COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS
Organización no gubernamental con status consultivo ante la ONU
Filial de la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra) y de la Comisión Andina de Juristas (Lima)
PERSONERÍA JURÍDICA: RESOLUCIÓN 1060, AGOSTO DE 1988 DE LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ

Con el apoyo de:
Gobierno de Canadá

Serie sobre los derechos de las víctimas y la aplicación de la ley 975[1]

DOCUMENTO INFORMATIVO EXTRAORDINARIO

Retos para el cumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional sobre "Justicia y Paz"

CON DECRETOS Y RESOLUCIONES, SE ESTÁ HACIENDO PERDER EFICACIA A LA SENTENCIA DE LA CORTE

En julio del 2005, el Congreso aprobó la ley 975 de "justicia y paz". La ley aprobada adolecía de deficiencias sustanciales que dificultaban la posibilidad de alcanzar la justicia para las víctimas. Debido a las demandas interpuestas contra la ley 975, la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-370 de 2006, declaró la inconstitucionalidad o la constitucionalidad condicionada de varias normas claves de la ley. Con la sentencia, aun cuando subsistieron algunos problemas delicados, la ley se acercó en buena medida a los parámetros constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos.

Muchos sectores nacionales e internacionales saludaron la sentencia de la Corte con la esperanza de que así la ley contribuyera a la paz y se pudiera aplicar de la manera menos nociva para las víctimas y para la justicia. Desafortunadamente, el cumplimiento de muchos de los aspectos decididos por la Corte hoy está en discusión debido a decretos gubernamentales y resoluciones de la Fiscalía. Dichas disposiciones normativas, además de evadir el cumplimiento de la sentencia C-370 de la Corte Constitucional, crean nuevas disposiciones para modificar, incluso, la ley tal como fue aprobada.

El Gobierno y la Fiscalía no tienen atribuciones para contradecir la ley 975 ni la sentencia C-370, ni tampoco para regular los derechos de las víctimas y de los paramilitares en los proceso judiciales. Por tal razón, la mayoría de las materias de los decretos y resoluciones de la Fiscalía debieron haber sido reguladas a través de una ley de la República. Dado que muchas de las medidas contrarían además la decisión de la Corte Constitucional, se desconoce el principio de supremacía constitucional, es decir, el principio básico según el cual todas las autoridades están sometidas a la Constitución y, por consiguiente, deben respetar los fallos que la Corte Constitucional expida en aplicación de la norma fundamental. Con este procedimiento de toma de decisiones se burla así la separación de poderes y la democracia misma.

A continuación se presentan algunos de los aspectos más preocupantes de los decretos y resoluciones:

[1] La Unión Europea subvencionó, entre julio y diciembre de 2006, la primera parte de este proyecto mediante la cual se dio inicio a esta serie de boletines informativos, y se publicaron sus primeros doce números, los cuales están disponibles en la página web. La presente publicación ha sido elaborada con el auspicio del Gobierno de Canadá y el contenido de la misma es responsabilidad exclusiva de la Comisión Colombiana de Juristas. En ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de la Unión Europea ni del Gobierno de Canadá.

1. La ley cambió de naturaleza
Pasó de ser una ley de justicia retributiva a ser una ley de justicia restaurativa

La ley 975 de 2005, conforme a sus artículos 1 y 2, regula un procedimiento penal, es decir, lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de delitos cometidos por miembros de grupos armados ilegales que hayan decidido desmovilizarse y contribuir a la paz. Si bien la ley otorga un beneficio judicial significativo –la reducción de la pena- esto se hace dentro del concepto de justicia retributiva y no de justicia restaurativa.

La justicia restaurativa es una propuesta proveniente de la áreas de la victimología y la criminología, que es crítica de los modelos penales retributivos tradicionales. Este enfoque se centra en la búsqueda de la reconciliación y propende por la eliminación de la pena enfocándose en reparación y programas de acercamiento entre el agresor, la víctima y las comunidades afectadas.

De hecho, el enfoque de justicia restaurativa fue propuesto en uno de los primeros proyectos de ley presentados para la regulación del marco jurídico que se aplicaría para el proceso de desmovilización, y fue descartado por el Congreso de la República. Se trataba del proyecto de ley de "alternatividad penal" presentado por el Gobierno en el 2003[2]. Como consecuencia de su enfoque restaurativo, el proyecto no contemplaba ninguna pena privativa de la libertad, sino únicamente "penas alternativas"[3]. Tal propuesta fue rechazada ampliamente, por dos razones. En primer lugar, porque la gravedad de los delitos –violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario- exigía una respuesta sancionatoria que contuviera una pena privativa de la libertad, aunque pudiera atenuarse la sanción penal. En segundo lugar, porque no se podía obligar a las víctimas a participar en procesos de reconciliación forzada con sus agresores, pues la reconciliación debería ser una consecuencia natural de un genuino proceso de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición y no una imposición a las víctimas, que daría lugar a una nueva violación consistente en la "reconciliación forzada".

Sin embargo, desconociendo el debate en el Congreso de la República, el decreto 3391 regula en su artículo 2 la "naturaleza de la ley" y trata de convertirla en una ley de "justicia restaurativa". Esta desnaturalización de la ley da fundamento conceptual a otras medidas previstas en los decretos del Gobierno, tales como algunas restricciones a la reparación y a la reducción de la pena a través de la incorporación de "programas restaurativos".

---

[2] Exposición de motivos al proyecto de ley estatutaria No. 085 de 2003 – Senado *"por la cual se dictan disposiciones en procura de la reincorporación de miembros de grupos armadas que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional"*. Gaceta del Congreso No. 436 de 2003.

[3] Arts. 11 lit. f) y 16. Las penas alternativas previstas en el proyecto eran las siguientes: inhabilitación hasta por diez años para el ejercicio de funciones públicas, o inhabilitación hasta por diez años para el acceso a cargos de elección popular, o prohibición hasta por diez años del derecho a la tenencia o porte de armas, o privación hasta por veinte años del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos, o expulsión del territorio nacional para los extranjeros, o la restricción geográfica de la libertad hasta por diez años.

2. Derecho a la reparación:
De acuerdo al decreto 3391 de 2006 y, en contravía de la sentencia de la Corte, el Estado no sería responsable de la reparación y habrá reparación sólo si hay plata. Dicha reparación será tal vez sólo colectiva y tal vez sólo simbólica

La Corte dijo que deben concurrir a la reparación, en primer lugar, el penalmente responsable; en segundo lugar, los otros miembros del bloque; y en tercer lugar, el Estado. Así la Corte pretendió garantizar que los recursos económicos respondieran a las necesidades de reparación y no al contrario.

Sin embargo, el decreto 3391 supedita la reparación a los recursos del grupo armado, a la vez que hace relativa la obligación de los miembros del mismo cuando señala que la reparación se decidirá judicialmente teniendo en cuenta, entre otros, *"la capacidad económica del bloque o frente y de los desmovilizados penalmente responsables"* (artículo 17).

En ese caso, se podría pensar, que las víctimas de todas maneras pueden acudir al Estado. Sin embargo, el decreto señala que ante la eventualidad de que los recursos dados por los desmovilizados sean insuficientes, los recursos asignados al presupuesto general de la Nación se destinarán a dar cobertura a los derechos de las víctimas *"en especial mediante la realización de otras acciones de reparación no decretadas judicialmente, orientadas a reconocer y dignificar a las víctimas de las zonas más afectadas por la violencia de los grupos armados organizados al margen de la ley, sin que ello implique la asunción de responsabilidad subsidiaria por parte del Estado"* (artículo 18.5). Además, se señala que *"el carácter integral de la reparación no se establecerá en función exclusiva de las acciones de naturaleza económica"* y establece que las recomendaciones que formule la Comisión Nacional de Reparación en materia de reparación deben tener en cuenta criterios de *"proporcionalidad restaurativa que permitan realizar una ponderación entre las medidas de satisfacción, las garantías de no repetición y los diferentes actos de reparación, en especial los de carácter simbólico y colectivo"* para buscar de forma *"sostenible"* la finalidad buscada por la ley 975 (artículo 16). Además, en casos de violencia masiva o sistemática, el decreto señala que la reparación colectiva es el mecanismo especial idóneo que comporta resarcimiento para todas y cada una de las víctimas de las comunidades, excluyéndose así la reparación individual a la que tienen derecho las víctimas de tales hechos.

Con lo anterior, el Estado dará recursos para medidas de reparación que privilegien la reparación colectiva –excluyendo la individual-, y la reparación simbólica –más que la indemnizatoria-[4]. En todo caso, el Estado, según el decreto 3391, no estaría dispuesto a concurrir subsidiariamente a la reparación, es decir, a pagar los daños cuando no alcance para ello el discurso de los paramilitares beneficiados por la ley 975.

El decreto 3391 establece también que los gastos de la publicidad y administración de los bienes, así como los gastos para la notificación y los edictos emplazatorios estarían a cargo del Fondo para la Reparación. Así, en vez de asumir el Estado los costos de aplicación de la ley

[4] De conformidad con la sentencia C-575 de 2006 sobre la ley 975 de 2005, la implementación de medidas de reparación colectiva no excluye medidas de reparación individual, pues la reparación debe ser integral, esto es, incluye medidas de reparación individual y colectiva, y estar integrada concurrentemente por prestaciones conducentes a la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y medidas de no repetición (aparte 6.4.1. de la sentencia).

que adoptó para conceder beneficios judiciales a los paramilitares, el Gobierno pretende que esos costos los asuman las víctimas, y ordena para ello que se paguen con recursos destinados a reparar los daños que les han sido compensados por estos crímenes de lesa humanidad.

3. Menos reparación y menos sanción:
Disminución de la sanción a través de proyectos productivos que benefician a agresores y que van en desmedro de la reparación para las víctimas

El decreto 3391 hace referencia a la creación de establecimientos de reclusión en los que se desarrollen *"programas restaurativos dirigidos a restablecer el tejido social y vínculos entre las víctimas, las comunidades y los ofensores, incluyendo la realización de proyectos productivos o de capacitación vocacional"* (artículo 13). Esto se enmarca en el principio de "sistema progresivo del sistema penitenciario", según el cual, la privación de la libertad se puede desarrollar en un período cerrado, uno semi-abierto y otro abierto. El decreto no dice en qué momento del cumplimiento de la pena alternativa se realizan estos programas, es decir, si en la fase cerrada, en la semi-abierta o en la abierta. Pero, en todo caso, parece ser claro que una parte de los 5 u 8 años de pena alternativa se realizarán en estas instalaciones en las que se comparten proyectos con las víctimas. De esta manera, se estaría desconociendo el parágrafo 1º del artículo 29 de la ley 975 de 2005, que señala que en ningún caso se concederán subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias a la pena alternativa.

El artículo 17 del decreto señala que se entiende como medida de reparación colectiva la entrega de bienes destinados a estos proyectos, llegándose al extremo de considerar que los "desmovilizados" cumplen su pena en bienes de su propiedad en los que se desarrollan proyectos entre víctimas y agresores. El artículo 19 habla de los programas restaurativos para la reconciliación y los detalla.

En síntesis, a través de estos mecanismos se tiende a suavizar e incluso a desaparecer, la pena privativa de la libertad que deban cumplir los paramilitares por virtud de la ley 975.

4. Segunda forma de disminución de la sanción:
Se reviven, como cumplimiento de parte de la pena, los 18 meses de estadía en zonas de ubicación, es decir, los 18 meses en Ralito

La Corte Constitucional declaró inconstitucional el artículo 31 de la ley 975 que permitía la contabilización como parte de la pena el tiempo que los paramilitares hubieran permanecido en las "zonas de ubicación" destinadas al desarrollo de negociaciones entre el Gobierno y los grupos armados, hasta por un máximo de 18 meses.

La Corte encontró que el artículo 31 asimilaba al cumplimiento de una pena *"la circunstancia de estar ubicado en una zona de concentración, a pesar de que no haya habido ninguna medida del Estado que haya conducido a que las personas deban estar en dicho lugar. En ese sentido,* ***no constituye pena*** *en cuanto no comporta la imposición coercitiva de la restricción de derechos fundamentales. Generalmente, la permanencia en una zona de concentración por parte de miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley, en proceso de desmovilización, obedece a una decisión voluntaria de esas personas, lo que concurre a*

excluir cualquier posibilidad de equiparar a cumplimiento de pena una situación de tal naturaleza, que prescinde y desplaza las intervenciones estatales que caracterizan el monopolio estatal de la potestad sancionadora".

Sin embargo, el Decreto 3391, en su artículo 20, con una redacción sofisticada, revive la posibilidad de conmutar como tiempo de pena cumplida la estadía en zonas de concentración con el argumento de que dicha estadía ocurrió antes de la sentencia de la Corte[5].

No sobra recordar que, además, no hubo ni siquiera concentración efectiva en tales zonas porque los participantes en la negociación salían y entraban libremente de tal zona, al punto que el decreto 4760 de 2005 dispuso, por su parte, que esos 18 meses se descontarían de la pena, así el paramilitar no hubiese permanecido en zonas de ubicación, si el Alto Comisionado gubernamental para la Paz así lo autorizara.

5. Menos control en el cumplimiento de la sanción:
Reclusión en establecimientos militares, en lugar de reclusión en establecimientos carcelarios

El artículo 11 del decreto 3391 señala que los "desmovilizados" podrán ser ubicados en establecimientos militares, mientras que se adelantan los procesos judiciales. Esto se hace a través de la remisión al parágrafo 2 del artículo 21 de la ley 65 de 1993, es decir, el Código Penitenciario y Carcelario. La norma citada del Código Penitenciario y Carcelario esté hecha para guerrilleros desmovilizados individualmente como una forma de protección frente a sus antiguos compañeros de armas. Sin embargo, su aplicación en el caso de paramilitares resulta contraria al deber del Estado de romper los nexos entre los miembros de la Fuerza Pública y de los grupos paramilitares.

Como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los grupos paramilitares fueron creados con fundamento en acciones y legislación estatal que permitieron su surgimiento, y las acciones de estos grupos se han llevado a cabo con la aquiescencia, omisión y colaboración de miembros de la Fuerza Pública. En esas condiciones, las instalaciones de la Fuerza Pública no dan suficientes garantías de

[5] Con fundamento en la definición de un "procedimiento integrado", del cual el proceso penal no sería sino una parte, se pretende alegar que la ley 975 les era aplicable a todos las personas que participaron en ceremonias de desmovilización, incluso antes de la expedición de la ley en julio de 2005. Así, todos los desmovilizados podrían acceder a los beneficios de la ley tal como fue aprobada por el Congreso y antes de su revisión de constitucionalidad. Es decir, bajo la supuesta aplicación del principio de favorabilidad penal, accederían a la aplicación de normas declaradas inconstitucionales. Si bien la ley estaba vigente desde el 25 de julio de 2005, no les era aplicable a los desmovilizados, quienes sólo se constituyeron como sujetos de su aplicación con posibilidad de aspirar a recibir sus beneficios luego de la inclusión de sus nombres en las listas remitidas por el Gobierno a la Fiscalía, lo cual ocurrió el 15 de agosto de 2006. Siguiendo la definición del artículo 10 de la ley 975 sobre las personas que pueden entrar a ser elegibles para acceder a los beneficios de la misma, es necesario que estén incluidas en la lista que el Gobierno debe enviar a la Fiscalía. Así, no pueden invocar como "ley más favorable" una ley que no les era todavía aplicable. No es posible –como pretende el Gobierno con el decreto- que se hiciera aplicable a todos los desmovilizados por los ofrecimientos hechos por el Alto Comisionado para la Paz, incluso antes de la expedición de la ley, entre los cuales se encontraba el descuento del tiempo de estadía en Santa Fe de Ralito.

independencia para el adecuado control penitenciario y tampoco propician las circunstancias para que se puedan romper los nexos entre paramilitares y agentes estatales.

6. Impunidad para quienes han sido testaferros:
Aplicación del principio de oportunidad para los testaferros

De manera ostensiblemente ilegal, el decreto 3391 reproduce el contenido del artículo del decreto 4760 que otorga amnistía a los testaferros de los paramilitares, es decir, a quienes aparecen como propietarios o detentadores de los bienes adquiridos o usurpados por ellos. Un decreto presidencial no tiene jurídicamente posibilidades de conceder tal amnistía, lo cual sería, si acaso, competencia de una ley[6]. Pero además, el decreto trata a los testaferros como criaturas inocentes, cuando en la mayoría de los casos se trata de verdaderos cómplices de los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos por los jefes paramilitares. En algunos pocos casos puede haber testaferros que sean subordinados de los delincuentes, y que no podían resistirse a sus órdenes, lo cual los exoneraría de responsabilidad penal. Pero para los restantes, el decreto autoriza al Fiscal que se abstenga de investigarlos, en aplicación del "principio de oportunidad", incorporado a nuestra legislación con la introducción del sistema acusatorio en materia penal en 2003.

Varias voces autorizadas han criticado la forma laxa como se reguló el principio de oportunidad en aquel entonces. Este decreto agrava la arbitrariedad del principio de oportunidad al autorizar su aplicación, por virtud de un decreto, a criminales de guerra y de lesa humanidad. El Gobierno ha justificado esta medida diciendo que es la apertura de una salida para la devolución de los bienes a las víctimas. Una salida más adecuada sería la aplicación de la figura de extinción del dominio en relación con esos bienes ilícitamente detentados.

El decreto reproduce además la norma que permite la aplicación del principio de oportunidad a los testaferros, es decir, la facultad discrecional de la Fiscalía de dejar de investigar esos delitos cobijándolos con una amnistía de hecho (artículo 14).

7. Participación de las víctimas:
No hay garantías para la participación de las víctimas. Sólo se daría participación a víctimas con interés indemnizatorio

Un conjunto de normas de distinto carácter[7] restringen la participación de las víctimas directas de delitos dentro del trámite de la ley 975 de 2005. Estas normas afectan las posibilidades de participación de las víctimas que hayan recibido un daño directo por los delitos, así como el derecho de todas las personas a conocer la verdad y exigir justicia y reparación sobre los delitos.

[6] La concesión de indultos y amnistías es una facultad privativa del Congreso de la República conforme al numeral 17 del artículo 150 de la Constitución.
[7] Resolución 3998 de 2006 de la Fiscalía, el decreto 315 de 2007 y la resolución 0387 de 2006 de la Fiscalía.

a. Afectación de las víctimas directas que hubieren sufrido un daño por el delito

Sólo pueden participar las víctimas que el "desmovilizado" diga que son víctimas. De acuerdo a la resolución 3998 la versión se centra en los hechos que el postulado manifieste, en una primera sesión, que va a confesar, de manera que, en una segunda sesión se deja participar a las víctimas de los hechos anunciados por el postulado. Así, las víctimas que pueden participar son únicamente aquellas de los delitos que el postulado quiera confesar. Si las víctimas estiman que hay otros delitos, o quieren participar justo para saber si el postulado es responsable del delito del que son víctimas, no podrán participar. Contrario a lo establecido por la Corte Constitucional, la verdad y la participación de las víctimas se determina por el postulado (cabe advertir que no siempre se ha aplicado de manera rígida la reglamentación, pero es la que ha expedido al respecto). Una interpretación armónica de la ley con la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos permiten propender por el acceso de las víctimas a las versiones libres de acuerdo a lo que sea más adecuado para la realización de sus derechos.

Por virtud de estas normas, la participación de las víctimas se reduce a un interés indemnizatorio, sin protección a su seguridad, sin garantías de adecuada representación y sujetas a lo que el Fiscal considere pertinente. Sólo podrán participar de la versión libre las personas que demuestren sumariamente el daño causado y que renuncien expresamente a la preservación de su identidad. Además, si un solo hecho ha generado pluralidad de víctimas, deben ponerse de acuerdo en, máximo, dos abogados que las representen (resolución 3998 y decreto 315), desconociéndose así el derecho que tiene la víctima a elegir un abogado de confianza (artículos 37 y 62 de la ley 975 y 137 del Código de Procedimiento Penal). Así, de acuerdo a estas normas, sólo podrían participar las víctimas que tengan un interés indemnizatorio, a pesar de que la sentencia de la Corte Constitucional señaló que las víctimas tienen derecho, no sólo a buscar una indemnización económica, sino reparación integral, así como la verdad y la sanción de los responsables.

Además, quienes demuestren sumariamente el daño, sólo pueden participar en una sala separada y sugerir preguntas para que el Fiscal formule, de manera que este último puede descartar las que desee. En todo el proceso, la autoridad judicial puede excluir las preguntas que considere impertinentes. Así, la víctima o su apoderado no pueden preguntar directamente.

La Corte Constitucional, al estudiar la ley 975, señaló que esta permite y exige la plena participación de las víctimas en los procesos judiciales, incluyendo la diligencia de versión libre, entre otras. Además, conforme al artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las víctimas tienen el derecho a contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del establecimiento de los hechos, como en la búsqueda de la sanción del responsable y de la reparación[8]. En el mismo sentido, el *Conjunto de Principio s actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad,* reconocidos por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 2005, señalan que *"Los Estados deberán garantizar la amplia participación jurídica en el*

[8] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los niños de la Calle (Villagrán Morales y otros)*, sentencia de 19 de noviembre de 1999, párrafo 227. Reiterado en los casos de Las Palmeras, Masacre de Mapiripán y masacre de Ituango.

proceso judicial a todas las partes perjudicadas y a toda persona u organización no gubernamental que tenga un interés legítimo en el proceso" [9].

Sobre el particular, se deberían inaplicar estas normas o interpretarlas armónicamente con las normas constitucionales[10] y permitir la participación de todas aquellas personas que se consideren víctimas directas de los hechos cuando sus solicitudes excedan un interés meramente indemnizatorio. Debería dárseles garantías de participación y representación adecuada, así como de seguridad. Así se ha solicitado en una acción de tutela que está en curso[11].

b. Restricciones para que la sociedad colombiana acceda a la verdad

Además, la Fiscalía se ha negado a la difusión por radio, internet y televisión de las versiones libres y así lo ha confirmado a través de la resolución 0387 de 2007. Esta difusión permitiría que las víctimas de los delitos que no pueden asistir a las audiencias de versión libre,, porque no tienen recursos económicos o porque tienen miedo, se enteren del avance de los procesos y puedan seguir de alguna manera las decisiones judiciales que puedan afectar sus intereses.

Además, esta difusión permitiría la realización del derecho de todas las personas miembros de la sociedad colombiana y de la humanidad a conocer la verdad. Debido al carácter de los delitos, crímenes de lesa humanidad, las víctimas de ellos no son únicamente quienes han sufrido un daño directo –aunque sin lugar a dudas tengan derecho a un tratamiento prioritario-, sino que todos los miembros de la humanidad somos víctimas, porque estos delitos ofenden la conciencia de la humanidad. Esta consideración es lo que ha dado lugar a que estos delitos se consideren crímenes internacionales y tengan jurisdicción universal. Por consiguiente, todas las personas tenemos derecho a conocer las confesiones de los postulados. Además, ese conocimiento debe ser posible desde la versión libre, pues en el procedimiento diseñado por la ley 975 no está previsto un momento para debatir y controvertir las pruebas y las responsabilidades. La versión libre sería, por consiguiente, la única etapa en la que las víctimas pueden controvertir la confesión de los paramilitares.

Las únicas limitaciones admisibles a la publicidad de las audiencias son aquellas necesarias para la protección de niños y niñas, de la intimidad de víctimas de violencia sexual y aquellas que se deriven de situaciones en que se encuentre probado que la difusión puede entrañar un riesgo para las víctimas, limitaciones previstas en la ley 975 (artículo 39 y 40). Sin embargo, la Fiscalía ha considerado que la reserva es la regla general y ha establecido dicha reserva más allá de lo

---

[9] Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad,* Informe de Diane Orenthlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, Doc. ONU E/CN.4/RES.2005/66, publicado en: Comisión Colombiana de Juristas, *Principios Internacionales sobre Impunidad y Reparaciones,* Bogotá, 2007, pág. 61.

[10] Esto se puede hacer aplicando el principio *pro homine* del derecho internacional –principio de interpretación a favor de la persona-, según el cual, entre dos interpretaciones posibles, se debe privilegiar aquella que sea más protectiva de la dignidad humana y los derechos humanos.

[11] Para el momento de la terminación de este documento, la acción de tutela se encontraba en trámite en segunda instancia ante el Consejo de Estado. La primera instancia se surtió en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en ella se desestimaron los argumentos de la demanda. Acción de tutela interpuesta contra la Fiscalía General de la Nación, expediente: 2007-00290.

previsto en la ley 975. La difusión de las versiones, acompañadas de un adecuado y estricto control a los versionados para que no incurran en señalamientos inadmisibles a las víctimas o en versiones apologéticas a las víctimas, es una medida idónea y necesaria para garantizar el derecho a la verdad de la sociedad colombiana.

7. Requisitos de elegibilidad:
Los prueba el Gobierno y se presume su cumplimiento

El decreto 423 de 2007 reglamenta los artículos de la ley 975 referentes a los requisitos de elegibilidad (artículos 10 y 11). Los requisitos de elegibilidad son las obligaciones que deben haber cumplido los desmovilizados para poder acceder al procedimiento penal que concluiría con la concesión de una pena alternativa o una rebaja de pena. Dichos requisitos, básicamente, consisten en que la desmovilización haya sido efectiva y que los desmovilizados contribuyan a la paz.

El decreto, reitera una norma del artículo 3391 (artículo 5), que señala que en los casos de desmovilización colectiva, no afectarán la posibilidad de acceder a la pena alternativa por parte del grupo aquellas conductas "aisladas" que constituyan desconocimiento de los requisitos de elegibilidad por parte de alguno de los "desmovilizados" que "no correspondan a la organización en su momento bajo la dirección del mando responsable".

Esta disposición contraría el artículo 10 de la ley que señala que, en caso de desmovilización colectiva, el cumplimiento de los requisitos debe ser también colectivo. Esto se debe a que el compromiso de desmovilización, cese de hostilidades y desmantelamiento es del grupo y no de los individuos. Contemplar una excepción se pueda dar debido a que la persona no pertenecía a la organización es por lo menos extraño pues, si el compromiso de desmovilización es colectivo, después de la misma no debería haber un mando responsable, sino únicamente cese de actividades militares. Si la persona no pertenecía a la organización no se entiende por qué el grupo desmovilizado y el Gobierno la hayan admitido en la desmovilización del grupo.

En todo caso, no sobra recordar que de acuerdo a la ley 975, el compromiso de cumplir con la desmovilización es colectivo por tratarse, por lo menos en abstracto, de una ley aplicable a un proceso de paz, en el cual los compromisos son colectivos.

En segundo lugar, el decreto pretende establecer el procedimiento para probar los requisitos de elegibilidad, privilegiando, por encima de la investigación judicial, las certificaciones que dé el Gobierno. El decreto ni siquiera menciona la información que se pueda recoger a través de testimonios o información que no provenga de fuentes estatales.

Son la Fiscalía y los Tribunales de Justicia y Paz quienes deben revisar exhaustivamente el cumplimiento de los requisitos de acuerdo a criterios de libertad probatoria y sana crítica. El Gobierno puede, si quiere, otorgar información dentro de los procesos, pero no tiene facultades para, a través de un decreto reglamentario, establecer certificaciones de requisitos de elegibilidad que en la práctica se convierten en instrucciones a los jueces sobre la forma de probar judicialmente un asunto tan delicado (artículos 1 y 2 del decreto 423). En la práctica, el

decreto crea una especie de "presunción" de cumplimiento de los requisitos cuando estos se encuentren certificados por el Gobierno.

8. Delito político:
La conformación de grupos paramilitares ocurrida antes de mayo del 2007 se tipifica como delito político de sedición y, por consiguiente, los responsables tienen derecho al indulto.

De acuerdo al decreto 128 de 2003 (reglamentario de la ley 782 de 2002), aquellas personas que al momento de su desmovilización no tuvieran procesos o condenas judiciales en contra por delitos graves, podrían acceder al beneficio del indulto o un beneficio equivalente de acuerdo al estado del proceso judicial. Sin embargo, de acuerdo a la Constitución, sólo pueden ser indultados delincuentes políticos, es decir, quienes hubieren cometido delitos de rebelión, sedición y asonada y conexos. Hasta antes de la expedición de la ley 975, en la tradición jurídica colombiana nunca se había entendido que los grupos paramilitares pudieran ser considerados delincuentes políticos y en eso consistió el cambio introducido por el artículo 71 de la ley 975.

La Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo 71 que incluyó como parte del delito de sedición el pertenecer a grupos paramilitares. La decisión de la Corte se debió a vicios de trámite en el Congreso.

A través del decreto 4436 de 2006, el Gobierno, pretendiendo reglamentar la ley 782 de 2002, señaló que, debido a que la sentencia de la Corte Constitucional tiene efectos hacia el futuro, todas las personas que se hubieren desmovilizado o cometido el delito de sedición antes del 18 de mayo de 2006 (fecha del fallo de la Corte), podrían seguir siendo considerados delincuentes políticos –sediciosos- y, por consiguiente, podrían conservar u obtener su beneficio de indulto. No sobra recordar que aproximadamente el 98% de los desmovilizados paramilitares no irían a la ley 975 porque están gozando del beneficio de indulto.

El Gobierno sustenta la expedición del decreto con jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que va en el mismo sentido. En este punto es importante tener en cuenta que, en primer lugar, la interpretación de la Corte Suprema puede ser debatible jurídicamente, debido a que la conformación de grupos paramilitares es *per se,* una violación de derechos humanos, independientemente de los delitos en los que los miembros de los grupos incurran. Por consiguiente, la conformación de grupos paramilitares no debería ser considerada como delito indultable en ningún caso, y cualquier norma que así lo considere debería ser nula absolutamente y no generar ningún tipo de beneficios, aunque la norma hubiere estado vigente formalmente. En segundo lugar, en todo caso, la definición de la aplicación o no del principio de favorabilidad es una discusión propia del ámbito judicial, con lo cual el Gobierno nuevamente se está inmiscuyendo en decisiones que exceden sus facultades e invaden la de otras ramas del poder.

CONCLUSIÓN

Se está consumando un fraude al debate en el Congreso y a la sentencia de la Corte sobre la ley 975 de 2005. Silenciosamente, sin mayor debate público, el marco jurídico se ha transformado regresiva y sustancialmente. En la práctica, a través de decretos, el Gobierno se está inmiscuyendo y revocando decisiones de la órbita privativa del Congreso y de la Rama Judicial. Con lo anterior, el Gobierno está desconociendo la separación de poderes y la democracia.

Sin embargo, todavía hay mecanismos que permitirían hacer exigible la decisión de la Corte. En primer lugar, se podría lograr la inaplicación de normas contrarias a la sentencia de la Corte y a la ley misma a través de la figura de la excepción de inconstitucionalidad. Esto deberían hacerlo los Fiscales y Magistrados de Justicia y Paz (con fundamento del artículo 4 de la Constitución que dice que: *"En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*). En segundo lugar, también se podría evitar la aplicación de las normas a través de acciones de nulidad que se presenten ante el Consejo de Estado, que, de estar de acuerdo, podría decretar la suspensión provisional de las normas[12].

Lo ideal sería que estas acciones prosperasen pues, de lo contrario, nos veremos ante decisiones que podrían ser no sólo inoportunas sino inocuas frente a daños irremediables a los derechos de las víctimas, porque las versiones libres y los procesos están avanzando mientras tanto. Por ello es importante que la ciudadanía y la comunidad internacional actúen decididamente ante el Estado colombiano para que corrija estas graves distorsiones, contrarias a las posibilidades de paz y de justicia en el país.

Comisión Colombiana de Juristas
Mayo de 2007

[12] Ya se encuentra en curso una demanda contra algunas normas del decreto 4760 y del decreto 3391. Hasta el momento no se ha decidido la suspensión provisional de las normas.