



PROLEGÓMENOS PARA LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE PRIORIZACIÓN DE DELITOS EN LOS PROCESOS DE JUSTICIA Y PAZ EN COLOMBIA *

CARLOS FELIPE RÚA DELGADO**

“La paz no es solo la ausencia de conflicto, la paz implica la presencia de justicia” Gerry Adams.

Resumen

La Ley de justicia y paz apareció en el año 2005 con el fin de servir como instrumento de justicia transicional, que sirviera para allanar el camino de la búsqueda de la paz. Sin embargo, la aplicación de una tesis maximalista, según la cual se debía investigar y juzgar todos los casos y a todos los responsables, implicó un colapso de la misma, por lo que la Fiscalía procedió a establecer criterios de priorización de casos a través de una norma de derecho blando, para cuya expedición carecía de competencia, en ese momento. Al final se propone un test de ductilidad normativa aplicable a las normas de derecho blando, en aras de denotar no solo la falta de competencia, sino también la invasión de funciones al legislador, por parte de la Fiscalía.

Palabras clave: justicia y paz, priorización, justicia transicional, derecho blando, test de ductilidad.

Abstract

The justice and peace law was created in 2005 in order to serve as an instrument for transitional justice that could pave the way to a peaceful search solution. However, the implementation of a maximalist position whereby all cases must be tried and sentenced, involved a collapse of the same, so the Attorney proceeded to establish criteria for prioritizing cases through a soft law, for which expedition lacked competence, in that moment. At the end a ductility test for soft law is proposed in order to denote not only the lack of competition, but also the invasion of the legislature functions by the Attorney.

Keywords: justice and peace, prioritization, transitional justice, soft law, ductility test.

* Este texto corresponde a un avance del proyecto de investigación denominado “Política, Derecho y Post-conflicto: Transformaciones institucionales en Colombia”, adscrito al Grupo de Investigación Problemas Contemporáneos del Derecho y la Política (Gipcodep).

** Abogado de la Universidad Santiago de Cali. Magíster en Educación Superior por la Universidad Santiago de Cali. Profesor tiempo completo asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura, Cali.

Introducción

El proceso de justicia y paz que se viene adelantando dentro del marco de la Ley 975 de 2005, en Colombia, sufrió una reciente mutación con la aplicación de los criterios de priorización trazados por la Directiva N.º 001 de 2012, proferida por el Fiscal General de la Nación. En virtud de tales criterios se priorizaron para investigar, y juzgar, los siguientes casos: 1) Salvatore Mancuso Gómez, alias “Mono Mancuso”; 2) Trece Jefes del Bloque Norte, entre los que sobresalen Óscar José Ospina, alias “Tolemaida”, Édgar Ignacio Fierro, alias “Don Antonio”, Jairo Revelo, alias “John 70”, Carlos Romero, alias “Montería”, John Jairo Esquivel, alias “El Tigre” y Eduardo Mangones Lugo, alias “Tijeras”; 3) Iván Roberto Duque Gaviria, alias “Ernesto Báez”; 4); Hebert Veloza García, alias “HH”¹; 5) Freddy Rendón Herrera, alias “El Alemán”; 6) Ramiro Vanoy Murillo, alias “Cuco Vanoy”; 7) Edward Cobos Téllez, alias “Diego Vecino”; 8) Diego Fernando Murillo Bejarano, alias “Don Berna”; 9) Miguel Ángel Melchor Mejía Múnera, alias “El Mellizo”; 10) Ramón María Isaza Arango, alias “El Viejo”; 11) Arnubio Triana Mahecha, alias “Botolón”; 12) Hernán Giraldo Serna, alias “El Patrón”; 13) Luis Eduardo Cifuentes Galindo, alias “El Águila”; 14) Elda Neyis Mosquera García, alias “Karina”; 15) Ely Mejía Mendoza, alias “Martín

Sombra” y 16) Olimpo de Jesús Sánchez Caro, alias “Cristóbal”.

La priorización de casos señalada se dio en virtud de un antiguo anhelo de la Fiscalía, quien no se encontraba preparada para lo que significó el reto de asumir la aplicación de la ley de justicia y paz: más de 32 500 desmovilizados y más de 417 000 hechos delictivos reportados (Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, 2013: 1); efectivamente, la infraestructura que demandaba la investigación y juzgamiento de los crímenes cometidos por los grupos paramilitares, mal denominados de autodefensa, implicó un balance negativo en términos de eficacia de la ley, tan es así que en siete años de aplicación tan solo se han dado quince (15) sentencias, siendo la última, la de Hebert Veloza García, alias H.H. la única proferida en contra de uno de los máximos responsables, aclarando que se trató de una sentencia parcial con motivo de la vinculación del postulado al Bloque Bananero, quedando pendientes de sentencia las conductas cometidas con ocasión de su comandancia en el Bloque Calima.

Esa realidad desbordante obligó a la Fiscalía, a través de memorandos expedidos por la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, a intentar consolidar unos criterios de priorización (Forer, 2012: 170-175), los cuales solo vinieron a concretarse con la ya citada Directiva N.º 001 de 2012 (Fiscalía General de la Nación, 2012) que, a su vez, se materializó con el Plan

1 Primer caso priorizado al que le fue proferida sentencia de primera instancia, en fecha 30 de octubre de 2013.

de Acción de casos a priorizar por la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz (Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, 2013).

Aún así, la aplicación de estos criterios de priorización en justicia y paz arroja muchas preguntas sobre la ineficacia de una ley de justicia transicional a ocho años de su expedición, lo que podría abrir la puerta, eventualmente, a la Corte Penal Internacional, así como a los cuestionamientos por el detrimento sufrido la pérdida de tiempo y de recursos durante el tiempo de aplicación máxima de la Ley 975 de 2005, sin contar con la pregunta por el futuro de los postulados que no fueron priorizados, si todos ellos van a quedar libres por cuenta de una renuncia a su persecución judicial, a pesar de haber confesado innumerables delitos en las múltiples diligencias de versión libre, o por el contrario, van a ir a congestionar la justicia ordinaria, incrementando los índices de impunidad, dado que la aplicación del Código de Procedimiento Penal exige que el Estado desvirtúe la presunción de inocencia de los desmovilizados, por lo que vale la pena preguntarse al respecto, si el Estado no los pudo juzgar eficazmente en siete años, contando con una ley de justicia transicional que consagra una pena alternativa reducida y con una naturaleza colaborativa, ¿cómo va a hacer para obtener justicia para las víctimas en una justicia ordinaria ya de por sí congestionada, con carácter adversario y sin el encanto de la pena alternativa?. Lo cierto es que no existe una respuesta

rotunda frente a la pregunta ¿qué hacer con los casos no priorizados?, cómo lo dijo la propia Fiscalía General de la Nación (2013 b: 52): “Hay que buscar una salida procesal para aquellos hechos relatados por los desmovilizados, pero que no fueron priorizados. Se habló de sentencias anticipadas, comisiones de la verdad, principio de oportunidad, entre otras alternativas”, sin que hasta el momento exista una respuesta definitiva a esta inquietud.

El concepto de justicia transicional como marco teórico

Este texto se encuentra demarcado por el concepto *justicia transicional*, el cual le sirve de asidero teórico, dado que la Ley 975 de 2005, conocida también como Ley de justicia y paz, es una ley estructurada sobre el concepto de justicia transicional, en donde se pensó como estrategia jurídica que permitiera avanzar en los diálogos que en ese momento sostenía el gobierno nacional con organizaciones armadas ilegales conocidas como grupos de autodefensa. El concepto justicia transicional implica un tránsito: de un conflicto a un postconflicto, y un fin: la reconciliación y la consolidación de un sistema democrático que permita la construcción de una paz duradera (Ambos, 2009: 23); por ello, la justicia transicional “hace referencia a un problema muy antiguo, relativo a qué debe hacer una sociedad frente al legado de graves atentados contra la dignidad humana, cuando sale de una guerra civil o de un régimen tiránico.

¿Debe castigar a los responsables? ¿Debe olvidar esos atropellos para favorecer la reconciliación?” (Uprimny y Saffon, 2006: 114). Esta idea del tránsito sobre la que se funda la justicia transicional es explicitada por Patiño Yepes (2010: 53) de esta manera:

Básicamente, se está ante una justicia que medie para que las sociedades transiten de escenarios de conflicto armado con violaciones a derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario a uno de paz, o de regímenes políticos dictatoriales a unos democráticos, a través de una serie de mecanismos participativos en donde la sociedad en su conjunto toma la decisión de recorrer dicho camino; el trazado de este camino no es único, de hecho las experiencias internacionales muestran diversos escenarios contruidos para hacer tal tránsito.

Actualmente, la justicia transicional aparece como un campo, en donde entran en tensión actores, conceptos, teorías y enfoques, lo que permite su aplicación en contextos disímiles, incluyendo estadios en donde el post-conflicto se construyó tiempo atrás, y el conflicto parece superado, pero las viejas heridas de un conflicto anterior deben ser atendidas. Sobre este punto bien vale la pena lo señalado por López, González y Errandonea (2012:13 – 14):

La Justicia transicional puede ser entendida como una rama de los

derechos humanos, *con un enfoque pluridisciplinario, integral y holístico*. Sus métodos y su marco teórico suelen concentrarse, principalmente, en los desafíos planteados por las transiciones de la guerra a la paz, de gobiernos autoritarios a la democracia o, de forma más genérica, en contextos de graves violaciones a derechos humanos que dan lugar a *transformaciones políticas y sociales*. Las herramientas o mecanismos de la Justicia Transicional pueden también ser aplicados en democracias consolidadas, en donde se pretende reparar injusticias o violaciones a los derechos humanos ocurridas varias décadas o siglos atrás.

En cuanto a la definición propiamente de justicia transicional, autores como Forer (op. cit.: 19) siguen la que fue dada por el Secretario General de Naciones Unidas (2004: 6) de esta manera:

La noción de “justicia de transición” que se examina en el presente informe abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por complejo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación

de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos.

El concepto transcrito es claro en señalar que, junto con los factores que propician las condiciones de transformación política y social de la sociedad, la justicia transicional conlleva a la aplicación del concepto “justicia”, puesto que en muchas transiciones ese componente fue excluido de la deliberación pública, tal y como sucedió con la transición hacia la democracia de los regímenes dictatoriales del Cono Sur, en donde la negociación política implicó la impunidad para los responsables de las violaciones sistemáticas a los derechos humanos durante estos regímenes, situación que pretendió ser corregida tiempo después. Al respecto Najjar Moreno (2009: 74) explica:

Y es que lo novedoso de la Justicia Transicional consiste en la introducción del sustantivo “justicia”. En efecto, dentro del recientemente creado paradigma de Justicia Transicional, la justicia aparece como una exigencia que cualifica de manera importante los procesos transicionales, pero que a la vez se ve profundamente determinada por tales procesos. De esa manera, el concepto de justicia adquiere un significado y unas implicaciones particulares, que se distinguen no solo de lo que significan e implican las exigencias de justicia en contextos de normalidad, sino que además se alejan de aquello que significaron e implicaron tales exigencias en procesos transicionales anteriores a los

que se han desarrollado en los últimos treinta años.

Una definición más procedimental de la justicia transicional aparece en el artículo 8.º de la Ley 1448 de 2011, norma que dispone:

ARTÍCULO 8.º. JUSTICIA TRANSICIONAL. Entiéndase por justicia transicional los diferentes procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales asociados con los intentos de la sociedad por garantizar que los responsables de las violaciones contempladas en el artículo 3.º de la presente Ley, rindan cuentas de sus actos, se satisfagan los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas, se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible.

La justicia transicional se convirtió en uno de los elementos estructurales de reconstrucción de la sociedad colombiana con miras a la superación del conflicto armado; por ello, la Ley de justicia y paz se convirtió en el primer antecedente de su tipo en la legislación colombiana (Abuchaibe, 2010: 303 – 304), dado que antes lo que existió fueron normas que obligaban al sometimiento a la justicia, como en la época de la persecución y desmantelamiento de los carteles de Medellín y de Cali, o de la concesión de

indultos o amnistías, como en el caso de los procesos de paz con las guerrillas del M-19, el EPL o el Quintín Lame, entre otros. Bernal Acevedo y Álvarez Borrás (2009: 57) expresan con claridad el motivo por el cual la Ley de justicia y paz es considerada como una norma de justicia transicional:

La razón por la cual se entiende la Ley 975 de 2005 como una manifestación de la *Justicia Transicional* es por la desmovilización de los grupos armados, que supone una transición política entre un estado de conflicto armado interno, a uno de paz. Al margen de la discusión a propósito sobre la real y efectiva transición o sobre el desmantelamiento total de las estructuras paramilitares que fueron quienes se acogieron a la Ley de manera colectiva, y algunos de manera individual al igual que unos pocos guerrilleros, esta Ley busca en su espíritu la paz y la reconciliación nacional.

La justicia transicional pone un acento especial en los derechos de las víctimas, lo cual, si bien puede generar tensiones con la búsqueda de la paz y la negociación política, permite que se decante la aceptación de unos estándares mínimos en materia de verdad, justicia y reparación, que permitan superar dicha tensión, tal y como lo señala la Corte Constitucional (2006 b):

Así pues, la justicia transicional admite la existencia de una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia,

y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación. Para la resolución de esta tensión, el Derecho Internacional, partiendo de la base de que los compromisos de los Estados en el respeto de los Derechos Humanos no se suspenden ni interrumpen por las circunstancias de transición, formula ciertos lineamientos a fin de asegurar estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación.

El contexto normativo de justicia y paz

La Ley 975 de 2005, bautizada como Ley de justicia y paz es una norma expedida con el fin de configurar una estrategia jurídica de justicia transicional, que se combinara con las estrategias políticas que se estaban llevando a cabo en los famosos diálogos de Santa Fe de Ralito (Córdoba), llevados a cabo entre el gobierno nacional y las organizaciones de autodefensa, federadas, en su mayoría, en lo que se conoció como AUC (Autodefensas Unidas de Colombia), diálogos que llevaron a la desmovilización de las estructuras militares y financieras de estas organizaciones, además de la entrega de miles de armas y de múltiples bienes para reparación a las víctimas. La Ley de justicia y paz, por tanto, fue un instrumento pensado como herramienta de reconciliación nacional, tal y como lo señala Delgado Barón (2011: 189)

La idea o noción de la reconciliación que se suscribe en la Ley de justicia y paz y que, por lo tanto, permea todo el proceso de desmonte de las estructuras de los grupos armados al margen de la ley, la consiguiente reinserción de los desmovilizados y la búsqueda y garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, implica por una parte la “voluntad” de los desmovilizados de colaborar con la “consecución de la paz nacional”, y por otro lado, el compromiso por parte de las “distintas autoridades” de hacer cumplir “las medidas de satisfacción y garantías de no repetición” que se encuentran en concordancia con los derechos de las víctimas, y el “respeto al debido proceso y las garantías judiciales de los procesados”(Artículo 4.º), contemplados en dicha Ley.

En este sentido, el proceso de Justicia y Paz se enmarca en un “macro- discurso” de la reconciliación que no solo abarca la posición del gobierno, o el discurso gubernamental, como un discurso dominante, sino que también permite la inserción de los discursos de víctimas y victimarios, ya sea como continuidades del discurso imperante, o como respuestas disruptivas y de resistencia a este.

Asimismo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (2007) reafirmó el carácter especial de búsqueda de la paz nacional con el que se pensó la Ley de Justicia y Paz:

(...) a efectos de interpretar los diversos postulados de la Ley 975 de 2005 es preciso considerar su naturaleza especial, inspirada en un modelo de Justicia Restaurativa, cuyos presupuestos pueden no siempre coincidir con los que tradicionalmente han regulado nuestros sistemas procesales.

Ciertamente, se trata de un cuerpo normativo *sui generis*, encauzado hacia la obtención de la paz nacional, para lo cual sacrifica caros principios reconocidos por el Derecho Penal de corte democrático, como los de proporcionalidad e igualdad, porque, en resumidas cuentas, se termina por otorgar a quienes a ella se acojan una pena alternativa significativamente inferior a la contemplada para las demás conductas delictivas cometidas por personas no pertenecientes a un grupo armado al margen de la ley, aunque, como contrapartida, se hace especial énfasis en los derechos de las víctimas a acceder a la verdad de lo sucedido, a que se haga justicia y a que se les brinde reparación efectiva, propendiendo además porque se les aseguren las garantías de preservación de la memoria colectiva de los hechos que los condujeron a esa condición y de no repetición.

Sobre este punto bien vale la pena tener en la cuenta las aclaraciones hechas por Cote – Barco (2010:133) en relación con el rol del aparato jurisdiccional en materia de justicia y paz:

Es importante tener presente entonces dos aspectos fundamentales para la discusión: 1. La idea de justicia transicional se ha materializado en Colombia por medio de la Ley 975 de 2005 o de Justicia y Paz, la cual le da una especial relevancia al derecho penal, mediante el diseño de un proceso penal especial. Y 2. Este protagonismo del sistema penal, en cuanto mecanismo de justicia transicional, se da en un contexto de guerra, de conflictividad que se prolonga en el tiempo y que, por tanto, impacta en el funcionamiento del mismo sistema penal. La Ley de Justicia y Paz y el proceso penal especial que define son nuevas alternativas para la consolidación del Estado como único sujeto soberano. Con estas normas, se crea un escenario especial de negociación con “enemigos militares”, en el cual el derecho no es más que el telón de fondo de un juego político, en medio de la guerra.

Esto explica las particularidades del proceso penal en el marco de Justicia y Paz y la forma como este proceso se ha venido adaptando durante su implementación a las dificultades de un proceso sensiblemente político. Esto también permite plantear la reflexión sobre los límites del sistema penal ante una situación, como ya lo hemos dicho, de guerra y de ausencia de Estado, en la que hay un gran número de víctimas con las más altas expectativas.

La Ley de Justicia y Paz se estructura sobre tres pilares fundamentales: la

verdad (Corte Suprema de Justicia, 2008 b), la justicia (Corte Constitucional, 2006 a; Corte Suprema de Justicia, 2008 a) y la reparación (Corte Suprema de Justicia, 2012 a)², los cuales aparecen expresamente consagrados por el artículo 4.º de dicha norma, y que atañen a una doble condición: de derechos de las víctimas, por un lado, y de cargas asumidas por los postulados, por el otro, las cuales deben satisfacerse en todo tiempo y lugar en desarrollo del proceso de justicia y paz (Corte Constitucional, 2006 b). Los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, que se erigen como los pilares del modelo de justicia transicional adoptado por la Ley de justicia y paz, encuentran su asidero en la normatividad internacional en el derecho a un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos humanos (Mora Sarasti, 2005: 134); el cual aparece consagrado en el artículo 8.º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948); en el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Novena Conferencia Internacional Americana, 1948); en el literal a) del numeral 3 del artículo 2.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966) y en el numeral 1.º del artículo

2 El concepto de reparación merece un análisis sistemático entre la Ley 975 de 2005, la Ley 1448 de 2011, conocida como Ley de víctimas, y que organizó todo un modelo de reparación a las víctimas, y la Ley 1592 de 2012, que adecuó a justicia y paz los nuevos modelos de reparación contenidos en la Ley 1448 de 2011.

25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, 1969).

El vínculo existente entre justicia y paz y los tratados de derechos humanos se explica desde dos causas: primero, debido a la naturaleza de la Ley de justicia y paz como norma de justicia transicional, lo que implica que necesariamente su aplicación conlleva el desafío de juzgar y condenar hechos delictivos que involucran la violación de derechos humanos; y segundo, a que la propia existencia de esa normatividad especial pretende satisfacer la obligación de un recurso efectivo que permita a las víctimas el alcance de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación; razón por la cual la aplicación de Ley de justicia y paz requiere de la remisión a la teoría del bloque de constitucionalidad que construyó la Corte Constitucional a partir del principio de integración contenido en el artículo 93 de la Constitución Política, con el fin de superar ciertos obstáculos normativos del ordenamiento interno, tal y como lo explica la Corte Suprema de Justicia (2009):

Simultáneamente y en forma complementaria, en virtud de la teoría del bloque de constitucionalidad, derivada del artículo 93 de la Carta Política, que consagra la prevalencia, en el orden interno, de los tratados y convenios de derechos humanos y derecho internacional humanitario, resulta indiscutible la fuerza vinculante del

conjunto de normas internacionales que prohíben conductas constitutivas de crímenes de lesa humanidad (...).

Pero es claro para la Corte que la no incorporación en la legislación interna de una norma que en estricto sentido defina los delitos de lesa humanidad, no impide su reconocimiento a nivel nacional, porque con base en el principio de integración –artículo 93 de la Carta Política– debe acudirse a los instrumentos internacionales que por virtud del bloque de constitucionalidad obligan en la interpretación y aplicación de las normas. (...)

Por lo tanto, para efectos de calificar los crímenes atroces cometidos contra la población civil por los grupos armados al margen de la ley, dentro del contexto de los llamados crímenes de lesa humanidad, debido a que se trata de una variedad de delitos de graves violaciones a los derechos humanos, que fueron tipificados en la legislación nacional bajo títulos que consagran bienes jurídicos tradicionales, los operadores jurídicos deberán remitirse al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional para fijar su contexto, en concreto, a su artículo 7º, concordándolo con las normas del Código Penal nacional que castigan tales comportamientos (...).

Tomando en consideración los anteriores factores relevantes, la Corte no duda en señalar que las graves conductas cometidas por los paramilitares deben enmarcarse, primordialmente,

dentro del contexto de crímenes de lesa humanidad, pues el ataque perpetrado contra la población civil adquirió tales dimensiones de generalidad y sistematicidad, que alteró de manera significativa el orden mínimo de civilidad, implicando el desconocimiento de principios fundantes del orden social imperante.

Los asesinatos, torturas, masacres, desapariciones, desplazamientos forzados, violaciones, y en fin las múltiples violaciones sistemáticas a los derechos humanos confesadas hasta el momento por los desmovilizados de esos grupos armados que han sido escuchados en versión libre en el trámite del procedimiento señalado en la Ley 975 de 2005, no dejan duda de que se configuran las características esenciales que delimitan los delitos de lesa humanidad, en los términos aquí analizados.

La aplicación de criterios de selección y priorización en justicia y paz

La puesta en práctica de la Ley de justicia y paz significó un reto enorme para el aparato judicial colombiano, dada la inmensidad, en cifras, de asuntos por conocer, los cuales desbordaron la capacidad operativa de la Fiscalía. Según datos oficiales, como consecuencia de la desmovilización de las organizaciones de autodefensa aparecieron más de 32 500 desmovilizados con cerca de 417 000 hechos delictivos reportados (Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, 2013: 1). Igualmente,

datos estadísticos recaudados a diciembre de 2012 (Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, 2012), dan cuenta que, en justicia y paz se confesaron, por parte de los postulados, 39 546 hechos delictivos, los cuales relacionan a 51 906 víctimas, de esos hechos confesados, los delitos con mayor número de confesiones corresponden a 25 757 homicidios, 1046 masacres, 3551 desapariciones forzadas, 11 132 desplazamientos forzados, 1916 secuestros, 1618 reclutamientos ilícitos, 1168 extorsiones, 773 torturas, 96 casos de violencia sexual y 65 casos relacionados con tráfico de estupefacientes, todo ello sin contar 12 869 casos compulsados a la justicia ordinaria, tanto de políticos como de miembros de la fuerza pública, servidores públicos y terceros.

Estas cifras se contrastan con apenas 15³ sentencias en primera instancia y 9 sentencias en segunda instancia, lo cual constituye un balance bastante pobre frente a los 1126 postulados a los que se les presentó escrito de solicitud de audiencia de imputación, 628 postulados a quienes se presentó escrito de solicitud de audiencia de formulación de cargos, 292 postulados que terminaron formulación de cargos en espera de realización de audiencia de control de legalidad, 128 postulados a quienes se les ha realizado audiencia de legaliza-

3 La última sentencia tiene fecha del 30 de octubre de 2013, proferida en el caso de Hebert Veloza, alias "HH", información que actualiza la fuente citada que se refiere a catorce sentencias en primera instancia y no a quince.

ción de cargos y 11 postulados en Incidente de Reparación, estas cifras, a su vez, deben compararse con el total de 4787 postulados ante justicia y paz, reportados a febrero de 2013 (Fiscalía General de la Nación, 2013 a: 31).

Estas cifras demuestran que justicia y paz se obstruyó por el volumen de asuntos a tratar, y este colapso terminó por llevarse la idea pretendida de que justicia y paz correspondía a ese recurso efectivo al que se refieren los instrumentos internacionales de derechos humanos enunciados líneas arriba. La aplicación de la tesis maximalista en justicia y paz derivó en una crisis descrita por López Medina (2010: 66) de esta manera:

Este desafío se muestra a todas luces como complejo, mucho más si se toman en consideración factores adicionales ala cantidad de desmovilizados que deben procesarse, como: i) los términos y el procedimiento establecido en la ley para esta clase de procesos; ii) la tipología de casos que deben resolverse a causa de las graves violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, DIDH, perpetradas por los miembros de los grupos paramilitares y iii) las carencias en cuanto a recursos técnicos, económicos y profesionales para el impulso de estas funciones por parte de la Fiscalía General de la Nación. Como mecanismo para reducir la mencionada complejidad, se requiere que la Unidad de Justicia y Paz adopte una serie de

estrategias de priorización de casos y de los actores a los que debe procesar.

Esta situación desbordante había sido advertida por algunos autores como (Ambos (2010: 213 – 214), quien en su momento realizó las siguientes recomendaciones:

413. Ante la gran cantidad de víctimas, hechos denunciados y casos tratados en los procesos de Justicia y Paz, resulta de primordial importancia empezar a diseñar una estrategia global de investigación. Actualmente, los procesos que se adelantan son de carácter fraccionado y aislado y, a pesar de los altos índices de hechos delictivos no reflejan adecuadamente el fenómeno de la macrocriminalidad y sistematicidad. Además, lo que es más grave aún, no parece factible que con el modo de trabajo actual se puedan terminar los procesos ya iniciados y, mucho menos, los todavía pendientes dentro de un tiempo razonable.

414. La elaboración de una estrategia global de investigación puede recurrir a *experiencias extranjeras* (p. ej. de Alemania, Argentina, Chile, Perú) e *internacionales* (Tribunales *ad hoc* de Naciones Unidas, tribunales mixtos, CPI) en la investigación y persecución penal de crímenes internacionales. Estas experiencias deberían ser transmitidas a los actores colombianos en foros (seminarios, conversatorios) o publicaciones (*case book* sobre “selección e imputación de casos de macrocriminalidad”). Para poner en práctica tal estrategia es fundamental fortalecer la *coordinación* y el

intercambio de información entre los fiscales y los investigadores y entre ellos y las otras instituciones involucradas en el proceso.

415. Relacionado con lo anterior sería recomendable desarrollar una estrategia de selección tanto de casos para imputar como de postulados. Un énfasis en casos emblemáticos y postulados con posiciones claves dentro de la estructura de los GAOML⁴ podría contribuir a la mejor visibilización de los *patrones de victimización*. Una investigación de la *macrocriminalidad* no se agota en la enumeración de los hechos delictivos cometidos por miembros de un GAOML, sino debe estar orientada también en la revelación de los *motivos* y *razones* que dieron lugar a los crímenes y los nexos entre estos. Esto mismo reconoce la LJP y la jurisprudencia respectiva. Solamente de esta manera se puede visibilizar la comisión de hechos aparentemente aislados como expresiones de un fenómeno de macrocriminalidad con todas sus complejidades en un contexto más amplio. De igual manera, el análisis de los daños colectivamente causados por un GAOML solamente se deja explicaren el marco de una investigación que abarque *casos representativos* característicos de la violencia sistemática y generalizada. Sería recomendable delegar la competencia de decidir sobre la postulación colectiva de desmovilizados a las autoridades judiciales encargadas de la investigación.

El establecimiento de criterios de priorización por parte de la Fiscalía se convirtió en una necesidad apremiante, ante el colapso, y posible fracaso, de justicia y paz (Seils, 2012: 1). En este punto una reflexión: si justicia y paz fracasa se pierde la confianza en las instituciones y, por ende, en la apuesta que estas hagan por instrumentos de justicia transicional posteriores, en tanto que justicia y paz es la primera herramienta verdadera de justicia transicional aplicada en Colombia, dado que se trata del primer cuerpo normativo erigido sobre los pilares de verdad, justicia y reparación. Esto adquiere especial relevancia si se piensa que el gobierno colombiano, en la actualidad, se encuentra adelantando unos diálogos de paz con las guerrillas de las FARC, los cuales se desarrollan en La Habana (Cuba), y de los que se espera que deben desembocar, si son exitosos, en la aplicación de una normatividad de justicia transicional que permita avanzar en la construcción del posconflicto, pero que debe tomar las lecciones aprendidas en justicia y paz, no solo para no repetir los mismos errores, sino para generar las confianzas que se necesitan, tanto en los actores armados como en la sociedad civil, particularmente en las víctimas; así las cosas, se debe tener presente que, si justicia y paz colapsó con la investigación y juzgamiento de alrededor de 20 años de crímenes de los grupos paramilitares, el desafío de La Habana es mucho mayor si se piensa en 50 años de conflicto interno

4 Este acrónimo significa Grupo Armado Organizado al Margen de la Ley (nota del autor).

con las guerrillas de las FARC, lo que implica un incremento en el volumen de casos, de hechos, de delitos y de responsables, de tal suerte que se trata de un desafío mucho mayor al representado por justicia y paz en su momento. Por ello, deben buscarse los mecanismos que permitan que la justicia transicional actual no colapse, pues ello implicaría un nefasto antecedente para los procesos de justicia transicional que vengan en el futuro.

En la introducción a este texto se manifestó que la Fiscalía, a sabiendas de su incapacidad logística para satisfacer lo pretendido con justicia y paz, desde muy temprano intentó establecer criterios de priorización, a través de normas de *soft law* (derecho blando) como memorandos y circulares (Forer, op. cit.:170 – 175), pero solo a través de la Directiva 001 del 4 de octubre de 2012, el Fiscal General de la Nación pudo articular unos criterios de priorización lo suficientemente sólidos como para soportar una reestructuración de la política criminal, particularmente de justicia y paz (López Díaz, 2012). Esta Directiva cifró su asidero en principios constitucionales como el acceso a la administración de justicia, la igualdad, las garantías derivadas del artículo 2.º superior y otros tantos de la teleología constitucional, que se hacen entrar en consonancia a partir de un ejercicio de argumentación basado en los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Un punto relevante tiene que ver con el hecho de que el Acto Legislativo N.º

01 del 31 de julio de 2012, proferido por el Congreso de la República, elevó la selección y priorización de delitos al rango constitucional, otorgándole al Fiscal General la posibilidad de determinar los criterios de priorización de la acción penal, pero dejando en competencia del Congreso la posibilidad de fijar los criterios de selección, mediante ley estatutaria, de tal suerte que, en la Directiva N.º 001 del 4 de octubre de 2012, se menciona la potestad entregada por el mencionado Acto Legislativo, pero sin tener en cuenta el hecho de que aún no se ha expedido la ley estatutaria que debe definir los criterios de selección. Al respecto, se debe tener en cuenta si los criterios de priorización pueden definirse sin antes determinar criterios de selección. En este punto es menester aclarar que la selección es el género, mientras que la priorización es la especie, tal y como lo explicitan Bergsmo y Saffon (2011: 27 – 28):

Los criterios de selección sirven para determinar qué casos serán investigados y juzgados por una jurisdicción específica. Por lo tanto, inevitablemente implican la de-selección de ciertos casos. Además, los criterios de selección operan como un umbral por debajo del cual los casos no serán tratados por la jurisdicción en cuestión. En efecto, estos criterios normalmente consisten en un catálogo de elementos importantes que deben tenerse en cuenta al decidir si se va a ejercitar la jurisdicción. Y normalmente se aplican como si fueran una lista de control, en el sentido

de que cuando un caso cumple con todos o con un número determinado de ellos califica para ser investigado y juzgado. Sin embargo, los criterios de selección no establecen per se cuál de los casos será tratado en primer lugar, dado que generalmente no establecen una jerarquía entre los casos, sino que los ubican en igualdad de condiciones una vez que han superado el umbral de selección.

Por el contrario, los criterios de prioridad sirven precisamente para clasificar los casos dentro de una jurisdicción, así como para determinar el orden en el que serán investigados y juzgados. Por lo tanto, no requieren una de-selección de los casos, dado que pueden aplicarse a los casos ya seleccionados o a casos que no han pasado por un filtro de criterios de selección, como es el caso de muchas jurisdicciones penales nacionales. Además, los criterios de prioridad no operan como un umbral, dado que todos los casos clasificados deben ser finalmente investigados y perseguidos. Esto significa que aun cuando estos criterios también se formulan como un catálogo de elementos importantes que deben ser considerados para clasificar los casos y, de hecho, en muchas jurisdicciones los criterios de selección y prioridad coinciden, estos últimos no pueden ser aplicados simplemente como una lista de control.

De la revisión de estos conceptos queda claro que para poder aplicar la especie: la priorización, se requiere de la previa definición del género: la

selección; luego entonces, la priorización hecha por el Fiscal General de la Nación en virtud de la Directiva N.º 001 de 2012 no podría aplicarse hasta tanto no se determinaran los criterios de selección, aun cuando una lectura minuciosa de la mentada Directiva arroja que la Fiscalía, dentro de sus criterios de priorización, lo que hizo en la práctica fue definir criterios de selección al fijar los de priorización; tan es así, que se determinó la de-selección de unos casos, lo cual constituye una evidente falta de competencia del Fiscal para tal fin, dado que el Acto Legislativo 01 de 2012 le entrega esa competencia al legislador. Esta afirmación se realiza sobre la base de que primero es la selección y luego la priorización, pero aclarando que no existen referentes en el derecho interno que permitan elucidar el diseño de contenidos de criterios de selección, salvo los trazos generales hechos por el artículo 1.º del Acto Legislativo 01 de 2012. De todos modos, esa confusión entre criterios de selección y priorización es reconocida por la propia Fiscalía General de la Nación (2013 b: 52): “Se advirtió, también, que los criterios de priorización pueden, en cierto sentido, ser entendidos en últimas como criterios de selección de casos.”

El análisis de fechas, a su vez, arroja otros elementos curiosos para tener en la cuenta. La fecha de expedición de la Directiva N.º 001 de 2012 aparece el 4 de octubre, mientras que la Ley 1592 de 2012, fue expedida el 3 de diciembre, es decir, casi dos meses después de

proferida la primera. Este contraste es relevante porque fue precisamente esa ley, a través de su artículo 13, la que le entregó al Fiscal General de la Nación la competencia para determinar los criterios de priorización en materia de justicia y paz. Antes de esta, la única norma que le confiere al Fiscal General la facultad para adoptar criterios de priorización es el Acto Legislativo N.º 01 de 2012, que tiene como fecha de publicación en el Diario Oficial el 31 de julio de 2012, pero haciendo la claridad que ese Acto Legislativo es expreso en señalar que se requiere de una ley estatutaria que lo desarrolle. Tan es así que la propia Corte Constitucional (2013: 4) en el comunicado⁵ en donde se anunció su decisión respecto de la exequibilidad del Acto Legislativo N.º 01 de 2012, fue clara en determinar: “Dentro del diseño integral de los instrumentos de justicia transicional derivados del marco jurídico para la paz, la ley estatutaria deberá determinar los criterios de selección y priorización, sin perjuicio de la competencia que la propia Constitución atribuye a la Fiscalía para fijar, en desarrollo de la política criminal del Estado, los criterios de priorización.” Esto quiere decir que la ley estatutaria es condición previa para que la Fiscalía pueda ejercitar sus competencias, es más, dicha ley debe establecer los límites dentro de los que la Fiscalía ejercerá su rol

definitorio. De todos modos, se hace la salvedad de que, hasta que no se conozca el texto completo de la sentencia de la Corte Constitucional, el comunicado simplemente da el sentido del fallo pero este no permite anticipar lo suficiente de la *ratio decidendi* como para aventurarse más allá de los límites de la especulación.

En consecuencia, queda claro que el establecimiento de criterios de selección y priorización corresponde a una necesidad para salvaguardar la eficacia de la justicia, en general, y de la justicia transicional, en particular (López Díaz, op. cit.: 572), como recurso efectivo ante los casos de vulneración de derechos humanos, máxime en un conflicto de décadas como el colombiano. El colapso de justicia y paz por la aplicación de la *tesis maximalista* de que se deben imputar y acusar a todos los postulados por todos los delitos cometidos (Forer, op. cit.: 155) ha llevado a un fracaso de esta justicia especial, dando al traste con sus propósitos. Sin embargo, surgen muchas dudas respecto de la competencia del Fiscal General de la Nación para definir los criterios de priorización mediante la Directiva N.º 001 de 2012, por las razones que se detalladas en líneas anteriores y que se resumen a continuación: i) no existe ninguna norma anterior a la fecha de expedición de la Directiva N.º 001 de 2012, que le entregue específicamente al Fiscal General de la Nación la competencia para definir los criterios de priorización; ii) la Ley 1592 de 2012 si

5 Al momento de escribirse este texto la Corte Constitucional aún no había publicado su sentencia definitiva, tan solo había publicado dos comunicados de prensa en donde le da a conocer el sentido de su fallo de exequibilidad del Acto Legislativo N.º 01 de 2012.

le otorga al Fiscal la atribución específica para definir criterios de priorización en justicia y paz, pero esta norma es posterior y no convalida lo hecho anteriormente con la Directiva N.º 001 de 2012; iii) el Acto Legislativo N.º 01 de 2012 si es anterior a la fecha de expedición de la Directiva N.º 001 de 2012, pero este requiere de una ley estatutaria que determine los criterios generales, incluyendo los límites al rol definitorio por parte del Fiscal; iv) la premura por dotar de herramientas que hagan más eficaz la Ley de justicia y paz han permitido que se establezcan criterios de priorización, que son la especie, sin que se hayan establecido previamente criterios de selección, que son el género, anticipando que el texto de la Directiva N.º 001 de 2012 contiene el establecimiento de criterios de selección que son presentados como criterios de priorización, lo cual implica una usurpación de funciones al legislativo por parte del Fiscal general de la Nación, dado que el Acto Legislativo 01 de 2012 le entregó al legislador la competencia para el establecimiento de criterios de selección mediante ley estatutaria, y con base en ellos, la potestad al Fiscal para determinar los criterios de priorización.

Esta usurpación de funciones al legislativo, a su vez, afecta de problemas atinentes a la validez de la misma Directiva N.º 001 de 2012 como norma jurídica, dado que, aun cuando se trata de una norma de *soft law* y no de una de *hard law* que provenga del sistema tradicional de fuentes formales del

derecho, el hecho de que produzca efectos jurídicos implica que su validez pueda ser analizada, en cuanto a su carácter normativo, sin contar que, como acto administrativo general, adolece de un vicio de falta de competencia, que puede acarrear su nulidad. Por ello, la validez implica, entre otras cosas, su correspondencia con el ordenamiento jurídico, en tanto que la norma se produzca como las normas superiores dicen que debe producirse y ello incluye su expedición por el órgano competente. Sobre este punto Peces-Barba (1983: 116) aclara que “la calificación de una norma como jurídica no deriva de que aisladamente considerada sea coactiva, contenga una sanción, sino de que se la pueda insertar con arreglo a los criterios del Ordenamiento, en el mismo, es decir que una norma es calificada como jurídica si es válida”.

Para concluir este acápite, se debe tener presente que la Ley de justicia y paz, en su artículo 29, establece una pena alternativa con un máximo de ocho (8) años, la cual se empezará a contar desde el momento en que el postulado se encuentre privado de la libertad en un establecimiento carcelario bajo la dirección del INPEC, tal y como lo dispone el párrafo del artículo 11 del Decreto N.º 3391 de 2006, postura avalada por la Corte Suprema de Justicia (2012 b):

Circunstancia distinta ocurre en cuanto se refiere al tiempo que perduró en los establecimientos de

reclusión de justicia y paz, previstos en el párrafo del artículo 11 del Decreto 3391 de 2006, por cuanto que el lapso que estuvo interno en los mencionados establecimientos administrados y definidos por el INPEC se contabilizará por expresa orden legal.

Este aspecto adquiere especial relevancia si se piensa que la mayoría de postulados ante justicia y paz se encuentran privados de la libertad desde los años 2006 y 2007, lo que quiere decir que están muy próximos a cumplir los 8 años que establece el máximo de la pena alternativa, lo que conlleva a pensar que en los años 2014 y 2015 un gran número de postulados hará la solicitud que aparece en el artículo 19 de la Ley 1592 de 2012 en el sentido de solicitar la sustitución de la medida de aseguramiento por una medida no privativa de la libertad, mientras se continúa, y finaliza, el proceso de justicia y paz. Esta situación también genera interrogantes sobre el futuro de los postulados que, teniendo pena cumplida, no sean priorizados; eventualmente ello podría significar una afectación de la garantía constitucional del *non bis in idem*. Si bien es cierto que el enunciado artículo 19 de la Ley 1592 de 2012 contempla la obligación de los postulados de continuar satisfaciendo las cargas de verdad, justicia y reparación aun cuando gocen de una medida sustitutiva no privativa de la libertad, aún no existen mecanismos que permitan la realización de los seguimientos verifcatorios necesarios, lo que condignamente puede afectar

los estándares internacionales materia de verdad, justicia y reparación (Quinche, 2008).

El futuro de los postulados no priorizados no es halagüeño, dado que no existe una claridad meridiana sobre qué hacer con su situación jurídica, y de las opciones que se barajan ninguna parece lo suficientemente adecuada, bajo parámetros de justicia. Por una parte, el establecimiento de criterios de selección y priorización para investigación y juzgamiento de “máximos responsables” implica una renuncia del Estado a perseguir al resto de miembros de la estructura armada que no clasifica dentro de la categoría de máximo responsable, lo cual implicaría que los no priorizados podrían adquirir una libertad inmediata en tanto que el Estado renuncia a su persecución. Este razonamiento, aunque puede ser coherente con la aplicación de un silogismo lógico formal, no resulta adecuado con la legislación vigente, en tanto que el no estar priorizado no aparece como uno de las causales legales de exclusión de justicia y paz, causales que son taxativas y que se encuentran formuladas por el artículo 5.º de la Ley 1592 de 2012, el cual adicionó un artículo nuevo, el 11 A, al articulado de la Ley 975 de 2005.

Así las cosas, se tiene que la condición de postulado ante justicia y paz solo puede perderse por muerte, por renuncia o por exclusión, y esta debe ser decretada por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior competente para

conocer del caso, luego entonces, no existen, en la legislación colombiana, elementos que permitan que un postulado pierda tal condición por el hecho de que su caso no esté priorizado, de tal suerte que, mientras estos no sean excluidos por el juez competente, previa comprobación de estar incurso en una de las causales legales, la Fiscalía deberá seguir adelante con estos procesos de justicia y paz, aunque no se ajusten a los criterios de priorización, salvo que una reforma legislativa incluya dentro de las causales de exclusión el no estar priorizado o que se apliquen arbitrariamente causales de exclusión con el fin de poder cumplir con los cronogramas de priorización, lo que resultaría en una grave violación de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, los cuales aparecen reconocidos no solo por la Constitución Política, sino por todos los tratados internacionales en materia de derechos humanos, en tanto que van ligados a la garantía ius natural a la justicia.

Este panorama crea muchos interrogantes, lejos de satisfacer los ya existentes, puesto que no existe ningún acuerdo respecto al qué hacer con los más de 4700 casos de postulados no priorizados. Entre las opciones que se barajan están las siguientes: a) crear comisiones de la verdad para que los postulados no priorizados participen allí y satisfagan las cargas de verdad, justicia y reparación a través de estos medios extrajudiciales; esta posibilidad resulta muy coherente y apropiada, pero tiene el problema de que, aunque

la posibilidad de crear comisiones de la verdad aparece consignada en el Acto Legislativo N.º 01 de 2012, **todavía no se han reglamentado, por lo que no se sabe cómo sería su dinámica, sus procedimientos, las formas de participación, su puesta en práctica, en fin, todo lo atinente a la creación y puesta en marcha de las mismas, por lo que esta respuesta puede llegar a destiempo;** b) remitir los casos a la **justicia ordinaria, posición defendida por muchos pero que cuenta con los siguientes inconvenientes: por un lado es violatoria del principio de favorabilidad, por otra implica pasar de un proceso de justicia transicional, con una naturaleza colaboracionista entre las partes, a uno de naturaleza adversaria, en donde la Fiscalía debe demostrar la responsabilidad penal de los procesados, desvirtuando su presunción de inocencia, frente a lo cual vale la pena preguntarse por el hecho de que si no pudo juzgarlos y condenarlos con todas las ventajas de justicia y paz, ¿qué garantiza de que lo podrá hacer en la jurisdicción ordinaria, en donde no contará con la colaboración del postulado y con el atractivo de la pena alternativa?, teniendo en cuenta, además, que la justicia ordinaria también es una justicia altamente congestionada;** c) someter a los postulados a procedimientos como la sentencia anticipada, opción interesante, respecto de la cual se debe precisar que la sentencia anticipada es facultativa y depende de la voluntad del procesado de renunciar a la garantía constitucional de no declarar contra sí mismo

(artículo 33 superior), por lo que no puede obligarse a los postulados no priorizados a someterse a sentencia anticipada si estos no lo desean.

Uno de los problemas que se derivan del envío de casos de la justicia de transición a la justicia ordinaria tiene que ver con la posibilidad de que las confesiones que los postulados ante justicia y paz rindieron en las correspondientes versiones libres como consecuencia de la satisfacción de la carga de “verdad”, sean trasladadas directamente ante la justicia ordinaria y sirvan; en consecuencia, como fuente para las eventuales condenas en esa jurisdicción. En ese sentido, vale la pena analizar, la posible inconstitucionalidad de esta situación, derivada de la ruptura de principios procesales como la igualdad de armas y la lealtad procesal, los cuales se derivan de garantías constitucionales como el debido proceso y el derecho de defensa, en consonancia con las presunciones de buena fe y de inocencia. La postura de Fiscalía General de la Nación (2013 b: 51) sobre este aspecto es la siguiente:

Los hechos confesados por el postulado generan la expectativa de condena. Frente a los casos no priorizados, donde el comandante del grupo ya haya sido imputado, y donde los contextos criminales ya se hayan establecido, se sugiere la creación de un mecanismo anticipado de terminación del proceso penal (v. gr., sentencias anticipadas).

En ejercicio de la tarea de interpretación conocida como *derecho viviente* (Corte Constitucional, 2011), la Corte Suprema de Justicia (2011) definió su posición en lo que se refiere a la posibilidad de utilización de las confesiones proferidas en el marco de justicia y paz en un escenario diferente como el de la justicia ordinaria, de esta manera: “no tendrá ningún valor la eventual confesión realizada por el justiciable en el expediente transicional pero, no obstante, la información suministrada en la versión libre podrá ser considerada en la reconstrucción de la verdad histórica de lo sucedido con el accionar paramilitar”. En este mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia (2012 c) dictaminó:

La solución resulta insostenible frente al espíritu de la ley y los derechos del postulado, dada la correlación que existe entre la confesión, aceptación de imputación y de cargos, la renuncia a un proceso ordinario y la pena alternativa, de manera que, condenarlo con fundamento en su confesión pero imponerle la pena ordinaria, conlleva una defraudación a la legítima expectativa.

Luego, entonces, queda claro que, por definición de la Corte Suprema de Justicia (2011; 2012 c), las confesiones realizadas por los postulados en el marco de justicia y paz no pueden ser utilizadas por la justicia ordinaria ante una eventual exclusión de justicia y paz, bien sea por la aplicación de las causales legales de exclusión o por no estar priorizado su caso, lo que, si bien

es cierto que resulta coherente con las garantías constitucionales al debido proceso y el derecho de defensa del postulado, genera la consecuencia adversa de afectar el *derecho a la verdad* de las víctimas, máxime si se tiene en cuenta que las versiones tienen como fin primario el conocer las estructuras armadas ilegales de autodefensa, tanto en su origen como en su funcionamiento, con el fin de lograr una comprensión de la historia que permita servir de fundamento a la garantía de no repetición, además del esclarecimiento de las circunstancias que llevaron a la comisión de las conductas delictuales imputables al postulado (Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, 2009: F3).

La regulación de criterios de priorización por normas de derecho blando

Por derecho blando o *soft law* se entienden aquellas manifestaciones jurídicas que, aún sin tener su génesis en el sistema de fuentes formales del derecho (derecho duro o *hard law*), producen efectos jurídicos plenos en la medida en que el operador administrativo, o judicial, las puede dotar de fuerza coercible. Sánchez (2012: 75) señala al respecto:

Por estos motivos, las normas de derecho blando tienen la característica de ser metajurídicas, no están incrustadas en el derecho para concretizar las reglas, ni las fuentes del derecho administrativo, sino para acreditar una

función preventiva, ser un cauce o una guía para la aplicación e interpretación de los textos jurídicos e impedir así que haya confusión, conflictos, desorganización y caos administrativo.

Sarmiento (2006: 231) presenta una caracterización del derecho blando (*soft law*) de esta manera:

Para terminar, se puede extraer una serie de conclusiones sobre el concepto de *soft law* en el Derecho público.

- El *soft law* es un segmento del ordenamiento jurídico cuya finalidad es la creación de normas cuyo cumplimiento se exige en grado y no de forma taxativa. Por tanto, el *soft law* es un mandato de optimización, cuyo incumplimiento no entraña una respuesta jurídica concreta.
- El *soft law* debe adoptarse por los poderes públicos competentes, tanto en términos territoriales como materiales, pero ello no significa que a través de estas normas no se modulen o compartan espacios competenciales que, en principio, le están vedados a los poderes públicos.
- El *soft law* no está sujeto a procedimientos para su aprobación (salvo excepciones contempladas en disposiciones especiales), pero sí deberá cumplir una fase del procedimiento si desea

desplegar efectos ad extra: su publicación.

- El *soft law* va a contar con distintos niveles de efectos. Su manifestación más intensa la encontraremos en las reglas de *soft law*, mientras que los principios de *soft law* son escalones inferiores en intensidad.

La Corte Constitucional (1997) se pronunció respecto a la existencia de normas de derecho blando que usurpan funciones del derecho positivo emanado de las fuentes del derecho (derecho duro):

Mediante estos mecanismos se crea toda una “legislación” paralela a la establecida por el Congreso, altamente perjudicial para los usuarios en cuanto complica en extremo su información y comprensión acerca de los derechos que los asisten y toda vez que introduce de manera recurrente nuevos requisitos y trámites que dificultan el efectivo acceso de las personas a los servicios que presta el Estado y aun el cumplimiento de sus propias obligaciones. Pero, ante todo, esos actos, toda vez que agreguen nuevos requisitos, trámites y documentos no contemplados por el legislador, para obtener el reconocimiento de un derecho, para ejercer una actividad, o para cumplir una obligación frente al Estado, son abiertamente inconstitucionales, pues chocan de manera directa con lo dispuesto en la Constitución Política.

La Directiva N.º 001 de 2012 corresponde a una norma de derecho blando, razón por la cual, la definición de su naturaleza jurídica resulta relevante con miras a la aplicación de un test de ductilidad normativa a la misma, pero antes de ello, se debe determinar la noción de *competencia*, a efectos de poder realizar la aplicación de dicho test. En el acápite anterior se explicitó cómo el Fiscal General de la Nación carecía, para el momento de expedición de la Directiva N.º 001 del 4 de octubre de 2012, de la competencia para definir criterios de priorización, competencia que después le otorgó la Ley 1592 de 2012, pero que no convalida la falta de competencia anterior. Sobre este punto se debe aclarar que al momento de proferirse la Directiva N.º 001 de 2012, el Fiscal no estaba ejerciendo funciones judiciales sino administrativas: por ello, la mencionada Directiva constituye un acto administrativo y la tarea del fiscal se encuentra sujeta a la determinación de competencias en derecho público, la cual es definida por Sayagués (2004: 193) de esta manera: “En derecho público la competencia puede definirse como la aptitud de obrar de las personas públicas o de sus órganos. Ella determina pues, los límites dentro de los cuales han de moverse unas y otros”. Respecto de la determinación de la competencia por parte del legislador, Stassinopoulus (1981: 79) es claro al señalar: “La determinación de la competencia de cada órgano es obra del legislador. La norma de competencia es una norma de derecho, puesto que su efecto jurídico

consiste en limitar voluntades”. En este mismo sentido, Dromi (1998: 241) clarifica aún más: “La competencia es la esfera de atribuciones de los entes y órganos determinada por el derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo. Es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente.”

De conformidad con el concepto de competencia, es claro que la atribución para hacer algo debe ser entregada por ley o reglamento, no debe ser inferida. En el caso de la Directiva N.º 001 de 2012 ya se explicó, folios atrás, como el Fiscal General de la Nación carecía de competencia para expedir una norma que fijara los criterios de priorización, dado que la ley que entregó esa potestad (Ley 1592 de 2012) es posterior a la expedición de dicha Directiva, y aunque el Acto Legislativo N.º 01 de 2012 si le entrega esa atribución al Fiscal, ese acto requiere de una ley estatutaria que fije los parámetros para que el Fiscal pueda cumplir con esa función, tal y como lo señaló la Corte Constitucional (2013), máxime cuando esa ley estatutaria también debe definir los criterios de selección, que deben ser anteriores a los criterios de priorización, dado que aquellos corresponden al género y estos a la especie.

Con el fin de demostrar la carencia de competencia del Fiscal para la expedición de la Directiva N.º 001 de 2012 y a la elucidación de los comportamientos que mutan los linderos de las

competencias, la usurpación de ámbitos de reserva legal y la evasión de control democrático, se hará aplicación del *test de ductilidad normativa* creado por Sánchez (op. cit.: 150 – 151), el cual goza de los siguientes pasos: i) uso de la reserva de instrucción, ii) agregación normativa, iii) exclusión del control de legalidad y iv) mutación normativa.

i. *Uso de la reserva de instrucción.*-La norma de derecho blando está a disposición de todos para su utilización y “es válida porque explica u orienta, a partir de elementos descriptores o informales, el derecho positivo. No debe alterar las fuentes formales del derecho y solo se limita a describir e interpretar el derecho vigente.” (Sánchez, op. cit.: 151). En el caso presente resulta que el Fiscal General de la Nación, como se ha explicado previamente, carecía de competencia para la expedición de la Directiva N.º 001 de 2012, al momento de proferirse. Además, dicha directiva no se limita a observar el ordenamiento interno (normas de derecho duro como la Ley de justicia y paz), sino que modifica su aplicación. La Ley 975 de 2005 se pensó por el legislador para ser aplicada bajo un criterio maximalista y así el legislador haya corregido esta postura con la Ley 1592 de 2012, esta norma es posterior a la Directiva N.º 001 de 2012 y de ningún modo

- convalida el vicio de competencia del que esta adolece.
- ii. *Agregación normativa.*- “La norma de derecho blando, a pesar de tener una fisonomía válida y coherente con el principio de legalidad, no debe agregar en su contenido una estructura normativa, con un supuesto de hecho definido y una consecuencia jurídica determinada, de similar rango al de una regla de derecho duro”. (Sánchez, *ibídem*). La Directiva N.º 001 de 2012 suscrita por el Fiscal General de la Nación, aunque consagra una justificación teleológica con basamento en normas internacionales de derechos humanos y jurisprudencia constitucional colombiana, termina produciendo reglas al establecer criterios de priorización y adoptar, de paso un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de los criterios de priorización, las cuales terminan impactando en normas de derecho duro, verbigracia la modificación tácita a las causales legales de exclusión, al incluir por vía del *soft law*, una causal adicional: el no encontrarse priorizado.
- iii. *Exclusión del control de legalidad.*- “La autoridad superior de la administración no debe valerse indebidamente de una reserva de instrucción administrativa concretada en una norma de derecho blando para evadir el control democrático judicial cuando esta contiene ilícitamente elementos de reserva legal y constitucional.” (Sánchez, *ibídem*). En el caso concreto, la expedición de las reglas contenidas en la Directiva N.º 001 de 2012 gozaba de reserva legal. Si bien es cierto que la Ley 1592 de 2012 le otorgó al Fiscal la posibilidad de definir los criterios de priorización, esta ley es posterior, además de que el marco de actuación para la definición de los criterios de priorización debe darse en virtud de los límites que para el efecto imponga la ley estatutaria que reglamente el Acto Legislativo N.º 001 de 2012, previa determinación de los criterios de selección generales por la misma ley. Asimismo, la mencionada Directiva definió, dentro de los criterios de priorización, criterios de selección, definición que usurpó las competencias dadas por el constituyente al legislativo.
- iv. *Mutación normativa.*- Las garantías constitucionales, así como las normas procesales, no deben mutar a partir del ejercicio indebido de la reserva de instrucción, en la zona informal de producción normativa (derecho blando). (Sánchez, *ibídem*). Tal y como se explicó en páginas anteriores, la

aplicación de los criterios de priorización en materia de justicia y paz implica que los postulados cuyos casos no fueron priorizados, deban ser excluidos de la misma, aun cuando no se encuentren incursos en ninguna de las causales de taxativas de exclusión establecidas por la ley, lo que conlleva a una mutación en las normas sustantivas y de procedimiento de justicia y paz, porque los casos no priorizados terminarán siendo excluidos de justicia y paz en virtud de una causal extralegal, la no priorización, cuya naturaleza corresponde al derecho blando.

Conclusión

Este texto más que respuestas brinda muchas inquietudes, las cuales, a la fecha, carecen de resolución, pero que deben ser tenidas en la debida cuenta en momentos en que la justicia transicional se constituye en uno de los pilares para la construcción del postconflicto. El pasado arrojó muchos errores, y justicia y paz, que fue el primer intento real de justicia transicional en Colombia, colapsó debido a la magnitud de asuntos a conocer por una precaria infraestructura, lo cual permite que hoy se diga que justicia y paz corresponde a una justicia especial absolutamente ineficaz. Por tanto, el afán de la Fiscalía en cambiar la naturaleza de la misma, al pasar de una justicia y paz estructurada sobre criterios maximalistas, a una cuyo soporte está

en una política criminal basada en criterios de priorización. El problema está en que esos criterios de priorización no solo se dieron en virtud de una norma de derecho blando (*soft law*) que invadió las esferas del legislador, sino que el Fiscal carecía de competencia en el momento en que la profirió, lo que hace que esta pueda encontrarse viciada de nulidad; además de que esa norma de derecho blando no tuvo en cuenta el establecimiento de criterios de selección por parte del legislador, criterios cuya determinación debe ser previa a la definición de los de priorización, sin contar con que en la misma norma de derecho blando se establecieron criterios de selección en clara usurpación de funciones al legislador.

Uno de los grandes interrogantes con el colapso de justicia y paz y con el establecimiento de estos criterios de priorización tiene que ver con el futuro inmediato de los postulados, cuyos casos no fueron priorizados, en donde no existe ninguna claridad por parte de la Fiscalía ni de nadie, es más, resulta en un tema tratado de manera tangencial, y marginal, en la literatura especializada, cuando se toca.

Bibliografía

- Abuchaibe, H. (2010). “La Declaración del Milenio y la justicia transicional en Colombia” *Revista Oasis*, N.º 15, (pp. 301 – 314). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Ambos, K. (2010). *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional*. Bogotá D.C.: GTZ.
- _____. (2009). “El marco jurídico de la justicia de transición”. En: Ambos, Kai, Malarino, Ezequiel y Elsner, Gisela (Editores). *Justicia de transición*. (pp. 23 – 129). Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung.
- Asamblea General de Las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>
- _____. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Disponible en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>
- Bergsmo, Morten y Saffon, M. (2011). “Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales?” En: Ambos, Kai (Coordinador). *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales*. (pp. 23-112). Bogotá D.C.: GIZ.
- Bernal, G. y Álvarez, N. (2009). *Aprendizaje significativo de la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá D.C.: GTZ.
- Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Disponible en <http://www.oas.org/dil/>
- _____. (2012 a). *Acto Legislativo N.º 01 del 31 de julio*. Bogotá D.C.: Diario Oficial N.º 48.508 del 31 de julio de 2012. Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2012/ley_1592_2012.html
- _____. (2012 b). *Ley 1592*. Bogotá D.C.: Diario Oficial N.º 48.633 del 3 de diciembre de 2012. Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2012/ley_1592_2012.html
- _____. (2011). *Ley 1448*. Bogotá D.C.: Diario Oficial N.º 48.096 de 10 de junio de 2011. Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1448_2011.html
- _____. (2005). *Ley 975*. Bogotá D.C.: Diario Oficial N.º 45.980 del 25 de julio de 2005. Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2005/ley_0975_2005.html
- Corte Constitucional (2013). *Comunicado N.º 34 de agosto 28*. Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/N.º_2034%20comunicado%2028%20de%20agosto%20de%202013.pdf
- _____. (2011). *Sentencia C – 442 del 25 de mayo*. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- _____. (2006 a). *Sentencia C – 454 del 7 de junio*. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- _____. (2006 b). *Sentencia C – 370 del 18 de mayo*. Ms. Ps. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño,

Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

_____. (1997). *Sentencia T – 335 del 15 de julio*. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2012 c). *Auto Interlocutorio del 22 de agosto*, Exp. 39.162. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

_____. (2012 b). *Auto Interlocutorio del 6 de junio*, Exp. 35.637. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

_____. (2012 a). *Auto Interlocutorio del 7 de marzo*, Exp. 37.632. M.P. Javier Zapata Ortiz.

_____. (2011). *Auto Interlocutorio del 23 de agosto*, Exp. 34.423. M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

_____. (2009). *Auto Interlocutorio del 21 de septiembre*, Exp. 32.022. M.P. Sigifredo Espinosa Perez.

_____. (2008 b). *Auto Interlocutorio del 23 de julio*, Exp. 30.120. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

_____. (2008 a). *Auto Interlocutorio del 10 de abril*, Exp. 29.472. M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

_____. (2007). *Auto Interlocutorio del 25 de septiembre*, Exp. 28.250. M.P. María del Rosario González de Lemos.

Cote-Barco, G. (2010). “El proceso penal especial de Justicia y Paz: ¿verdadera alternativa para la transición a la paz u otro intento fallido de consolidación del

Estado en medio de la guerra?” *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N.º. 17, julio-diciembre, (pp. 125 – 164). Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.

Delgado, M. (2011). “La Ley de Justicia y Paz en Colombia: la configuración de un subcampo jurídico-político y las luchas simbólicas por la inclusión”. *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, Vol. 6, N.º. 2, julio- diciembre, (pp. 179 – 194). Bogotá D.C.: Universidad Militar Nueva Granada.

Dromi, R. (1998). *Derecho Administrativo*. Séptima edición. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

Fiscalía General de La Nación. (2013 b). *La Priorización. Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional de Colombia. Disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/123719-Libro-de-priorizaci%C3%B3n-web.pdf>

_____. (2013 a). *Informe de Gestión 2012 – 2013*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional de Colombia. Disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/Informe-deGestion2012-2013.pdf>

_____. (2012). *Directiva N.º 001*. Disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Directiva-N%C2%B0-0001-del-4-de-octubre-de-2012.pdf>

Forer, Andreas. (2012). *Justicia Transicional*. Bogotá D.C.: Ibáñez – Universidad del Sinú.

- López, C. (2012). "Selección y priorización de delitos como estrategia de investigación en la justicia transicional". *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 42, N.º 117, (pp. 515 – 579). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- López, C., González, D. y Errandonea, J. (2012). "Justicia transicional en Colombia". En: FORER, Andreas y López Díaz, Claudia (Editores). *Colombia: un nuevo modelo de justicia transicional*. (pp. 11 – 114). Bogotá: GIZ.
- López, D. (2010). "Recomendaciones para la elaboración de estrategias de priorización de casos en el marco de la Ley de Justicia y Paz". *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N.º 17, julio-diciembre, (pp. 63 – 86). Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.
- Mora, R. (2005). "Ley de Justicia y Paz y Justicia Transicional: un avance significativo", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N.º 06, julio-diciembre, (pp. 119 – 157). Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.
- Najar, E. (2009). *Derecho a la verdad y justicia transicional en el marco de aplicación de la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá D.C.: Ibáñez.
- Novena Conferencia Internacional Americana. (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
- Patiño, Á. (2010). "Las reparaciones simbólicas en escenarios de justicia transicional", *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, Vol. 21, N.º 2, segundo semestre, (pp. 51 – 61). Heredia: Instituto de Estudios Latinoamericanos
- de la Universidad Nacional de Costa Rica. Disponible en <http://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/1928>
- Peces-Barba, G. (1983). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Debate.
- Quinche, M. (2009). *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.
- Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. (2013). *Plan de Acción de casos a priorizar por la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*. Disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2012/04/Plan-de-Accion-de-Priorizacion-de-la-Unidad.pdf>
- _____. (2012). *Estadísticas Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*. Disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/unidad-de-justicia-y-paz/>
- _____. (2009). *Guía de Procedimientos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*. Bogotá D.C.: GTZ.
- Uprimny, R. y Saffon, M.P. (2006). "Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades". En: Uprimny, Rodrigo, Saffon, María Paula, Botero, Catalina y Restrepo, Esteban. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. (pp. 109-138). Bogotá D.C.: De justicia.
- Sánchez, A. (2012). *Las normas de derecho blando. Un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

- Sarmiento, D. (2006). “La autoridad del Derecho y la naturaleza del softlaw”, *Revista Cuadernos de Derecho Público*, N.º 28, mayo-agosto, (pp. 221 – 266). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. Disponible en <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=viewFile&path%5B%5D=788&path%5B%5D=843>
- Sayagués, E. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Novena edición. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Secretario General de Naciones Unidas. (2004). *El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad S/2004/616*. Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/32/PDF/N0439532.pdf?OpenElement>
- Seils, P. (2012). *Propuesta de criterios de selección y priorización para la ley de Justicia y Paz en Colombia*. Bogotá D.C.: ICTJ. Disponible en <http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-COL-PaulSeils-Propuesta%20de%20criterios%20de%20selecci%C3%B3n%20y%20priorizaci%C3%B3n-2012.pdf>
- Stassinopoulus, M. (1981). *El acto administrativo*. Bogotá D.C.: JESCA.

Recibido: 7/11/2013 • Aceptado: 20/3/2014