión íntegra, completa y común de la violencia que vivida en el país con el fin de hacer justicia, perdonar y no repetir.

Desde luego, no se puede negar que la Fiscalía tiene un gran cúmulo de trabajo y es muy grande la presión en la que se encuentra a diario debido a la exigencia nacional e internacional de obtener resultados, pero también es claro que el mecanismo de las imputaciones parciales generalizadas no pueden ser la estrategia. ¿Porqué no pensar más bien en recibir versiones de los integrantes de los grupos de manera conjunta con imputaciones, formulaciones de cargos y sentencias en las que se puedan apreciar claramente las conductas punibles cometidas dentro de lo concertado por el GAOML, realizadas bien individualmente o colectivamente de acuerdo con el plan criminal trazado por cada grupo en específico?

Es más, se podría utilizar como estrategia la de dividir el mapa de Colombia en zonas geográficas y tomar cada una de ellas para canalizar en esa dirección todos los esfuerzos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, con el consiguiente desplazamiento de todos los integrantes de ella al igual que a los Magistrados de Control de Garantías y de Conocimiento para avocar todos los posibles casos de los GAOML que hayan actuado en esa zona. De esta manera, se podrían realizar imputaciones, formulación de cargos, legalizaciones de cargos y sentencias en bloque. Una vez terminado el trabajo en la respectiva zona, toda la infraestructura de Justicia y paz en

tanto no se emitiera una sentencia total. Y esto tiene sentido porque de no ser así podría suceder que condenas a cargo del desmovilizado del Bloque o frente al que perteneció, o a del Fondo de Reparación de víctimas, quedarían en el papel pues sería muy probable que sólo hubiese dinero para indemnizar a las víctimas que ya hubiesen logrado una tasación en su favor, con lo cual se vulneraría el principio de igualdad. Así mismo, cabe la posibilidad de “acuerdos extraprocesales” entre víctima y victimario para acelerar decisiones judiciales que amparen sus derechos sobre todo patrimoniales, en algunos casos.

los ámbitos de la Fiscalía y la Judicatura, se podría desplazar a la siguiente zona hasta terminar. Esta estrategia de investigación y juzgamiento tiene ventajas grandes pues se ponen todos los esfuerzos de todos los operadores jurídicos en una zona de Colombia determinada para agilizar los procesos y lograr emitir decisiones definitivas. Incluso, tanto víctimas como victimarios no tendrían que desplazarse y esto agilizaría y economizaría el proceso.

Por supuesto, esta propuesta tendría la desventaja de que algunos podrían alegar que se estaría limitando el derecho de acceso a la justicia, porque cada zona con sus víctimas y victimarios debería esperar a que le llegue el turno asignado para la resolución del caso. Sin embargo, esta aparente dificultad se subsana porque en la medida en que se van agotando las zonas del país se podrán tener más rápidos y efectivas decisiones que, en realidad, si van a contribuir a la reconciliación nacional. Se podrá, entonces, lograr el objetivo de este proceso de paz que es lograr la reconciliación, hacer justicia, obtener la verdad, no repetir, e indemnizar debidamente a las víctimas. Si se sigue con la estrategia de trabajo que se tiene hasta hoy, lo único que se puede esperar es un fracaso total y una defraudación de expectativas de las víctimas y de la sociedad colombiana en relación con el proceso de paz sustentado en la Ley 975 de 2005³⁶.

En fin, no se puede permitir que las imputaciones parciales se conviertan en práctica generalizada y menos aún que ellas sirvan para legalizar formal y materialmente una formulación de cargos cuando van acompañadas del delito base de concierto para delinquir; se insiste: ellas deben ser la excepción. Cuando a ellas haya lugar, las actuaciones adelantadas en forma paralela y separada, deberán fusionarse antes de proferirse fallo de primera instancia y específicamente en el momento de la formulación de cargos, para que este acto se realice como una unidad. De esta manera, no podrán proferirse sentencias parciales como lo posibilita la decisión de catorce diciembre 2009³⁷ ya referida.

4. El delito de concierto para delinquir.

Mirado con detenimiento el texto del auto en comento, debe decirse que con toda razón la Sala de Casación Penal decretó la nulidad de la actuación seguida contra el señor Wilson Salazar Carrascal, pues el Fiscal de caso olvidó imputarle a dicha persona el delito de concierto para delinquir que es la figura punible base de todas las conductas criminales realizadas por los GAOML que se desmovilizaron y sometieron a la Ley de justicia y paz. Por ello, se sostiene que con la imputación y formulación de cargos por éste delito se podrá tener una comprensión total en torno al origen y razones de

³⁶ Obviamente, la Ley 975 de 2005 debe reformarse para adecuarla a las necesidades que la práctica muestra en la medida en que avanza el proceso de paz.

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de segunda instancia de 21 septiembre 2009, Rad. 32022, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

las conformación del GAOML, fuentes de financiación, estructura de poder interna, móviles, modelo delictivo del grupo, órdenes impartidas, planes criminales, víctimas y lugares donde operaron dichos grupos.

Además, dice la Sala y también ahora los Magistrados de Conocimiento de Justicia y Paz, a partir del delito de concierto para delinquir se podrá establecer si las conductas punibles se realizaron “con ocasión y en desarrollo del conflicto armado” o si fueron sistemáticas y generalizadas contra la población civil, a fin de caracterizar tales hechos como delitos contra el Derecho Internacional Humanitario o como de lesa humanidad y apoyarse en la normatividad interna o internacional, autorizada por el bloque de constitucionalidad, para fundamentar sus decisiones.

Por otra parte y para poder afirmar que las conductas atribuidas a SALAZAR CARRASCAL se cometieron “durante y con ocasión” de su pertenencia al Bloque “Héctor Julio Peinado Becerra”, también se debería comprobar que ellas se habían cometido al interior del respectivo grupo y eran consecuencia de un acuerdo o de una orden. Por esta razón, necesariamente el delito de concierto para delinquir es el componente obligado en la formulación de la imputación, en la formulación de cargos y en la sentencia, por tratarse de conductas cometidas dentro de una organización criminal que –se supone– debe estar debidamente desmantelada. Así las cosas, en cada una de éstas decisiones debe estar comprobada a plenitud la pertenencia y la responsabilidad del desmovilizado dentro del GAOML, entre otras muchas razones para indagar sobre los fenómenos propios de la criminalidad organizada, para establecer con claridad la responsabilidad penal del postulado dentro de la estructura organizada –bien como autor o como participe– y para que pueda beneficiarse con la imposición de la pena alternativa.

En el caso en estudio, entre otras irregularidades, se comprobó que no estaba debidamente demostrado el nexo causal que debe existir entre las conductas imputadas, su ejecución y su consumación con las políticas y órdenes que se produjeron al interior del Bloque “Héctor Julio Peinado Becerra” al que decía pertenecer el postulado.

Sobre la imputación del delito de concierto para delinquir deben dedicarse unas líneas a la postura de la Sala de Casación Penal, conforme a la cual el delito que se debe imputar es el de concierto para delinquir agravado por cuanto los comportamientos punibles ejecutados por los postulados se refieren a los delitos de desaparición forzada, desplazamiento, tortura, homicidios por razones políticas y, en general, a delitos de lesa humanidad o de guerra. Además, dicha corporación judicial –apoyada en el Estatuto de Roma– afirma que el delito de concierto para delinquir agravado es de lesa humanidad³⁸; en efecto:

³⁸ Cfr. Entre otras, los siguientes Autos de segunda instancia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: Rad. 26945 de once julio 2007, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca; Rad. 29472 de diez abril 2008,

“...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 elementos: “(i) Que las actividades públicas de la organización incluyan algunos de los crímenes contra la humanidad; “(ii) Que sus integrantes sean voluntarios; y “(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 naturaleza, como lo determina la Corte en este momento para el caso colombiano y con todas las consecuencias que ello implica”³⁹.

A continuación en la misma decisión de 10 de abril de 2008, dicho organismo sustenta su posición con base en las siguientes normativas internacionales: El artículo III de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio⁴⁰; el artículo 4° de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada en Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984⁴¹; el artículo 3° de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁴²; el artículo II de la Convención

M.P. Yesid Ramírez Bastidas; Rad. 32022, de 21 septiembre 2009, M.P. Sigifredo Espinosa; Rad. 29640 de 16 septiembre 2009, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, Alfredo Gómez Quintero, María del Rosario González de Lemos; y, Augusto Ibáñez Guzmán; Rad. 31582, de 22 diciembre 2009, M.P. María del Rosario González de Lemos.

³⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal, Rad. 29472 de 10 abril 2008, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

⁴⁰ Esta Convención fue firmada por Colombia el doce de agosto 1949, ratificada el 27 de Octubre 1959 e incorporada al ordenamiento jurídico interno mediante Ley 28 de 27 mayo 1951. Dice el 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.

⁴¹ Esta convención fue incorporada al ordenamiento mediante Ley 70 de 1986, en cuyo art. 4° se dice: 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.

⁴² Convención adoptada por la Asamblea General de la OEA en Cartagena de Indias en 1985 e incorporada al ordenamiento mediante Ley 406 de 1997, en cuyo art. 3° señala: 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.

Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas⁴³; y, el artículo 25 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998⁴⁴. Este criterio no es sostenible por las siguientes razones.

En primer lugar, no existe en ningún Estatuto de los Tribunales Especiales para Nürnberg⁴⁵, o para la Ex Yugoslavia⁴⁶ o para Ruanda⁴⁷, ni mucho

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.

⁴³ Incorporada mediante Ley 707 de 28 noviembre 2001, con control constitucional mediante la Sent. C-580 de 31 julio 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, con salvamento de voto de los Magistrado. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández, en cuyo art. II se dice: "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".

⁴⁴ Incorporado al ordenamiento interno por medio de la Ley 742 de 2002, que tuvo control constitucional mediante la Sent. C-578 de 30 julio 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, previa expedición del Acto Legislativo 2 de 2001 que adicionó el Artículo 93 de la Constitución Política. Señala el artículo 25: "... 3) De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte 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".

⁴⁵ El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nürnberg adoptado el seis de octubre 1945, fue suscrito por los representantes de Estados Unidos de América (Robert H. Jackson); la República Provisional de Francia (Francois de Mentón); El Reino Unido e Irlanda del Norte (Hartley Shawcross); y, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas URSS (R. Rudenko).

⁴⁶ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, adoptado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas mediante Resolución 827 del 25 mayo 1993.

⁴⁷ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, adoptado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas mediante Resolución 955 del 8 noviembre 1994.

menos en el Estatuto de Roma⁴⁸ o en los Elementos de los crímenes⁴⁹, la consagración del delito de concierto para delinquir ,en cualquiera de sus modalidades– como delito de lesa humanidad.

En segundo lugar, la interpretación que hace la Sala es equivocada pues por el sólo hecho de que se ponga la palabra “asociación” antes de un delito considerado de lesa humanidad por los convenios o tratados internacionales, por ella misma citados, no implica la realización del mismo. La Sala se equivoca, pues de lo que allí se trata es de establecer una participación en la conducta punible. De esta manera, confunde el delito de concierto para delinquir con una de las formas de participación criminal.

Por otra parte, en tercer lugar, se olvida que los Estatutos de los Tribunales Especiales así como el de la Corte Penal Internacional no permiten que se califiquen como crímenes de lesa humanidad conductas que en ellos no se han tipificado por violar el principio de legalidad y por aplicar, de forma indebida, la analogía *in malam partem*⁵⁰. Así las cosas, la interpretación extensiva que le da la Sala de Casación Penal al delito de concierto para delinquir agravado como delito de lesa humanidad no tiene ningún respaldo legal ni argumentativo.

En cuarto lugar, tampoco es cierto que la fecha en la cual se expide la ley que incorpora al derecho penal interno un tratado o una convención, sea el momento a partir del cual obliga la misma. La fecha que debe tenerse en cuenta para efectos de señalar la vigencia de éstos instrumentos jurídicos en Colombia es la del Diario Oficial en el que se publica la misma. Además, existe un ingrediente adicional en cuya virtud a partir de la Constitución de 1991, las leyes aprobatorias de tratados deben someterse a control automático por parte de la Corte Constitucional y sólo después de que éste se surta, con la consiguiente declaratoria de constitucionalidad, se podrá publicar la ley aprobatoria de ese Tratado o de esa Convención.

⁴⁸ Incorporado al ordenamiento en la forma ya indicada.

⁴⁹ Elementos de los crímenes, aprobado por la Asamblea de Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Primer Período de sesiones, en New York, los días 3 a 10 de septiembre 2002.

⁵⁰ Dice así el Art. 22 del Estatuto de Roma: “*Nullum crimen sine lege*: 1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de competencia de la Corte. 2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada a favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena. 3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto”.

5. El Principio de legalidad y el bloque de constitucionalidad.

En la decisión objeto de estudio, la Sala de Casación Penal llama la atención de los operadores jurídicos de justicia y paz para señalarles que al momento de imputar conductas a los postulados, no sólo deben observar las normas internas consagratorias de los derechos y deberes para las partes de este proceso especial, sino que también tengan en cuenta los tratados y convenios internacionales integrantes del bloque de constitucionalidad amén de las decisiones proferidas por los organismos internacionales, tales como el Comité de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A partir de este llamado de atención, dicho organismo concluye: 1. Que el principio de legalidad de los delitos y de las penas, consagrado en el artículo 29 de nuestra Carta Política y en el inciso primero del Art. 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, no es absoluto pues de acuerdo al inciso segundo de éste último instrumento internacional se puede condenar por actos u omisiones que al momento de cometerse no fueran delito, si se demuestra que para entonces eran considerados como delictivos de conformidad con los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional; y, 2. Que el fiscal y los Magistrados de Justicia y paz cuando van a emitir juicios de tipicidad en torno a los delitos confesados por los postulados, deben propender por imputar los hechos punibles consagrados en el Título II del Código Penal colombiano, es decir, se debe imputar con base en los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario y no por los atentados punibles comunes, en la medida en que muchos de los ilícitos confesados fueron cometidos en un escenario de conflicto interno lo que significa que debe brindarse una especial protección a las personas que no hacen parte del las hostilidades o han dejado de participar en ellas.

Desde luego, esta propuesta de la Corte tenía como fundamento impulsar, veladamente, a los operadores judiciales de justicia y paz para que aplicaran las normas internacionales y en especial las de Derecho Internacional Humanitario, a los casos que tenían bajo su conocimiento sucedidos con anterioridad a su vigencia en Colombia. Al hacerlo, se garantizaría a la comunidad internacional que el proceso de justicia y paz cumplía con los estándares internacionales y que, por ende, el proceso de justicia y paz colombiano estaba blindado contra la jurisdicción internacional y no iba a ser necesario aplicar la cláusula de complementariedad, establecida en el artículo 17 del Estatuto de Roma⁵¹. Los casos claros que se pretendían

⁵¹ Un análisis crítico sobre el proceso de justicia y paz y la complementariedad, en KAI AMBOS: *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del, denominado proceso de "justicia y paz" en Colombia*, con la colaboración de Florián Huber, Rodrigo A. González-Fuente Jubilar y Jon E. Zuluaga

abarcar comprendían, principalmente, los delitos de desplazamiento, asesinato u homicidios en persona protegida, otros crímenes de guerra o contra el DIH, delitos de lesa humanidad como por ejemplo la violencia sexual, la tortura, el desplazamiento, etc., ya que los hechos confesados por los postulados a justicia y paz habían ocurrido con anterioridad a las Leyes 589 y 599 de 2000.

Sin embargo, la Sala no visualizó las deficiencias que en materia de derecho internacional humanitario, derechos humanos y derecho penal internacional tenían los funcionarios de justicia y paz, lo que condujo a la violación flagrante de principios rectores del derecho penal patrio como son los de legalidad, irretroactividad, cosa juzgada, etc. y, por ende, a la aplicación directa de las normas de carácter internacional.

A ese desconocimiento en materia internacional se agrega la costumbre inveterada de afirmar que todo convenio, tratado o decisión de tribunales internacionales de derechos humanos hace parte del bloque de constitucionalidad. El concepto de bloque de constitucionalidad, a pesar de su frecuente invocación, es problemático no sólo en la doctrina nacional e internacional sino también en la jurisprudencia nacional. Esta noción genera muchas dificultades pues aún no está clara su naturaleza, su alcance e importancia ni las técnicas de reenvío que se utilizan, lo cual genera perplejidad e inseguridad en algunos operadores judiciales pues no se sabe con precisión cuáles son las normas que, en un determinado momento histórico, integran la Constitución Política y que, por ende, serían relevantes para decidir un caso específico⁵².

Por esta razón, es necesario realizar una breve aproximación a esta noción de bloque de constitucionalidad, no sin antes reafirmar que se trata de un concepto que ha sido abordado de muy diversas formas por la jurisprudencia y por la dogmática nacional y que si bien es cierto favorece la adaptación histórica de las Constituciones Políticas a nuevas realidades sociales y políticas, también lo es que puede ofrecer muchos riesgos cuando se aplica mal, porque lleva a la inseguridad jurídica, a la arbitrariedad judicial y a la afectación del principio democrático⁵³.

En Colombia, la noción y desarrollo del concepto Bloque de Constitucionalidad se debe a la actual Carta Política de 1991 que, al ser una Constitución abierta, amplía su contenido material gracias a las cláusulas de reenvío

Taborda. Bogotá, GTZ, Embajada de la República Federal de Alemania, Georg August-Universität Göttingen, Ed. Temis, 2010.

⁵² Cfr. UPRIMNY YEPES, RODRIGO: *Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá, 2006, pág. 37.

⁵³ Cfr. UPRIMNY YEPES: *Bloque de Constitucionalidad*, págs. 35 y ss.

consagradas en los artículos 53⁵⁴, 93⁵⁵, 94⁵⁶ y 214.2⁵⁷. Así las cosas, la Constitución Política es normativamente algo más que el propio texto constitucional pues a la misma pertenecen también otras disposiciones que no aparecen directamente en ella y que pueden ser producto de remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas, principios y derechos, en esencia normas internacionales de derechos humanos, que por expreso mandato superior tienen rango constitucional.

En efecto, el artículo 93 de la Carta permite introducir y proteger derechos fundamentales reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos. Por su parte, el artículo 94 Superior que contiene la denominada “cláusula de los derechos innominados” opera como mecanismo que justifica

⁵⁴ Según el cual: “... los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”.

⁵⁵ Según el cual ciertas normas internacionales de derechos humanos “prevalecen en el orden interno” y “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, siempre y cuando ese derecho humano no sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción. Cfr. Corte Constitucional, Sents. T-002 de 1992, que establece los criterios para determinar cuando un derecho es fundamental y susceptible de ser reconocido mediante acción de tutela; T- 409 de 1992, que invoca los Convenios de Ginebra para establecer límites a la causal de justificación de la obediencia debida en relación los militares; T- 426 de 1992, en la que se reconoce el derecho a la subsistencia o el derecho al mínimo vital a pesar de que no aparece dentro de la Constitución como tal, fundamentándose en la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales; C-574 de 1992, que revisó el Protocolo I a los Convenios de Ginebra, para declararlo constitucional con incorporación automática a al ordenamiento interno con base en los artículos 93, 94 y 214 de la Carta; y T- 477 de 1995.

⁵⁶ Este artículo incorpora la denominada “cláusula de derechos innominados”, pues señala que “... la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros, que siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Sin embargo, la Corte ha sido muy cuidadosa para la aplicación del artículo 94 de la Carta, pues este dispositivo mal usado puede llevar a la arbitrariedad judicial como lo destaca el Profesor UPRIMNY YEPES, porque ella permite la constitucionalización de derechos que no tiene ninguna consagración textual dentro de la Constitución del 91. Ejemplos de la utilización del artículo 94, para reconocer derechos que no están contenidos en la Carta ni en tratados ratificados por Colombia pero que se pueden deducir de los derechos de la personalidad jurídica o del derecho al libre desarrollo de la personalidad, se encuentran en las Sents. C-109 de 1995, que otorga a las personas el derecho a conocer su filiación jurídica, o C-477 de 1995, que otorga a las personas el derecho a su identidad sexual.

⁵⁷ Regula los estados de excepción prohibiendo suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales y dispone que en todo caso “se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”. Cfr. Corte Constitucional, Sent. C- 135 de 1996, en la que se dijo: “... las reglas del derecho internacional humanitario y las disposiciones de la ley estatutaria sobre los estados de excepción, integran junto a las normas de la Constitución del capítulo 6 del Título VII, un bloque de constitucionalidad al cual debe sujetarse el Gobierno cuando declara el estado de conmoción interior...”.

la creación judicial de derechos⁵⁸. Al respecto, debe recordarse que la Corte Constitucional ha manifestado que el concepto de derechos fundamentales es abierto y cambiante, atado a la dignidad humana y dependiente de los consensos sociales⁵⁹. Los artículos 44 (derecho de los niños); 53 (Convenios de la OIT), 101 (tratados internacionales sobre fronteras); y, 214.2 (reglas de derecho internacional humanitario), son también cláusulas de reenvío en la Constitución de 1991.

Con este fundamento constitucional debe recordarse que la expresión “bloque de constitucionalidad” aparece, por primera vez Colombia, en la sentencia C-225 de 1992⁶⁰, oportunidad en la cual la Corte Constitucional afirma que las normas humanitarias prevalecen sobre el ordenamiento interno, pues son derechos humanos que no pueden ser suspendidos en estados de excepción. Desde luego, en plan de brindar alguna claridad conceptual al respecto, es pertinente transcribir *in extenso* dicha sentencia en el parte que interesa:

“A partir de todo lo anterior se concluye que los convenios de derecho internacional humanitario prevalecen en el orden interno. Sin embargo, ¿cuál es el alcance de esta prevalencia? Algunos doctrinantes y algunos intervinientes en el proceso la han entendido como una verdadera supra-constitucionalidad, por ser estos convenios normas *ius cogens*. Esto puede ser válido desde la perspectiva del derecho internacional puesto que, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Con menor razón aún podrán los Estados invocar el derecho interno para cumplir normas de *ius cogens* como las del derecho internacional humanitario. Pero desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, esta interpretación debe ser matizada, puesto que la Constitución es norma de normas (CP art. 4). ¿Cómo armonizar entonces el mandato del artículo 93, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con el artículo 4º que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución?”

⁵⁸ El artículo 94 Superior reproduce la famosa cláusula de la IX Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, según la cuál los derechos no se agotan en aquellos reconocidos en la constitución y en los Tratados de Derechos Internacionales.

⁵⁹ Cfr. RAMELLI, ALEJANDRO. “El bloque de Constitucionalidad en Colombia”, Capítulo del Libro “Grandes Fallos”, manuscrito, quien remite a la Sent. T-227 de 2003.

⁶⁰ En esta sentencia la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, revisó el Protocolo II Adicional de los Convenios de Ginebra de doce agosto 1979, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. El Protocolo II fue hecho en Ginebra el ocho de junio de 1977 y se incorporó al orden jurídico por medio de la Ley 171 de 16 diciembre 1994.

“La Corte considera que la noción de “bloque de constitucionalidad”, proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4º y 93 de nuestra Carta. “(...) Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reformas diversas al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*.”

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

“Como es obvio la imperatividad de las normas humanitarias y su interpretación en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores”⁶¹.

De la lectura anterior se puede, entonces, concluir que en términos sencillos el bloque de constitucionalidad es una técnica jurídica que se encuentra presente en las Constituciones Políticas abiertas, y que tiene por finalidad ampliar el contenido de las mismas gracias a que en ellas existe un conjunto de cláusulas de reenvío, las cuales permiten interpretar armónicamente

⁶¹ Cfr. Corte Constitucional, Sents. C-225 del 18 mayo 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-477 de 1995, en la que se consideró que con las intervenciones quirúrgicas a las que se sometió a un menor para volverlo mujer, porque había sido emasculado por un perro cuando era un bebe, se había violado su derecho a la identidad sexual que se desprende de los convenios de derechos humanos, que tenían fuerza obligatoria incluso en vigencia de la Constitución de 1886, pues eran normas que conformaban el bloque de constitucionalidad; C- 578 de 1995, mediante la cual se señaló que la obediencia debida invocada por un militar no podía excusar los atentados contra “los derechos fundamentales intangibles e inescindibles de la dignidad humana” y que, si un superior dada una orden en este sentido, el inferior jerárquico no debía cumplirla.

la Carta Fundamental, bien sea con un texto normativo concreto (v. gr. Un tratado internacional sobre una conducta punible, por ejemplo La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Belem do Paraná, (Brasil), ocho de junio 1994; la Declaración Universal de los Derechos Humanos); un conjunto de textos normativos (v. gr. Convenios de la OIT, tratados que prohíben como causal de justificación la obediencia debida); un principio (la libertad de expresión); un conjunto de principios (v. gr. Los principio del derecho internacional). También, pueden operar los reenvíos sucesivos (v. gr. un principio reenvía al Preámbulo o a otro Tratado, Convenio o principio)⁶²

A pesar de la anterior definición se ve que la dificultad para determinar el concepto de bloque de constitucionalidad, así como su naturaleza y ámbito de aplicación también se debe a que la misma Corte Constitucional tampoco ha sido muy clara para definir esta técnica de reenvío. Tal y como señala el Profesor UPRIMNY las ambigüedades del concepto se manifiestan, por lo menos, en dos aspectos esenciales: En determinar cuál es su naturaleza y en establecer con claridad cuáles son las normas que configuran el bloque de constitucionalidad con sus mecanismos de incorporación⁶³. Veamos:

En cuanto a su naturaleza, la jurisprudencia constitucional parece atribuirle tres significados: en primer lugar, en la Sent. C-225 de 1995⁶⁴ se señala que el bloque incorpora la “normas de rango constitucional” y, por lo tanto, quedan excluidas las normas estatutarias; en segundo lugar, por el contrario en las Sents. C-578 de 1995 (obediencia debida)⁶⁵ y C-135 de 1996 (estados de excepción), el bloque de constitucionalidad parece referirse a todas aquellas normas o disposiciones cuya violación acarrea la inconstitucionalidad y por lo tanto incluye las normas estatutarias. Así mismo, en tercer lugar, en la Sent. T-477 de 1995 (niño emasculado)⁶⁶, todo indica que la referencia consignada sobre los tratados de derechos humanos no tiene como objetivo

⁶² Cfr. RAMELLI, ALEJANDRO. “El bloque de Constitucionalidad en Colombia”, Capítulo del Libro “Grandes Fallos”, en manuscrito.

⁶³ Cfr. en lo que sigue UPRIMNY YEPES, RODRIGO: “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal” en: *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos humanos, Derecho internacional humanitario y derecho penal internacional...Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Unidad 2. “Derecho internacional, derecho interno y bloque de constitucionalidad: la fuerza jurídica interna de los derechos humanos”. Volumen I. Bogotá, 3ª ed., noviembre de 2003. También, Cfr. UPRIMNY YEPES RODRIGO, UPRIMNY YEPES, INÉS MARGARITA Y OSCAR PARRA: *Módulo de formación autodirigida en derechos humanos y derecho internacional humanitario*. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Fundación Social, Instituto Interamericano de derechos de derechos humanos, Asdi, Agencia Sueca de cooperación internacional para el desarrollo, Bogotá, 1ª ed. 2006, págs. 85- 105.

⁶⁴ Cfr. cita 57.

⁶⁵ Cfr. cita 58.

⁶⁶ Cfr. cita 58.

analizar la constitucionalidad de una ley sino valorar y decidir la situación fáctica presentada. El bloque de constitucionalidad parece, entonces, referirse a normas que tiene relevancia constitucional para decidir un caso específico.

En relación con las normas debe decirse, también, que tampoco se sabe a ciencia cierta cuáles son las que hacen parte del concepto, ni cuáles los mecanismos de incorporación que permiten determinar la pertenencia de un derecho o principio al bloque. En efecto, no es totalmente claro si todos los tratados hacen parte del bloque de constitucionalidad o esta categoría sólo la alcanzan los tratados que reconocen derechos humanos. Además, se cuestiona si el tratado en su integridad conforma el Bloque o si sólo algunas de sus partes⁶⁷.

Desde el punto de vista teórico, la Corte ha dicho que la incorporación de un derecho al bloque de constitucionalidad no puede depender del capricho del intérprete, sino que debe tener un fundamento normativo muy claro. En efecto, ésta Corporación anota: "...siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior"⁶⁸.

Además, dicho organismo distingue en forma progresiva entre la idea de "*bloque en sentido estricto*"⁶⁹, que corresponde únicamente a los principios y a las normas de jerarquía constitucional –como por ejemplo los convenios y

⁶⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sent. C-488 de 2009 en la cual se señala que no todas las normas del Estatuto de Roma hacen parte del bloque de constitucionalidad *per se*, pues dicha normatividad tiene un ámbito de aplicabilidad muy particular y concreto derivado del principio de complementariedad frente a la legislación nacional. Así las cosas, la Corte Constitucional deja claro de que no es posible que todas las disposiciones del Estatuto de Roma o de los Instrumentos internacionales que la complementan (Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la CPI" (ver: Sent. C-1156 de 2008) y "Los Elementos de los Crímenes y Reglas de Procedimiento y Prueba" (ver Sent. C-801 de 2009), se aplique de manera automática en el ordenamiento interno por dos razones: Primero, porque la incorporación de disposiciones del Estatuto al bloque de constitucionalidad se realiza "caso por caso"; y, segundo, porque el Estatuto de Roma consagra "tratamientos diferentes" que sólo podrán ser aplicados en el ámbito de la Corte Penal Internacional pero no en Colombia. Cfr. RAMELLI, ALEJANDRO, op. cit.

⁶⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sent. C-578 de 1995.

⁶⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sent. C-225. En esta decisión, se señala que el bloque de constitucional en sentido estricto está conformado por: "aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos".

tratados internacionales⁷⁰ que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida en estados de excepción—, y la noción de “*bloque en sentido lato*”⁷¹, que está constituida por normas de diversas jerarquías que sirven como parámetro de constitucionalidad de las leyes, porque pueden acarrear la invalidación de una norma legal sometida a control como, por ejemplo, las leyes estatutarias⁷² u orgánicas⁷³.

Así las cosas, conforme a la Dogmática constitucional⁷⁴ hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, los siguientes conceptos: 1. El Preámbulo de la Carta; 2. El articulado constitucional; 3. Los tratados de límites⁷⁵ ratificados por Colombia⁷⁶; 4. Los tratados de derecho humanitario; 5. Los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles; 6. Los artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta;

⁷⁰ En sent. C-358 de 1997, fundamento 6°, la Corte concluyó que no todos los tratados hacen parte del bloque de constitucionalidad porque no existía ninguna remisión normativa que justificara la inclusión de todos ellos al bloque de constitucionalidad. El artículo 9° de la Carta, pues, no hace constitucionales todos los tratados. Por otra parte, resultaría prácticamente imposible confrontar la validez de las normas legales frente a la totalidad de los tratados, pues si se acepta que todos ellos se ubican dentro del bloque de constitucionalidad, correspondería a la Corte revisar las normas impugnadas en relación con los mandatos o acuerdos del universo de los tratados ratificados por Colombia.

⁷¹ Cfr. Corte Constitucional, Sent. C-191 de 1998. En esta oportunidad, señaló las características de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad en sentido amplio: “(1) ser parámetro para efectuar el control de constitucionalidad del derecho interno; (2) tener un rango normativo superior a las leyes ordinarias (en algunos casos son normas constitucionales propiamente dichas y, en otros casos, ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y la ley ordinaria); y, (3) formar parte del bloque de constitucionalidad gracias a una remisión expresa efectuada por alguna disposición constitucional”.

⁷² Claro que en la Sent. C-708 de 1999, la Corporación excluyó del bloque de constitucionalidad a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, porque no existe una remisión expresa de la Carta que le confiera fuerza especial, lo que sí sucede con la Ley estatutaria de los estados de Excepción, a la cual el artículo 214 de la Carta le confiere un *status* especial de manera expresa.

⁷³ Cfr. Corte Constitucional, Sents. C-358 de 1997, fundamentos 3 y 4; y C-191 de 1998. La Corte distingue, de manera expresa, entre bloque *stricto sensu* (normas de rango constitucional) y *lato sensu* (parámetros de constitucionalidad). Cfr. También, C-582 de 1999.

⁷⁴ Cfr. UPRIMNY, *El bloque de constitucionalidad*, ob. cit., págs. 82 y ss.

⁷⁵ En efecto, la Corte ha señalado que los tratados de límites entran dentro del bloque de constitucionalidad en *sentido estricto*, pues el artículo 102 de la Carta les confiere jerarquía constitucional, cuando establece que el territorio colombiano está delimitado por esos convenios. Por esta razón, los tratados de fronteras ya perfeccionados “no pueden ser demandados, puesto que en el fondo son normas que integran el bloque de constitucionalidad”.

⁷⁶ Cfr. Corte Constitucional, Sents. C-191 de 1998; C-400 de 1998; y, C-1022 de 1999. Que estudió la constitucionalidad del convenio que delimita la frontera marítima con Honduras.

7. La doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales. En efecto, la Corte Constitucional, ha dado valor especial a la jurisprudencia de instancias internacionales de derechos humanos, al ponerlos como criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales⁷⁷ o dotándolas de tal fuerza jurídica interna, que las hace parte del bloque de constitucionalidad⁷⁸. 8. También forman parte del bloque de constitucionalidad los Convenios de la OIT (87 y 98, así como su Constitución)⁷⁹, pues reconocen derechos laborales que no pueden ser suspendidos en estados de excepción; 9. Y, finalmente, la doctrina elaborada por los órganos de control de la OIT⁸⁰.

En un sentido lato, habría que agregar a las anteriores pautas normativas, las siguientes: 1) las leyes estatutarias y 2) las leyes orgánicas en lo pertinente⁸¹. Igualmente, genera problemas el mecanismo de reenvío o el artículo de la Carta que cite la Corte para establecer si se está en presencia de un derecho humano reconocido y que no puede suspenderse en estados de excepción. En efecto, la Corte en sus primeras decisiones explicaba la incorporación o no de estos derechos humanos, remitiéndose al inciso primero del artículo 93 de la Carta, que dice: “ Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.

Pero ahora, se ha vuelto de moda señalar como fundamento del concepto de bloque de constitucionalidad el inciso segundo del artículo 93, que es bastante impreciso y que puede conducir a arbitrariedades judiciales. Dice este inciso: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Así las cosas, esto significaría que ya no se requiere demostrar también que esos derechos no pueden ser

⁷⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sents. C-010 de 2000; C-406 de 1996, y T-568 de 1999.

⁷⁸ Esta última interpretación no deja de tener problemas, pues no es lo mismo incorporar al bloque de constitucionalidad un tratado o convenio de derechos humanos, dado que se trata de normas generales, abstractas y permanentes, que hacerlo con decisiones de instancias internacionales lo cual desdibuja y complica la naturaleza de esta noción, pues ella se refiere a un caso particular que puede ser cambiante; se genera, entonces, inseguridad jurídica. Por eso, las decisiones de los entes internacionales sólo sirven como criterios de interpretación y no como parte integrante del bloque de constitucionalidad.

⁷⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sents. T-568 de 1999; y C-567 de 2000.

⁸⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sent. T-568 de 1999. Se dice que las decisiones concretas de determinados organismos de control, como pueden ser las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o las Recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT, cuando han sido avaladas por el Consejo de la Administración, tienen fuerza jurídica interna y hacen por tanto parte del bloque de constitucionalidad.

⁸¹ Cfr UPRIMNY YEPES: *Bloque de Constitucionalidad*, págs. 151 y ss.

suspendidos en estados de excepción con lo cual se abre una gran puerta, un verdadero boquete, para señalar la lista de los derechos que conformarían ese instituto.

Por supuesto, para resolver los casos en que no se sabe muy bien si se debe invocar el inciso primero o el segundo del artículo 93 de la Constitución Política, parece muy útil la regla práctica de reenvío utilizada por el Profesor UPRIMNY⁸²: "...si se trata de un derecho o deber que ya está expresamente incorporado en algún artículo de la Carta, entonces la norma de reenvío pertinente es el inciso segundo, y debe entenderse que están incorporados en el bloque -en sentido estricto- todos los artículos relativos a ese derecho que hagan parte de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, sin importar si son o no derechos limitables en los estados de excepción⁸³. En cambio, si se trata de un derecho o principio reconocido por un tratado ratificado por Colombia, pero que no aparece expresamente en ningún artículo constitucional, entonces, la norma relevante es el inciso primero; ese derecho sólo adquirirá rango constitucional si se trata de un derecho no limitable en los estados de excepción".

Ahora la pregunta que debe hacerse es la siguiente: ¿Cuáles son los requisitos para que un determinado tratado internacional haga parte del bloque de constitucionalidad en Colombia? Al respecto, se debe responder con dos exigencias: la primera, es la existencia de una cláusula expresa de reenvío, es decir, se requiere que preexista dentro de la Constitución un fundamento expreso que autorice esa incorporación y que le sirva como pauta para ejercer el control constitucional. De esta manera, se limita la creación jurisprudencial del bloque y se pone límite a la utilización de "cláusula de los derechos innominados"⁸⁴.

La segunda, es la consagración de un derecho humano, requisito que se desprende del artículo 93 de la Carta. En el inciso primero, se consignan los tratados internacionales sobre derechos humanos que regulan un conjunto de derechos y garantías que no pueden ser limitados ni en estados de excepción y que prevalecen en el orden interno al regular el denominado "núcleo duro de protección"; y, un segundo grupo, consagrado en el inciso segundo del artículo 93, que contiene la obligación de interpretar los derechos y los deberes consagrados con en Carta Política de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

⁸² Cfr. UPRIMNY YEPES: *Bloque de Constitucionalidad*, págs. 148 y ss.

⁸³ Según el Profesor UPRIMNY YEPES aquí estarían la mayor parte de los Convenios de la OIT, en la medida que desarrollan derechos que ya están reconocidos por la Carta (CP: arts. 25, 29, 48, 53 y 56), hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

⁸⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sent. C-578 de 1995: "siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior".

Sin embargo, puede que un tratado haga parte del Bloque de Constitucionalidad y no consagre expresamente un derecho humano, como sucede con: a) Los Convenios de la OIT [1) El 87 y el 98 sobre los principios de los derechos a la sindicalización colectiva; 2) El 132 sobre el pago de las vacaciones anuales; 3) El 138, sobre la edad mínima para ser admitido para un empleo; 4) El 169 sobre los pueblos indígenas y tribales; y, 5) El 182 sobre la "Prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación]; b) el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que de acuerdo con la Corte Constitucional sirve para dotar de contenido a las normas legales de carácter penal⁸⁵; y, c) A los tratados internacionales sobre límites⁸⁶.

Corresponde ahora establecer ¿cuál es el valor que se le debe dar a otras fuentes del derecho internacional frente al bloque de constitucionalidad?

Si se recurre al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la Haya, se encontrará que la Corte para juzgar las controversias que le sean sometidas debe aplicar, además de las convenciones internacionales que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes, la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho⁸⁷; los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas⁸⁸; y, las decisiones judiciales y las doctrinas de

⁸⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sents. SU 1184 de 2001; C-1076 de 2002; C-578 de 2002 mediante la cual se examinó la constitucionalidad del Estatuto y aceptó gracias al Acto Legislativo 02 de 2001 no declarar inconstitucionales algunos artículos del Estatuto que chocaban con el ordenamiento interno, por ejemplo, la pena de prisión perpetua, la imprescriptibilidad de las penas. Este conjunto de normas que acepta tratamientos diferentes a los establecidos por nuestra Carta sólo serán aplicables en el ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional no en Colombia.

⁸⁶ La Corte Constitucional considera que estos tratados hacen parte del bloque de constitucionalidad *lato sensu* y, por lo tanto, las disposiciones que se expidan a nivel interno que contradigan el artículo 101 de la Carta deben ser declarados inconstitucionales. Cfr. Sent. C-191 de 1998.

⁸⁷ No debe olvidarse que el Derecho internacional Humanitario nace como un derecho claramente consuetudinario que tiempo después se convierte en convencional. En todo caso, debe reconocerse que el contenido de las costumbres internacionales no es muy claro pues el se fundamenta en la práctica generalizada, representativa y uniforme de los Estados. Cfr. SALMON, ELIZABETH: *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Lima, Idehpucp. Instituto de Democracia y Derechos Humanos. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 2004, págs. 51 y ss.

⁸⁸ Los principios del derecho humanitario establecen las reglas esenciales que determinan el contenido del derecho humanitario y las conductas básicas que deben ser respetadas en los conflictos armados. En la doctrina no hay unanimidad en señalar con exactitud cuáles son esos principios; sin embargo, existe consenso en indicar que los principios más importantes son: a) *de distinción*, en cuya virtud en las operaciones militares se debe diferenciar entre combatientes y no combatientes, entre objetivos militares y bienes civiles; b) *de limitación para la utilización de medios y métodos de combate*, de conformidad con el cual la guerra tiene límites y se prohíbe la utilización de armas que causen males o sufrimientos innecesarios; c) *de proporcionalidad*, según el cual el

los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59⁸⁹. Al respecto, en la Sent. C-1189 de 2000, dijo la Corte Constitucional: “las costumbres internacionales y los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas gozan de prevalencia normativa en nuestro ordenamiento, en la misma medida de los tratados, siempre y cuando su contenido se ajuste a los dictados de la Carta y sin perjuicio de que haya ciertas normas consuetudinarias que por consagrar derechos inherentes al ser humano, se integran al bloque de constitucionalidad”.

En cuanto a las decisiones y recomendaciones adoptadas por Organizaciones internacionales, se puede decir que las primeras son obligatorias y son emitidas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas⁹⁰. En cambio, las recomendaciones no tiene efecto vinculante, debido a que no comportan decisión alguna de carácter jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento pueda generar responsabilidad de las partes y apenas si sirven de consejo a las partes involucradas, para tomar un determinado comportamiento o medida legislativa o administrativa de cara a subsanar las irregularidades o violaciones a los derechos humanos. Estas recomendaciones no hacen parte del bloque de constitucionalidad pero sirven como criterios relevantes para la interpretación en casos concretos.

Tampoco hacen parte del bloque de constitucionalidad las medidas cautelares provisionales sobre personas o cosas decretadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero una vez decretadas y no cumplidas las partes afectadas pueden utilizar la acción de tutela para que se cumplan⁹¹. De igual forma, no integran este concepto pero sirven como factor para interpretar los respectivos Tratados, las Observaciones Generales proferidas por los Órganos Internacionales que realizan el control sobre el cumplimiento de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, como por ejemplo los Comités de Derechos Humanos contra la Tortura, de los derechos de los niños, la discriminación, etc.

Además, téngase muy en cuenta, la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos sirve como criterio hermenéutico relevante de las normas constitucionales y no pertenece, por tanto, al concepto de bloque

efecto entre los medios y los métodos de combate escogidos y utilizados, no debe ser desproporcionado con la ventaja militar que se busca obtener; d) *Inmunidad de la población civil*, es decir, los civiles que no participen directamente en las hostilidades no deben ser objeto de ataque. Cfr. VALENCIA VILLA, ALEJANDRO: *Derecho Internacional Humanitario. Conceptos básicos. Infracciones en el conflicto armado colombiano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, USAID del pueblo de los Estados Unidos, Letras e Impresos S.A, págs. 118 y ss. Cfr. también: SALMON, *Introducción*, págs. 53 y ss.

⁸⁹ Dice así el Art. 59 del Estatuto de la Corte Internacional: “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”.

⁹⁰ Cfr. Art. 25 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.

⁹¹ Cfr. Corte Constitucional, Sents. T-558 de 2003 y T-524 de 2005.

de constitucionalidad⁹². Tampoco hacen parte de esa noción los llamados documentos de “Soft Law”⁹³, pues ellos no son tratados de derechos humanos ni adquieren fuerza obligatoria por haber sido aprobados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas; ellos pueden, eso sí, ser utilizados doctrinariamente para interpretar el sentido de las normas constitucionales⁹⁴.

En fin, tal vez los apuntes anteriores ayuden a servir para precisar el concepto de bloque de constitucionalidad y, por ende, señalar los alcances de la decisión en comento de cara a las exigencias que la misma hace a los aplicadores de justicia –quienes, valga la pena señalarlo, sólo se deberían regir por la Constitución y la ley– en los procesos de justicia y paz.

6. Conclusión.

Bastante amplias son las consideraciones que sobre las diversas temáticas atinentes a la Ley de Justicia y Paz, hace la Sala de Casación Penal en la sentencia objeto de estudio. Naturalmente, dada la vastedad de las mismas, este comentario se ha centrado en las que se consideran como más importantes y que, por supuesto, están llamadas a jalonar este proceso de reincorporación a la vida civil de los actores armados; por desgracia, las líneas trazadas en este proveído no han sido preservadas en desarrollos posteriores y ello, como el lector podrá adivinarlo, repercute de forma muy grave en la forma como avanzan los procesos penales correspondientes que, a la hora en que se cierra este estudio, no han posibilitado –casi cinco años después de expedida la Ley– su aplicación por primera vez a alguno de los desmovilizados. Así las cosas, lo que se avizora es que estos cumplan en detención preventiva el monto de las penas sustitutivas que en un futuro les serán impuestas, con lo cual estos procedimientos diseñados por el legislador de forma ágil han terminado por convertirse en tortuosos y laberínticos, con las enormes dificultades que ello reporta.

⁹² Cfr. Corte Constitucional, Sents. C-010 de 2000; C-1007 de 2002; y C-335 de 2006. También, RAMELLI, ALEJANDRO: “La globalización en la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales”, en *El derecho en el contexto de la globalización*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

⁹³ Los documentos Soft Law son declaraciones o principios elaborados por reconocidos doctrinantes o por cuerpos especializados que son adoptados por organismos internacionales, como las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de Menores (Reglas de Beijing)”; Los Principios de Joint sobre impunidad y derecho de las víctimas a la verdad, justicia y reparación; los “Principios relativos al desplazamiento de personas en el interior de su propio país (Principios Deng)”, etc. Cfr. UPRIMNY YEPES: *Bloque de Constitucionalidad*, págs. 98 y ss.

⁹⁴ Para el Profesor UPRIMNY YEPES, estos documentos “Soft Law” podrían hacer parte del bloque de constitucionalidad en la medida en que algunos de ellos puedan ser considerados interpretaciones autorizadas de tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP. Art. 93), o expresiones consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario (CP. Art. 214), o, en fin, corrección de principios generales de derecho internacional aceptados por Colombia (CP. Art. 9).