

Justicia y paz en Colombia: El derecho a la verdad, la justicia y la reparación

Análisis de la Ley 975 y Decreto 4760 de 2005

según estándares internacionales de protección de los derechos humanos

Introducción

El objetivo principal del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) es asegurar la plena implementación de normas internacionales de derechos humanos en los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), mediante el uso efectivo del sistema interamericano de derechos humanos y otros mecanismos de protección internacionales. Entre sus mandatos específicos se encuentra el de contribuir a la incorporación de los estándares internacionales de derechos humanos en la normativa interna de los países de las Américas.

De acuerdo con su mandato, el interés de CEJIL al presentar este Documento de Coyuntura¹ es contribuir al debate sobre la Ley 975 de 2005², denominada “Ley de Justicia y Paz”, resaltando la obligación del Estado colombiano de cumplir con los estándares internacionales del derecho internacional de los derechos humanos en el diseño y la implementación de una política de paz. CEJIL considera que los procesos de transición a la paz o a la democracia deben y pueden reconocer los derechos de las víctimas como elemento fundamental para la consolidación del estado de

derecho y de una paz duradera. En el caso colombiano, CEJIL representa—en el marco de procesos ante el sistema interamericano de derechos humanos—cientos de víctimas cuyos derechos fundamentales se podrían ver afectados por la Ley 975.

El conocimiento y debate de la Ley 975 tiene una especial relevancia para los derechos humanos de los miles de víctimas del conflicto armado colombiano, particularmente sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Pero la tiene también para las víctimas de otros conflictos, y para quienes consideramos que es posible buscar soluciones a estos conflictos respetuosas de los estándares internacionales de derechos humanos.

La Ley 975 de 2005 representa la culminación de una etapa del proceso de negociación que el Gobierno colombiano adelanta con los grupos paramilitares (las Autodefensas Unidas de Colombia³), concluida en julio de 2005 con la aprobación por el Congreso de dicha ley, y con su posterior sanción por el Presidente de la República Álvaro Uribe⁴. La Ley otorga ciertos beneficios jurídicos a los que se acogen a ella, a cambio de la desmovilización, la rendición de una versión

1 Este documento presenta una posición institucional del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). El mismo fue elaborado por el abogado Michael Camilleri, con el apoyo de Viviana Krsticevic, Directora Ejecutiva, Tatiana Rincón, Directora de la oficina de Washington, y de los abogados/as Ana Aliverti, David Baluarte, Pedro Díaz, Julieta Di Corleto y Maria Clara Galvis. También contribuyeron Judith Schonsteiner, Vanessa Montague James, Marianela Fuertes Forero y Olga Lucia Pérez.

2 Véase Anexo 1.

3 Las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) agruparon a los grupos paramilitares en negociación con el Gobierno Nacional.

4 La Ley 975 de 2005, es aplicable a todo miembro de los grupos armados al margen de la ley que llenan las condiciones establecidas, no solamente a los miembros de las AUC. De hecho, entre los primeros en someterse a la Ley se encontraron 38 miembros de las FARC. “Primeros combatientes en acogerse a ley de Justicia y Paz fueron 38 guerrilleros de las FARC,” *El Tiempo*, 9 de septiembre de 2005. Sin embargo, la norma resultó de las negociaciones de las AUC y su objeto principal es desmovilizar a estos grupos paramilitares; la Ley no pretende lograr la paz con las fuerzas guerrilleras existentes en Colombia. Por lo tanto, el presente documento analiza la Ley 975 en su aplicación a las AUC, aunque muchas de las observaciones serían igualmente aplicables a la desmovilización bajo la Ley de miembros de otros grupos armados al margen de la ley.

libre⁵, la entrega de bienes adquiridos ilícitamente, y la participación en el programa de reparación a las víctimas. El 30 de diciembre de 2005, el Gobierno colombiano emitió el Decreto 4760 de 2005, “por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 975 de 2005”⁶.

El presente análisis de la Ley 975 y el Decreto 4760 tiene como base un escrito de *amicus curiae*⁷, elaborado por CEJIL y la Clínica de Derechos Humanos de Yale Law School que fuera presentado a la Corte Constitucional colombiana en el marco de una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 975. Este análisis nos lleva a concluir que la Ley desconoce, en aspectos importantes, los estándares internacionales que obligan al Estado colombiano respecto a los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Además de mostrar las maneras en que la Ley 975 no se ajusta a estos estándares, el presente documento sugiere algunas recomendaciones básicas que deberían ser tenidas en cuenta para lograr un marco normativo y una aplicación de ese marco respetuosos del derecho internacional de los derechos humanos.

La Ley 975 en contexto

Durante las últimas dos décadas la comunidad internacional ha sido testigo de varios procesos de transición a la democracia o a la paz. Desde las experiencias de América Latina, Sudáfrica hasta la ex-Yugoslavia y Timor del Este, uno de los elementos claves de dichos procesos ha sido la necesidad de afrontar las violaciones de derechos humanos ocurridas en el período anterior a la transición. Estos procesos de transición, sean de la guerra a la paz o de regímenes autoritarios a la democracia o ambos, son antecedentes de los cuales otros países que pretenden entrar en un período de transición pueden aprender.

La acumulación de experiencias de transición ha sido útil desde la perspectiva de la ciencia social, dando lugar también a un naciente pero creciente *corpus iuris* de una justicia en periodos de transición. Lejos de contradecirse, la perspectiva socio-política refuerza la jurídica, afirmando que garantizar una adecuada verdad, justicia y reparación a las víctimas es crucial para alcanzar una verdadera transición a una democracia inclusiva y regida por el estado de derecho. La obligación general de garantía y respeto de los derechos humanos, propia del derecho internacional de los derechos humanos, no se suspende en los procesos de transición a la paz o a la democracia. De este modo, los Estados que inician, hoy en día, negociaciones políticas dentro del marco de un proceso de transición, tienen que tomar en cuenta ciertas limitaciones en el momento de otorgar concesiones a los diferentes partes de las negociaciones.

Colombia es una de las naciones en el mundo que se encuentran pendiente de un verdadero y urgente proceso de transición de la guerra a la paz. Un conflicto armado de más de medio siglo ha dejado cientos de miles de muertos y heridos, miles de secuestrados y desaparecidos, además de unas tres millones de personas desplazadas internas⁸. El conflicto se ha caracterizado por una falta de respeto, a veces flagrante, de las normas de derechos humanos y del derecho internacional humanitario por parte de los varios actores armados: las fuerzas del Estado colombiano, los grupos guerrilleros, y los paramilitares⁹.

Uno de los aspectos más relevantes del conflicto colombiano durante los últimos veinte años ha sido la participación, además de los grupos guerrilleros, de los paramilitares. Contando frecuentemente con la colaboración o la tolerancia de las fuerzas armadas

5 Según el Decreto 4760 de 2005 (véase nota 6, *infra*), en la versión libre el desmovilizado “manifestará libre y voluntariamente todos los hechos delictivos cometidos con ocasión de su pertenencia al grupo armado al margen de la ley...” El desmovilizado podrá renunciar al derecho de no autoincriminarse, y la información recaudada en la versión libre tendrá plenos efectos probatorios. Decreto 4760 de 2005, art. 5.

6 Decreto 4760 del 30 de diciembre de 2005, “por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 975 de 2005.” Véase Anexo 2.

7 El escrito de *amicus curiae*, presentado por CEJIL y la Clínica de Derechos Humanos Allard K. Lowenstein de Yale Law School, está disponible en el sitio web de CEJIL, www.cejil.org. El escrito fue entregado a la Corte Constitucional antes de la emisión del Decreto 4760 y por tanto considera solamente lo dispuesto por la Ley 975.

8 Véase Refugees Internacional, www.efintl.org. En 2004 fueron desplazados 863 personas por día. “For Millions, Nowhere Left to Run,” Inter-Press Service, 6 de octubre de 2005.

9 Véase, por ejemplo, Human Rights Watch, “Guerra Sin Cuartel: Colombia y el Derecho Internacional Humanitario” (1998).

Justicia y paz en Colombia:
El derecho a la verdad, la justicia y la reparación

colombianas¹⁰, los grupos paramilitares son responsabilizados por el 77% de las violaciones de derechos humanos¹¹ en el conflicto colombiano.

Nacida en el marco del proceso de negociación con las AUC, la Ley 975 de 2005 otorga ciertos beneficios jurídicos a los que se acogen a ella¹². Esta Ley llenó un vacío existente en el marco legal vigente al permitir la aplicación de un régimen de beneficios penales a las personas previamente vinculadas a un proceso penal (en calidad de imputadas o acusadas) o condenadas por delitos, incluyendo las graves violaciones de derechos humanos y el narcotráfico. Estas personas habían sido excluidas de tales beneficios en las leyes de desmovilización anteriores (entre ellas, la Ley 782 de 2002 y el Decreto 128 de 2003).

Dado el carácter excesivamente prolongado del conflicto armado que vive Colombia y la esperanza de lograr la paz, la Ley 975 contó en su momento de aprobación con el apoyo de una parte importante (pero no mayoritaria) de la población colombiana¹³ y de una mayoría (pero no calificada) en el Congreso. Sin embargo, la Ley también ha sido objeto desde su momento de presentación de fuertes cuestionamientos por parte de diversos sectores tanto de la opinión nacional como internacional, algunos de los cuales la calificaron de ser una ley de impunidad disfrazada¹⁴. El gobierno colombiano ha insistido en que la Ley representa un nuevo modelo de justicia de transición, que, si bien no es el ideal, sí logra alumbrar un camino

hacia la desmovilización mientras cumple con las obligaciones del Estado en materia de justicia, verdad y reparación¹⁵.

En su “Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia” del año 2004, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“CIDH” o “Comisión Interamericana”) señaló:

Las normas internacionales vigentes para los Estados miembros, su interpretación a través de la jurisprudencia y los lineamientos recogidos por los órganos intergubernamentales, coinciden en identificar a la verdad, la justicia y la reparación como desafíos fundamentales e ineludibles en la reconstrucción de una cultura de paz, tolerancia, respeto a la ley y rechazo a la impunidad¹⁶.

Al señalar la verdad, la justicia y la reparación como “desafíos fundamentales e ineludibles”, la Comisión Interamericana reconoce tanto los avances que ha habido en los procesos de transición durante de las dos últimas décadas como la realidad de la difícil tarea de consolidar la democracia y el estado de derecho. La verdad, la justicia y la reparación son elementos esenciales de esta tarea. La verdad, por la necesidad de saber lo que pasó para no repetirlo, de conocer y poder dismantelar así las redes de apoyo de los grupos armados ilegales, de llegar a un consenso sobre

- 10 Véase, por ejemplo, Corte I.D.H., *Caso de la Masacre de Mapiripán*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párr. 119; Corte I.D.H., *Caso 19 Comerciantes*, sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C No. 109, párrs. 119-124; Comisión I.D.H., “Informe sobre el proceso de la desmovilización en Colombia,” 2004, párrs. 50-52; Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), “Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia” (2002), E/CN.4/2002/17, párrs. 65-68; y Comisión I.D.H., “Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia” (1999), Capítulo IV, párrs. 60-62, 236-272.
- 11 Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), Organización Mundial contra la Tortura (OMCT) y Abogados Sin Fronteras Francia (ASF), Informe Misión Internacional de Investigación, “Colombia ¿Administración de la Justicia... o de la impunidad?” marzo de 2003, p. 6.
- 12 Como se explicó anteriormente, aunque la Ley 975 resultó de las negociaciones entre las AUC y el Gobierno colombiano, la Ley es aplicable a todo miembro de los grupos armados al margen de la ley que llenen las condiciones establecidas, no solamente a los miembros de las AUC. Véase nota 4, *supra*.
- 13 Una encuesta realizada por la empresa Gallup Colombia durante los días 21 a 24 de julio de 2005 en 56 ciudades de las diferentes regiones del país reveló que el 76,4% de los colombianos encuestados se declaró de acuerdo con las negociaciones de paz que adelanta el Gobierno con los grupos paramilitares, y que el 40,5% se declaró de acuerdo con la Ley de Justicia y Paz. “Uribe, sin rival en la carrera por Presidencia,” *El País*, disponible en <http://elpais-cali.terra.com.co/paionline/notas/Julio292005/A229N1.html>.
- 14 Véase, por ejemplo, “Colombia defiende Ley de Justicia y Paz,” *BBC Mundo.com*, 18 de julio de 2005, http://news8.thdo.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_4695000/4695157.stm
- 15 *Id.*
- 16 Comisión I.D.H., Informe sobre desmovilización en Colombia 2004, *supra* nota 10, párr. 28.

crímenes pasados como fundamento de un nuevo orden sociopolítico y jurídico, y de dar a los familiares de las víctimas de éstos crímenes una respuesta acerca de lo que pasó a sus seres queridos. La justicia, por la exigencia de combatir la impunidad que alimenta la violencia, y de marcar la transición a una sociedad protectora de los derechos humanos y sometida al imperio de la ley, en la que se restablezca el orden público y garantice la vigencia de reglas de juego político que permitan la libre defensa de valores en un contexto de tolerancia¹⁷. Y la reparación, por ser un paso vital para la reconciliación social y la consolidación de una democracia inclusiva que reconoce la dignidad y el estatus de las víctimas como tales, y establece relaciones de confianza cívica y solidaridad con ellas¹⁸.

Retomando lo señalado por la Comisión Interamericana, el presente Documento de Coyuntura evalúa la conformidad de la Ley 975 de 2005 y el Decreto 4760 de 2005 con algunos de los estándares internacionales¹⁹ aplicables al Estado colombiano respecto a los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación²⁰.

El derecho a la verdad

El derecho internacional ha reconocido que tanto las víctimas de violaciones de los derechos humanos y sus familiares como la sociedad en general tienen el derecho de conocer la verdad sobre estas violaciones²¹.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos²² ha desarrollado una amplia jurisprudencia en la que reconoce que, al no investigar exhaustivamente las violaciones de derechos humanos, el Estado vulnera el derecho de las víctimas y de los familiares a saber la verdad sobre lo ocurrido, lo cual agrava su sufrimiento, al crear un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigar los hechos²³. La Corte ha establecido que los Estados deben facilitar toda la información necesaria para aclarar los hechos y las circunstancias que rodean una violación de un derecho fundamental²⁴. En este sentido, la mera existencia de tribunales y leyes destinados a cumplir las obligaciones consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana no es suficiente²⁵.

17 Véase Comisión I.D.H., Informe sobre Colombia 1999, *supra* nota 10, Consideraciones Finales, párrs.6, 7.

18 Véase, Carlos Martín Beristain, “Reconciliación y democratización en América Latina: un análisis regional,” en IIDH/IDEA, *Verdad, justicia y reparación: Desafíos para la democracia y la convivencia social* (2005), p. 69.

19 Por su carácter obligatorio para el Estado colombiano, el presente documento se enfoque en los estándares del sistema interamericano de derechos humanos.

20 La Corte Constitucional colombiana coincide en otorgar especial relevancia a los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Véase C-228-02, sección 4.4.

21 Véase, Corte I.D.H., *Caso Myrna Mack Chang*, sentencia del 25 de noviembre 2003, Serie C No. 101, párr. 274: “El derecho a la verdad ha venido siendo desarrollado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, ello constituye un medio importante de reparación. Por lo tanto, da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad (...)” Véase también, Corte Constitucional de Colombia, C-228-02, sección 4.4, “El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos,” citando Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, y *Caso Barrios Altos*, sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75.

22 En adelante, la “Corte Interamericana”.

23 Véase Corte I.D.H., *Caso Blake*, sentencia del 24 de enero 1998, Serie C No. 36, párr. 114. Véase también Corte I.D.H., *Caso Castillo Páez*, sentencia del 3 de noviembre 1997, Serie C No. 34, párr. 90; Corte I.D.H., *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, sentencia de 1 de marzo de 2005, Serie C No. 120, párr. 112.

24 *Caso Barrios Altos*, *supra* nota 21, párr. 45.

25 Véase Corte I.D.H., *Caso Bámaca Velásquez*, sentencia del 25 de noviembre 2000, Serie C No. 70, párr. 191.

Justicia y paz en Colombia:
El derecho a la verdad, la justicia y la reparación

La Comisión Interamericana a su vez ha señalado la importancia del derecho a la verdad para la sociedad afectada por una violación grave a los derechos humanos, estableciendo que toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro²⁶. El conocimiento público de los hechos tiene como objetivo que la información conocida a través del doloroso proceso de averiguación impida que dichos delitos vuelvan a suceder²⁷.

Respecto a la búsqueda de la verdad y al esclarecimiento de los hechos, la Ley 975 y el Decreto 4760 establecen un procedimiento mediante el cual el desmovilizado rinde una versión libre²⁸ ante un Fiscal Delegado asignado para el proceso de desmovilización, manifestando los hechos delictivos cometidos con ocasión de su pertenencia al grupo armado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que estos se realizaron, los bienes que se entregarán para la reparación a las víctimas, la fecha de su ingreso al grupo armado, así como “toda otra circunstancia que contribuya de manera efectiva a obtener la verdad”²⁹. Conforme a la Ley 975, si se establece con posterioridad a la sentencia o al indulto que la versión de los hechos no fue acorde a la verdad, y se llegan a imputar a un beneficiario de la Ley 975 delitos no incluidos en su versión libre, el beneficiario aún así no pierde el derecho a la pena alternativa. Si acepta haber participado en la realización de estos delitos, y si el fiscal no puede probar que la omisión original fue intencional, solamente se aumenta la pena alternativa impuesta en un máximo de un veinte por ciento³⁰.

Si bien requiere del desmovilizado revelar alguna información sobre su participación en el grupo paramilitar, el procedimiento establecido por la Ley 975 y el Decreto 4760 no obliga a sus beneficiarios a revelar toda la información sobre sus actos delictivos (y los de su grupo armado) para acceder al beneficio de la pena alternativa, ni provee un mecanismo lo suficientemente eficaz para incentivar una confesión plena y fidedigna. Entre otros elementos claves de información que serían necesarios para esclarecer la verdad sobre los grupos paramilitares y sus crímenes, la versión libre no obliga a quien la rinde a informar sobre: la estructura militar, política, financiera y redes de apoyo (incluso de la fuerza pública) con que cuenta el grupo en cuestión; la totalidad de los hechos delictivos en los que haya participado o de que tenga conocimiento; los frentes anteriores en donde participó; los alias o seudónimos y falsos documentos de identidad; el armamento empleado, incluyendo su origen, utilización y destino; los resultados de los operativos; los lugares de comisión de delitos o donde se encuentran evidencias físicas de los mismos (incluyendo restos mortales); y la titularidad inicial de los bienes apropiados indebidamente. Aunque del Decreto 4760 se puede colegir que el Fiscal puede preguntar sobre todos estos asuntos³¹, ni la Ley ni el Decreto contemplan suficientes consecuencias disuasivas por no revelar la información necesaria para esclarecer plenamente las violaciones cometidas. Esto hace incierto que el desmovilizado revele plenamente lo que sabe al respecto. A pesar de la expedición del Decreto 4760, la verdad sigue estando sometida a la voluntad del desmovilizado de revelar información aunque no tenga obligación o incentivo serio para hacerlo.

26 Comisión I.D.H., Informe Anual 1985-1986, Capítulo V, “Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobada en 1948 por la Novena Conferencia Americana), y la Convención Americana,” p. 205. Véase también, Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Question of Impunity of Perpetrators of Human Rights Violations (Civil and Political Rights), Final Revised Report of U.N. Special Rapporteur for Impunity, Louis Joinet, pursuant to Subcommission Resolution 1995/35, Commission on Human Rights, 48a sesión (1996), Agenda Provisional, Item 10, U.N.Doc E/CN.4/Sub.2/1996/18.

27 Véase Comisión I.D.H., Informe Anual 1985-1986, *supra*.

28 La versión libre no se rinde bajo juramento y no puede generar proceso por falso testimonio, conforme a las reglas del debido proceso que protegen los derechos del imputado.

29 Decreto 4760 de 2005, art. 5. Véase también Ley 975 de 2005, art. 17.

30 Véase Ley 975 de 2005., art. 25. Esta pena solamente se aplica a los que se niegan a admitir su participación en un hecho punible cometido antes de su desmovilización, no se le puede aplicar a los que sí acepten su participación pero no revelan todo lo que conocen sobre el hecho.

31 Establece, por ejemplo, que el fiscal “interrogará sobre todos los hechos de que [el desmovilizado] tenga conocimiento.” Decreto 4760 de 2005, art. 5.

Se puede concluir, entonces, que la Ley 975 no convirtió en prioritaria la revelación de la verdad sobre las violaciones de derechos humanos cometidas por paramilitares, en la medida en que no estableció que los beneficios penales se reciban en función de una confesión plena. Frente a una oportunidad única para lograr la verdad sobre el fenómeno paramilitar y los miles de crímenes cometidos por estos grupos, la Ley y su Decreto establecen un procedimiento que promueve solamente una verdad o superficial o parcial. Aunque una hábil realización de la versión libre por parte del Fiscal puede contribuir a resolver, en cierta medida, estas dificultades, la Ley 975 sigue dejando bastante incierto la garantía del derecho a la verdad de las víctimas y sus familiares, y de la sociedad colombiana como un todo.

El derecho a la justicia

El derecho a la justicia de las víctimas de violaciones de los derechos humanos implica obligaciones estatales diversas y autónomas, entre ellas la obligación de investigar, la obligación de garantizar el acceso de las víctimas al proceso penal, y la obligación de sancionar proporcionalmente a los responsables de las violaciones.

La obligación estatal de investigar las violaciones de derechos humanos

La obligación de los Estados de investigar las violaciones de los derechos humanos está firmemente establecida en el derecho internacional. La Corte Interamericana ha destacado en reiteradas ocasiones desde su primera sentencia³² que los Estados tienen la obligación, de conformidad con los artículos 8 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, de investigar y sancionar las violaciones de los derechos

humanos de manera seria y diligente. Las obligaciones son afirmativas; los Estados deben realizar una investigación seria, imparcial y efectiva de todos los responsables, tanto de los autores materiales como de los autores intelectuales de las violaciones de los derechos humanos, así como sus potenciales encubridores³³.

Adicionalmente, la Corte Interamericana ha sostenido en forma constante que las condiciones enfrentadas por un país no lo exoneran de la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos. En el *Caso de la Masacre de Mapiripán* la Corte Interamericana reconoció las “difíciles circunstancias” que existen en Colombia, pero rechazó el argumento del Estado de que eso justifique el incumplimiento de los deberes del Estado bajo la Convención Americana³⁴.

En su momento, la Ley 975 parecía establecer plazos para la formulación de la imputación y la conclusión de la investigación poco consistentes con la conducción de una investigación exhaustiva y eficaz. La emisión del Decreto 4760 aclara, en parte, la situación en el sentido de que si los fiscales cuentan con todos los recursos e independencia necesarios, deben poder tener el tiempo suficiente para adelantar investigaciones serias en la mayoría de los casos. Según el marco establecido por la Ley 975 y el Decreto 4760, antes de recibir la versión libre del desmovilizado, el fiscal cuenta con un plazo máximo de seis (6) meses para realizar la investigación previa³⁵. La versión libre puede desarrollarse en varias audiencias³⁶. Después de recibirla, y cuando de la evidencia o de la versión libre del desmovilizado, se puede inferir razonablemente que el desmovilizado es autor o partícipe de uno o varios delitos, el fiscal tiene treinta y seis (36) horas para realizar una audiencia de formulación de imputación³⁷. A partir de esta audiencia, la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y Paz³⁸, con el

32 Véase *Caso Velásquez Rodríguez*, *supra* nota 21, párrs. 174 y 177.

33 Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Moiwana*, sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C, No. 124, párrs. 145, 146. Véase también *Caso Myrna Mack*, *supra* nota 21, párr. 273: “[L]a investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables, [...] es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad.”

34 *Caso Mapiripán*, *supra* nota 10, párr. 192o).

35 Decreto 4760 de 2005, art. 4.

36 *Id.*, art. 5.

37 Ley 975 de 2005, art. 17.

38 Esta unidad se establece por medio del artículo 33 en la referida Ley 975 de 2005.

Justicia y paz en Colombia:
El derecho a la verdad, la justicia y la reparación

apoyo de su grupo de policía judicial, tiene un plazo máximo de sesenta (60) días para adelantar las labores de investigación y verificación de los hechos cometidos por el desmovilizado³⁹. Este plazo de sesenta días se puede prorrogar de manera excepcional, nunca excediendo de 120 días⁴⁰. En total, el fiscal tiene hasta diez meses (y aún más si se recibe la versión libre en varias audiencias) para adelantar investigaciones sobre cada desmovilizado.

Ahora bien, aún cuando diez meses parece ser un plazo suficiente para adelantar su labor de investigación, realizar investigaciones eficaces y exhaustivas durante este período no será fácil. Hay miles y miles de crímenes por aclarar, algunos de ellos constituyendo complejas violaciones de derechos humanos ocurridas hace muchos años en zonas geográficas distantes de la sede de los cuerpos investigativos. Además, la posibilidad real que un número considerable de paramilitares rindan su versión libre dentro de un plazo muy breve complica aún más la tarea de los fiscales, en la medida en que exige la investigación de numerosos crímenes al mismo tiempo por la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y Paz, que se encuentra compuesta por tan solo veinte fiscales⁴¹.

Si bien el término para la investigación es significativo, la realización de investigaciones eficaces durante este período dependerá de los recursos con que cuenten los fiscales, del respeto dado a su independencia, incluso en casos con sensibilidad política, y de la voluntad de estos mismos fiscales de aprovechar al máximo la flexibilidad que les otorga la Ley 975. Deben, por ejemplo, interrogar extensivamente y sistemáticamente a los desmovilizados, adoptando como presunción que las omisiones en la versión libre son intencionales, sobre todo cuando al desmovilizado se le ha preguntado directamente sobre un crimen⁴². Deben también—

particularmente en el caso de paramilitares con posible participación en numerosas atrocidades y/o posesión de cuantiosos bienes producto de la ilegalidad—recibir la versión libre en varias audiencias para permitir una mayor verificación. Finalmente, deben emplear métodos de investigación sofisticados y sistemáticos, en el ánimo de desmontar las estructuras paramilitares al igual que otras organizaciones criminales, cruzando toda la información disponible de investigaciones anteriores y paralelas, registros de propiedad, fuentes públicas y otros⁴³.

Como se ha señalado, la Corte Interamericana ha sido clara en establecer la obligación estatal de realizar investigaciones de violaciones a los derechos humanos con la debida diligencia, realizando todas aquellas actuaciones que sean necesarias con el fin de obtener un resultado. El reto que enfrentan los fiscales encargados de adelantar las investigaciones bajo la Ley 975 sigue siendo formidable, a pesar de las importantes aclaraciones hechas por el Decreto 4760 respecto al plazo con que cuentan ellos para realizar esta importante labor. Para cumplir con la obligación internacional de investigar eficazmente las violaciones de derechos humanos, estos fiscales tendrán que contar con un alto grado de compromiso, independencia, apoyo logístico y sofisticación técnica.

El acceso de las víctimas al proceso penal

Según lo que establece el derecho internacional, las víctimas deben tener amplias oportunidades de participar en los procesos penales que se llevan a cabo sobre las violaciones que se cometieron en su contra.

La jurisprudencia del sistema interamericano establece el derecho de las víctimas y sus familiares de tener

39 Ley 975 de 2005, artículo 18.

40 Decreto 4760 de 2005, art. 6, que remite al artículo 158 de la ley 906 de 2004.

41 Ley 975 de 2005, art. 33. Véase también Human Rights Watch, “Smoke and Mirrors: Colombia’s demobilization of paramilitary groups” (1 de agosto de 2005), a <http://hrw.org/reports/2005/colombia0805/>, p.53.

42 Véase, Rodrigo Uprimny Yepes y María Paula Saffon Sanín, “La Ley de ‘justicia y paz’: ¿una garantía de justicia y paz y de no repetición de las atrocidades?” en Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DJS), *¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación en Colombia* (manuscrito de noviembre, 2005), p. 171.

43 Véase *id.*

pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de la investigación y el proceso penal⁴⁴. Efectivamente, uno de los aportes más relevantes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido el reforzamiento del papel central que las víctimas deben tener en la investigación de los hechos así como en el juicio de sus responsables⁴⁵. El primer caso en ese sentido fue *Villagran Morales*⁴⁶, y en el *Caso Bulacio* la Corte Interamericana de una manera aún más clara decidió que los familiares de la víctima debían tener pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de las investigaciones penales como querellantes⁴⁷. Esta jurisprudencia fue reafirmada, entre otros, en el *Caso de la Masacre de Mapiripán*⁴⁸.

La Ley 975 genera, en relación con este punto, una situación de incertidumbre que afecta seriamente el derecho de las víctimas y de sus familiares a participar en todas las etapas del proceso, al no especificar cuál de los dos códigos de procedimiento penal vigentes en Colombia—la Ley 600 de 2000 o la Ley 906 de 2004—se aplicará a los procesos cobijados por la Ley 975.

La ambigüedad creada por la no-remisión a un código de procedimiento penal en particular tiene implicaciones serias para los derechos de las víctimas y sus familiares de actuar en el proceso. En primer lugar, porque el código aprobado mediante la Ley 600 de 2000 garantiza a las víctimas el acceso al expediente⁴⁹, mientras que el código aprobado mediante la Ley 906 de 2004 no les garantiza esta posibilidad, limitando así la capacidad de los familiares de las víctimas de participar en el proceso de investigación y esclarecimiento de los hechos⁵⁰.

En segundo lugar, porque esta ambigüedad de la Ley pone en duda el derecho de la víctima y de sus familiares de constituirse en parte civil en cualquiera de las etapas del proceso. En efecto, la Ley 975 no establece explícitamente que las víctimas y sus familiares puedan constituirse en parte civil en cualquiera de las etapas del proceso judicial, y, por el contrario, solo se prevé expresamente la participación de la víctima en la fase reparatoria⁵¹.

Finalmente, en cuanto a los derechos de las víctimas explícitamente reconocidos por ella, la Ley es aún más restrictiva que la propia Ley 906 de 2004, repitiendo uno por uno los derechos de las víctimas establecidos en el artículo 11 de ese código con excepción de uno, el derecho, “(a) que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto”⁵².

El Decreto 4760 intenta aclarar la ambigüedad sobre el código penal aplicable a los procesos cobijados por la Ley 975 y ser más específico respecto a la capacidad de las víctimas de actuar en estos procesos. Ambos esfuerzos son laudables, pero no totalmente exitosos. Respecto al primero, el Decreto 4760 establece que se aplicarán las normas de procedimiento penal contenidas en la ley 906 de 2004 y, en lo compatible con la estructura del proceso regulado por aquella, lo dispuesto por la ley 600 de 2000⁵³. Así, el código de 2004 evidentemente tiene precedencia sobre el de 2000, pero todavía no queda totalmente claro como funcionará la interacción “en lo compatible” entre los dos.

44 Véase, por ejemplo, Corte I.D.H., *Caso Huilca Tecse*, sentencia del 3 de marzo 2005, Serie C. No. 121, párr. 107.

45 Véase Corte I.D.H., *Caso del Caracazo*, Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 29 de agosto de 2002, Serie C No. 95, punto resolutive 1.

46 Corte I.D.H. *Caso Villagrán Morales y otros*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párr. 227.

47 Corte I.D.H., *Caso Bulacio*, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párrs. 106 y 162, punto 4.

48 *Caso Mapiripán*, *supra* nota 10, párr. 219.

49 Ley 600 de 2000, art. 30: “Acceso al expediente y aporte de pruebas por el perjudicado. La víctima o el perjudicado, según el caso, podrán ejercer el derecho de petición ante el funcionario judicial con el fin de obtener información o hacer solicitudes específicas, pudiendo aportar pruebas. El funcionario deberá responder dentro de los diez (10) días siguientes.

50 El artículo 37(6) de la Ley 975 de 2005 contempla como derechos de las víctimas “el ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal” (subrayado nuestro), hecho que puede llegar a limitar su capacidad de acceder a otras decisiones, así como al conocimiento íntegro del expediente.

51 Ley 975 de 2005, arts. 23 y 45. Véase también Comisión Colombiana de Juristas, “Sin Garantía al Derecho a la Reparación,” Comunicado de prensa del 20 de junio de 2005.

52 Cf. Ley 975 de 2005, art. 37, y Ley 906 de 2004, art. 11.

53 Decreto 4760 de 2005, art. 2.

Justicia y paz en Colombia:
El derecho a la verdad, la justicia y la reparación

Respecto a los derechos explícitamente otorgados a las víctimas, el Decreto 4760 parece representar un paso adelante cuando establece que puedan intervenir directamente durante todo el proceso⁵⁴. Sin embargo, también repite al igual que la Ley 975 que las víctimas podrán participar en el incidente de reparación integral⁵⁵, lo que parecería redundante e innecesario si tuvieran la posibilidad de participar en todo el proceso. Adicionalmente, existen dudas sobre las limitaciones que pueden surgir de lo que significará, en la práctica, que a las víctimas solo se les suministrará información pertinente para la protección de sus intereses⁵⁶, y que tendrán derecho a controvertir las decisiones que las afecten⁵⁷ pero no expresamente a interponer recursos.

Finalmente, el hecho de haber excluido explícitamente el derecho de las víctimas a que sus intereses sean considerados al adoptarse una decisión sobre la persecución del victimario adquiere mayor relevancia al incluir el Decreto 4760 una disposición sobre el principio de oportunidad⁵⁸. Según el Decreto, se aplicará este principio de discreción a los llamados testafierros, lo que en algunos casos facilitará la entrega de bienes para la reparación pero en otros contribuirá a encubrir transacciones fraudulentas por parte de los grupos criminales y a dejar anónimos los colaboradores de estos grupos. Por tanto, el principio de oportunidad no debe ser la regla general. Al contrario, se debe investigar todo caso de transferencia de bienes adquiridos presuntamente de manera ilícita, dando a las víctimas la oportunidad de aportar información y defender sus intereses en la investigación penal, aplicando el principio solamente a los poseedores de buena fe.

Aunque el Decreto 4760 aclara y mejora, en cierta medida, las disposiciones de la Ley 975 respecto a las posibilidades de las víctimas de actuar en el proceso penal, siguen existiendo dudas sobre aquellas. Será

importante resolver estas dudas e interpretar toda ambigüedad a favor de las víctimas, para garantizar la conformidad de los procesos cobijados por la Ley 975 con la obligación estatal de garantizar el derecho de las víctimas de tener pleno acceso y capacidad de actuar en todo el proceso penal.

La obligación estatal de sancionar proporcionalmente las violaciones de los derechos humanos

La obligación estatal de sancionar las personas responsables de violaciones de los derechos humanos ha sido claramente establecida en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional. La Corte Interamericana ha dicho, por ejemplo, que la investigación y sanción de las personas responsables es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad⁵⁹.

La obligación de sancionar las graves violaciones de derechos humanos implica la necesidad de luchar contra la impunidad y no recurrir a las amnistías, ni a otras figuras que harían nugatoria la responsabilidad individual por la comisión de estas violaciones. La Corte Interamericana ha señalado reiteradamente que el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad⁶⁰, y abstenerse de recurrir a figuras legales que pretendan impedir la persecución penal o disminuir los efectos de la sentencia condenatoria⁶¹.

Esta obligación estatal de sancionar se extiende más allá de la lucha contra la impunidad y la inaceptabilidad de las amnistías, incorporando también la obligación de sancionar las graves violaciones de derechos humanos con penas proporcionales. De hecho, las amnistías son fundamentalmente un caso extremo de

54 *Id.*, art. 11(5).

55 *Id.*, art. 11(7).

56 Véase *id.*, art. 11(3).

57 Véase *id.*, art. 11(8).

58 *Id.*, art. 13 (parágrafo).

59 *Caso Myrna Mack*, *supra* nota 21, párr. 273.

60 *Caso Mapiripán*, *supra* nota 10, párr. 237, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, sentencia del 8 de julio 2004, Serie C No. 110, párr. 148 y *Caso 19 Comerciantes*, *supra* nota 10, párr. 175.

61 *Id.*

falta de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad de las penas está claramente establecido en numerosos tratados internacionales—entre ellos la Convención contra la Tortura⁶², La Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio⁶³, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas⁶⁴ y la Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura⁶⁵—así como en la jurisprudencia de la Corte Interamericana⁶⁶ y en los estatutos de la Corte Penal Internacional⁶⁷ y de los tribunales penales internacionales para Rwanda (ICTR) y el ex Yugoslavia (ICTY)⁶⁸. Al aplicar este principio de proporcionalidad, los tribunales penales internacionales han impuesto una variedad amplia de penas, considerando de manera individualizada una diversidad de factores agravantes y atenuantes⁶⁹. Las sentencias finales dictadas por el ICTY, por ejemplo, han variado desde tres a cuarenta años de prisión.

A la luz de un análisis detallado de los tratados, estatutos, jurisprudencia, y prácticas relevantes, se puede llegar a una conclusión sobre algunos de los requisitos fundamentales para sancionar proporcionalmente las violaciones graves de los derechos humanos⁷⁰. Aplicar una sanción proporcional para una violación grave de derechos humanos tiene que partir, en primer lugar, de un análisis de la gravedad del crimen

y el papel que jugó el acusado en su comisión. Segundo, tiene que haber una consideración individualizada de las circunstancias agravantes y atenuantes del caso, principalmente la contribución del condenado a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas⁷¹. En el contexto de un proceso de transición, esta consideración podría tomar en cuenta además la contribución efectiva del condenado a la paz o a la reconciliación nacional, reconociendo que una contribución a la verdad, la justicia y la reparación—como las expresiones de remordimiento, el pedido de disculpas a las víctimas, o la confesión de culpabilidad—puede tener un significado particularmente importante en un contexto de transición. Tercero, tiene que existir una graduación de penas adecuada para reflejar las circunstancias diversas de los crímenes cometidos y de los factores agravantes o atenuantes que sean relevantes; debe haber consistencia entre las penas aplicadas a crímenes similares. Finalmente, la pena tiene que ser otorgada en el marco de un proceso que promueva el acceso de las víctimas o sus familiares a un recurso que les garantice verdad, justicia y reparación.

Con respecto a las sanciones, la Ley 975 establece una pena alternativa de cinco a ocho años de privación de la libertad⁷², y en varios casos puede ser reducida aún

62 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, *entrada en vigor* 26 de Junio de 1987, art. 4(2), 1465 U.N.T.S. 85.
63 Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio, *entrada en vigor* 12 de enero de 1951, Art. V.
64 Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas, *entrada en vigor* 28/2/1987 ratificada por Colombia el 1º de Abril de 2005, art. III.
65 Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura, *entrada en vigor* 28/3/1996, ratificada por Colombia el 2 de Diciembre 1998, art. 6.
66 Véase, por ejemplo, Corte I.D.H., *Caso Raxcacó Reyes*, Sentencia del 15 de Septiembre de 2005, Serie C No. 133, párr. 133.
67 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *entrada en vigor* el 1o de Julio de 2002, art. 81(2)(a).
68 Véase *Statute of the International Tribunal*, U.N. SCOR, 48th Sess., Annex, at 45, art. 24(2), U.N. Doc. S/25704, S/25704/Add.1 & S/25704/Corr. 1 (1993), *aprobado por* S.C. Res. 827, U.S. SCOR, 48th Session, 3217th meeting., U.N. Doc. S/Res/827 (1993); *Statute of the International Tribunal for Rwanda*, U.N. SCOR, 49th Session, 3453d meeting., Annex, p.13, art. 23(2), U.N. Doc. S/Res/955 (1994).
69 Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Kayishema*, Case No. ICTR-95-1-T, Sentence, párr. 27, (I.C.T.R. Trial Chamber May 21, 1999); *Prosecutor v. Serushago*, Case No. ICTR-98-39-S, capítulo V., (I.C.T.R. Trial Chamber Feb. 5, 1999); *Prosecutor v. Sikirica*, Case No. IT-95-8, párrs. 239, 243 (I.C.T.Y. Trial Chamber Nov. 13, 2001). Apelación desestimada; y *Prosecutor v. Kvočka*, Case No. IT-98-30-1, párrs. 717, 722, 732 (I.C.T.Y. Trial Chamber Nov. 2, 2001). Afirmada en apelación, Case No. IT-98-30/1 (I.C.T.Y. App. Chamber Feb. 28, 2005).
70 Para una explicación más detallada de este análisis y del correspondiente “test” de proporcionalidad de las penas, véase Escrito Amicus Curiae de CEJIL y la Clínica de Derecho Humanos de Yale Law School, *supra* nota 7, sección V.C.3.
71 Por ejemplo, otorgar (o no) información sobre el paradero final de un desaparecido (verdad), cooperar (o no) con el fiscal (justicia) y expresar (o no) remordimiento (reparación). Véase, *inter alia*, anteproyecto de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas; la jurisprudencia del ICTJ y del ICTR; y el estatuto de la CPI.
72 Ley 975 de 2005, art. 29.

Justicia y paz en Colombia:
El derecho a la verdad, la justicia y la reparación

más⁷³. Las penas se acumulan, lo que produce como resultado que un beneficiario de la Ley, sin tomar en cuenta la gravedad o multiplicidad de los delitos, no reciba una pena alternativa de más de ocho años⁷⁴. Para obtener la pena alternativa, el desmovilizado cuya identidad se notifica mediante una lista elaborada por el Gobierno, que es entregada a la Fiscalía General de la Nación⁷⁵, debe cumplir con las condiciones contempladas por la Ley. Dentro de los requisitos individuales se encuentran la entrega de información y la colaboración con el desmantelamiento de los grupos paramilitares⁷⁶, la suscripción de un acto de compromiso con el gobierno⁷⁷, y la entrega de “los bienes producto de la actividad ilegal, para que se repare a la víctima cuando se disponga de ellos”⁷⁸. El Decreto 4760 especifica además que la pena alternativa solo podrá concederse si se encuentra acreditada la contribución del beneficiario a la paz nacional, así como su colaboración con la justicia, reparación a las víctimas y adecuada resocialización⁷⁹.

Como se vio anteriormente, un análisis de la proporcionalidad de las penas aplicables a graves violaciones de derechos humanos tiene que considerar varios factores. En primer lugar, aplicar una sentencia proporcional requiere evaluar la gravedad del crimen cometido y el papel que desempeñó el implicado en su autoría. Mientras algunos implicados podrían recibir sentencias apropiadas a la gravedad de sus crímenes dentro del rango de cinco a ocho años, otras sentencias podrían carecer de proporcionalidad en los casos de condenados que hayan cometido violaciones atroces. Bajo la Ley 975, aún aquellos paramilitares que hayan cometido ofensas comparables a las que fueron

castigadas con penas de cuarenta años o más por el ICTR y el ICTY no recibirán sentencias más allá de los ocho años de privación de libertad. Es significativo, en este sentido, que las sentencias emitidas conforme a la Ley incluirán la pena principal además de la pena alternativa aplicable⁸⁰, comunicando así a las víctimas y a la sociedad el nivel de condena que hubiera merecido la conducta delictiva. No obstante, al establecer una pena máxima de ocho años para cualquier condenado, es posible sostener que probablemente la Ley 975 garantice que numerosos perpetradores de graves violaciones de derechos humanos recibirán sentencias no proporcionales.

Adicionalmente a una consideración efectiva de la gravedad del crimen y el papel del condenado en su comisión, otorgar una pena proporcional requiere tomar en cuenta de manera individualizada las circunstancias agravantes y atenuantes, particularmente la efectiva contribución (o no) del condenado a la verdad, la justicia, y la reparación de las víctimas, así como, en un contexto de transición como el que vive Colombia, a la paz y la reconciliación nacional. Hasta cierto punto la Ley 975 y el Decreto 4760 reconocen la necesidad de evaluar esta contribución cuando establecen los requisitos de elegibilidad antes mencionados⁸¹. Sin embargo, esta lista de requisitos no representa una consideración integral de la efectiva contribución del desmovilizado, siendo particularmente preocupante la falta de mención explícita de su contribución al derecho a la verdad de las víctimas. Adicionalmente, crea preocupación el hecho que los miembros de grupos armados quienes se encuentren privados de libertad están contemplados como beneficiarios de la Ley⁸².

73 Véase Comisión Colombiana de Juristas, “Sin Garantía al Derecho a la Justicia,” 15 de junio de 2005, y Human Rights Watch, “Smoke and Mirrors: Colombia’s demobilization of paramilitary groups”, *supra* nota 41, p. 54-55. En el caso de miembros de grupos paramilitares que hayan permanecido en una zona de concentración como Santafé de Ralito el descuento podrá ser hasta de 18 meses (véase Ley 975 de 2005, art. 32), y en los casos de miembros de grupos paramilitares privados de la libertad sin condena ejecutoriada, se les reconocerá como pena cumplida todo el tiempo que estuvieron bajo detención.

74 Ley 975 de 2005, art. 20.

75 *Id.*, art. 10. Decreto 4760 de 2005, art. 3.

76 Ley 975 de 2005., art. 11(1).

77 *Id.*, art. 11(2).

78 *Id.*, art. 11(5).

79 Decreto 4760 de 2005, art. 8.

80 *Id.*

81 Véase Ley 975 de 2005, arts. 10 y 11, y Decreto 4760 de 2005, art. 8.

82 Decreto 4760 de 2005, art. 3. Véase también, “Decreto que reglamenta ley de Justicia y Paz es banderazo para excarcelación masiva de paramilitares,” *El Tiempo*, 7 de enero de 2005.

Es razonable dudar que muchos de ellos—separados del campo de batalla y pagando por sus crímenes—puedan contribuir a la verdad y la reparación, a la paz, y a la reconciliación de una forma tal que se justifique reemplazar sus sentencias condenatorias por una pena alternativa.

Otro requisito que se necesita para otorgar una pena proporcional es la graduación adecuada de las penas para reflejar los distintos bienes jurídicos afectados y las circunstancias particulares de cada crimen y autor. No obstante, el rango de penas entre cinco y ocho años establecido por la Ley 975 es demasiado estrecho para reflejar la gran variedad de crímenes que los beneficiarios de la Ley hayan cometido así como los papeles que hayan jugado en su comisión y las circunstancias particulares atenuantes y agravantes. Aunque la Ley establece que la sentencia fijada dependerá de la seriedad de la violación y la cooperación del condenado⁸³, el rango estrecho de penas posibles no permite que el castigo realmente refleje las variaciones individuales en la conducta delictiva y las circunstancias individuales del condenado.

Finalmente, una pena proporcional tiene que ser otorgada en el marco de un proceso que promueve el acceso de las víctimas o sus familiares a un recurso que les garantice verdad, justicia y reparación. Al respecto, cabe hacer referencia a los argumentos desarrollados en las secciones anteriores sobre el derecho a la verdad y el acceso al proceso penal, y la sección que sigue sobre el derecho a la reparación, para concluir que los recursos otorgados a las víctimas para resaltar sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación son insuficientes y contribuyen a hacer desproporcionales las penas establecidas por la Ley 975.

En conclusión, la Ley 975 de 2005 establece penas demasiado breves y dentro de un rango excesivamente estrecho, factores que impiden considerar la gravedad del crimen y las circunstancias individuales de cada condenado. Adicionalmente, la Ley no contempla mecanismos que garanticen realmente a las víctimas los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Por último, el procedimiento establecido por la Ley 975 no permite considerar individual e integralmente la contribución efectiva de cada condenado a la paz y reconciliación nacional y a los derechos de las víctimas. Por todos estos argumentos, la Ley viola la obligación estatal de sancionar proporcionalmente las graves violaciones de los derechos humanos.

El derecho a la reparación

En el derecho internacional está establecida la obligación de reparar los daños causados a otros sujetos del derecho internacional. La Corte Interamericana ha afirmado, por ejemplo, que es un principio del derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente⁸⁴. De acuerdo con el artículo 63.1 de la Convención Americana, el Estado tiene la obligación de reparar los daños causados por una violación de los derechos humanos protegidos por la Convención⁸⁵. Estas reparaciones consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas⁸⁶.

El concepto de reparación definido por la Corte Interamericana comprende no solo la indemnización compensatoria por los daños materiales y morales, sino, también, y de un modo fundamental, la reparación del daño a la dignidad de la víctima, y a la “sociedad como un todo”⁸⁷. Las medidas otorgadas con este fin son las

83 Ley 975 de 2005, art. 29.

84 Corte I.D.H., *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, *supra* nota 23, párr. 133. Véase también Corte I.D.H., *Caso Lori Berenson Mejía*, sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C No. 119, párr. 230: “es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente.”

85 *Caso Serrano Cruz*, *supra* nota 23, párr. 134.

86 *Id.*, párr. 135.

87 El término ha sido introducido por la Comisión Interamericana, véase Corte I.D.H., *Caso Caballero Delgado y Santana*, Reparaciones (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C No. 31, párr. 21. La Corte lo asumió en el Corte I.D.H., *Caso Trujillo Oroza*, Reparaciones, Sentencia del 27 de febrero de 2002, Serie C. No. 92, párr. 110. Véase también Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, E/CN.4/2005/35.

Justicia y paz en Colombia:
El derecho a la verdad, la justicia y la reparación

medidas de satisfacción y las garantías de no-repetición⁸⁸. De esta forma, una reparación integral debe incluir medidas como la publicación de la verdad sobre lo sucedido, la ubicación de los cuerpos o restos de los desaparecidos, y las garantías de no-repetición.

Refiriéndose a las víctimas del conflicto colombiano, la Comisión Interamericana ha resaltado que ellas tienen derecho a la reparación adecuada del daño sufrido, que debe materializarse a través de medidas individuales de restitución, indemnización y rehabilitación, medidas de satisfacción de alcance general y garantías de no repetición, que permitan reestablecer su situación, sin discriminación⁸⁹.

La Ley 975 define la restitución⁹⁰, indemnización⁹¹, rehabilitación⁹², las medidas de satisfacción y garantías de no-repetición⁹³, y establece expresamente el derecho de las víctimas a “una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del delito”⁹⁴, o en caso que no se pueda individualizar al autor del delito, a cargo del Fondo de Reparación⁹⁵. A pesar de que estos principios están en concordancia con lo que contempla el derecho internacional, existen serias dudas sobre la capacidad del sistema de reparaciones establecido por la Ley 975 de hacerlos efectivos.

Mientras el concepto de reparaciones establecido por la Corte Interamericana se basa en el derecho de la víctima, inmodificable por disposiciones de derecho interno, de ser reestablecida—en lo posible— a su situación previa a la violación⁹⁶, la Ley 975 condiciona la reparación de las víctimas fundamentalmente a la voluntad de los victimarios de entregar sus bienes ilícitos⁹⁷. Aunque la Ley contempla un papel para el Estado en las medidas de rehabilitación, satisfacción y no repetición⁹⁸, y crea un mecanismo subsidiario a través del cual el Estado puede contribuir a la indemnización de las víctimas⁹⁹, no establece claramente que la obligación general de reparar adecuadamente es una obligación que compete al Estado cada vez que haya un daño causado por la acción u omisión de sus agentes. Dada su naturaleza de ley penal, la Ley 975 contempla la reparación principalmente como medida individual. Sin embargo—y con independencia de los esfuerzos del Estado de hacer contribuir a la reparación a los particulares responsables del daño—una ley que trata de la reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos ocasionados por crímenes cometidos por los grupos armados ilegales (entre ellos, los grupos paramilitares) no puede ignorar la obligación que cabe al propio Estado de reparar dichas violaciones.

88 Corte I.D.H., *Caso Molina Theissen*, Reparaciones, Sentencia del 3 de julio de 2004, Serie C, No. 108, párr. 77, así como *Caso Masacre Plan de Sánchez*, Reparaciones (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 19 de noviembre de 2004, Serie C No. 116, párr. 93.

89 Comisión I.D.H., Informe sobre desmovilización en Colombia 2004, *supra* nota 10, párr. 6.

90 Ley 975 de 2005, art. 46.

91 *Id.*, art. 8.

92 *Id.*, art. 47.

93 *Id.*, art. 48.

94 *Id.*, art. 37.

95 *Id.*, art. 42.

96 Véase *Caso Moiwana*, *supra* nota 33, párr. 170.

97 Véase, por ejemplo, OACDHC, Comunicado de Prensa, “Consideraciones sobre la Ley de ‘Justicia y Paz’,” 27 de junio de 2005: Básicamente, la Ley hace depender la reparación, por parte de los victimarios, de los bienes y recursos que éstos quieran declarar y entregar. Pone la carga para obtener reparaciones sobre las víctimas, sin darles el apoyo adecuado del Estado en el proceso judicial. Además, aborda insuficientemente la responsabilidad estatal de reparar en los casos que directamente le corresponde. Tampoco cubre la responsabilidad que tiene el Estado de esforzarse por asegurar la reparación en los casos en que los victimarios no cumplan o no puedan cumplir con la reparación.

No obstante, el Decreto 4760 de 2005 en su artículo 8 establece que el Tribunal Superior de Distrito Judicial debe realizar un estricto seguimiento sobre el cumplimiento de las obligaciones impuestas en la sentencia, y que la inobservancia de cualquiera de tales obligaciones conlleva la revocatoria del beneficio de pena alternativa. Para poder beneficiarse de la pena alternativa, el desmovilizado tiene que cumplir los requisitos establecidos en los artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005, incluyendo la entrega de los bienes producto de la actividad ilícita. Así, es lógico concluir que los jueces deben recovar la pena alternativa si encuentran que un desmovilizado no ha entregado un bien ilícitamente adquirido. Si de esta manera estricta hacen seguimiento al cumplimiento de sentencias, los jueces podrán contribuir sustancialmente a incentivar la entrega de bienes por parte de los desmovilizados.

98 Véase Ley 975 de 2005, arts. 47 y 48. Véase también, Decreto 4760 de 2005, art. 12.

Con respecto a la restitución, se ha establecido que los paramilitares en Colombia han logrado concentrar “una enorme cantidad de tierra” en las zonas de conflicto armado, con el resultado de que hoy en día se habla de “una contrarreforma agraria que han hecho los paramilitares”¹⁰⁰. Otra cantidad de bienes ilícitamente adquiridos ha sido objeto de un gran esfuerzo de lavado, y hoy se encuentra en manos de terceros, muchas veces de buena fe¹⁰¹. Restituir estos bienes es uno de los retos más formidables que enfrentan los fiscales, uno que en no pocos casos será imposible cumplir, dejando a muchas víctimas sin reparación adecuada. Recurrir a la restitución directa de los bienes y tierras que han adquirido los paramilitares casi seguramente terminará siendo insuficiente para enfrentar este enorme problema de contrarreforma agraria, dando lugar a la necesidad de un mayor papel del Estado para resolverlo.

Adicionalmente, garantizar la no-repetición de las violaciones de derechos humanos cometidas por los grupos paramilitares, no será posible sin entender las estructuras paramilitares, sus redes de apoyo y sus fuentes financieras, incluso sus conexiones con la fuerza pública. Al respecto, la aplicación general del principio de oportunidad a los testaferros de los paramilitares¹⁰², obstaculiza la tarea de descubrir y dismantelar sus redes de colaboración. Adicionalmente, el papel de instituciones del mismo Estado en fomentar y mantener el fenómeno paramilitar ha sido ampliamente documentado¹⁰³. Garantizar la no repetición de ese fenómeno necesariamente implica precisar el rol de la fuerza pública en el mismo e

implementar las reformas necesarias para impedir la continuación o regeneración de la colaboración perversa que dio lugar al paramilitarismo¹⁰⁴. Frente a fuertes señalamientos que dicha colaboración sigue hoy en día¹⁰⁵, el Estado colombiano tiene la obligación de depurar las instituciones militares, policiales, y de inteligencia, cambiar su lógica de funcionamiento contrainsurgente, e instalar en ellas una cultura de respecto de los derechos humanos.¹⁰⁶

En este sentido, el Decreto 4760 establece que el Gobierno Nacional llevará a cabo acciones de reparación colectiva que tiendan a la satisfacción y garantía de no repetición, teniendo en cuenta las recomendaciones que en tal sentido formule la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación¹⁰⁷. Entre estas acciones, el Decreto menciona la de recuperar la institucionalidad en las zonas más afectadas por la violencia¹⁰⁸. Esto es importante en la medida que reconoce que uno de las fuentes de las violaciones de los derechos humanos ha sido la ausencia del aparato del Estado en zonas amplias del país; extender las instituciones del Estado a estas zonas es clave para garantizar la no repetición. No obstante, otra fuente de dichas violaciones—y en el caso de los grupos paramilitares, una fuente probablemente más relevante—fue la manera en que las instituciones del Estado (particularmente las fuerzas públicas) realizaron sus actividades. Genera bastante preocupación que ni la Ley ni el Decreto hacen mención de la reforma de estas instituciones estatales como garantía de no repetición.

- 99 El Fondo para la Reparación de las Víctimas incluirá, además que los bienes que se entreguen los beneficiarios de la Ley, “recursos provenientes del presupuesto nacional.” Véase Ley 975 de 2005, art. 54.
- 100 Mauricio García Villegas, “Las tierras de los desplazados,” *www.semana.com*, 18 de octubre de 2005. Según estimados del Incora los narcotraficantes se han apoderado del 48% de las mejores tierras del país.
- 101 Por ejemplo, el actual jefe de las AUC Diego Fernando Murillo, alias “Don Berna”, manifestó ante la Fiscalía ser dueño únicamente de “una casa en Medellín, de una finquita y de algunas cabezas de ganado”, a pesar de que es un conocido narcotraficante considerado por los organismos de seguridad como uno de los hombres con mayores riquezas entre los paramilitares. “Berna niega crimen por segunda vez”, *El Tiempo*, 20 de agosto de 2005. A nivel más general, se ha detectado una “operación de lavado a gran escala” por parte de los paramilitares para “ocultar sus fortunas a la Ley de Justicia y Paz.” Véase, “Lavado de activos a gran escala por parte de ‘narcos’, ‘paras’ y guerrilla amenaza economía del país,” *El Tiempo*, 11 de septiembre de 2005.
- 102 Decreto 4760 de 2005, art. 13 (parágrafo).
- 103 Véase nota 10, *supra*.
- 104 Véase *Caso Myrna Mack*, *supra* nota 21, párrs. 281-284.
- 105 Véase, por ejemplo, “El DAS y los paras: SEMANA revela pruebas de cómo las autodefensas tienen infiltrado el principal organismo de inteligencia del país,” *Semana*, 31 de octubre de 2005.
- 106 Véase, Carlos Martín Beristain, “Reconciliación y democratización en América Latina: un análisis regional,” *supra* nota 18, p. 60.
- 107 Decreto 4760 de 2005, art. 12.
- 108 *Id.*

Justicia y paz en Colombia:
El derecho a la verdad, la justicia y la reparación

En conclusión, la Ley 975 ha sido concebida de tal manera que pone en riesgo el cumplimiento del Estado colombiano de la obligación de reparar adecuadamente a las víctimas y sus familiares. En vez de basar el sistema de reparaciones en la obligación de restaurar a la víctima a su situación anterior a la violación, la Ley lo basa en la voluntad de los victimarios y no enfrenta la necesidad de un papel fuerte del propio Estado en esta materia. La Ley no establece cambios institucionales para responder al papel clave que jugó la fuerza pública en el desarrollo del fenómeno paramilitar, negando así un elemento esencial para garantizar la no repetición de este fenómeno. Por todo ello, y por el preocupante hecho de no reconocer explícitamente la obligación de reparar del mismo Estado, la Ley 975 no logra garantizar el derecho de las víctimas y sus familiares a una reparación adecuada.

Conclusiones y Recomendaciones

En la actual transición que vive Colombia, garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos constituye una obligación estatal claramente establecida por el derecho internacional de los derechos humanos. Lejos de ser incompatible con un proceso de paz, garantizar estos derechos es un paso fundamental para el éxito de dicho proceso y la estabilidad del nuevo orden social y político¹⁰⁹.

La consolidación de una democracia inclusiva, una institucionalidad fuerte y legítima, y un estado de derecho en Colombia depende en gran medida de los logros del proceso de transición en materia de verdad, justicia y reparación. Tras medio siglo de conflicto armado, cerrar el círculo vicioso de violencia, reconstruir el tejido social y crear una cultura de paz será imposible sin reconocer, sancionar y reparar el daño causado a los millones de víctimas. Colombia debe buscar, en vez de una paz minimalista y precaria marcada por la mera ausencia o reducción de conflicto entre grupos armados, una paz que surge de una nueva realidad sociopolítica: una transición hacia la paz a través de la transición a una democracia inclusiva, institucional y profunda. Avanzar hacia esta realidad

implica, necesariamente, enfrentar el pasado y reconocer la dignidad humana de las víctimas del conflicto—particularmente las que han sufrido desproporcionalmente: campesinos, indígenas, afrocolombianos, mujeres, niños y niñas, adolescentes, miembros de sociedad civil, y otros—divulgando la verdad sobre lo que sufrieron, aplicando la justicia a los que causaron el daño, y reparando a las víctimas adecuadamente.

Los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación son reconocidos por la Ley 975 de 2005, que regula el procedimiento mediante el cual los miembros de grupos armados al margen de la ley ya procesados o condenados por violaciones de los derechos humanos pueden desmovilizarse¹¹⁰. Sin embargo, el análisis de esta norma que ha realizado CEJIL muestra que el proceso establecido por la Ley 975 no logra garantizar a las víctimas estos derechos fundamentales.

En la medida en que la Ley 975 de 2005 y el Decreto 4760 de 2005 no cumplen con las obligaciones internacionales del Estado colombiano, el Estado tiene la obligación de ajustar el marco normativo de la desmovilización así como su implementación a los estándares que protegen y garantizan los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. En el ánimo de contribuir a este proceso, CEJIL presenta unas recomendaciones de carácter general, entendiendo que de aquellas es posible derivar otras sugerencias específicas claves para el avance del proceso. Consideramos que es posible concretar estas recomendaciones en diversos mecanismos procesales e institucionales que garanticen los estándares básicos del derecho internacional de los derechos humanos. En ese espíritu presentamos las siguientes **recomendaciones básicas** como punto de partida:

- Sobre el derecho a la verdad
 - Condicionar la concesión de beneficios penales como la reducción de penas a una confesión plena del desmovilizado, que explicita su cooperación real y eficaz. El Estado debe garantizar que esta

109 Véase Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon, “Justicia Transicional y Justicia Restaurativa,” en Angelika Rettber, compiladora, *Entre el Perdón y el Paredón*, 2005, p. 229.

110 Ley 975 de 2005, arts. 1, 4.

colaboración eficaz se mantenga después que el desmovilizado ha confesado.

Garantizar explícitamente a las víctimas la capacidad de actuar en todas las etapas de la investigación y del juicio correspondiente, en ejercicio de su derecho a conocer la verdad.

- Sobre el derecho a la justicia

Utilizar todo mecanismo necesario—incluyendo la posibilidad de recibir la versión libre en varias audiencias—para garantizar investigaciones eficaces de las violaciones de derechos humanos.

Garantizar el derecho de las víctimas de tener pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas de la investigación y el juicio correspondiente, superando cualquier ambigüedad sobre el código procesal penal aplicable.

Establecer un rango de penas suficientemente amplio para garantizar sanciones proporcionales a las circunstancias individuales de cada crimen y autor, incluso los factores atenuantes y agravantes relevantes. Los tribunales encargados de adelantar los juicios y dictar sentencias deben realizar rigurosamente su tarea de evaluar el cumplimiento del desmovilizado de los requisitos de la Ley.

- Sobre el derecho a la reparación

Establecer claramente que el derecho a la

reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos impone una obligación al Estado de reestablecer a la víctima—en lo posible—a su situación anterior a la violación. Cuando hay responsabilidad estatal por el daño sufrido, la obligación de reparar es una obligación del Estado, con independencia de los esfuerzos para hacer contribuir a la reparación a los particulares responsables del daño. En particular, el Estado debe tomar un mayor interés y papel en cuanto a la restitución de tierras y otros bienes perdidos por las víctimas, considerando la elaboración de una ley, debidamente consultada y concertada con las víctimas, que trate específicamente este tema.

Garantizar que el estudio que se realice sobre las razones que explican el surgimiento y evolución de los grupos armados ilegales, analice expresamente el papel del Estado en el desarrollo del fenómeno paramilitar y recomiende las reformas institucionales necesarias para garantizar su no repetición. Si es la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación contemplada por la Ley 975 la que finalmente realiza este estudio, esta Comisión debería incorporar al estudio un análisis del papel del Estado y las recomendaciones correspondientes sobre reformas institucionales.