

**UNA POLÍTICA CRIMINAL QUE PERMITA LA SOLUCIÓN DEL
CONFLICTO ARMADO INTERNO**

OSCAR ANDRÉS LEAL GARCÍA

**CARRERA DE DERECHO
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
2005**

**UNA POLÍTICA CRIMINAL QUE PERMITA LA SOLUCIÓN DEL
CONFLICTO ARMADO INTERNO**

OSCAR ANDRÉS LEAL GARCÍA

**Trabajo de Grado para optar
al título de:
ABOGADO**

**Director:
JAVIER OCTAVIO TRILLOS MARTÍNEZ**

**CARRERA DE DERECHO
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
2005**

RESUMEN

TITULO

ALTERNATIVIDAD PENAL COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL¹

AUTOR

OSCAR ANDRÉS LEAL GARCÍA**

PALABRAS CLAVES

Política Criminal, Alternatividad Penal, Paz

CONTENIDO

La política criminal del Estado Colombiano ha estado sujeta a las previsiones del gobierno de turno, sin que se haya procurado para fundamentar la construcción de una memoria histórica nacional, cuyo análisis desde un punto de vista científico permita determinar que tan adecuada es una u otra estrategia para la solución del conflicto armado, sin embargo persisten los dos extremos, el del despliegue de la fuerza preventiva y punitiva del Estado que se ha reflejado en éste estado de guerra sin cuartel o el de conciliar y efectuar un nuevo pacto político y de convivencia que permita la reincorporación de los militantes de los grupos armados al margen de la ley y por ende el cese de las hostilidades.

En todo caso no es fácil dado que existen muchos intereses en el curso que tome el conflicto, intereses en el negocio de las drogas, tráfico de armas, y lo más importante existen dudas respecto de las garantías de vida para los reinsertados y para la sociedad y las víctimas dudas en cuanto a la necesaria penalización de los crímenes de lesa humanidad.

El Presidente Álvaro Uribe ha buscado crear los mecanismos jurídicos que le permitan conseguir no solo la reincorporación a la sociedad de los miembros de los grupos armados al margen de la ley, si no también crear beneficios en materia penal respecto del cumplimiento de las penas que se les impongan a causa de los delitos cometidos por integrantes de estos grupos, en el ejercicio violento de su actividad subversiva, todo ha sido un intento de darle piso jurídico a la desmovilización de los grupos paramilitares proceso que se inició desde que se suscribió el primer acuerdo entre las Autodefensas de Colombia y el Gobierno Nacional, firmado en Santa Fe de Ralito el 15 de julio de 2003.

¹ Degree Project

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho. Director Javier Octavio Trillos Martínez. Universidad Industrial de Santander.

SUMMARY

TITLE

PENAL ALTERNATIVE AS INSTRUMENT OF CRIMINAL POLITICS²

AUTHOR

OSCAR ANDRÉS LEAL GARCÍA**

KEY WORDS

CRIMINAL POLITICS, PENAL ALTERNATIVE, PEACE

ABSTRACT

Criminal politics of Colombian State have been subject to precautions of the shift government, without it have there been getting for basing the construction of a historical national memory, which its analysis from a scientific point of view lets us to determine how much one or another strategy is appropriated for the solution of the armed conflict, however the two extremes persists, the deployment of preventive and punitive force of the state that have been reflected in this state of war without quarter or conciliation and carrying out a new political agreement and coexistence that permits the reincorporation of militants of the armed groups out of the law and obviously stopping hostilities.

Anyway, it is no difficult because there are many self-interests in the course that the conflict takes, self-interests in the drugs businesses, firearm traffic, and the most important there are many doubts respecting to the guarantees of life for the reintegrated people and for Colombian society and the victims of the doubts about the penalization needed for crimes of that humanity.

The president Álvaro Uribe have looked for creating legal mechanisms that let to get not only the reincorporation to the society of the armed groups out the law, also creating benefits in penal matter respecting to the fulfilment of punishments that being imposed for causing of crimes made for integrants of these groups, in the violent exercise of this subversive activity, all have been a try for giving legal floor to the demobilization of paramilitary groups, process that started from the first agreement was made between Autodefensas de Colombia and the National Government, signed in Santa Fé de Ralito, the ^{15th} of July in 2003.

² Degree Project

** Human Sciences Faculty. Right School. Director Javier Octavio Trillos Martínez. Universidad Industrial de Santander.

INTRODUCCIÓN

En Colombia se vive un conflicto interno que de todos es conocido se inicia prácticamente desde el momento en que se consigue la independencia, que en un primer momento se dio por el establecimiento de una forma de Estado, luego después de múltiples y variados conflictos vino la década de los cincuenta en la que tuvo su máximo auge la violencia partidista, en los últimos años la paz nacional se ha visto perturbada por el aparecimiento y desarrollo de múltiples grupos subversivos como el M19, EPL, ELN, FARC, etc., de los cuales las FARC y el ELN permanecen como las fuerzas de izquierda más importantes, compuestas de ejércitos regulares y organización propia, sumado a estos el aparecimiento del grupo paramilitar conocido como AUC, ha venido a complicar la situación y a constituirse en una opción de ultraderecha.

La política criminal del Estado Colombiano ha estado sujeta a las previsiones del gobierno de turno, sin que se haya procurado para fundamentarla la construcción de una memoria histórica nacional, cuyo análisis desde un punto de vista científico permita determinar que tan adecuada es una u otra estrategia para la solución del conflicto armado, sin embargo persisten los dos extremos, el del despliegue de la fuerza preventiva y punitiva del Estado que se ha reflejado en éste estado de guerra sin cuartel o el de conciliar y efectuar un nuevo pacto político y de convivencia que permita la reincorporación de los militantes de los grupos armados al margen de la ley y por ende el cese de las hostilidades.

En todo caso no es fácil dado que existen muchos intereses en el curso que tome el conflicto, intereses en el negocio de las drogas, tráfico de armas, etc., y lo más importante existen dudas respecto de las garantías de vida para los reinsertados y para la sociedad y las víctimas dudas en cuanto a la necesaria penalización de los crímenes de lesa humanidad.

El Presidente Álvaro Uribe Vélez ha buscado crear los mecanismos jurídicos que le permitan conseguir no solo la reincorporación a la sociedad de los miembros de los grupos armados al margen de la ley, si no también crear beneficios en materia penal respecto del cumplimiento de las penas que se les impongan a causa de los delitos cometidos por integrantes de estos grupos, en el ejercicio violento de su actividad subversiva, todo ha sido un intento de darle piso jurídico a la desmovilización de los grupos paramilitares proceso que se inició desde que se suscribió el primer acuerdo entre las autodefensas unidas de Colombia y el Gobierno Nacional, firmado en Santa Fe de Ralito (Tierralta, Córdoba) el 15 de julio de 2003, es así como el día 10 de febrero de 2005 el Gobierno Nacional presentó ante el Congreso de la República el proyecto de 'justicia y paz', se transformo así por tercera vez y definitivamente su nombre el proyecto de ley que en principio fue conocido como de alternabilidad penal, y luego como de verdad, justicia y reparación.

Pese a las modificaciones que se han introducido al documento original del proyecto, como la privación efectiva de la libertad por un período determinado para las personas sometidas a la pena alternativa, el establecimiento de un período de control posterior al cumplimiento efectivo de la pena privativa de la libertad y la organización, sistematización, conservación y publicidad de los archivos del Tribunal para la verdad, la justicia y la reparación, las críticas se presentan por cuanto el mencionado

proyecto primordialmente esta dirigido a favorecer a los miembros del grupo paramilitar denominado AUTODEFENSAS UNIDAS DE COLOMBIA, los cuales no se han caracterizado precisamente por ser los mas respetuosos de los derechos humanos, es así como lo han manifestado algunos sectores de izquierda que se muestran contrarios a esta propuesta legislativa, afirman que la ley de "Justicia y Paz" sería el perdón y olvido para criminales que, por décadas, han hecho uso del asesinato de gentes inermes como los sindicalistas y dirigentes populares, así como de las masacres, el aniquilamiento o desplazamiento de poblados y barrios enteros, que dan cuenta de la degradación que guía la guerra antipopular por cuenta de los agentes del Estado, por eso manifiestan que no cabe meter en el mismo objetivo de la ley, eventuales conversaciones con las guerrillas, que son fuerzas beligerantes, organizaciones que tienen objetivos políticos propios de la rebelión contra el sistema, que ejercen un derecho reconocido en el preámbulo de la declaración universal de los Derechos Humanos promulgada por la ONU.

Sin embargo otras posturas sostienen que el mundo entero ha reconocido que en los casos de negociación para superar conflictos armados, se necesita una justicia transicional, que es un modelo que debe asegurar la adecuada aplicación de la justicia y la adecuada consecución de la paz, que no es comparable un modelo de justicia que se pueda aplicar en una sociedad que no tenga un conflicto armado interno a los modelos de justicia que hay que aplicar en sociedades que han estado desgarradas internamente y que necesitan un nuevo pacto de convivencia para que la democracia pueda fortalecerse y la vida pueda ser respetada.

Es preciso por tanto antes que consultar experiencias foráneas en la materia, analizar la nuestra propia ya que cada país cuenta con elementos culturales, sociales, jurídicos y políticos que hacen que la conveniencia de una norma como resultado de la aplicación de una determinada política criminal sea relativa en cada uno, para así determinar si es conveniente en Colombia implementar un sistema de justicia transicional, es decir, la que en adelante y para los fines de ésta tesis se denominará a aquella en la cual el Estado se permita transar en el alcance del ejercicio de su poder punitivo, como estrategia adecuada de política criminal, y por tanto pueda ofrecer una alternativa penal a miembros de grupos armados al margen de la ley. Este cuestionamiento es el objeto de estudio de la presente monografía.

Téngase en cuenta que si en todos los años de estrategia de combate militar entre los diferentes actores armados no se ha podido conseguir solucionar el conflicto, es preciso implementar otra estrategia para superarlo, pero debe ser una estrategia de política criminal debidamente razonada y fundamentada.

Por cuanto la paz nacional se ha convertido tanto en un derecho como en un fin que se persigue constantemente, es importante conocer las experiencias nacionales en lo relativo al tema de la solución de los conflictos internos y las estrategias de política criminal para la solución de éstos, teniendo en cuenta nuestras propias condiciones sociales, culturales y económicas sin entrar a compararnos con otros países cuyo manejo de política criminal les puede haber sido favorable pero que tal vez aquí no nos sea recomendable por nuestras especiales condiciones y profundas raíces del conflicto, la alternatividad penal y la concesión indulto y la amnistía para delitos políticos

y conexos, como estrategia de política criminal transicional ha sido y es un tema vigente y lo continuará siendo mientras se busquen soluciones al conflicto armado nacional, a fin de encontrar la mejor es preciso mirar hacia el pasado para proyectar nuestro futuro, para encausar de la mejor manera la política criminal y esto sólo se logra conociendo qué estrategias y normas que hoy día se proponen ya se han aplicado, si han funcionado o no, que efectos han tenido respecto del fenómeno de la impunidad y la reparación del delito, si efectivamente se ha conseguido con una política criminal transicional la solución al conflicto que buscaba remediarse, si quienes se reintegran a la sociedad han podido reincorporarse o en su defecto han vuelto a las armas o al delito, estos y más interrogantes son fundamentales y son la expectativa que acompaña cada proyecto de alternatividad penal que ha sido implementado.

El objetivo primordial, ha sido por tanto, determinar si es adecuado implementar un sistema de justicia transicional como instrumento de política criminal a fin de dar solución al conflicto armado nacional.

Igualmente, identificar los elementos que hacen parte de las formas alternativas de sanción penal en el sistema penal colombiano, reseñar la evolución histórico-jurídica que han tenido los mencionados elementos, analizar desde una perspectiva jurídica el tema de los delitos políticos y conexos, a partir del siglo XX en nuestro país. Establecer si las experiencias nacionales en la solución de conflictos internos fueron prosperas o no, si se dio aplicación a mecanismos alternativos de sanción penal y establecer parámetros comparativos que permitan un análisis de la política criminal del Estado Colombiano propuesta por el gobierno y si ésta se encuentra o no dentro de los presupuestos de los Vd. y el DIH.

No obstante el tema de investigación es amplio, se buscó hacer un análisis histórico-jurídico de la solución de las experiencias de reincorporación de militantes de grupos armados al margen de la ley, de la alternatividad penal y del tratamiento a los delitos políticos y conexos, en Colombia a partir del siglo XX, con miras a efectuar un análisis crítico de la política criminal propuesta por el gobierno actual, por lo que se restringirá al estudio histórico-jurídico a las experiencias y normatividad proferida en torno al tema en Colombia a partir del siglo XX hasta la actualidad, en lo que respecta a la normatividad proferida y la eficacia de la misma.

Se ha recurrió a la consulta bibliográfica de tratadistas, doctrinantes, y a la Jurisprudencia, además, Artículos de Revista Especializada e Internet.

La información se analizó únicamente desde un punto de vista histórico-jurídico, sin perjuicio de que se tocan aspectos sociales, económicos y políticos que no eran del todo objeto de ésta investigación.

Este estudio parte de la hipótesis de que es necesario la implementación de una justicia transicional en la medida en que históricamente ha quedado en evidencia el fracaso del uso de la fuerza para la solución de los conflictos internos, es preciso intentar la reconciliación y el compromiso razonado, por parte de los actores armados y de las víctimas, en el acuerdo de un nuevo pacto de convivencia, dadas las raíces del conflicto y los costos políticos, económicos y sociales que acarrea la guerra.

CAPITULO I
PRESUPUESTOS CONCEPTUALES Y JURÍDICOS EN EL DISEÑO DE
UNA ADECUADA POLÍTICA CRIMINAL EN COLOMBIA

2.1 POLÍTICA CRIMINAL

Los hechos delictivos, su combate, difusión y vivencia, han hecho que el tema de la seguridad pública hoy en día, tenga uno de los primeros lugares en la agenda del Gobierno. En ese tenor, se ha hablado de la necesidad de diseñar programas, acciones y estrategias para lograr dar seguridad a la sociedad, se menciona la falta de una política criminal seria, que permita alcanzar el anhelado triunfo para la comunidad, de sentirse seguros en sus personas y bienes. Sin embargo, el concepto de la seguridad pública se ha visto reducido a la simple lucha del bien contra el mal, y bajo esta concepción, la política criminal se entiende sólo como el aumento de penas, incremento de policías, más operativos, estigmatización de ciertos sectores sociales, todo con el único fin de reducir el índice de denuncias, se trata del efecto simbólico del derecho penal, una de sus funciones deslegitimadoras.

La Política Criminal es la política estatal de control social y solución de conflictos dirigida hacia las acciones humanas consideradas (no sólo

legalmente) más violentas y conflictivas en un país determinado en tiempos de paz, la prevención del delito: es el objetivo de la política criminal.³

La ciencia que estudia la política criminal y la prevención del delito es la criminología. Esta ciencia abarca y supera el estudio del derecho penal, el derecho procesal-penal y el penitenciario, ello no implica, en modo alguno, que la criminología pueda prescindir, en sus análisis, de los límites impuestos a la acción del Estado por los principios garantizadores de los derechos humanos, sino que los debe tener siempre en cuenta (como cualquier disciplina social) con relación a todo lo que implique acciones de intervención del Estado sobre los individuos.

Los estudios que realiza la criminología son denominados estudios político-criminales o preventivos y en general son llamados estudios criminológicos. La criminología es una ciencia enmarcada dentro del contexto de lo sociológico y no dependiente por lo tanto, de ninguna disciplina normativa aunque la problemática criminológica atañe la mayoría de las veces a hechos o situaciones definidas como delito por la ley penal.

En la actualidad hay múltiples planteamientos político-criminales, es así como aunque no se admita y a pesar que se señale que sólo la dogmática es válida, es evidente que siempre nos encontramos con una determinada política criminal. Después de la Segunda Guerra Mundial junto a la

³ Gudiño Galindo Julián Jesús, "La seguridad pública en la ciudad de México" El primer año. Bien común y gobierno, Revista de la fundación Rafael Preciado Hernández A.C., año 4, número 49, diciembre de 1998).

subsistencia de la retribución, tuvo un gran auge la prevención especial la obra más trascendente, por su repercusión internacional, fue la "Nueva Defensa Social" de Mark Ancel⁴ sobre la base de la idea de la resocialización, que aún se plasmó en textos constitucionales. Pero pronto se levantaron las mismas críticas que hubo a principios de siglo, a pesar de la trascendencia que tuvo entonces el positivismo naturalista que la propiciaba, esto es, que implicaba el desmonte de todas las garantías de la persona frente al Estado y en definitiva la pérdida de su autonomía ética y su tutelaje por parte de éste. Es por eso que en los últimos tiempos han renacido las posiciones preventivo generales, con las cuales nació el Derecho Penal Moderno, pues hay que recordar que la primera gran obra sistemática y garantista fue la de Feuerbach, quien la elaboró desde un planteamiento político preventivo general, que precisamente lo plasmó en el principio de legalidad de los delitos y las penas. 5

Por su parte Welzel también adoptaba un criterio preventivo general, a pesar que él defendiera una posición retribucionista. En efecto, si se considera su planteamiento "el Derecho Penal tiene una función ético social", que está para proteger los valores éticos sociales y no en primer lugar los bienes jurídicos, lo cual sólo sería una consecuencia de lo primero", es evidente que se coloca en una situación preventiva, en que la norma está destinada a motivar respecto a la no afección de esos valores éticos sociales y no a evitar la lesión de bienes jurídicos. Coherentemente, entonces, se adelanta la punibilidad y basta para ejercer la coacción penal el desvalor de acto.

⁴ Ancel, Marc: *La Défense sociales Nouvelle*, 3a. edición, Cujas, Paris 1981

⁵ Welzel, Hans: *Derecho Penal Alemán* (traducción de Juan Bustos y Sergio Yáñez), Editorial Jurídica.

En suma hay en ello, más allá de la adscripción al retribucionismo, una posición preventivo general de tendencia radical, cuyo objetivo es integrar a través del sistema penal a las personas en determinados valores ético sociales. Pero ciertamente tampoco se puede pasar por alto que Welzel pone un límite, en cuanto reconoce que esos valores éticos sociales surgen desde los bienes jurídicos y por tanto en referencia ineludible a ellos y en que la pena conforme al retribucionismo se medirá por la importancia del valor ético social y la gravedad de su afección.⁶

Luego, no es extraño entonces que Jakobs, al continuar hasta sus últimas consecuencias esta variable existente en la teoría finalista, globalizara la posición preventivo general radical. La motivación de la norma ya no tiene que ver con los bienes jurídicos, sino sólo con su propia validez y, por tanto, tampoco con valores éticos sociales, sino simplemente con lo que dice el sistema, una pura cuestión procesal formal, esto es, con la existencia de deberes impuestos por el poder penal. Las normas motivan a integrar a las personas en el deber, si no lo hacen van a ser infieles al deber, en cuanto ellas son parte del sistema, más allá del sistema sólo la nada, el vacío. Si en Welzel había la posibilidad de un límite, en Jakobs ya no existe, pues la medida político criminal estará simplemente en la motivación al deber de integración al sistema; quizá el único límite será la coherencia y racionalidad del propio sistema, aunque es dudoso que pueda darse un sistema fundamentalmente coherente y racional si partimos negando la legitimidad de éste.⁷

⁶ Welzel, Hans: *Derecho Penal Alemán* (traducción de Juan Bustos y Sergio Yáñez), Editorial Jurídica.

⁷ Welzel, Hans: *Derecho Penal Alemán* (traducción de Juan Bustos y Sergio Yáñez), Editorial Jurídica.

En el retribucionismo hay una política criminal, sólo que se la oculta sobre la base de que sólo se atiende a la dogmática y que aquella sólo dice con el surgimiento de la legislación, pero nada tiene que ver con el sistema punitivo mismo. Es una política criminal de la autoridad intocable e inmutable, no sujeta a crítica, de ahí que encontrara su mejor expresión fundante en el positivismo del siglo XIX y que en la base de la dogmática tradicional se colocara siempre una categoría científica, aparentemente indestructible y ajena a toda discusión, la causalidad.⁸

De otro lado el antecedente de la prevención general positiva o integradora es ciertamente la prevención general negativa o intimidatoria. Ahora bien, una política criminal destinada simplemente a intimidar a las personas, de partida implica rebajar su dignidad de tal, en cuanto estima que todas ellas configuran sus relaciones sólo con base en la amenaza, en la violencia. Por otra parte, su punto de partida resulta tan falso que tampoco logran empíricamente comprobar que ello es cierto o por lo menos que la amenaza de la pena tiene tal cualidad en relación a las personas. En otras palabras, las personas reivindican su carácter de tal y no de animales, con lo cual echan por tierra el presupuesto básico de esta política criminal, que además para ser coherente tiene necesariamente que llegar al terror estatal y aún a trastocar la jerarquía de los derechos fundamentales de la persona en cuanto sólo tiene que guiarse por la frecuencia de los hechos delictivos (o por su pretendida gravedad puntual, la llamada alarma pública) y no por la trascendencia del bien jurídico afectado.

⁸ Gudiño Galindo Julián Jesús, "La seguridad pública en la ciudad de México" El primer año. Bien común y gobierno, Revista de la fundación Rafael Preciado Hernández A.C., año 4, número 49, diciembre de 1998).

En todo caso para poder hablar de política criminal es necesario, primero, ubicarla en un concepto real de seguridad pública, ya que sólo así se puede entender el rol que juega en esta búsqueda de seguridad, no hacerlo, permite dar continuidad a lo que hasta ahora, ha mostrado su ineficacia.

La construcción de seguridad, adquiere el matiz público cuando el Estado asume el compromiso de otorgarla. Se debe recordar que la conformación del estado moderno, se da por la cesión de espacios de libertad de los hombres que confían en la creación de ese ente superior como lo adecuado para regular la vida en sociedad, preservando los patrones primordiales de su característica universal: el ser humano.

Por tal razón, el término seguridad pública no puede ser reducido a la confrontación de los hechos delictivos, a su prevención o castigo. El generar un concepto tan reducido aparta el ideal democrático de edificación del Estado moderno, y se avanza en el sentido del estado absoluto, donde el poder es el centro de las acciones de gobierno y los soberanos (gobernados) los destinatarios, sin que los postulados de protección de esos valores fundamentales de la sociedad sean recogidos por el poder totalitario.

Es en ese escenario donde la búsqueda del castigo y de la prevención de los fenómenos antisociales encuentra su razón de ser, y por tal, concentra el término seguridad pública en el ideal de la política criminal con sentido represivo, lo principal es el resguardo del Estado; ya que él, es el que puede

contener los efectos de los hechos delictivos y en esos términos, dar protección (seguridad) a la sociedad. En esta escena es donde la seguridad pública se comprime a policías y cárceles, el sentido de venganza social se agudiza y el reclamo al Estado centra en la lucha contra la delincuencia. Si se toman en cuenta los postulados del Estado democrático y de derecho, cuyo fin es el bienestar común a través del respeto del principio de legalidad y considerando a la seguridad en un amplio espectro, podemos generar un verdadero concepto de seguridad pública, no limitado al fenómeno delictivo.

En todo caso la respuesta institucional se ha concentrado en hechos palpables que son evaluados por números absolutos. Esto significa que los avances se muestran a través de una operación matemática comparativa muy simple, pero objetivamente verificable, incremento y decremento de valores en lapsos de tiempo, de tal forma que cuando hay más recursos, equipo y elementos destinados a la seguridad pública, la evaluación positiva se realiza por el mecanismo de incremento en la inversión que se haga por parte del gobierno en éste aspecto, entre más inversión significa que hay avance y se es más eficaz.

Una política criminal adecuada debería estar centrada en el desarrollo de políticas sociales permitan elevar aspectos como la educación, el empleo, la salud, entre otros factores que pueden ser elementos de aparición de conductas antisociales. Esto implica atender la probabilidad de su aparición desde antes que exista siquiera el ambiente propio para su desarrollo, genera además el vínculo necesario entre la política criminal y las acciones sociales del Estado, esto permite reducir el diseño y aplicación de las políticas criminales, manteniendo vigentes los principios rectores del derecho

penal como el de Ultima ratio y de subsidiariedad, buscando preservar el pacto social que dio origen al Estado moderno.

Es posible identificar las estrategias políticas criminales, una de administración de riesgo adopta una conceptualización distinta en lugar del viejo concepto de la prevención; ello, debido a que en términos empíricos hablar de prevención resulta inmedible y por tanto poco sustentable, ya que un hecho delictivo en realidad no puede tenerse certeza de que va a ser cometido o no.

Igualmente existen las políticas criminales disuasivas; esto es, aquellas que tienden a informar a la sociedad acerca del sentido de las normas, transparentan la actuación de las instituciones y conciben esquemas ágiles de solución de los conflictos sociales sobre la base de procedimientos administrativos y para aquellos hechos que no lesionan bienes jurídicos primordiales para la sociedad; siendo en este plano donde la policía ejecuta labores de administración del riesgo y la justicia cívica encuentran su verdadera razón de ser, ya que la primera será el garante del cumplimiento de las normas que buscan formas de conciliación de intereses sustentados en la ley de justicia cívica aplicada por jueces de ese nivel.⁹

En todo caso la justicia penal se estructura sobre políticas criminales represivas sin que se vulneren los derechos fundamentales de las víctimas y

⁹ Gudiño Galindo Julián Jesús, "La seguridad pública en la ciudad de México" El primer año. Bien común y gobierno, Revista de la fundación Rafael Preciado Hernández A.C., año 4, número 49, diciembre de 1998).

de los probables delincuentes; esto es, esquemas que buscan la aplicación de la ley, soportados en investigaciones serias y tecnificadas para la comprobación de la conducta típica, antijurídica y culpable, condenando a los responsables a penas adecuadas al grado de lesividad del bien jurídico y su responsabilidad, purgando éstas en establecimientos adecuados para tal fin y no en sitios que agraven la aflicción de la sanción.

En conclusión, la política criminal se encuentra en el sentido estricto del concepto de seguridad pública, su importancia radica en ser la guía para el diseño de las estrategias y acciones que se plasman en programas concretos para solucionar las demandas de seguridad por parte de los ciudadanos.

2.2 ELEMENTOS A TENER EN CUENTA EN EL DISEÑO DE UNA ADECUADA POLÍTICA CRIMINAL¹⁰

Se debe considerar que la política criminal se conforma de cuatro caracteres, el SOCIAL, PREVENTIVO, LEGISLATIVO e INTERDISCIPLINARIO.

El carácter social es el más importante, ya que si tomamos en cuenta que los actos de gobierno se desarrollan en una sociedad, y que la misma contiene una gran diversidad de sujetos, pensamientos, formas y conductas; resulta

¹⁰ Gudiño Galindo Julián Jesús, "La seguridad pública en la ciudad de México" El primer año. Bien común y gobierno, Revista de la fundación Rafael Preciado Hernández A.C., año 4, número 49, diciembre de 1998). (En adelante se consignan consideraciones tomadas de esta fuente, principalmente en lo que se refiere al procedimiento académico y científico requerido para el diseño de una adecuada política criminal, por ser de gran importancia para los fines de esta monografía).

comprensible que cualquier ciencia que pretenda incidir en el complejo social, necesita estudiar, analizar, entender el entorno donde va a actuar.

Debido a esa amplitud que conforma el espacio social, la política criminal necesita cubrir su conocimiento con el carácter multi e interdisciplinario; esto significa, que no se puede en el diseño de esta actividad pública, atender a una sola ciencia o campo del conocimiento; actualmente, se ha caído en el error, de considerar al derecho penal como el ingrediente único de la receta para construir política criminal. Sin embargo, para lograr entender la complejidad de la sociedad en donde se va actuar, es necesario utilizar los conocimientos de muchas ciencias (multidisciplina), y entrelazarlos (interdisciplina), para poder lograr un mayor acercamiento a la realidad del entorno, que sirva de base para el adecuado diseño de la política pública en la vertiente estricta de la seguridad pública.

El carácter preventivo (administración de riesgo) surge de la consideración del verdadero sentido del derecho penal: Su simbolismo, que precisamente dota de contenido a principios rectores de la materia punitiva como: ultima ratio, subsidiariedad y de la consideración de las consecuencias, entre otros. Esto es relevante, porque define y ubica al derecho punitivo en su contexto real, dejando a la prevención como el elemento inicial para resolver los conflictos sociales, hecho que permite vincular al sentido estricto de la seguridad pública con el amplio; esto es, la interrelación entre políticas sociales y criminales, para dar seguridad a los gobernados.

Por último, el carácter legislativo de la política criminal, implica el nivel de ayuda para la función legislativa que el conocimiento que se extrae en su

diseño (a través de sus caracteres social, multi e interdisciplinario) puede brindar, además del sustento que toda política pública llega a necesitar en su implantación, a través de la creación de normas que proporcionen la base necesaria para el desarrollo de la política criminal.

El cubrir los caracteres señalados, permitirá diseñar una política criminal más acorde a las necesidades sociales, desarrollando una planeación real en lapsos de tiempo previamente definidos (corto, mediano y largo), dejando atrás las actuales tendencias de actuación regidas por la emergencia en la búsqueda de mostrar eficiencia (más no eficacia) en los resultados.

La política criminal en su instrumentación (como política pública), debe cubrir tres requisitos: NECESARIA (derecho penal mínimo), LEGITIMA, DE RESULTADOS VERIFICABLES.

Si la política criminal se genera en los parámetros de un Estado democrático y de derecho, resulta obvio que la justificación de su instrumentación debe ser en los términos de un derecho penal mínimo o garantista; lo contrario, es considerar que el derecho punitivo es la razón inicial de respuesta y solución a los conflictos sociales. Intentar justificar la implantación de la política criminal sobre la exaltación de la respuesta penal, implica sustentar la política pública en materia de seguridad, en el principio de oportunidad, en detrimento del principio de legalidad, situación que responde a la emergencia y el espectáculo, viciando los sentidos de igualdad y justicia, dando paso a su metamorfosis hacia la venganza.

En la generación de consensos, la política criminal debe ser tan sencilla en su explicación y transparente, de manera tal, que permita el análisis y discusión por parte de las instituciones de gobierno involucradas y la sociedad a quien va dirigida. La intención no es otra que la apertura de espacios necesarios para sumar voluntades, que hagan totalmente viable la instrumentación de dicha política.

En lo que se refiere a la medición de los resultados que la política criminal genera en la implantación de sus programas. Esto es, que pueda demostrarse lo que se pretende, con un nivel de refutación muy bajo o nulo.

Todo lo anterior permite a la ciudadanía comprender y evaluar el alcance de la política pública, es importante revertir la actual tendencia a la autocalificación gubernamental sin ningún sustento real (previamente conocido); el decir que el aumento de unidades, armas, elementos o la reducción del número de denuncias, son las pruebas de los resultados favorables, es dar validez al espectáculo que en nuestra actualidad alimenta las campañas políticas, llenas de demagogia y carentes de planeación y propuesta para la solución de los problemas reales que la sociedad padece. Esto se logra a través de los mecanismos a) Directos: Encuestas de opinión y actitud. b) Indirectos: Por el poder legislativo, en uso de su representación social.

La sociedad informada y con un mínimo conocimiento de las materias que intervienen en la seguridad pública, podrá exigir un adecuado diseño de política criminal, que postule la eficacia en la solución de los problemas de fondo.

El problema es que en Colombia no existe una cultura política sólida que permita la participación ciudadana en la esfera de lo público, además el conflicto interno ha tendido a radicalizar las posturas y ha restringido la libertad de expresión.

Por lo tanto, la labor también debe iniciar por parte de los intelectuales y representantes del pueblo en la medida en que el diseño de la política criminal debe partir de un diagnóstico profundo y no visto sólo desde una sola óptica, como el derecho penal, la interacción de diversas disciplinas en la elaboración del diagnóstico, permitirá conocer mejor la realidad y buscar alternativas de solución sobre esa base.

Una vez que se tiene un diagnóstico profesional, deben redactarse los objetivos que se pudieran plantear sobre la base del diagnóstico, con el fin de solucionar los problemas que han surgido de esta labor.

Se debe en todo caso realizar un análisis de factibilidad, lo que implica reducir la lista de objetivos, a lo verdaderamente probable de alcanzar. No se desechan los demás objetivos, sino que se reservan a la generación de condiciones que hagan factible su propuesta y logro.

De manera posterior a esta etapa, se da paso a dos fases que deben desarrollarse en paralelo: El diseño de estrategias y la evaluación de impacto. La primera, es el marco conceptual de donde emanarán las acciones para el logro de los objetivos; la segunda, se refiere al nivel de impacto que estas estrategias correspondientes a los objetivos ya establecidos, generará en el entorno donde se va a aplicar. Los sectores de evaluación de impacto deben ser: Institucionales y ciudadanos, esto permite construir los diferentes escenarios en que pueden desarrollarse las diversas estrategias, con lo que se obtiene un cálculo de resistencias y condiciones favorables, que permiten minimizar los riesgos y sustentar la factibilidad de los objetivos.

No debe confundirse la fase de evaluación de impacto, con la medición de popularidad que una determinada estrategia podría generar; el hacer lo anterior, corrompe el diseño de la política criminal, poniendo en primer lugar el ideal de plusvalía política, olvidando la solución real al problema de inseguridad.

Con las estrategias definidas y la evaluación de impacto realizada, se elabora el diseño de las acciones; las cuales son las formas concretas que permiten alcanzar los objetivos. Estas acciones deben ser jerarquizadas por el nivel de impacto que pueden tener, y conforme a las necesidades detectadas en el diagnóstico.

Las acciones se materializan a través del desarrollo de los programas; que es la fase donde se implantan las acciones, estableciendo las formas en que deben llevarse a cabo, quién debe ejecutarlos, los plazos y el objetivo que se espera alcanzar.

De los resultados que arrojan los programas, se instrumenta una fase de evaluación; lo que permite medir los alcances de las acciones, sobre la base de los objetivos previamente establecidos, situación que retroalimenta el diagnóstico, para dar inicio a un nuevo diseño de política criminal más depurado.

Es en la fase de evaluación de resultados donde se logra medir la eficacia de la política instrumentada, la calificación de ésta, podrá ser nula, si no se alcanzaron los objetivos; media, si se logró el objetivo parcialmente; y amplia, si se cubrió toda la expectativa de los objetivos. Es con el indicador de eficacia que se ve la necesidad de retroalimentar el diagnóstico para impulsar, redefinir o corregir objetivos, estrategias, acciones o programas.

La evaluación se debe llevar a cabo a través de la creación e instrumentación de un sistema de evaluación, seguimiento y control; que contenga, por lo menos, los siguientes elementos: a) Institucionales: Se integran por indicadores de gestión (eficacia) de la actividad gubernamental y de corrupción;

b) Índice de denuncias: el número de denuncias que se reciben por las instituciones responsables de la seguridad; c) Ciudadanos: Análisis de opinión y actitud de la comunidad, respecto a la seguridad; d) Cifra oscura: Número de hechos antisociales no denunciados, así como sus motivos; y e)

Legislativo: Evaluación realizada por el Congreso. Los períodos de evaluación deberán ser continuos para lograr el seguimiento y control de la política pública; en este nivel, se detectan posibles debilidades y fortalezas.

Se debe recordar que la eficacia se mide hasta el final, -con los resultados de los programas-. La utilización conjunta del sistema de evaluación, seguimiento y control, con el alcance de los objetivos, da certidumbre y coherencia a la actividad gubernamental en materia de seguridad pública.

Un ejemplo mínimo del beneficio que puede aportar la utilización del sistema aludido, lo es la actual forma de mostrar resultados; hoy, se utiliza el incremento o decremento del índice de denuncias, sólo que éste, sin el apoyo de la medición de la cifra oscura y los elementos ciudadanos (análisis de opinión y actitud), sólo muestra niveles de confianza o desconfianza ciudadana, ya que si se considera que un amplio margen de delitos cometidos no se denuncia, las cifras del indicador de denuncias recibidas disminuyen, debido a la desconfianza que se tiene y que inhibe la denuncia.

Para lograr dar validez al índice de denuncias, se debe bajar a su mínima expresión la cifra oscura y además, los resultados de las encuestas de opinión y actitud social, deberán ser favorables. Infortunadamente, el diseño actual de la política criminal carece de las fases señaladas anteriormente.

Lo "normal", como ha ocurrido en múltiples oportunidades en nuestro país, es diseñar acciones sin un diagnóstico previo, éstas, no se instrumentan en

programas definidos, sino que se deja al "buen criterio" de las personas que las llevarán a cabo, se da el caso en que se describen muchos objetivos, sin que se realice un examen de factibilidad de los mismos, lo que representa actuar sin saber de antemano, las posibilidades de éxito o fracaso.

Las posibilidades de comenzar a construir soluciones de fondo, basadas en un real diseño de política criminal se encuentran presentes, lo que falta es ver la voluntad de gobierno para llevarlas a cabo, la voluntad y decisión de la sociedad para exigir las.

De todo lo anterior se colige que la política criminal no puede ser simplemente una política legisladora en el sentido de criminalizar o des criminalizar determinadas conductas o aumentar las penas, o de política penitenciaria que se limite al endurecimiento de la forma en que éstas con ejecutadas, una verdadera política criminal o criminológica, debe tener como eje una política social en la cual se vele por disminuir las diferencias y las injusticias sociales que en gran parte son factores contribuyentes a la comisión de delitos.

Así es como la educación es un elemento de prevención de gran relevancia pues inculca valores éticos y morales, brinda capacitación para que los individuos sean competentes en el mercado laboral y así puedan de esta forma satisfacer sus necesidades y las de los suyos; se sabe que la instrucción no es el único aspecto comprometido en la erradicación de la criminalidad pero permitirá en parte su disminución ya sea porque los individuos no se inicien en la carrera criminal o evite que reincidan en su conducta.

Un avance importante que se está viviendo en Colombia es que la sociedad ha dejado atrás esa actitud paternalista en la que desplaza la solución de los conflictos a manos del Estado, y por el contrario se está convirtiendo en parte activa, ya sea manifestando su inconformismo por medio de actos de resistencia civil o porque ya empieza a formar parte de la persecución, hasta donde tiene alcance, de los diferentes delitos, tal es el caso de los proyectos de ley de alternatividad paralelos al propuesto por el Gobierno mediante el proyecto de ley 211 de 2005, en este caso los sectores sociales han manifestado su voluntad propositiva y en uno de aquellos proyectos está incluida la posibilidad de un canje humanitario para conseguir el retorno de los cientos de secuestrados que en la actualidad se encuentran en las selvas colombianas en manos de la guerrilla.

Por su parte, los entes del Estado también han entendido que requieren de la acción conjunta con la comunidad y han ido generando programas en los cuales se permite su participación ya sea facilitando la forma de denunciar o implementando planes de prevención. Así mismo, se han ido flexibilizando y humanizando el contacto que tiene el ciudadano con las instituciones de manera que se evite una segunda victimización y se genere confianza en las mismas.

Falta un largo camino para lograr la concientización de que la lucha contra la criminalidad es cuestión de todos pero afortunadamente se está dando poco a poco tanto por parte del Estado y sus instituciones, como por parte de la población en general.

2.3 MARCO CONSTITUCIONAL

El manejo de la política criminal además de estar regido conforme a precisos lineamientos técnicos y científicos, es decir teniendo en cuenta la estadística en la comisión de los delitos, el análisis cualitativo de los mismos, así como los factores sociológicos en la comisión del delito, entre otros, ha de tener en cuenta el fundamento y marco jurídico en el que se aplica, en Colombia, tal marco esta dado por la Constitución Nacional, por lo que se entrara a hacer un análisis de su fundamento y naturaleza en este Estado, tal como se desarrollo en su texto y la interpretación filosófica y política que le ha dado las altas Cortes, igualmente de las normas internacionales que se integran a nuestro ordenamiento relativas a los DH y al DIH.

Desde la filosofía política una Constitución es el fruto de un consenso, a la noción de bienes jurídicamente protegidos subyace toda una base axiológica sobre la que se estructuran las relaciones de los asociados, la Constitución como norma de normas, por tanto, no tiene un carácter meramente instrumental sino que tiene una función simbólica, debe promover un deber ser, por tanto política, jurídica y éticamente la Constitución constituye un todo cuyo fin es posibilitar la convivencia para la cooperación social.

La actual Constitución Política de Colombia (1991) tiene su fundamento ético y jurídico en el pleno reconocimiento y protección de los Derechos Humanos. Decir que la Constitución colombiana tiene su fundamento en el reconocimiento de los Derechos Humanos equivale a recordar dos cosas importantes.

De un lado que la mayor parte de las cartas constitucionales del mundo occidental han adoptado este tipo de fundamento moral pues éste es el horizonte ético-político en el que se mueven los criterios de legitimidad de lo político en el mundo moderno.

Es así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹¹ como tal no obliga a ningún Estado político a asumirla como modelo, se ha convertido, sin embargo, en estos últimos cincuenta años, en el auténtico horizonte de legitimidad de las democracias a nivel mundial. Decir, entonces, que el Estado Colombiano se basa en el reconocimiento de los Derechos Humanos es decir que nuestro país se puso al día en materia de legitimidad ético-política a partir de la Constitución de 1991.

De otro lado el fundamentos de los Derechos Humanos se encuentra en el respeto por la dignidad de los seres humanos, sin distinción de raza, credo o nacionalidad,

En la Constitución Colombiana se califica a los derechos de “Derechos Fundamentales”, esto ha obligado tanto a los funcionarios del Estado como a todos los ciudadanos a considerar con cuidado el sentido de los derechos y el tipo de sociedad, que sobre ellos se debe erigir.

¹¹ Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217A (III), del 10 de diciembre de 1948. Documento completo consultado en la Biblioteca de Consulta Encarta 2005.

En cuanto a lo ético y lo jurídico pueden distinguirse, algunas similitudes y a la vez, algunas diferencias, entre dos órdenes ético y jurídicos que rigen la vida política de los estados modernos. Estos dos ordenamientos se conocen, como Derechos Humanos (DD.HH) y Derecho Internacional Humanitario. (DIH).

En primer lugar, señalemos cual es el objetivo central de cada uno de estos ordenamientos: el objetivo primordial de los DD.HH. está directamente relacionado con el disfrute pleno de las libertades y garantías que los estados deben ofrecer a cada uno de los ciudadanos que forman una nación.

Por su parte, el objetivo central del DIH radica en garantizar la protección a los civiles en aquellas situaciones donde se ha desarrollado un conflicto armado nacional o internacional. Observemos que estos dos ordenamientos jurídicos tienden a proteger a los individuos tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra.

Con relación a la génesis de estos dos tipos de derechos digamos que los DD.HH. se originaron históricamente en situaciones internas a los Estados europeos, particularmente desde el siglo XVII. El reconocimiento de los DD.HH. es un asunto interno de los estados en tanto éstos aparecen como los garantes y responsables directos de los derechos de los ciudadanos.

Por su parte el DIH ha tenido un doble origen de carácter interestatal. De un lado el así llamado Derecho de Ginebra que desde el siglo XIX ha intentado evitar el dolor innecesario a los civiles y los combatientes que quedan atrapados en medio de un conflicto bélico bien sea de carácter internacional o de carácter interno.

La segunda fuente del DIH es el llamado Derecho de la Haya, cuyo interés principal se ha centrado en regular los medios y las normas de la guerra a fin de hacerla, si así se puede decir, más humana, menos bárbara y menos dolorosa. En resumen, diremos que el DIH son aquellas normas internacionales que protegen a las víctimas de la guerra y a la vez el derecho que regula la guerra misma.

La aplicación de cada uno de estos instrumentos jurídicos presenta un aspecto diferente. Los DD.HH. se aplican plenamente en tiempos de paz porque las normas para su reconocimiento y vigencia hacen parte de un Estado de Derecho, es decir de un estado constitucional que ofrece todas (o debe ofrecer todas) las garantías para su plena realización. La vigencia del DIH, por su parte, se realiza, o tiene su vigencia durante los períodos de conflictos armados de carácter interno o internacional. En sentido estricto diremos que el DIH es un derecho de excepción en cuanto es aplicable sólo en situaciones de conmoción interior o exterior.

Vale la pena señalar igualmente que los DD.HH. tienen un reconocimiento y una ordenación especial según sea la naturaleza política de los diferentes estados, lo que no ocurre con el DIH que es aceptado por los organismos políticos internacionales sin modificaciones y que no puede ser negociable ni en su totalidad ni en parte por razones políticas. Insistamos en esta diferencia: cada Estado organiza los DD.HH. según sus tradiciones internas de orden religioso, ideológico o político, en tanto que el DIH tiende a ser universal y neutral en relación con esos valores internos de los diferentes países.

Actualmente los Estados establecen y legitiman su autoridad sobre los individuos a través del reconocimiento y protección de los DD.HH., esto quiere decir que el poder del Estado está limitado en tanto los ciudadanos hagan valer sus derechos. Por el contrario, el DIH establece relaciones entre los Estados y también entre los individuos y el derecho. Esto último se ha logrado a partir de la sanción del denominado Artículo 3o. común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949¹². Esto significa que para el DIH pueden ser responsables de su violación tanto los Estados como los individuos.

Finalmente la observancia del DIH es un asunto estatal pero que corresponde al Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) velar por la estricta aplicación de las normas de este derecho.

¹² CONVENIO DE GINEBRA DE 1949 y Protocolos Adicionales de 1977. Documentos completos consultados en la Biblioteca de Consulta Encarta 2005.

El Estado colombiano reconoce en el Artículo 93 de la Carta Constitucional la plena vigencia del DIH, cuando señala expresamente que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los Derechos Humanos, y que prohíben su limitación en los Estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia.”¹³

Cualquier estrategia de política criminal debe tener en cuenta estos parámetros constitucionales, debe entonces estar orientada a reforzar y propender por el respeto a los DDHH y el DIH.

Del análisis del Convenio de Ginebra y sus protocolos adicionales se infiere que el derecho internacional humanitario lo conforman el conjunto de normas de carácter internacional establecidas en convenios o en prácticas reiteradas de los Estados, aplicables a conflictos armados internacionales, o en conflictos armados sin carácter internacional y que están basados en el principio de humanidad, como sentimiento de benevolencia activa hacia todos los seres humanos.

Es importante destacar la importancia de los derechos de la población en situaciones de conflicto bélico, que garantizan la protección de la población civil en conflictos armados internacionales y no internacionales se realiza

¹³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991, ALAS AEROIMPRESORES DE COLOMBIA, 1991. ART. 93.

actualmente mediante un conjunto de normas que tienen por finalidad, respecto de la población civil:

- Evitar la existencia de víctimas.
- Garantizar el respeto del derecho a la vida.
- Garantizar su dignidad,
- libertad e integridad
- Asegurar el apoyo y socorro a la población civil dentro de la guerra.

También existe un grupo de normas que tiende a proteger los derechos individuales de los heridos, enfermos y náufragos y de la población civil en territorios ocupados y de extranjeros en el territorio enemigo. Finalmente las acciones de apoyo y socorro a la población civil y protección de quienes ejercen esa labor.

El sujeto activo del conjunto de derechos en cuestión es toda la población civil, la cual se define como el conjunto de personas que no pertenecen a las fuerzas armadas y no toman las armas al acercarse el enemigo; son no combatientes.

Se integran en la población civil, en consecuencia, como sujeto activo, a los siguientes grupos de personas: Los heridos, los enfermos, los inválidos, los ancianos, los niños, las mujeres, el personal sanitario civil y los periodistas. El Convenio IV de Ginebra de 1949 regula y protege en forma amplia dos tipos de situaciones en que se puede encontrar la población civil: 1. Civiles extranjeros que por cualquier circunstancia, se encontrasen en el territorio de una parte en el conflicto 2. La población civil que encontrándose en su territorio está bajo la autoridad de la parte adversaria por ocupación de su

territorio. El sujeto pasivo u obligado a respetar esos derechos son: Los Estados.

Especialmente corresponde a las partes en conflicto: a los mandos militares tienen el deber de asegurar el cumplimiento en los métodos y usos de la guerra, atendiendo a las prohibiciones existentes, esto para los mandos militares de todos los grupos armados, por su parte las autoridades nacionales, que tienen el deber de respetar los derechos fundamentales de los extranjeros y nacionales de potencias enemigas en su territorio, las autoridades de ocupación, que tienen el deber de respetar los derechos consagrados de los civiles en los territorios ocupados.

Como se puede ver el objeto de los derechos de la población civil en situaciones de guerra no es único, sino múltiple y está constituido por el conjunto de bienes de la personalidad que son el objeto de protección de todos y cada uno de los derechos de la primera, segunda y tercera generación. De todos ellos son especialmente importantes los siguientes: la vida, la seguridad la libertad y la paz. El fundamento último de los derechos de la población civil en situaciones de guerra no es otro que la dignidad de la persona humana. El fundamento inmediato o justificación de este derecho es el valor seguridad en relación a las acciones de atropello de la dignidad de la persona humana que realizan las fuerzas armadas en los conflictos bélicos. La normatividad relativa a la protección de la población civil en tiempo de conflictos armados esta relacionada con todos los derechos fundamentales de la persona humana, que se quieren hacer prevalecer aún en tiempos de crisis, de guerra. Así el Convenio IV y los Protocolos I y II hablan de la protección del derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad física, a la libertad de expresión, de conciencia y religión, protege a la vez la

integridad cultural, territorial y los valores propios; tiende a garantizar las condiciones laborales de la población civil, lo mismo que hacer efectivo todos sus derechos fundamentales, mediante la existencia y permanencia de las garantías procesales, la aplicación de un proceso justo ante tribunales independientes e imparciales.

2.3 DE LOS DELITOS POLÍTICOS Y CONEXOS

Desde que hubo Estado, hubo delitos políticos, ya que éste por el solo hecho de serlo, tiene la absoluta necesidad de garantizar su existencia y seguridad frente a conductas que tienden a destruirlo o desconocer su soberanía, interna e internacional. Por esa razón el Estado dicta normas que lo protegen del delito cometido contra todos estos principios o sea los delitos políticos.

El delito político tiene un origen histórico remoto, en los primeros siglos de esta era, en Roma, en las tribus bárbaras, en la época feudal, en la Edad Media, equivalió a una infracción con un contenido indefinido que abarcó todo acto hostil en contra de la persona en el poder.

Con el apareamiento del Estado moderno la definición del delito político se orienta más entorno a la protección del Estado como ente jurídico independiente.

Es así como el desarrollo del concepto de delito político ha sufrido variaciones que han sembrado dificultades en el camino para establecer criterios homogéneos que conduzcan a formular un concepto único, además la definición de delito político se halla íntimamente ligada a la forma de Estado.

En todo caso se puede conceptualizar bajo dos criterios:

El criterio objetivo dice que hay delito político cuando el objeto de la tutela penal es de naturaleza política, es decir, cuando se trata de cualquier ataque al Estado, sea en su existencia, integridad, seguridad, forma o constitución.

El criterio subjetivo, dice que hay que estar al móvil de la acción, si el fin que persigue el titular de la acción es político, estaremos frente a un delito político.¹⁴

Los móviles del delito político son distintos de los que genera la comisión del delito común, el delito político se sustenta en el hecho de que el sujeto activo, tiene una concepción nueva o por lo menos distinta del Estado y del hacer político, con relación al criterio de quienes ostentan el poder y para conseguir materializar su ideal, utiliza métodos que no son admitidos por quienes gobiernan.

De otro lado, los delitos políticos pueden ser:

¹⁴ Rodolfo Antonio Soriano Acosta. El Delito Político. Artículo Publicado 07/Diciembre/2004. PsicologíaCientífica.com-

Los delitos político han sido divididos en delitos políticos puros y delitos políticos relativos o concurrentes, y esto a su vez, en complejos y conexos. Son delitos políticos puros, los que violan derechos que pertenecen al Estado. Los delitos políticos relativos o concurrentes son aquellos que "desde el punto de vista objetivo, lesionan a un individuo o al Estado.

Hay dos clases de delitos políticos relativos y concurrentes, que son: los complejos y los conexos. Existe el delito político complejo, cuando el hecho delictuoso, único desde el punto de vista material, lesiona a la vez el orden político y el derecho común.

El delito es político conexo, cuando hay muchos hechos delictuosos que se relacionan lo unos a los otros por un lazo más o menos estrecho, y que violan derechos individuales con un fin político.¹⁵

Los delitos políticos según la legislación colombiana son la Rebelión, la Sedición y la Asonada, éstos delitos corresponden al Título XVIII del Código Penal "De los Delitos Contra el Régimen Constitucional y Legal"¹⁶

La naturaleza altruista de los delitos políticos ha conducido en cierta medida a la flexibilización de las penas y a la aplicación de dos figuras jurídicas como

¹⁵ Rodolfo Antonio Soriano Acosta. El Delito Político. Artículo Publicado 07/Diciembre/2004. Psicología científica.com-

¹⁶ Ley 599 de 2000, artículos 467 a 473

son, la amnistía y el indulto, la primera definida como la “Decisión del Estado por medio de la cual se olvidan los hechos "delictuosos" cometidos por quienes hayan tomado parte en un conflicto y estén siendo procesados. La amnistía conlleva el perdón o la revisión de la pena correspondiente. Sólo puede otorgarse con respecto a los delitos políticos.”¹⁷

Por su parte el indulto se define como: “Perdón total o parcial que concede el Presidente de la República sobre el cumplimiento de una pena impuesta a personas contra las cuales se han dictado sentencias condenatorias por delitos políticos y delitos comunes conexos con ellos, salvo secuestro y narcotráfico”¹⁸

La aplicación de la amnistía y el indulto ha sido frecuente, no obstante siempre han estado excluida la aplicación de ellos en delitos que no sean estrictamente políticos o de conductas delitivas cuya comisión obtenga como resultado el desbordamiento de parámetros en los cuales la lesión al bien jurídico sea excesiva para el fin altruista que caracteriza el delito político.

Es así como mediante la Ley 37 de 1981 el Congreso de la República declaró una amnistía condicional a los alzados en armas autores de delitos políticos y conexos, exceptuando el secuestro, la extorsión y el homicidio cometidos fuera de combate, entre otros.

¹⁷ Información tomada de la base de datos de la Fundación Ideas para la Paz, Boletín No. 5, Amnistía e indulto en Colombia: 1981-2004.

¹⁸ Ibid.

A través del Decreto 474 de 1982 el Gobierno declaró extinguida la acción penal y la pena para los delitos políticos y conexos. Quedaron excluidos del beneficio quienes hubieran cometido los delitos de homicidio fuera de combate, secuestro y extorsión, o estén ilegalmente en libertad por haber incurrido en el delito de fuga de presos.

Con la Ley 35 de 1982 El Congreso de la República declaró una amnistía general para delitos políticos y conexos y la Ley 49 de 1985 autorizó al Presidente de la República para conceder el indulto a condenados por delitos políticos, con la posibilidad de extenderlo a los conexos.

Con el Decreto 206 de 1990 el Gobierno reglamentó la Ley 77 de 1989, sobre la concesión del Indulto. Cobijó el acuerdo de paz firmado por el Gobierno Nacional y el M-19 del 9 de marzo de 1990.

Mediante el Decreto 213 de 1991 el Gobierno estableció medidas tendientes al restablecimiento del orden público. Incluyó la extinción de la pena y de la acción penal por delitos políticos y conexos. Cobijó los acuerdos de paz firmados entre el Gobierno Nacional en 1991: con el PRT (25 de enero), con el EPL (15 de febrero) y con el MAQL (27 de mayo).

La Constitución Política de 1991 definió las Facultades del Ejecutivo y el Legislativo para conceder indultos y amnistías. Artículo 150 y 201, y Artículo transitorio 30.

La Ley 104 de 1993 consagró instrumentos para la búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia. Estableció las causales de extinción de la acción penal y de la pena en caso de delitos políticos y conexos. Cobijó los acuerdos de paz firmados en 1994 entre el Gobierno Nacional y los grupos insurgentes CRS (9 de abril), Milicias Urbanas de Medellín (26 de mayo) y el Frente Francisco Garnica de la Coordinadora Guerrillera (30 de junio).

La Ley 241 de 1995 Abrió la posibilidad de otorgar beneficios jurídicos a los grupos de autodefensa previo abandono voluntario de la organización y la entrega a las autoridades.

Con la Ley 418 de 1997 se establecieron las causales de extinción de la acción penal y de la pena en casos de delitos políticos y conexos, prorrogó la Ley 104 de 1993, prorrogada, modificada y ampliada por la Ley 241 de 1995. Cobijó el Acuerdo de Paz firmado entre el Gobierno Nacional y el MIR-COAR (29 de julio de 1998), al amparo de los Decretos 1247 de 1997 y 2087 de 1998.

La ley 589 de 2000 definió que la desaparición, el desplazamiento forzado, el genocidio y la tortura quedan excluidos para la aplicación de medidas de indulto y/o amnistía.

Ley 782 de 2002 Incluyó modificaciones sobre extinción de la acción penal y de la pena en casos de delitos políticos y conexos. No se aplica en el caso de actos de ferocidad y barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio y homicidio cometido fuera de combate.

El Decreto 128 de 2003 Reglamentó la Ley 418 de 1997, en lo concerniente a la posibilidad de otorgar los beneficios jurídicos a los grupos de autodefensa. De acuerdo con la Ley, los beneficios jurídicos podrían ser de indulto, suspensión condicional de la ejecución de la pena, cesación de procedimiento, preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria. Modificó el Decreto 1385 de 1994.

Con el Decreto 2767 de 2004 se reglamenta la Ley 418 de 1997 (prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002) en materia de beneficios para los desmovilizados y reincorporados.

2.4 FORMAS ALTERNATIVAS DE SANCIÓN PENAL

La prisión, como la principal forma de penalidad en occidente, no ha dejado de causar encendidas polémicas desde sus orígenes, a finales del siglo XVIII y hasta su total consolidación en el XIX. Los permanentes cuestionamientos sobre la utilidad y funciones manifiestas u ocultas de la prisión han ocupado cientos de páginas de la literatura relacionada con el derecho penal y la criminología. De hecho, el movimiento conocido como Criminología Crítica, cuyo auge se remonta a las décadas del 60 y 70 del siglo XX, tuvo dentro de sus objetivos fundamentales la crítica radical a la prisión como forma de castigo y al discurso legitimador de la misma que la justificaba como institución de resocialización.

Uno de los críticos de mayor importancia es el filósofo francés Michel Foucault. Refiriéndose a algunas de las razones que pueden explicar la

supervivencia de la cárcel, pese a las críticas que desde su creación se le han formulado, dice:

Esta evidencia de la prisión de la que nos separamos tan mal se funda, en primer lugar, sobre la forma simple de la “privación de la libertad” ¿Cómo podría dejar de ser la prisión la pena por excelencia en una sociedad en que la libertad es un bien que pertenece a todos de la misma manera y al cual está apegado cada uno por un sentimiento “universal y constante”? Su pérdida tiene, pues, el mismo precio para todos; mejor que la multa, la prisión es el castigo “igualitario”. Claridad en cierto modo jurídica de la prisión. Además permite cuantificar exactamente la pena según la variable del tiempo... La prisión es “natural”, como es “natural” en nuestra sociedad el uso del tiempo para medir los intercambios. Pero la evidencia de la prisión se funda también sobre su papel, supuesto o exigido, de aparato de transformar los individuos. ¿Cómo no sería la prisión inmediatamente aceptada, ya que no hace al encerrar, al corregir, al volver dócil, sino reproducir, aunque tenga que acentuarlos un poco, todos los mecanismos que se encuentran en el cuerpo social?... Este doble fundamento –jurídicoeconómico de una parte, técnico disciplinario de otra– ha hecho aparecer la prisión como la forma más inmediata y más civilizada de todas las penas. Y es este doble funcionamiento el que le ha dado inmediatamente su solidez... En suma, el encarcelamiento penal, desde el principio del siglo XIX, ha cubierto a la vez, la privación de la libertad y la transformación técnica de los individuos.¹⁹

Ahora bien, la difícil situación de violencia y orden público en Colombia, especialmente a lo largo de las dos últimas décadas, ha hecho improbable la receptividad o sensibilidad del gobierno y en especial, de los responsables

¹⁹ Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión. Siglo XXI Editores, México, 1990.

del manejo de la política criminal frente a estas propuestas. La información presentada a lo largo de esta investigación permite afirmar que la tendencia en nuestro país ha sido la de apelar a la privación de la libertad y al aumento de penas como mecanismo privilegiado de respuesta ante la amenaza criminal.

Esto, evidentemente, limitó la comprensión y el uso de instrumentos de alternatividad penal menos ortodoxos, por lo que nuestro sistema se caracteriza por su timidez y conservadurismo en esta materia. Conviene tener en cuenta, entonces, que “lo alternativo” en materia penal puede tener muchas acepciones que dependen del punto de vista teórico-jurídico o de la escuela de pensamiento desde la cual se pretenda analizar el tema.

Es bien conocido desde la publicación del texto clásico de Cesare Beccaría, “De los delitos y de las penas” en el siglo XVIII, que la cárcel surgió como una “alternativa” a la pena de muerte y al suplicio sobre el cuerpo de los condenados. En cambio, la discusión moderna gira en torno a la búsqueda de alternativas a la pena de prisión y, por extensión, a la existencia misma de la cárcel.

En términos generales, la alternatividad penal se entiende actualmente como la exploración hacia opciones diferentes a la actuación punitiva del Estado frente a la trasgresión. El derecho penal debe asumirse como ultima ratio en el manejo de la infracción de normas de convivencia en sociedad, de manera que el poder punitivo del Estado sólo se circunscriba a los eventos máximos de lesión de los bienes jurídicos que cada sociedad se propone proteger en un momento y lugar determinados. Una posición radical en el marco de este

debate, se expresa a través del llamado "abolicionismo penal" que tiene como parte de su horizonte la eliminación absoluta tanto del sistema penal estatal como de la cárcel, arguyendo la ilegitimidad de ejercer cualquier tipo de violencia, por una parte, o la señalada ineficacia de la cárcel para controlar el delito –y más bien su uso como mecanismo de etiquetamiento y de control social– o su probada inutilidad para cumplir con una función de resocialización o rehabilitación del individuo trasgresor.

El abolicionista vislumbra una sociedad en la que el sistema estatal fabricado desde hace ya dos siglos carece de razón de ser. El hecho de que ese sistema exista le obliga sin embargo a pronunciarse previamente sobre las razones por las que desea descartarlo. En definitiva se trata de una imposición sana que le permite unir sus esfuerzos, de un modo realista, a los numerosos investigadores de hoy que realizan trabajos en los que se pone en cuestión a la "justicia penal" y a la vez, invitar a pensadores y a prácticos a superar el estadio de las comprobaciones para trabajar expresamente en la elaboración de una lógica alterativa que no se detenga en la mera crítica del sistema penal, sino que se comprometa en la redefinición de los problemas. Es así como el término abolición recubre, en último término, un tipo de pensamiento activo, y también una perspectiva cognitiva crítica y un movimiento social creador de libertad.²⁰

²⁰ Hulsman L. Y Bernat J., "La apuesta por una teoría de la abolición del sistema penal" Revista Archipiélago. El peso de la justicia. No 3. Editorial Pamiela argitaletxea, Barcelona, 1989.

La alternatividad penal es el conjunto de decisiones de política pública—especialmente legislativa— tendientes a reducir al máximo, el tiempo que procesados o condenados por el sistema de justicia penal pueden estar privados de su libertad. En este marco general de la alternatividad penal, interesan a este estudio, los siguientes tipos de medidas o de herramientas institucionales:

- (i) Creación de penas distintas a la de privación de la libertad como la multa.
- (ii) Disposiciones que regulan la libertad provisional.
- (iii) Regulación de los típicos subrogados penales: condena de ejecución condicional y libertad condicional. En tanto, implican el margen de regulación del tiempo que un condenado permanecerá privado de la libertad.
- (iv) Y último, disposiciones sobre los llamados beneficios administrativos, que tienen la potencialidad de reducir el tiempo de reclusión de condenados, pero con la característica de que la autoridad llamada a concederlos no es la judicial sino administrativa, ya que son aplicables una vez concluida la controversia judicial e impuesta la condena correspondiente. Así, los beneficios administrativos se asocian al acatamiento de reglas de comportamiento penitenciario (régimen disciplinario) y al transcurso del tiempo de reclusión en cumplimiento de la condena. Aquí importa la conducta del individuo, en su condición de condenado, dentro de la institución penitenciaria. La noción de resocialización es la que se enfatiza, al preparar al detenido a través de diversas etapas para desenvolverse de nuevo en la sociedad una vez obtenga su libertad.

2.2.1 La Multa. En el régimen penal, vigente a partir de julio de 2001 se define la multa en el artículo 39, se introdujeron algunas modificaciones tendientes a ampliar su ámbito de aplicación; de esta manera, se afina un criterio de precisión jurídico legal que permite, a través de la figura llamada “unidad multa”, tasar el monto de la sanción de acuerdo con la capacidad económica del sancionado. Así, se establecen tres rangos para cuantificar el valor de la multa, de acuerdo con los ingresos percibidos por el inculcado en el año inmediatamente anterior. En el primer grado se ubican quienes hayan recibido ingresos promedio de hasta 10 salarios mínimos legales mensuales en el último año. En el segundo grado, quines hubieren recibido entre 10 y 50 salarios mínimos legales mensuales de ingresos promedio. Y en el tercer grado se cuentan aquellos cuyos ingresos promedio superen los 50 salarios mínimos legales mensuales.²¹

Además, se desarrolla y reglamenta la opción de amortizar el valor de la multa mediante trabajo comunitario y se precisan las equivalencias entre el valor de la multa y el número de arrestos, para los casos en que el condenado incumpla con la obligación de amortizar la deuda²².

En la exposición de motivos del proyecto de ley para expedir el nuevo código penal se afirma que la pena de multa ve incrementadas sus posibilidades de aplicación como un medio para “reducir el ámbito de aplicación de la prisión formal”; esto se expresa en el articulado del nuevo régimen penal de dos formas: un número mayor de delitos tienen, junto a la pena de prisión, la de multa.

²¹ Código Penal. Ley 599 del 24 de julio de 2000. Editorial Unión Ltda. Bogotá. 2001. Art. 39

²² Ibid, Art. 39 num 6 y 7.

Se aumentó en cerca de cuarenta conductas típicas la imposición de la multa como única pena. Casi todos estos delitos ya estaban tipificados como tales en el régimen penal anterior, pero algunos de ellos estaban clasificados como contravenciones especiales por la ley 23/91 y por la ley 228/95. Es el caso del hurto de uso y el hurto entre condueños, la violación de habitación ajena, la violación de habitación ajena por parte de un servidor público, la violación del lugar de trabajo, la emisión y transferencia ilegal de cheque y la sustracción de bien propio. Otro grupo de delitos, efectivamente, tenían pena de prisión o arresto en el régimen anterior, pero esta no superaba los tres años. Aquí pueden citarse la violación de la libertad de trabajo, la violación de derechos de reunión y asociación, el impedimento y perturbación de ceremonia religiosa, los daños o agravios a personas o cosas destinadas al culto, el irrespeto a cadáveres, la falsificación o uso fraudulento de sello oficial, la supresión de signo de anulación de efecto oficial, la falsedad para obtener prueba de hecho verdadero a falsedad personal, la instigación a delinquir, el pánico, la revelación de secreto, la utilización de asunto sometido a secreto o reserva, el asesoramiento, la intervención en política y la perturbación de actos oficiales, entre otros. En todo caso, conviene señalar que ninguno los delitos antes mencionados tiene un peso importante dentro del volumen de la población carcelaria de la última década, si se tiene en cuenta, además, que la mayoría de ellos eran excarcelables.

En fin, la pena de multa aparece como principal en dos modalidades: acompañante de la pena de prisión y en la modalidad progresiva de unidad de multa²³.

²³ Ibid. Art. 40.

2.2.2 La libertad provisional. La libertad provisional se refiere a las condiciones dentro de las cuales el sistema penal considera que puede adelantar la investigación de un hecho punible, sin que el posible responsable permanezca privado de la libertad.

Las condiciones en que se debe aplicar la libertad provisional han sido objeto de muchísimos cambios a lo largo de los últimos veinte años, que encuentran explicación en el hecho de que la libertad provisional está asociada a la etapa de investigación o instrucción de la causa. Es decir, en sí misma es una institución problemática ya que a través de ella se puede ver reflejada la capacidad o incapacidad del estado de hacer comparecer a los investigados al proceso penal y, más aún, de hacer cumplir la condena en el evento de que una sentencia judicial así lo disponga. Además, la permanente discusión sobre si la detención preventiva es o no una forma de pena hace que la regulación de la libertad provisional sea, en general, más difícil que la de los típicos subrogados penales (condena de ejecución condicional y libertad condicional), en los que la pregunta por la responsabilidad o “culpabilidad” del infractor ya ha sido resuelta a través de la aplicación de las ritualidades del proceso penal.

Así, los eventos en que tanto la detención preventiva como su complemento, la libertad provisional, han ampliado o reducido su espectro de aplicación han dependido, en mucho, de la coyuntura del país, de la situación y hacinamiento carcelarios, de los delitos socialmente considerados como de mayor lesividad en cada momento, para solo mencionar algunas de las variables que pueden influir en la decisión de hacer más o menos restrictivo la aplicación de tales instrumentos del derecho penal.

El régimen penal introducido a partir de julio de 2001 contiene modificaciones que pueden tener gran importancia en el manejo de la libertad provisional y efectos en el volumen de población interna del país. Es así como, con la desaparición de la justicia regional también se eliminó la disposición que ordenaba detener preventivamente a todos los procesados por ella; por otra parte, se aumentó de dos a cuatro el mínimo de pena que hace aplicable la detención preventiva –aunque esta circunstancia puede ver atenuados sus efectos por el aumento de penas mínimas observado para algunos delitos, algo similar pasa con los delitos antes tramitados por la justicia regional; se introdujo la posibilidad de sustituir la detención preventiva por detención domiciliaria, alternativa que no existía en las disposiciones anteriores, y se eliminó la obligatoriedad de la detención preventiva cuando se hubiera capturado al posible infractor en flagrancia.

Finalmente, el régimen procesal penal actual no incluye prohibiciones expresas para conceder el beneficio de la libertad provisional, por lo que empezaron a aparecer posiciones opuestas a esta línea de política legislativa que hablaban de la necesidad de tramitar proyectos de ley que, establecieran diferencias y prohibiciones para delitos de orden público o secuestro.

2.2.3 Suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad y libertad condicional. La condena condicional es una institución que permite al juez suspender la aplicación de la condena, siempre y cuando se cumplan algunos requisitos relacionados con el número de años de pena impuestos –que deben ser pocos– y con las características de personalidad del condenado o las circunstancias en que ocurrió el hecho punible.

La libertad condicional hace referencia a un beneficio que se obtiene con el cumplimiento de la cantidad mínima de tiempo que debe pasar en reclusión un condenado, antes de que se le permita recuperar su libertad, asumiendo compromisos.

A diferencia de la institución descrita en el apartado inmediatamente anterior, la condena de ejecución condicional y la libertad condicional han variado muy poco.

La condena de ejecución condicional implicaba, en el régimen anterior, suspender la ejecución de la condena cuando se cumplieran dos requisitos:

- (i) Que la pena fuera de arresto o de prisión que no superara los tres años y
- (ii) Que la personalidad del infractor y las características o circunstancias en que se había cometido el delito permitieran al juzgador pensar que no era necesario aplicar tratamiento penitenciario.

El criterio para su aplicación estaba entonces en la dosificación de la pena hecha en la sentencia y en una suerte de discrecionalidad reglada del funcionario judicial.

Estos criterios no cambiaron de forma sustancial en el nuevo régimen penal y procesal penal ya que el tiempo mínimo sigue siendo el mismo, pero la

redacción del segundo requisito elimina la mención al juez como calificador de la personalidad del infractor y de las circunstancias del hecho. Finalmente, se apeló a una denominación más precisa de la institución que aclara el alcance de la misma al llamarla actualmente “suspensión condicional de la ejecución de la pena” y se esclarecieron algunos detalles relacionados con la responsabilidad civil y con la posibilidad de aplicar otras penas, no privativas de la libertad pero que se hubieren impuesto de forma concurrente con esta.

Tales penas son: Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, pérdida del empleo o cargo público, inhabilitación para ejercer profesión, arte u oficio o para el ejercicio de la patria potestad, prohibición de conducir automotores, portar armas, residir en determinados lugares o consumir bebidas alcohólicas y, la expulsión del territorio nacional cuando se trate de extranjeros.²⁴

La libertad condicional es aplicable una vez que la persona ha sido oída y vencida en juicio y, como consecuencia de ello, se la ha condenado a cumplir pena privativa de la libertad en un establecimiento de reclusión. La libertad condicional atiende al comportamiento del sancionado en el establecimiento carcelario e implica, como en la suspensión condicional de la pena, un período de prueba que trae consigo responsabilidades y obligaciones. El único cambio importante para la libertad condicional durante el período, se hizo a través de la ley 415 de 1997 que redujo el tiempo mínimo requerido que debía pasar un condenado en reclusión –antes de que fuera posible la aplicación del beneficio – del cumplimiento de las dos terceras partes de la condena al cumplimiento, apenas, de las tres quintas partes.

²⁴ (Art. 43, C.P. – Ley 599/00)

El régimen penal y procesal penal que empezó a aplicarse a partir de julio del 2001, adoptó los criterios menos restrictivos de 1997 para todos los delitos. Sin embargo, esta postura integradora también fue objeto de críticas y se ve amenazada por una opinión tradicional, que insiste en la urgencia de mantener un régimen diferente para los delitos cobijados bajo el acápite de describir conductas que representan amenazas contra el orden público.

2.2.4 BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS

Los beneficios administrativos, como se anotó antes, son aplicables una vez que la persona se encuentra cumpliendo pena privativa de la libertad en un establecimiento de reclusión destinado para tal efecto y se relacionan con la readaptación social del infractor y su preparación para reintegrarse a la vida cotidiana, cuando recobre la libertad.

Los beneficios administrativos son instrumentos que, junto con otras herramientas de orden disciplinario, configuran el tratamiento del condenado.

El tratamiento penitenciario fue uno de los temas de mayor interés de Foucault, de quien remitimos la siguiente cita que aparece bastante pertinente para adicionar elementos de juicio que aclaren la condición particular de los beneficios administrativos, frente a otras circunstancias propias del proceso penal: “La justa duración de la pena debe, por lo tanto, variar no solo con el acto y sus circunstancias, sino con la pena misma, tal como se desarrolla concretamente. Lo que equivale a decir que si la pena debe ser individualizada, no es a partir del individuo-infractor , sujeto jurídico

de su acto, autor responsable del delito, sino a partir del individuo castigado, objeto de una materia controlada de transformación, el individuo en detención inserto en el aparato carcelario, modificado por él o reaccionando a él... Este personaje distinto, por quien el aparato penitenciario sustituye al infractor condenado, es el delincuente. El delincuente se distingue del infractor por el hecho de que es menos su acto que su vida lo pertinente para caracterizarlo. Si la operación penitenciaria quiere ser una verdadera reeducación, ha de totalizar la existencia del delincuente, hacer de la prisión una especie de teatro artificial y coercitivo en el que hay que reproducir aquella de arriba abajo. El castigo legal recae sobre un acto; la técnica punitiva sobre una vida..."²⁵

Tal y como su nombre lo indica, son otorgados por las autoridades administrativas encargadas de dirigir las instituciones penitenciarias.

²⁵ Foucault Michel, Vigilar y Castigar....

CAPITULO II
EXPERIENCIA NACIONAL EN LA SOLUCIÓN DE LOS MÁS
IMPORTANTES CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS
A PARTIR DEL S. XX

1.1 REINCORPORACIÓN A LA VIDA SOCIAL DE LOS MILITANTES EN LA
GUERRA DE LOS 1000 DÍAS.

La revolución que tuvo inicio el 18 de Octubre de 1899 ha sido una de las más sangrientas en la historia de nuestro país, los múltiples fusilamientos por parte de los hombres del régimen conservador no lograron amedrentar el espíritu revolucionario, no obstante la dureza de la guerra condujo a la decadencia de la revolución, en aquel momento Don Foción Soto, manifestó su deseo de paz, seguido por un memorial elaborado por miembros del partido liberal orientado a la búsqueda de la pacificación de la república, es así como solicitaban:

“Un decreto de amplia y generosa amnistía para todos los comprometidos en la actual revolución y por todos los actos efectuados con motivo de ella; Decreto por el cuál se conmine, además con severos castigos a los funcionarios públicos que en alguna forma lo contravengan; un Decreto que derogue el del 14 de Enero de 1.901, que autorizó a los ejércitos nacionalistas para vivir de las propiedades de los adversarios del gobierno.

-La libertad de los presos políticos mediante las seguridades de que no volverán a empuñar las armas.

-Un decreto estableciendo la Ley Vigente sobre prensa.

-La cesación de todo empréstito o contribución de guerra.

-Un decreto de reestablecimiento del orden público a fin de que inmediatamente después de que los que estén en armas las hayan depuesto, sean reconocidos los derechos políticos de los liberales en la forma en que lo son los demás ciudadanos.

-La convocatoria inmediata del congreso a fin de llevar a término las reformas que el país reclama sobre todo la reforma electoral, dando representación a las minorías, base de todo gobierno democrático.

Manuel José Camacho Carrizosa, Carlos Arturo Torres, Nicolás Saenz, José María Ruiz²⁶

Es así como el Presidente de la República de aquella época aceptó el acuerdo con las fuerzas revolucionarias y el día 12 de junio de 1.902 concedió indulto a todos los revolucionarios, por lo que debían entregarse y entregar todos los elementos de guerra, el día 21 de noviembre de 1902 se firmó la paz a bordo del Wisconsin de la Armada de los Estados Unidos.

En el artículo 2 se estableció: “Libertad inmediata a todos los prisioneros de la guerra y los presos políticos que haya en la nación”, y en el 3, “Amplia

²⁶ Luis Martínez Silva. “Historia de un cambio de Gobierno” Editorial Santa Fé. Bogotá 1.958. Pág. 108.

amnistía y completas garantías para las personas y los bienes comprometidos en la revolución”.²⁷

Es pertinente manifestar que el proceso de reincorporación no fue exitoso, en aquella época como hoy se ofreció dinero a quienes se entregaron:

“Esta practica revistió varias modalidades, como todas las medidas, se aplicó de acuerdo a cada caso, siendo las más comunes:

a) el ofrecimiento de importantes sumas de dinero al jefe de la guerrilla y a los oficiales de prestigio para que se acogieran al indulto, con el pretexto que éstos recursos eran para resarcirlos en parte de las perdidas materiales que les había causado el conflicto y para que reiniciaran algún negocio.

b) El otorgamiento de recursos de movilización, que consistió en darles a quienes se desmovilizaban una pequeña suma de dinero para que pudieran regresar a sus lugares de origen. Esta práctica (...) no se generalizó, ya que solo se cumplió cuando el grupo que se entregaba era clave para el gobierno o cuando quienes pactaban lo incluían como exigencia”²⁸

La reinserción fue difícil, presentóse el fenómeno de la traición y la delación, el decreto decía que quedaban exceptuados del indulto los responsables de los delitos comunes. De tal manera, el resultado de la reincorporación de los militantes de la guerra de los mil días fue desastroso:

²⁷ Ciro Castillo Jácome. “Historia de un Soldado de la Guerra de los Mil Días”. Biblioteca UIS-1989. (Este documento aparece en los anexos).

²⁸ Carlos Eduardo Jaramillo. “Las Guerrillas del Novecientos” CREC 1991. Pág. 345 y ss.

“En el panorama donde los acuerdos y los tratados se convirtieron en una trampa mortal, muchos oficiales se anticiparon a los acontecimientos y, sabiendo que algunos guerrilleros por ellos odiados se iban a entregar, pidiendo permiso anticipado para fusilarlos (...)”²⁹

“En los últimos meses de 1902 y los primeros de 1903, los rios y barrancos del centro del país se llenaron de cadáveres de hombres que creyeron en los papeles firmados por el gobierno o en la palabra empeñada y salieron a buscar socio y encontrándose la muerte disfrazada de autoridad”³⁰

La guerra continuó incluso hasta 1910 en regiones como el tolima y el occidente de cundinamarca, lo que hizo de éstos guerrilleros no entregados ni muertos, se convirtieron en asaltantes de caminos, depredaron regiones y poco se distinguieron de los forajidos, después continuaron la ruta del bandidaje.³¹

Es así como terminó una de las guerras más sangrientas de la historia de nuestro país, el acuerdo de paz no consiguió el cese de la violencia y el proceso de la reincorporación a la vida social de los combatientes fracasó por cuanto no tuvieron garantías por parte del gobierno en su seguridad y su vida.

²⁹ Ibid., pag. 360.

³⁰ Ibid pag. 367.

³¹ Ibid pag 368.

El fantasma del antagonismo entre liberales y conservadores continuó trascendiendo y es el que continuó signando la trágica historia de Colombia, cuyo crecimiento fue el que condujo a la denominada época de la violencia, generada ante todo por la marginalidad política que imponía el gobierno y partido de turno en el poder tanto a nivel nacional como local.

1.2 FIN DE LA VIOLENCIA PARTIDISTA-CONSECUENCIAS DE LA ESTRATEGIA DEL FRENTE NACIONAL

El 13 de junio de 1953, el General Gustavo Rojas Pinilla propinó al gobierno conservador de Laureano Gomez el único golpe de estado que tuvo éxito en el siglo XX en Colombia. Debido al notorio deterioro del orden público este golpe era considerado como inminente por las clases gobernantes del momento. Tras muchas vicisitudes, Rojas renunció al poder el 10 de mayo de 1957 y se instauró una junta militar como gobierno de transición. Los dos partidos políticos dominantes (liberal y conservador) crearon una coalición llamada Frente Nacional con la idea de terminar con la violencia bipartidista que azotaba al país. De esta manera, también pretendían garantizar su alternancia en el poder y el reparto de los cargos burocráticos por partes iguales.³²

El Frente Nacional puso fin a la Violencia aparentemente, pero reforzó la peligrosa exclusión política, el resultado proliferación de pequeños focos de

³² Silvia Galvis y Alberto Donado. "El Jefe Supremo". Editorial Planeta S.A., 1988. Pag, 261.

violencia, de un lado, y de otro, el surgimiento de grupos armados al margen de la ley que en un principio pretendieron reivindicar una línea de pensamiento filosófico y político orientados a la consecución armada del poder para imponer una diferente forma de organización política, así, por una parte, las luchas sociales, tomaron el camino de la violencia; por otra, su propia marginalidad y la exclusión del sistema, fueron dejando el conflicto al margen de la política, en tanto que las Farc se iba gestando en la periferia y el Partido Comunista iba siendo excluido del sistema político.

“La guerrilla sería en éste contexto el único instrumento viable para expiar demandas y expectativas en éste sistema cerrado, y por ello nacería cobijada de un no despreciable margen de legitimidad”³³

Por su propia marginalidad, las regiones se convirtieron en el teatro primordial de la guerra: todos los grupos armados han nacido como locales o han terminado siéndolo. En la medida en que el Estado, escaso de finanzas y encarando el conflicto como un asunto criminal y lejano, se limitó a medidas de contención, las regiones se llenaron de actores armados que le hacen competencia.

De otro lado el enriquecimiento súbito de una región tiende a atraer los aparatos armados, los cuales se ubican en zonas caracterizadas por conflictos en torno al reparto de dineros públicos y bonanzas o de la propiedad y la tenencia de la tierra.

³³ Gustavo Gallen. “Entre movimientos y Caudillos”. Cinep. 1989 Pag. 250.”

"La guerra en Colombia comenzó con las luchas por la tierra y acabó en una lucha por las bonanzas". En el largo plazo, esto produjo varias contradicciones. Dado que no hay un tirano oprobioso ni existe la imposibilidad de apelar a medios no violentos -condiciones para un triunfo revolucionario-, la guerrilla no ha sido una amenaza inminente.³⁴

1.3 CASO DE LA DESMOVILIZACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL GRUPO GUERRILLERO M-19

Tras renunciar a la presidencia el General Gustavo Rojas Pinilla Rojas viajó a República Dominicana y allí recibió asilo político de parte del gobierno del dictador Rafael Leonidas Trujillo, regresó a Colombia en 1962 y fundó la ANAPO (Alianza Nacional Popular), movimiento político con el cual se presentó a las elecciones de ese año en las que obtuvo el cuarto lugar. En 1966 el candidato de la ANAPO fue José Jaramillo Giraldo.³⁵

En 1970 Rojas se había transformado en un caudillo populista con gran arraigo entre la población colombiana y se presentó a las elecciones presidenciales del 19 de abril de 1970, enfrentándose al candidato del Frente Nacional Misael Pastrana Borrero. Las elecciones resultaron bastante reñidas y el resultado oficial fue de 1.625.025 votos por Pastrana y 1.561.468

³⁴ Marco Palacios. Un Ensayo Sobre el Fratricidio Colectivo como Fuente de Nacionalidad. Memorias del Simposio Internacional y IV Càtedra anual de Historia. Pag. 444

³⁵ Gustavo Gallen. "Entre movimientos y Caudillos". Cinep. 1989 Pag. 48

votos por Rojas³⁶. De esta manera la Corte Electoral proclamó a Pastrana como presidente para el periodo 1970-1974.

Sin embargo, Rojas y sus partidarios siempre acusaron de fraudulentas estas elecciones y muchos testimonios de personas prestantes dentro de la política y las fuerzas armadas de la época parecen dar visos de verdad a dicho reclamo.

Como consecuencia de este supuesto fraude electoral en 1974, Jaime Bateman un exmilitante de las FARC, Carlos Toledo Plata representante del ala socialista de la ANAPO y otros más, conformaron el M-19; grupo que desde el comienzo realizó actividades bastante notables y dignas de un despliegue noticioso.

Durante el gobierno de Belisario Betancur (1982-1986), Bateman por entonces dirigente máximo del M-19, propuso al gobierno celebrar una reunión en Panamá con el propósito de adelantar diálogos que permitieran solucionar el conflicto. Sin embargo, Bateman murió el 28 de abril de 1983 en un accidente de aviación, al parecer mientras se dirigía a Panamá y las negociaciones se suspendieron.

³⁶ <http://es.wikipedia.org/wiki/M-19>

En 1985 el M-19 protagonizó su acción más sonada, la toma del Palacio de Justicia, hecho que aún hoy día continúa dividiendo la opinión pública. El día 6 de noviembre de 1985 un comando del M-19 compuesto por 35 guerrilleros al mando del comandante Andrés Almarales, ocupó militarmente el Palacio de Justicia en plena Plaza de Bolívar en Bogotá, tomando rehenes y exigiendo que se citase al Presidente a juicio. La subsecuente reacción del ejército provocó una confrontación armada, en medio de la cual cayeron la mayoría de los miembros del comando guerrillero y -según los cálculos oficiales- otras 53 personas civiles, incluyendo a varios magistrados de la Corte Suprema de Justicia, debido al fuego cruzado indiscriminado entre las partes como consecuencia de la acción militar, en lo que podría considerarse como una masacre. Los hechos que ocurrieron en esas horas difíciles para la historia de Colombia, aún hoy continúan sin ser esclarecidos totalmente ya que de una y otra parte se siguen lanzando acusaciones de tanto en tanto.³⁷

Los miembros del M-19 han dicho en varias oportunidades que el ejército deliberadamente sacrificó a muchas personas, mientras que el ejército y otros sectores de la política nacional consideran que ante las pretensiones declaradas por el M-19 durante la toma no era posible negociar una salida que no condujese a una humillación estatal.

Según algunos de los críticos, entre los que se cuentan varios de los familiares de las víctimas de la fallida toma del Palacio de Justicia, el M-19

³⁷ Obcit.

contó con el apoyo de las mafias del narcotráfico para ejecutar tal operación. Dentro de ese marco, la toma del Palacio la habría provocado la necesidad de quemar los expedientes de algunos narcotraficantes. Dichas acusaciones no han sido comprobadas y, judicialmente, una investigación de la época concluyó que no se había presentado tal relación en esa operación.

En este tiempo conformaron la Coordinadora Nacional Guerrillera (CNG) en asocio con el Comando Ricardo Franco Frente-Sur y el Comando Quintín Lamé, en 1987 esta Coordinadora se reestructuró, añadiéndose las FARC, el EPL y el ELN y se dio a conocer como Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar (CGSB). El propósito de esta Coordinadora era presentar un frente unido en las negociaciones de paz emprendidas con el gobierno y además realizar acciones militares conjuntas.

El acuerdo político del 9 de Marzo de 1990 se denominó: “ACUERDO POLÍTICO ENTRE EL GOBIERNO NACIONAL, LOS PARTIDOS POLÍTICOS, EL M-19, LA IGLESIA CATÓLICA EN CALIDAD DE TUTORA MORAL Y ESPIRITUAL DEL PROCESO”, básicamente contenía los mismos aspectos que habían sido incluidos en el Pacto Político por la Paz y la Democracia, suscrito el 2 de noviembre de 1989, el cuál consignaba aspectos fundamentales para lograr la reconciliación nacional.³⁸

Se incluyeron temas como el de la administración de justicia, el narcotráfico, la reforma electoral, las inversiones públicas en zonas de conflicto, y por

³⁸ “ACUERDO POLÍTICO ENTRE EL GOBIERNO NACIONAL, LOS PARTIDOS POLÍTICOS, EL M-19, LA IGLESIA CATÓLICA EN CALIDAD DE TUTORA MORAL Y ESPIRITUAL DEL PROCESO” 9 de marzo de 1990. (Todos los aspectos de negociación consignados a continuación del pie de página se tomaron del texto del acuerdo.)

supuesto, la paz, el orden público y la normalización de la vida ciudadana, con el fin de incorporar elementos adicionales que sustituyan aquellos que formaban parte de la Reforma Constitucional que no culminó su trámite en 1989.

Las partes del acuerdo coincidieron en la necesidad de que a través de los mecanismos ordinarios de Reforma Constitucional o mediante la convocatoria del Constituyente Primario, Plebiscito, Referéndum o Asamblea Constituyente, se fortalezca la legitimidad institucional y la aprobación de materias de vital importancia para la consecución de la paz. Igualmente se comprometieron a promover los acuerdos políticos necesarios para alcanzar este cometido de ampliación de los espacios democráticos.

Para promover la incorporación a la vida civil de los guerrilleros y su tránsito de la lucha armada a la vida política, se comprometieron a respaldar el establecimiento, por una sola vez, de una Circunscripción Especial de Paz para partidos políticos surgidos de movimientos alzados en armas desmovilizados y reincorporados a la vida civil. Dicha circunscripción para Senado de la República y Cámara de Representantes se aplicaría, a más tardar, en las elecciones de 1992, y sus características se definirán entre los signatarios en posterior acuerdo.

En cuanto al Fondo Nacional para la Paz, previsto en el Pacto Político, destinado a adelantar acciones y programas de beneficio comunitario en las zonas donde la guerrilla desmovilizada haya tenido influencia, podría ser ampliado en su financiación por el Gobierno, la empresa privada y por

aquellas fundaciones internacionales que estén dispuestas a brindar su apoyo a esta iniciativa.

Nuevamente en este acuerdo como en el de la guerra de los 1000 días se tocó el tema de la reforma electoral, proponiéndose la reforma bajo las bases de: ampliar las oportunidades electorales y de modernizar los procedimientos de votación se estableciendo la Tarjeta Electoral y el voto en ambiente reservado para las elecciones de alcaldes a partir de 1992 y se estudiarían las posibilidades técnicas para incorporarlos en las elecciones de Corporaciones Públicas a partir de 1994. Igualmente, con el objeto de ampliar los espacios de participación política, se adoptaron medidas tendientes a la ampliación de la representación parlamentaria de las minorías a través de fórmulas tales como la Circunscripción Nacional y la de Territorios Nacionales, las cuales se llevaron a cabo.

En cuanto a la administración de justicia, se acordó que el Gobierno Nacional expediría el decreto correspondiente a la creación de la Comisión Asesora para la Reforma Integral de la Administración de Justicia en los términos señalados en el Pacto Político. Dicha Comisión, de acuerdo a esos criterios, entraría a funcionar durante un término de tres años y será conformada al más alto nivel, ocupandose principalmente, de proponer estrategias para la reforma de la justicia en las áreas sustantiva, administrativa, presupuestal, de personal y de procedimientos.

En cuanto al tema de la producción, tráfico y consumo de estupefacientes, el Ministerio de Gobierno, actuando en nombre del Gobierno Nacional, organizaría una Comisión de carácter académico no gubernamental, con

autonomía e independencia plenas, que investigara la dimensión nacional e internacional del fenómeno. La Comisión conformada por investigadores de universidades públicas y privadas y de centros de investigación de reconocida prestancia.

Respecto a los demás temas políticos, socioeconómicos y de convivencia, justicia y orden público consignados en el pacto político, el Gobierno inició su aplicación y ejecución a partir de la fecha de la dejación de armas.

A partir de la fecha del acuerdo, el M-19 anunció que todos sus frentes armados fueron desmovilizados y sus miembros incorporados a la vida institucional del país; anunció, así mismo, que hizo dejación de todas sus armas, municiones y material de guerra ante la Comisión de la Internacional Socialista designada para este fin.

Para la coordinación de todo el Plan de Desmovilización acordado con el M-19, el Gobierno Nacional creó el Consejo Nacional de Normalización mediante Decreto 314 del año 1990.

En cuanto al aspecto penal, el Gobierno Nacional, a partir de la fecha, se comprometió a aplicar el Indulto a los miembros del M-19 y dar inicio a los programas de reinserción social y productivos acordados.

El Movimiento 19 de Abril, reiteró así mismo, que a este acuerdo se acogieron todos sus miembros y que como grupo armado dejaba de existir.

Los signatarios de este acuerdo se comprometieron a conformar una Comisión de Seguimiento (un miembro por cada signatario) con el objetivo de concretar y darle viabilidad a los compromisos en el acuerdo adquiridos.

El M-19 manifestó la necesidad de que, con posterioridad al 7 de agosto de 1990, se mantuviera un nivel apropiado de seguridad y protección a los principales dirigentes del M-19.

Finalmente se consignó en el documento lo siguiente:

Con la firma del presente acuerdo se concluye una etapa decisiva para la aclimatación de la paz y el restablecimiento de la concordia que ha sido anhelo de varias generaciones de colombianos. Hoy podemos abrigar ilusiones ciertas respecto a que la sensatez y la generosidad se impondrán a la intransigencia y al radicalismo y de que en un futuro cercano las ideas políticas no serán causa de muerte entre colombianos.

Gobierno Nacional, Partidos Políticos y M-19 están concientes de la trascendencia que para el país tiene la celebración de este acuerdo. Despeja un camino de reconciliación. Afianza unas condiciones para continuar avanzando en el empeño de la pacificación. Ofrece unos procedimientos e instrumentos para implementar soluciones políticas. Muestra, en fin, cómo mediante una voluntad cierta de paz de las partes involucradas, traducida en

hechos concretos, se pueden lograr resultados en procura de la convivencia pacífica.³⁹

Se dió una nueva oportunidad de negociar la paz con el gobierno de Virgilio Barco Vargas (1986-1990). El 8 de marzo de 1990 realizaron la entrega de armas en su campamento de Santo Domingo liderados por su entonces comandante máximo Carlos Pizarro León-Gómez y se desmovilizaron para convertirse en grupo político que se conoció como Alianza Democrática M-19.⁴⁰

Para la contienda electoral de 1990 tenían como candidato a la presidencia a Carlos Pizarro, pero este fue asesinado el 26 de abril de 1990 dentro de un avión en pleno vuelo, al parecer por sicarios a órdenes de las mafias del narcotráfico. En su reemplazo se presentó Antonio Navarro Wolf logrando el tercer lugar detrás de César Gaviria Trujillo y Álvaro Gómez Hurtado con 739.320 votos y superando al candidato del partido conservador Rodrigo Lloreda.

Durante el gobierno de César Gaviria (1990-1994) se presentaron a las elecciones de la Asamblea Nacional Constituyente y obtuvieron 19 puestos logrando la votación más alta que grupo alguno tuviera para dicho estamento, convocado con objeto de redactar la Constitución de 1991. Antonio Navarro logró ser uno de los tres presidentes de la Asamblea.

³⁹ ACUERDO POLÍTICO ENTRE EL GOBIERNO NACIONAL, LOS PARTIDOS POLÍTICOS, EL M-19, LA IGLESIA CATÓLICA EN CALIDAD DE TUTORA MORAL Y ESPIRITUAL DEL PROCESO, 9 de Marzo de 1990.

⁴⁰ <http://es.wikipedia.org/wiki/M-19>

Antonio Navarro fue ministro de Salud durante el gobierno de César Gaviria y ha continuado siendo figura relevante de la política del país siendo alcalde de la ciudad de Pasto, representante a la Cámara, senador, entre otros.

En la actualidad el M-19 ya no existe formalmente como movimiento militar o político particular; sin embargo, varios de sus antiguos miembros hacen parte de la coalición de izquierda conocida como el Polo Democrático Independiente.

En términos generales la reincorporación de los militantes de este grupo guerrillero aparentemente fue afortunada, dado que se les reconoció un estatus político, no obstante, en realidad se encontraban en presencia de una exclusión política encubierta, tanto así que su principal líder Carlos Pizarro, fue asesinado cuando se disponía a participar en las elecciones presidenciales.

1.4 ESTADO ACTUAL DEL CONFLICTO

Como ya se ha manifestado anteriormente, la guerra se ha militarizado, en la medida en que crecen los aparatos armados necesitan más dinero y pueden capturar más rentas lícitas o ilícitas. Incapaces de tomarse el Estado, copan, como señores feudales en guerra, cada vez más regiones donde lo sustituyen. Su método de 'gobierno', el terror, "minimiza los costos militares y maximiza el control de territorio", pero, por su causa, el apoyo de la población

"depende cada vez menos de la convicción y cada vez más del instinto de supervivencia". El resultado es una frontera cada vez más difusa entre violencia política y violencia ordinaria y una guerra en esencia criminal, que cobra cada vez más víctimas inocentes y a la que ingresa cada vez menos gente por razones políticas.

Paradoja final: esa guerra política y social en sus orígenes, se volvió degradada y criminal, y, aún con sus epicentros en el país lejano y marginal, amenaza cada vez más al centro.

De otro lado la violencia generada por la guerrilla condujo al apareamiento de las Autodefensas Unidas de Colombia, grupos paramilitares que son una respuesta social y política a la organización guerrillera y surgen como consecuencia de la ineptitud de los diferentes gobiernos para hacer frente a los problemas de seguridad y presencia estatal en las zonas rurales, sin embargo, es una organización armada al margen de la ley que al igual que la guerrilla se ha visto en la necesidad de financiarse a través de actividades ilegales e ilícitas y no ha estado exento de desmanes en el ejercicio de la fuerza, cayendo en la ejecución de reprochables conductas criminales.

En todo caso, el objetivo de la guerrilla es tomar el poder (y el de los paramilitares defenderlo), porque las necesidades financieras de una y otros los empujan hacia donde está la riqueza (y al Estado a cuidarla), y porque, a causa del narcotráfico, el conflicto ha afectado profundamente las relaciones

internacionales, esa guerra periférica está cada vez más en el centro de Colombia y se ha convertido en un freno absoluto al desarrollo humano.

La extensión de la guerra civil colombiana y los excesos de brutalidad a que está llegando, acaban de inspirar un pedido militar urgente para articular una legislación de movilización nacional que trate de contener el avance y el crecimiento de las guerrillas y los paramilitares. El pie de fuerza de las dos principales guerrillas izquierdistas de Colombia (FARC y ELN) y el de las paramilitares de extrema derecha (AUC), se multiplicó en menos de tres años al pasar de 20,000 hombres alzados en armas a 43,100, de acuerdo con los últimos cálculos hechos por el Ministerio de Defensa. El Ejército de Colombia, en cambio, posee apenas 100,000 hombres para enfrentar a esas corrientes armadas por fuera de la ley, mientras los patrones internacionales aconsejarían tener no menos de 474,100. No es posible que un ejército regular pueda ganar una guerra civil si no tiene una provisión mínima de 11 combatientes por cada uno de los que militan con el enemigo.⁴¹

Ha manifestado el general Fernando Tapias, comandante de las fuerzas militares, en el sentido de que se promulgue una legislación de guerra. Sostiene que es prácticamente imposible enfrentar un estado de conmoción interna bajo el imperio de una legislación de paz como la actual. "Cuando hay guerra, se debe movilizar todo el estado", sentenció:

En todo caso, existe también la necesidad de robustecer a las fuerzas militares lo que debe producirse con la urgencia que

⁴¹ www.ministeriodedefensa.gob.co.

demandan el crecimiento y la carrera armamentista en que están comprometidos los guerrilleros y los paramilitares. Esas fuerzas, enemigas entre sí, ya no plantean una guerra de guerrillas tradicional sino de posiciones alrededor de las zonas del país donde prevalecen los cultivos de hoja de coca y amapola, apropiados para la producción de cocaína y heroína por medio de procedimientos en los que se utilizan precursores químicos que son fabricados y vendidos ilícitamente en Estados Unidos y Europa.

La lucha por el predominio de esas zonas le otorgan, solamente a las FARC, ingresos anuales líquidos estimados en \$430 millones, de acuerdo con Juan Carlos Echeverry, director del estatal Departamento Nacional de Planeación. El ministerio de Defensa, en cambio, dice que esos ingresos llegan a \$590 millones y son recaudados conforme a una tabla de tarifas fijas. Otra cantidad parecida la obtienen del secuestro, la extorsión y el asalto de bancos, entre otras actividades. No existen informaciones militares actualizadas sobre los ingresos económicos de los paramilitares, pero fuentes de ese ámbito, como el general Mario Montoya, comandante general del Plan Colombia (estrategia bélica de Washington y Bogotá contra la guerrilla y el narcotráfico), sostienen que esas agrupaciones terroristas de extrema derecha constituyen el brazo armado del narcotráfico. El propio jefe de ellas, Carlos Castaño, ha reconocido que 70% de sus ingresos provienen de las drogas ilícitas, el resto, de acuerdo con la Fiscalía General, lo completan aportes de empresarios, políticos, ganaderos y alrededor de \$100 millones que les deja la venta de gasolina hurtada constantemente de los gasoductos. El poder

económico de los bandos armados y enemigos entre sí les permite apertrecharse en condiciones muchas veces superiores a las del Ejército y aumentar constantemente el tamaño de sus tropas por medio, incluso, del reclutamiento forzoso y de menores de edad. Las FARC, por ejemplo, han dicho que su meta es la de llegar a tener, lo antes que les sea posible, un ejército de 100,000 hombres y aunque hoy ya tienen la fuerza irregular más grande del país, los paramilitares conservan un ritmo de crecimiento superior. El de aquéllos ha sido de 40% durante los últimos dos años y el de éstos de casi 100%.⁴²

Infelizmente, la práctica de las FARC ha mostrado que ante un ataque de las Fuerzas Armadas, utilizan a los civiles como escudos humanos y en casos extremos, los ejecutan. Esto ha ocurrido más de una vez y una de las grandes interrogantes que se hace el gobierno es qué métodos utilizar para seguir con las operaciones de rescate pero que a su vez, se minimice el riesgo a las personas que se está procurando rescatar.

Ante esto, el Estado se ha visto en la obligación de crear otros mecanismos de presión, teniendo en cuenta que la opinión pública nacional y extranjera está al tanto del accionar de estos grupos armados y que la política de recuperación del orden público se encuentra en pleno desarrollo. La estrategia planteada ha sido la implementación de un nuevo programa de reincorporación de guerrilleros y paramilitares puesto que de esta manera, (i)

⁴² El Tiempo, 13 de Octubre de 2004.

se permite reducir el número de efectivos, y (ii) se pretende demostrar ante la comunidad internacional que el gobierno sí tiene un compromiso de paz.

1.3.1 Programa de reinserción. Mediante el Decreto 128 de 2003 del Ministerio de Defensa, se crea el Programa de Reincorporación a la Vida Civil, cuyo objetivo es la reinserción de miembros de los grupos armados al margen de la ley.

Para efectos de llevar a cabo este programa, se creó el Comité Operativo para la Dejación de las Armas (CODA), el cual sesionará de forma permanente y tiene como funciones⁴³:

- (i) constatar la pertenencia del solicitante a la organización al margen de la ley, de conformidad con las disposiciones vigentes,
- (ii) realizar la valoración de las circunstancias del abandono voluntario,
- (iii) evaluar la voluntad de reincorporarse a la vida civil que tenga el desmovilizado,
- (iv) certificar la pertenencia del desmovilizado a una organización armada al margen de la ley y su voluntad de abandonarla, y
- (v) tramitar las solicitudes de aplazamiento o suspensión de la ejecución de la pena e indulto ante los jueces de ejecución de penas y los ministerios del Interior y de Justicia y el Derecho.

⁴³ Decreto 128 de 2003 del Ministerio de Defensa

Los principales beneficios de este programa incluyen:

- (i) servicio de salud y de seguridad social para el desmovilizado y a su núcleo familiar,
- (ii) la adopción de medidas de seguridad a cargo para la persona desmovilizada a cargo del Ministerio de Defensa o del Ministerio de Interior,
- (iii) beneficios económicos en el caso de que se entregue información eficaz para la prevención de ataques, liberación de secuestrados, intercepción de armamento, de droga u otras actividades ilícitas, y la captura de líderes guerrilleros o paramilitares, y
- (iv) beneficios económicos para la entrega de insurgentes.

Este instrumento jurídico permitió la suscripción del primer acuerdo entre las autodefensas unidas de Colombia y el Gobierno Nacional, es el acuerdo de Santa Fe de Ralito para contribuir a la paz de Colombia, firmado en Santa Fe de Ralito (Tierralta, Córdoba) el 15 de julio de 2003.

A propósito del proceso de desmovilización ha manifestado el alto comisionado para la paz Luis Carlos Restrepo:

Me voy a permitir simplemente leer los dos primeros puntos del acuerdo, para que se vea con qué claridad magistral se define hacia dónde vamos. “Acuerdan, Gobierno Nacional y

autodefensas, primero: definir como propósito de este proceso, el logro de la paz Nacional a través del fortalecimiento de la gobernabilidad democrática y el reestablecimiento del monopolio de la fuerza en manos del Estado. “Las AUC reiteran que su mayor aporte a la Nación en este momento histórico, es avanzar hacia su reincorporación a la vida civil y contribuir al fortalecimiento del Estado social de derecho”.

“Segundo: para el cumplimiento de este propósito, las autodefensas unidas de Colombia se comprometen a desmovilizar la totalidad de sus miembros, en un proceso gradual que comenzará con las primeras desmovilizaciones antes de terminar el presente año y que deberá culminar, a más tardar, el 31 de diciembre de 2005. El Gobierno se compromete a adelantar las acciones necesarias para su reincorporación a la vida civil”.

Queda claro entonces el propósito: logro de la paz nacional a través del fortalecimiento de la gobernabilidad y del reestablecimiento del monopolio de la fuerza en manos del Estado.

Queda claro el compromiso de las autodefensas: avanzar en la reincorporación a la vida civil, contribuir al fortalecimiento del Estado social de derecho, desmovilizar la totalidad de sus miembros antes del 31 de diciembre de 2005. Ratifican, además, su compromiso con el cese de hostilidades y como si fuera poco,

comparten el propósito de una Colombia sin narcotráfico y respaldan las acciones del Estado contra ese fenómeno.

Los compromisos del Gobierno, simples pero elocuentes: crear las condiciones para la reincorporación de los miembros de las autodefensas unidas de Colombia a la vida civil y generar las condiciones de seguridad para las comunidades donde ellos operan.

Ese mismo año con el Bloque Central Bolívar que hoy se encuentra sentado en la mesa unificada, firmamos el 8 de noviembre, un acta donde igualmente este grupo se compromete a desmovilizar la totalidad de sus miembros antes de finalizar el Gobierno.

Y el 13 de mayo del presente año, firmamos un nuevo acuerdo. El acuerdo para la zona de ubicación de Tierralta (Córdoba), donde nuevamente se reitera el compromiso con el cese de hostilidades, se establece como propósito de la zona consolidar los acuerdos logrados y avanzar hacia la definición de un cronograma de concentraciones y desmovilizaciones de las autodefensas.

Aquí tengo copia de los originales con las firmas de los señores de las autodefensas, estampadas al final de los documentos, quiero dejar para la Honorable Corporación estos documentos.

A eso nos atenemos nosotros. Que en medio de los juegos políticos y de los intentos de obtener más ventajas en una mesa de negociación, las autodefensas hayan intentado desmeritar la importancia de estos acuerdos para plantearle al país otras cosas, redefiniciones de cese de hostilidades, grandes comisiones de concertación nacional, nos tienen sin preocupación. Vuelvo e insisto, son simples efectos mediáticos.

En la mesa la realidad es otra. En la mesa nos atenemos a lo firmado. Y en la mesa el Gobierno ha sido claro que el único objetivo que se mantiene es el de la desmovilización total de las autodefensas, y que este Gobierno se compromete de manera indeclinable a prestar la seguridad en las zonas donde ellos operan. Esto debe quedar claro, no debe haber temor para avanzar en el proceso, no más ciudadanos haciéndole lobby al Gobierno, diciéndonos que no desmovilicemos las autodefensas. Abrámonos a la posibilidad de una experiencia colectiva de seguridad participativa y democrática, porque si no es Uribe quien pueda liderar un proceso de esas características, no me imagino quién pueda hacerlo.

Es hora de desarticular y desmovilizar las autodefensas. Las autodefensas ilegitiman la democracia. Las autodefensas empañan la imagen del Gobierno y de la Fuerza Pública. Las autodefensas dividen a la Nación con sus acciones de justicia privada, que no son otra cosa que venganza. Tenemos la oportunidad histórica de desmovilizar a estos hombres y por supuesto, de brindarle la posibilidad de que vuelvan al seno de la sociedad. Aquí no hay que tener dudas.⁴⁴

Como se puede observar, en el proceso de pacificación del país los hechos se han adelantado a los marcos normativos, es así como el proceso de desmovilización empezó antes de que se establecieran las garantías jurídicas para los desmovilizados en materia penal por lo que tal como muchos de ellos lo han manifestado, se trata de una ley de sometimiento la que se pretende sancionar y no un acuerdo de paz, esta es la razón por la cual muchos miembros de los grupos irregulares rechazan el proyecto de ley de “Justicia y Paz” que busca la reincorporación de los miembros de los grupos armados al margen de la ley.

Ahora, el debate se centra en éste punto y más aun en el hecho en que se esté llevando el proceso de negociación sin que haya un cese efectivo de hostilidades, que entre los puntos del proyecto de ley presentado por el Gobierno no se tiene en cuenta el tema de los secuestrados y lo más

⁴⁴ INTERVENCIÓN DEL ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ, LUIS CARLOS RESTREPO, EN LA PLENARIA DEL SENADO, DURANTE EL DEBATE SOBRE EL PROCESO DE PAZ CON LAS AUTODEFENSAS. Senado de la República, 3 de Agosto de 2004.

importante, el temor que muchos abrigan en cuanto a que esta ley signe la impunidad, toda vez que en la actualidad el Estado Colombiano se ha reservado el derecho de juzgar los crímenes de lesa humanidad por lo que el juicio de éstos no va a la Corte Penal Internacional.

Por lo pronto la violencia no termina y a la fecha seis proyectos han sido presentados en el congreso.

CAPITULO III
EXPECTATIVAS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE UNA JUSTICIA
TRANCISIONAL COMO ESTRATEGIA DE POLITICA CRIMINAL PARA LA
SOLUCIÓN DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO

El marco histórico-jurídico reseñado anteriormente es el que nos permite la realización del análisis en concreto de la política criminal adoptada y por adoptar por parte del gobierno respecto de los miembros de los grupos alzados en armas.

Lo que interesa ahora analizar es aquella política criminal propia a un Estado de Derecho social y democrático como el Colombiano, cómo ha de ser el poder de definición de los procesos criminales en un Estado que tiene como fundamento la libertad y la igualdad.

En un Estado Democrático y Social de Derecho como el nuestro, la política criminal en cuanto tiene que partir del mundo real y por tanto utilizando metodología y técnicas propias al estudio de los fenómenos sociales, necesariamente tendrá que llegar a la conclusión que el principio de igualdad en que se funda el Estado no es una realidad, sino sólo un programa, es decir que existen desigualdades en las condiciones de vida de los ciudadanos, que de una u otra forma han conducido a crear una discriminación que se plasma en una desigual distribución de la criminalización, es decir, en terminos generales se ha estigmatizado a ciertos sectores y por otra parte y en este sentido la política criminal ha sido

oportunista y represiva en la medida en que su efectividad se ha visto única y casi exclusivamente en la estadística de la inversión en el sostenimiento y tecnificación de la fuerza estatal de un lado, y de otro en las cifras de judicialización del delito. Luego, un primer aspecto a considerar es la necesidad de redistribuir el poder de criminalización, de modo entonces de ir descendiendo las cuotas de discriminación. A su vez ello significa que tal redistribución ha de abarcar todo el sistema criminal, las leyes, la policía, el proceso, etc. Por eso, la tendencia en la configuración de una política criminal de un Estado Democrático y Social de Derecho, tiende a que se descriminalice comportamientos (delitos de bagatela, hechos que no afectan a un bien jurídico, etc.), más al mismo tiempo se criminalice otros (así hechos contra el medio ambiente, contra la calidad del consumo, etc.).

Ahora bien, precisamente esta desigual distribución de la criminalización, obliga a considerar al propio sistema de control penal como criminalizador y criminógeno, esto es, con un abuso o exceso de violencia, y, por tanto, ello requiere llevar a cabo su constante revisión.

Se trata, por otra parte, si se es coherente con el principio de igualdad, de asumir que en una sociedad hay diferencias culturales y sociales, lo que obliga a su vez a una mayor profundización crítica de la desigual distribución del poder de definir lo criminal y su tratamiento, el caso más claro de ello es la forma como el poder penal se ha relacionado con las culturas indígenas o autóctonas, desconociendo y subyugando su cultura y por tanto su lengua y sobre todo sus formas jurídicas, no obstante en Colombia la Constitución de 1991 dio la base jurídica para la constitución de la jurisdicción especial indígena su operatividad ha sido relativa y se ha definido más desde la

jurisprudencia que desde el ámbito legislativo, específicamente en este caso es de radical importancia la participación interdisciplinaria basicamente en la solución de cada caso en concreto.

Por otra parte, una política criminal que tiene como fundamento la libertad, no puede partir desconociéndola y convirtiendo a las personas en meros instrumentos. De ahí que el punto de partida no puede ser una separación entre buenos y malos, entre determinados al crimen y otros que no, sino de una relación libre de las personas con el sistema. Desde esta perspectiva lo fundamental es la relación entre la persona y el Estado, en el sentido que el Estado está al servicio de la persona y para su felicidad, es el reconocimiento de la persona como ente autónomo y por eso mismo de sus derechos y garantías. En Colombia no es posible partir de dos bandos cuando en una misma familia un hijo es guerrillero y otro paramilitar, no son casos extraños, pero aún el más radical y excéptico no desconoce que somos una nación, una gran familia que no puede limpiamente dividirse en dos bandos. En un Estado Democrático y Social de Derecho como el nuestro en el que la libertad en su sentido amplio, se ha restringido por parte de los actores armados, el Gobierno precisamente debe buscar la creación de éstos espacios de discusión en torno de lo público, brindando las garantías necesarias para ejercer la libertad de expresión.

Es decir, el programa político criminal ha de estar dirigido a establecer el máximo de espacios de libertad de las personas con el sistema. Por eso no se puede partir de la premisa que las normas son imperativas ni que motivan a las personas, no podemos incurrir en el fetichismo jurídico, ello contradice el principio de libertad, las leyes simplemente instruyen o informan sobre

determinados modelos de comportamiento, esto sin demeritar su efecto simbólico. Luego, no sólo la fuerza, la tortura, contradicen la libertad, sino también la manera como se concibe la relación entre el sistema y las personas, vease lo que ocurrió con la experiencia del Frente Nacional, acaso esta exclusión política no propició el origen de la guerrilla?.

El poder penal no puede ser configurado de tal manera que excluya el ejercicio de los derechos de una persona o lo elimine en cuanto tal. Es por eso que una política criminal en relación a la seguridad ciudadana, la seguridad no es sino la condición básica de la libertad, no puede servir justamente para afectar la libertad. La seguridad ciudadana no se puede convertir a pretexto de situaciones de emergencia en una violación constante de los derechos fundamentales o en una informadora de una política criminal destinada a su afeción. No hay pues una equivalencia entre seguridad (u orden) y libertad; la seguridad (o el orden) son sólo presupuestos para una mayor amplitud de la libertad y, por tanto, en caso alguno pueden ser configuradas de modo que la restrinjan, es el caso de las protestas estudiantiles que en no menos de varias ocasiones han terminado en tragedia como ha sucedido en nuestra universidad, eventos en los que la supuesta seguridad pública ha sido la excusa para restringir la libertad y atropellar otros derechos fundamentales.

De ahí que hoy, dado que las formas de control están repartidas, que cada vez hay más organismos de seguridad de todo tipo más allá de los aparatos públicos, las garantías a la libertad han de ser más profundas e intensas. La relación persona Estado, no es sólo con la sociedad política, sino también con la civil.

Pero también se trata de una política criminal de un Estado social, luego ello exige que haya una socialización del poder de definición. Esto es, una efectiva participación de todos, no sólo en el sentido representativo (esto es, a través de la elección de representantes) sino también mediante la descentralización real; lo cual, por una parte puede implicar formas plebiscitarias, pero también un aumento de la desproblematización de la cuestión criminal, en el sentido de devolver a las partes la resolución de los conflictos sociales. Si la cuestión criminal no es más que un conflicto social muy intenso que se ha problematizado y definido desde el poder que lo asume y controla, se trata entonces de devolver a las personas lo que les es propio y que ellas mismas lo superen, de ahí la necesidad de intensificar las formas de mediación o reparación, lo cual se ha venido implementando en nuestra legislación en varias ramas del derecho en las que es posible que los particulares mismos solucionen sus problemas a través de las denominadas formas alternativas de solución de conflictos.

Una socialización del poder de definir implica a su vez un control del control, esto es, propiciar instancias comunitarias participativas que ejerzan un control de los poderes de definición, tanto públicos como privados. De ahí que no sólo han de darse agrupaciones de consumidores, ecologistas y otras, sino sobre todo de defensa de los derechos fundamentales o humanos.

Se trata por tanto de la construcción colectiva de una cultura política en la cuál se supere la apatía o el temor de participar en la solución de conflictos sociales, de manera que en el proceso alternativo, no necesariamente penal

de solución, se consiga la restauración del tejido social y la reparación a la víctima.

Por último ha de tenerse en cuenta que una política criminal en un Estado de Derecho; simplemente se trata de la organización jurídico social del sistema, no hay pues una fundamentación absoluta o categorica, no se trata de una cuestión de fe ni de carácter científico puro, sino de algo relativo en cuanto está destinado sólo a una mejor organización del sistema para la felicidad de las personas. De ahí que se hace necesario se reconozca al sistema de control penal como una cuestión de extrema y estricta necesidad, pero sin que ello tenga capacidad para legitimarlo, sino simplemente para hacerlo explicable desde una política criminal cuyo sentido tiene que ser el que los conflictos sociales se resuelvan por vías no violentas, es decir sobre la base de acuerdos y consensos de ciudadanos pensantes y comprometidos con el bien general y no solamente el suyo.

Ha de haber conciencia en que la violencia ejercida legítimamente por el estado a través del derecho penal ha de ser la mínima necesaria en sí misma para el cumplimiento de sus fines disuasivos y preventivos, dejando las posturas radicales retributivas de ojo por ojo y diente por diente.

Es así como en los Estados modernos repugnan las violencias duras, como la pena de muerte, el presidio perpetuo, las penas largas privativas de libertad, pues así se contradice en forma sustancial la finalidad perseguida. Por el contrario, hay que privilegiar formas alternativas al control penal, sin

que se vea afectado el sentimiento de seguridad subjetivo de cada ciudadano y la necesidad de reparación del delito.

En conclusión, una política criminal democrática tiene que partir reconociendo que el poder de definir no es más que una facultad del Estado, su autoconstatación, y que por tanto no hay una cuestión de legitimidad, sino simplemente que las propias personas le han otorgado un poder para ponerlo al servicio de las personas. Pero sin desconocer al mismo tiempo que tal servicio a través del ejercicio del control penal implica a su vez siempre violencia y que si la finalidad de un sistema democrático es resolver los conflictos sociales a través de la no violencia, ciertamente hay entonces una ilegitimidad de origen en el control penal, que necesariamente ha de estar considerada en la base de una política criminal democrática. De ahí que el ejercicio del control punitivo ha de estar basado en argumentos tan fuertes (extrema ratio) que justifiquen tal servicio y por eso mismo, por esencia, sujeto a crítica y revisión constante.

Se reitera que cualquier política criminal intentada en nuestro país, por la naturaleza de nuestro Estado y por explícito mandato constitucional, debe estar sujeta al respeto de la dignidad de la persona, segundo debe velar por la seguridad pública reflejada en la adecuada protección de bienes jurídicos, en cuanto ellos son propios a la persona y por último, el ejercicio del poder punitivo como extrema ratio y fundamentado en el principio de legalidad de los delitos y las penas, cuya base esta en el principio de conocimiento, esto es, que las personas conozcan qué es lo que está prohibido, la norma sólo tiene un sentido instructivo o informador.

Lo anterior porque el sistema democrático exige la redistribución del poder penal, el favorecimiento a las libertades de las personas y la devolución a los propios participantes el poder de definir y de propiciar un control del propio poder penal.

Sólo así podremos configurar una política criminal de un Estado social y democrático de Derecho, de todo lo anterior se colige que la alternatividad penal no vulnera los principios esenciales del Estado Social de Derecho en la medida en que las formas alternativas de sanción penal están dadas por el legislador conforme al principio de la legalidad.

En el primer capítulo de la presente monografía se consignaron los tentativos pasos y procedimientos a efectos del diseño de una política criminal efectiva, se anotó que en primera medida era preciso efectuar un diagnóstico profesional, con ello formular unos objetivos para plantear la solución a los problemas surgidos, revisar la factibilidad (que objetivos se pueden conseguir realmente y primeramente), diseño de las estrategias y la evaluación del impacto de ellas, diseño de las acciones a ejecutar, desarrollo de programas, evaluación de los resultados y nuevo diseño con fundamento en ello de una nueva política criminal.

Pero como ya se había manifestado el manejo de la política criminal en nuestro país no ha tenido una continuidad, su aplicación solo se limita a un término corto de cuatro años correspondiente al periodo presidencial, esto ha hecho ineficaces las estrategias de posibles soluciones a los problemas de fondo que nos afectan, el conflicto interno se ha mantenido a lo largo de

nuestra relativa corta historia como nación independiente, precisamente porque se ha dejado a la buena fe o a las convicciones personales de alguien la propuesta de una política criminal seria en la cuál se sigan los pasos de elaboración señalados en el párrafo precedente.

De todas formas nuestra larga historia de conflicto interno nos da en la actualidad una ventaja, la cuál es la de evaluar los resultados de los instrumentos de política criminal ya ensayados, es así como se consideró necesario efectuar la reseña del capítulo II, de la cuál podemos concluir que independientemente de que se apliquen o no formas alternativas de sanción penal, si se conceden amnistías o indultos, el principal enemigo de la paz es la exclusión política que puedan sufrir los reinsertados y la falta de garantías de vida, seguridad e incorporación a la sociedad, la difícil definición de el delito político conexo en cada caso en concreto que permita filtrar el fenómeno de la impunidad en orden a reglar el proceso de paz conforme a los lineamientos del artículo 93 de la Constitución Nacional.

La concesión de penas alternativas y de indultos o amnistías son eventos no extraños a nuestra historia, es decir en cierta medida son coyunturales, lo de fondo y que determina el éxito de una política criminal seria es la implementación por parte del gobierno de planes y programas por los cuales se informe a los ciudadanos acerca de sus derechos, se les permita acceder a condiciones dignas de vida y se les creen espacios seguros para la participación política, todo con el fin de lo que se denomina la formación de una cultura política que permita que todos los ciudadanos consigan un nuevo pacto de convivencia.

Es así como el gobierno debe crear mecanismos no solamente jurídicos que permitan la desmovilización, reinserción y el sostenimiento de la paz. Desafortunadamente históricamente en las tentativas de solución de los conflictos internos, los acuerdos de paz han adolecido de la implementación para su efectividad de la creación de éstas garantías, todo lo contrario, agentes del Estado han desbordado la legalidad y ha aniquilado al anteriormente -adversario, vease lo sucedido en la guerra de los mil días y la reincorporación de miembros del M-19.

En la actualidad el proceso de paz que se inició en el año 2003 con las autodefensas cobija un campo jurídico más amplio al existir la posibilidad también para la guerrilla, esto era apenas lógico teniendo en cuenta que efectivamente estos si cuentan con el reconocimiento de fuerzas beligerantes, mientras que los paramilitares no, en todo caso los diferentes intereses que giran hoy día en torno a la guerra conducen a la conclusión que tanto unos como otros carecen de fundamento y motivación política en su proceder, por lo que poco o en nada se diferencian del delincuente común, por lo que no sería posible beneficiarlos con indultos, amnistías e incluso con la concesión de penas alternativas, de todas formas, como ya se manifestó, es absurdo persistir en el ejercicio de la violencia para la solución de los conflictos internos, por lo que desde una óptica histórica global y hasta maquiavélica, podría decirse que un sistema de justicia transicional para la solución del conflicto armado interno es mas efectiva y menos costosa que el recrudescimiento de la guerra.

En todo caso persiste la sombra de la crítica internacional en cuanto al acatamiento de los derechos humanos y por ende la penalización de

crímenes atroces y de lesa humanidad, los cuáles obviamente son inaceptables, pero ahí debe estar la habilidad del operador jurídico, en poder filtrar en cada caso en concreto la impunidad de estos crímenes al amparo de los delitos políticos y conexos, se trata de una labor que requiere mucha preparación y análisis juicioso de cada caso.

Junto con el tema de la impunidad igualmente aparece la discusión en torno a los derechos de las víctimas y la tutela a los derechos humanos y la prevalencia del derecho internacional humanitario, temas que han tomado especial relevancia con ocasión del Proyecto de ley de “Justicia y Paz” que se tramita hoy día en el congreso, por lo que se considera pertinente hacer un estudio de la misma ya que refleja el manejo de la política criminal del gobierno actual en este aspecto.

Del estudio del texto de la exposición de motivos del proyecto de Justicia y Paz, se infiere que si bien hay muy bien voluntad, lo cierto es que carece de una justificación científica como propuesta, en concreto y encontramos que la justificación de la propuesta del proyecto de Ley de Alternatividad penal es la consecución de la paz nacional, tal fundamento esta consignado en el encabezado del proyecto de ley estatutaria 211 de 2005 que dice:

“Por la cual se dictan disposiciones en procura de la reincorporación de miembros de grupos armados que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional”.

Al respecto podemos decir este fundamento es amplio y es el que siempre se persigue, entendido éste derecho como aquel que perteneciendo a la familia de derechos de la tercera generación, pretende concretar los valores de paz y solidaridad en las relaciones sociales, de tal manera que la vida humana queda garantizada mediante un sistema social en el que los conflictos no se resuelven mediante la fuerza, sino mediante el diálogo y otras formas de acción social no violentas.

El sujeto activo es ante todo, la humanidad, por dos razones fundamentales: porque la propia supervivencia de la humanidad está en juego y porque existe el peligro de destrucción total y no sólo por la potencia destructora de la bomba atómica, sino también de otras muchas armas.

Sólo a partir del reconocimiento efectivo del derecho a la paz pueden ser reconocidos otros derechos humanos básicos, hoy prioritarios, como el derecho al desarrollo, el derecho a la autodeterminación de los pueblos o el derecho a un medio ambiente sano. También es sujeto activo del derecho a la paz es el Estado, en cuanto que éste puede reclamar el derecho a no ser agredido. Igualmente es sujeto activo los grupos sociales en cuanto que detentadores de derechos que son violentados por el fenómeno bélico, como es el caso de las minorías raciales. Son sujeto activo las personas individuales, en cuanto que las guerras suponen la negación del derecho a la vida, de las libertades individuales, de la igualdad, de su bienestar y de su propiedad. Lo son también, en fin, los pueblos.

- a) Sujeto pasivo son los Estados tanto individualmente considerados, como en su totalidad como unidad. El objeto del derecho a la paz es la paz misma.

El fundamento último del derecho a la paz es la dignidad de la persona humana, y consiguientemente, de los pueblos. El fundamento inmediato del derecho a la paz es la seguridad frente a la violencia e irracionalidad, bien sea la violencia e irracionalidad de la guerra, con la destrucción a manos de los ejércitos de la vida humana, del medio ambiente, del patrimonio cultural..., bien sea la violencia e irracionalidad del terrorismo, bien sea la violencia e irracionalidad del terrorismo de Estado.

Puede afirmarse que si no existe ninguna justificación del "ius in bellum", la paz es un derecho absoluto, en cuanto que no puede ser sometido a restricciones o limitaciones, pues la sola existencia de éstos, supone la negación del derecho a la paz, y en consecuencia, de todos los demás derechos que de él derivan. La paz es un derecho colectivo.

En cuanto a la política criminal del Estado colombiano propuesta en relación con los alzados en armas, se puede decir que al menos formalmente se ha sujetado a los tratados internacionales de derechos humanos, se ha establecido en el artículo primero las delimitaciones jurídicas de la aplicación de la ley así:

Artículo 1. Ámbito de la Ley, interpretación y aplicación normativa. La presente Ley regula lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios Judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional.

La interpretación y aplicación de las disposiciones previstas en esta Ley deberá realizarse de conformidad con las normas constitucionales, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, las disposiciones de Derecho Internacional Humanitario y el conjunto de principios para la protección y la promoción de los Derechos Humanos, mediante la lucha contra la impunidad.

La incorporación de algunas disposiciones internacionales en la presente Ley no debe entenderse como la negación de otras que regulan esta misma materia.⁴⁵

Es fundamental lo consignado en este artículo ya que elimina cualquier temor que pudieran tener ciertos sectores respecto de la política criminal pretendida a través de esta ley en lo que respecta principalmente a la impunidad además que por sí mismo establece la constitucionalidad del proyecto y ratifica la voluntad del gobierno en el fortalecimiento de los derechos fundamentales que posee todo ser humano y que están íntimamente ligados a la garantía de la dignidad de su ser sin que la implementación de una justicia transicional tenga que pugnar con el derecho a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas y de la sociedad en general, derecho éste que se consagra en el artículo 2 del proyecto de ley.

Por víctima las personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños, incluidos lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones que transgredan la legislación penal vigente, cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley.

Se tiene por víctima al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad de la víctima directa, cuando quiera que ésta hubiere sido asesinada o estuviere desaparecida. La condición de víctima se adquiere con independencia de que se identifique, aprehenda, procese o condene al autor de la conducta punible y sin consideración de la relación familiar entre éste y la víctima.

⁴⁵ PROYECTO DE LEY 211 DE 2005.

Toda víctima tiene derecho a la justicia, la verdad y la reparación, el primero como el derecho inalienable, pleno y efectivo que tiene tanto la víctima como la sociedad a conocer la verdad sobre los acontecimientos pasados, así como sobre las circunstancias de violación de los derechos humanos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley. En especial que las víctimas tienen el derecho de conocer la verdad sobre las violaciones de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario cometidas contra ellas y sus familiares. en especial, sobre el paradero de las víctimas de desaparición forzada, secuestro, reclutamiento forzoso y masacres. Las autoridades del Estado deben investigar lo sucedido a las víctimas de estos crímenes, e informar a sus familiares de la suerte que han corrido. Y el deber que tiene el estado de la investigación de los mismos sin perjuicio de la puesta en práctica en el futuro de otros mecanismos no Judiciales de reconstrucción de la verdad.

En cuanto al derecho a la justicia como el deber del estado de realizar una investigación efectiva que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por graves violaciones de derechos humanos y de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por los grupos armados al margen de la ley. Especialmente debe asegurarse a las víctimas de las violaciones el acceso a recursos eficaces, y tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones.

Consagra también la definición de reparación estableciendo que se entiende por reparación comprende las acciones de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción, para obtener las garantías de no repetición. La

restitución consiste en devolver a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito. La indemnización consiste en compensar económicamente los perjuicios causados por el delito. La rehabilitación consiste en recuperar a las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito.

La satisfacción consiste en restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido. Además de las anteriores, las garantías de no repetición comprenden, entre otras, la puesta en marcha de mecanismos de reparación simbólica y colectiva.

Define la reparación simbólica toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general, que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.

En cuanto a la reparación colectiva dice que debe guiarse por el enfoque de reconstrucción sico-social de atención a poblaciones afectadas por la violencia. Este mecanismo se prevé de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de homicidios múltiples y otros hechos de violencia sistemática. Obviamente la reparación solo procederá si la víctima se encuentra viva y la solicita. Se crea el Tribunal de verdad, justicia y reparación con el fin de ordenar las reparaciones individuales, colectivas o simbólicas que sean del caso.

Lo anterior en ningún modo contraviene los preceptos constitucionales, y por el contrario como elemento constitutivo para alcanzar la paz, resulta de gran importancia, pues no solo se hace la reparación individual a las víctimas, sino que propende por una reparación del entramado social, cumpliendo una importante función pedagógica y refuerza los fines de la pena, consagrados el artículo 4 del Código Penal y que son:

- . La prevención general.
- . Retribución justa.
- . Prevención especial.
- . Reinserción social.
- . Protección al condenado.

De otro lado el capítulo II del proyecto de ley se consagran los beneficiarios de la ley y el procedimiento a seguirse así:

Artículo 9. Requisitos de elegibilidad. Podrán acceder a los beneficios que establece la presente Ley:

9.1. Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley, siempre que se encuentren en el listado de que trata el artículo siguiente, previa aceptación del mismo por parte del Gobierno Nacional y que reúnan las siguientes condiciones:

9.1.1. Que el grupo haya suscrito un acuerdo de paz con el Gobierno Nacional y entregado la información de que trata el artículo siguiente;

9.1.2. Que el grupo haya cesado las hostilidades así como todo ataque a la población civil,

9.1.3. Que el grupo se haya desmovilizado en los términos que establezca la ley.

9.1.4. Que el grupo haya puesto en libertad a toda persona que hubiere retenido, y;

9.1.5. Que el grupo haya entregado al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la totalidad de menores de edad reclutados y que hagan parte de su organización;

9.1.6. Que el grupo de que se trate no tenga como objeto principal el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito.

9.2. También podrán acceder a los mecanismos de alternatividad penal, los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que se hayan desmovilizado individualmente, y contribuido a la consecución de la paz nacional y que reúnan las siguientes condiciones:

9.2.1. Que haya suscrito un acta de compromiso con el Gobierno Nacional;

9.2.2. Que haya cesado las hostilidades así como todo ataque a la población civil;

9.2.3. Que se haya desmovilizado y dejado las armas en los términos que establezca el Gobierno Nacional para el efecto.

Artículo 10. Lista de Personas Beneficiarias del Acuerdo. Cumplidos los requisitos de que trata el numeral 9.1. del artículo anterior, el Gobierno Nacional entregará a la Fiscalía General de la Nación el listado de los miembros del grupo que podrán acceder a los beneficios previstos en la presente Ley.

La lista contendrá, además de la identificación de las respectivas personas, un organigrama del grupo que incluya las fechas probables de ingreso de los distintos miembros. También deberá contener el inventario conocido por el Gobierno de las armas, municiones, explosivos, pistas de aterrizaje, vehículos de transporte y demás bienes muebles e inmuebles utilizados por el grupo en el desarrollo de sus actividades delictivas.

El grupo armado deberá entregar al Gobierno Nacional la información que corresponda sobre los lugares en los cuales se hallen fosas comunes o cuerpos de personas desaparecidas o asesinadas.

Los documentos así remitidos tendrán el valor probatorio que corresponde a la prueba documental.

El asentimiento expreso e individual de hacer parte del acuerdo de paz y de cumplir sus condiciones debe surtirse en la versión preliminar.

El Gobierno Nacional deberá establecer un mecanismo de verificación de veracidad de la información que trata el presente artículo, e informará a la autoridad judicial correspondiente en caso de encontrar alguna incongruencia, para que se tomen las decisiones a que haya lugar dentro del proceso.

Para efectos de orientar las investigaciones, el Gobierno deberá entregar a la Fiscalía una lista de los delitos presuntamente atribuidos al grupo armado de que se trate.

La información suministrada por el grupo armado, y la verificación que de la misma haga el Gobierno, no inhibirá ni limitará en ninguna forma las investigaciones o futuras acciones que se puedan adelantar por otros hechos, o por el presunto origen ilícito de otros bienes.

Cuando se trate del evento previsto en el numeral 9.2. del artículo anterior, el Gobierno Nacional entregará a la Fiscalía General de la Nación copia del compromiso suscrito por el miembro del grupo armado al margen de la ley para que este pueda acceder a los beneficios previstos en la presente Ley.⁴⁶

Esta es una de las garantías que se ha establecido para filtrar los verdaderos propósitos de quienes pretenden ser beneficiarios de la Ley, de manera que el fin no solo sea el beneficio de una pena alternativa, sino que el orden público se vea beneficiado, son parámetros que se presuponen, pero era precisa su consagración expresa bajo el imperio de la ley, de ésta manera se garantiza la utilidad de la ley como instrumento de política criminal y el fin de la misma.

El capítulo III consagra un “beneficio” del obtenimiento de una figura procesal no utilizada anteriormente como de justicia transicional como es el proferimiento de resolución inhibitoria emitida en la naciente Unidad Especial de Fiscalía para la Verdad, la Justicia y la Reparación, para quienes se vean involucrados en delitos políticos y menores siempre los miembros de los grupos armados mantengan vigentes las condiciones establecidas en el artículo 9 de la, que el imputado decida acogerse a este beneficio y que se trate de uno de los siguientes eventos:

⁴⁶ Ob. Cit.

- ♦ Que el sindicado no se encuentre comprometido, en calidad de autor o determinador, por conductas que no son susceptibles de indulto o amnistía.
- ♦ Que se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad cuyo máximo no exceda de seis (6) años.

El artículo 12 consagra los requisitos para poder dictar la resolución inhibitoria, dice que sólo será procedente si al momento de adoptar la decisión se cumplen los siguientes requisitos:

- 12.1. Que se cumplan las condiciones mencionadas en el artículo anterior;
- 12.2. Que el sindicado hubiere dado ante la Fiscalía para la Verdad Justicia y Reparación una versión completa sobre los hechos en los que se vio involucrado;
- 12.3. Que el sindicado acepte entregar los bienes obtenidos de manera ilícita;
- 12.4. Que el sindicado hubiere colaborado de buena fe en el proceso de paz y aceptado el desmantelamiento del grupo armado al que pertenece;
- 12.5. Que durante el tiempo de la investigación previa el sindicado se hubiere sometido satisfactoriamente al programa de reincorporación diseñado por el Gobierno Nacional para el efecto;
- 12.6. Que el sindicado reconozca los hechos y su responsabilidad sobre ellos, y de manera expresa pida perdón por el daño causado a las víctimas y a la sociedad.⁴⁷

El artículo 13 consagra las reglas especiales para dictar resolución inhibitoria, el 14 la suscripción de acta de compromiso, entre cuyas obligaciones se cuentan: Respetar y valorar a las víctimas y reconocer su dignidad y derechos; no cometer delito doloso; no hacer apología o defensa, a ningún título, de los delitos cometidos y someterse integralmente al programa de reincorporación diseñado especialmente por el gobierno.

⁴⁷ Ibid.

El artículo 15 determina el periodo de vigilancia en dos (2) años y el 16 trata de la extinción de la acción por cesación de procedimiento, estos son aspectos procedimentales necesarios para garantizar la efectividad de la aplicación en éstas condiciones de la figura de la resolución inhibitoria.

El capítulo IV consagra que quienes no resulten favorecidos de la resolución inhibitoria y resulten condenados serán favorecidos con la acumulación jurídica de las penas, incluso de aquellas impuestas antes de la celebración del acuerdo de paz, siempre que se trate de delitos cometidos con ocasión de la pertenencia del condenado al grupo armado organizado.

Reglamenta a continuación la utilización de uno de los mecanismos procesales que hacen efectiva la alternatividad penal, como es el beneficio de libertad condicional ya en el capítulo precedente estudiado.

Establece que la persona que pertenezca a un grupo armado organizado, que no reúna las condiciones para que se le dicte resolución inhibitoria, podrá acceder a la libertad condicional, antes de la libertad definitiva, cuando haya cumplido la pena alternativa establecida en la sentencia condenatoria por medio de la cual el Tribunal de la Verdad la Justicia y la Reparación se pronunció.

En cuanto al tiempo de privación efectiva de la libertad en un establecimiento de reclusión dice que no podrá ser superior a diez (10) años ni inferior a cinco (5) años, pero si el tiempo de la pena establecida en el Código Penal con rebajas y beneficios es inferior a cinco (5) años, ese periodo será el que

se aplicara como pena mínima, pero no se podrán aplicar beneficios o rebajas complementarias.

Para acceder a este beneficio el sindicado indiciado, imputado o acusado deberá haber realizado confesión de los delitos cometidos; declarado y restituido los bienes adquiridos en virtud de sus actividades delictivas; colaborar de manera eficaz con la justicia, ayude a reconstruir la verdad y acepte el desmantelamiento del grupo armado al que pertenece; reconocer los hechos y su responsabilidad sobre ellos, y de manera pública pida perdón por el daño causado a las víctimas y a la sociedad.

Además para la concesión del beneficio de la libertad condicional deberá acreditar el cumplimiento del mínimo de la pena, cumplimiento de los actos de reparación impuestos en la sentencia; buen comportamiento del condenado durante su tiempo de reclusión; no realización de actos de apología al delito o de justificación de las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. expreso su compromiso de no cometer en adelante delito doloso; comprometerse a comparecer personalmente durante el período de supervisión ante la autoridad judicial competente, cuando fuere requerido para ello, todo lo cuál se consignará en el acta de compromiso.

La supervisión del cumplimiento se hará por un periodo de prueba equivalente a la quinta parte del tiempo en que permaneció efectivamente privado de la libertad, para lo cuál el Tribunal para la Verdad, la Justicia y la

Reparación podrá adoptar todas las medidas que se considere necesarias, incluidas visitas periódicas a la residencia de las personas objeto de la presente ley o de las víctimas y el seguimiento electrónico de los desplazamientos de los condenados. En cuanto a la revocatoria y la libertad definitiva se mantiene lo aplicable al manejo clásico de ésta figura.

Respecto de este punto se evidencia que la ley busca establecer un tratamiento diferenciado a los miembros de estos grupos armados organizados al margen de la ley, desde la óptica constitucional ha de analizarse a la luz del artículo 13 de la Carta Política de 1991, según el cual:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozaran de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. (...)”

Además también a la luz del el artículo 3º de la Ley 74 de 1968 -aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-, que garantiza a hombres y mujeres la igualdad en el goce de los derechos civiles y políticos.

Podría con fundamento en estas normas acusarse en este punto la ley de inconstitucional por establecerse una discriminación frente a los demás ciudadanos, pues quienes por particulares motivos se vieran sujetos a una sanción penal por determinado delito y no consiguieran el beneficio de acuerdo a los requisitos que establece la legislación penal tendrían que ver

que otro ciudadano en las mismas circunstancias juzgado por el mismo delito si consiguiera tal beneficio gracias a esta ley por el hecho de pertenecer a un grupo armado fuera de la ley, cuando por el contrario debería ser mas gravosa su situación dado que su actuar si busco la destrucción del statu quo existente. Esto ha motivado a parte de la opinión publica a considerar que entonces sale mejor pertenecer a estos grupos para acceder a estos beneficios, luego no se consigue el efecto disuasivo de la pena respecto de los delitos cometidos por estos miembros de fuerzas al margen de la ley.

Otro cuestionamiento vendría del hecho de que a unos condenados se les concede el derecho a hacer uso de una libertad condicional en unos términos temporales, mientras que a otros se les prolonga el paso del tiempo para contar con el mismo beneficio.

Se ha manifestado por tanto que la política de alternatividad penal debe ser general, pues una condena debe ser redimida para todos en igualdad de condiciones sin que la ley pueda crear dos clases de presos, según el delito cometido, o como en este caso según determinadas calidades del sujeto activo del delito, como es el pertenecer a grupos armados organizados al margen de la ley.

Finalmente, puede manifestarse que la política penitenciaria debe efectuarse partiendo de los lineamientos que da la Constitución, y no con base en normas que sean producto de presiones externas al Congreso de la República, ya que la ley debe ser justa porque es el elemento que permite la paz social.

No obstante todos los argumentos anteriormente expuestos debemos considerar que la doctrina constitucional ha determinado el contenido y alcance de la discriminación, violatoria del derecho a la igualdad, en aquellos eventos en los que la ley o la decisión del juzgador causa perjuicios a un individuo o grupo de individuos teniendo en cuenta criterios que en realidad esconden prejuicios sociales o culturales.

Sin embargo el legislador es el competente para definir cuáles bienes jurídicos merecen especial tratamiento por su trascendental valoración social y política, la determinación del legislador de regular de dos formas el subrogado penal de la libertad condicional estaría de todas maneras orientado a la reincorporación a la sociedad de los miembros de los grupos armados al margen de la ley, puesto que el Congreso goza de una amplia facultad para fijar los criterios que debe seguir la política criminal del Estado, siempre y cuando preserve los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Según su criterio:

"Las razones que tuvo en cuenta el legislador para establecer un tratamiento desigual en la aplicación del subrogado de la libertad condicional, no se inspiraron en los criterios peligrositas proscritos en el derecho penal, sino que esta política criminal obedece a la nueva tendencia mundial de prevención del delito a través de instrumentos punitivos más drásticos, conforme a los cuales el Estado debe ejercer un mayor control social, debido a que el crimen organizado ha repercutido en todas las

esferas de la vida nacional, impidiendo que se alcancen los fines estatales consagrados en la Carta Política".⁴⁸

Es así como ya se anotó anteriormente, los filtros que se imponen a los beneficiarios de este requisito salvan éstas aparentes falencias, todo lo contrario se refuerza el derecho a la igualdad, tal como lo ha perfilado la corte constitucional, en el sentido de que no es posible dar tratamiento igual a desiguales, es decir, en desiguales condiciones. En todo caso son pequeñas transacciones que se imponen ante la necesidad de conseguir la paz.

La idea de política criminal seguida por el gobierno del Alvaro uribe Velez, que busca concretarse jurídicamente a través del proyecto de ley 211 de 2005, es solo uno de los elementos que la configuran, pero se echa de menos la implementación de otros proyectos sociales que garanticen el éxito del proceso de desmovilización.

En todo caso es importante destacar que los derechos de las victimas buscan ser efectivamente reivindicados en orden a obtener la reconciliación nacional, es así como el gobierno busca la creación de procedimientos que permitan la obtención de las condiciones necesarias para el esclarecimiento de la verdad y la garantía de una real reparación para las víctimas, que el cumplimiento de la pena puede darse en el exterior, entre otros aspectos.

⁴⁸ Sentencia C-593/98 Magistrado ponente Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Es así como el capítulo IV del proyecto de ley consigna lineamientos generales relativos a los derechos de las víctimas como mecanismos de reparación a las víctimas, y el X reglamenta el deber general de reparar, se crea el Fondo para la reparación de las víctimas como una cuenta especial sin personería jurídica, cuyo ordenador del gasto será el Director de la Red de Solidaridad Social. El capítulo XI establece el deber de memoria, como el conocimiento de la historia de las causas, desarrollo y consecuencias de las violaciones de derechos humanos cometidas por la acción de los grupos armados al margen de la ley debe ser preservado por medidas apropiadas en el nombre del deber a la memoria que incumbe al Estado. Esas medidas tienen por finalidad la preservación de la memoria colectiva.

En todo caso la aprobación de este proyecto es aun incierta, sin embargo da las notas características de la postura político criminal del gobierno frente a los alzados en armas, tratamiento que no desconoce los tratados internacionales en derechos humanos ni la legislación vigente en materia de indultos y amnistías, al marco legal de la ley 782, que el fundamento del proyecto de justicia y paz, es una parte no mas de la gran política criminal con la cuál se busca tener más herramientas en el caso de la desmovilización, es un proyecto muy riguroso ya que implica la investigación de los hechos, la condena en caso de que la persona resulte culpable y la reparación integral y adecuada de las víctimas, y penas alternativas que se vendrían a cumplir por parte de aquellas personas que reciban el beneficio de la libertad condicional. Se manifiesta también que estos ajustes son necesarios para estimular la desmovilización voluntaria, pero queda sin embargo la duda acerca del tema de la impunidad.

En todo caso consideramos que es adecuado el manejo que se está dando a la política criminal del gobierno para la solución del conflicto interno, ya que en ninguna manera es admisible que autores de crímenes de lesa humanidad, contraventores del D.I.H. y de los DD.HH se vean beneficiados por esta Ley ni de ninguna otra ni de ningún beneficio, ya que sería injusto con las víctimas y contrario a las normas los tratados internacionales en materia de DIH que de conformidad con el Artículo 93 de la Carta Constitucional tienen plena vigencia:

“los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los Derechos Humanos, y que prohíben su limitación en los Estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia”⁴⁹

La sensación es de que se sigue por buen camino, es que como ya se manifestó en reiteradas oportunidades, el recrudecimiento de la guerra es absurdo y costoso, y en un estado social de derecho como el nuestro las soluciones no violentas deben primar, por lo que es interesante a manera de conclusión general tomar lo plasmado en la exposición de motivos de la ley, documento en el que se consigna lo siguiente:

La historia reciente del país cuenta con la experiencia de varios procesos de paz exitosos. Desde la instalación de éste Gobierno se ha logrado la desmovilización de más de 9000 miembros de grupos armados al margen de la

⁴⁹ CONSTITUCION

ley, bien a través de la dejación individual de armas o en procesos de desmovilización colectiva. Ésta es una cifra record en la historia de las desmovilizaciones en Colombia. Tanto en los procesos de paz con el M-19, el Quintín Lame, el EPL, la Corriente de Renovación Socialista, como en las desmovilizaciones individuales que han tenido lugar hasta la fecha, se ha recurrido a la legislación vigente en materia de indulto y amnistía, que prevé un perdón por parte del Estado para quienes han incurrido en el delito de conformar grupos armados ilegales con el propósito de afectar al régimen constitucional vigente. Sin lugar a duda, ésta legislación y en especial la Ley 782 de 2002 debe mantenerse, pues ha mostrado sus bondades para la pacificación de la nación.⁵⁰

⁵⁰ EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

CONCLUSIONES

El diseño de una política criminal estatal debe estar regida por precisos lineamientos técnicos y científicos que permitan la efectividad de su desarrollo, es preciso recurrir al apoyo interdisciplinario para su planteamiento, es evidente que la política criminal esta integrada no solo por el manejo a nivel legislativo que se le de, sino que además debe tener en cuenta ejecución de programas sociales que den un mejor nivel de vida a los ciudadanos, oportunidades educativas y de formación cívica, así como mejorar las condiciones de seguridad de participación en la esfera de lo público.

Las experiencias históricas nacionales analizadas en el desarrollo de ésta monografía han permitido determinar que históricamente la solución de los conflictos armados internos no ha sido exitosa, no en lo que tiene que ver con la implementación de una justicia trancisional que no es extraña a nosotros, sino porque la concesión de indulto o amnistia para los delitos políticos y conexos o de la concesión de penas alternativas a la prisión son tan solo una parte en el desarrollo de una política criminal para la solución de un conflicto como el colombiano, casi serían como coyunturales cuando la solución de fondo se encuentra en el reforzamiento y promoción de otros aspectos de orden social.

La vigilancia nacional e internacional de las acciones que está desarrollando el gobierno nacional en desarrollo de su política criminal frente a los alzados en armas, es de radical importancia, ya que solo ésta vigilancia y presión es la que permitirá que no se de lugar a la impunidad en lo que tiene que ver con la comisión de delitos atroces y de lesa humanidad, esto pese a que en el proyecto de ley 211 de 2005, el gobierno se sujeta formalmente a la prevalencia de los tratados ratificados por el congreso en Derechos Humanos y Derechos Internacional Humanitario.

La política criminal desarrollada por el gobierno deja cuestionamientos en cuanto a su sostenibilidad cuando se echan de menos los recursos para adelantar los programas sociales que requieren los desmovilizados para reincorporarse a la vida social, y no solo eso, sino que también se pregunta como va a hacer para crear la infraestructura que demanda la creación de la fiscalía, tribunal y procuraduría de justicia, verdad y reparación, todo se ha proyectado sin tener en cuenta que para llevar a cabo estos proyectos se requieren recursos que al parecer no existen, máxime cuando hoy día empiezan a aparecer las críticas por la falta de recursos para implementar el sistema penal acusatorio en nuestro país.

En lo que se refiere a los derechos de las víctimas, en todo caso se aprecia que la implementación de la propuesta del gobierno refuerza el carácter simbólico del derecho penal y le reivindica sus fines preventivos, como elementos necesarios para conseguir interrumpir el círculo de la violencia y por ende el de la criminalidad, en fin este

aspecto de la política criminal del gobierno es definitivamente necesario en la definición de un nuevo ciudadano político colombiano, es lo que se ha venido reiterando en el desarrollo de toda la tesis, un ciudadano con conciencia política crítica y comprometida con el bienestar general.

Otra gran conclusión a que se ha llegado es que la aplicación de penas alternativas como sanción a los delitos es una nota característica de los estados modernos regidos por principios de un derecho penal mínimo y en extrema ratio, pero siempre que sean legalmente dados y jamás para delitos que atentan contra la humanidad o sean atroces.

El tema de los delitos políticos y conexos es un tema delicado, en ésta monografía simplemente se han dado los presupuestos jurídicos que permiten identificarlos, no obstante, se reitera que a la hora de la verdad todo depende de cada caso en concreto y de la valoración que haga el juez en cada caso, tengase en cuenta que su definición esta dada tanto por criterios objetivos, como subjetivos los cuales debe sopesar en su momento el juzgador.

No obstante lo anterior es claro que ciertamente al amparo de la aplicación del delito político si puede crearse un clima de impunidad, máxime cuando tanto paramilitares como guerrilleros actualmente carecen de motivación política relevante, téngase en cuenta que difícilmente los paramilitares se ven involucrados en la comisión de

delitos contra el Estado y el orden constitucional, toda vez que precisamente su fin es el mantenimiento del statu quo, por el contrario su proceder jurídicamente habría que calificarlo como de delincuencia común. Por su parte la guerrilla hace mucho perdió su ideario político y entraría a semejarse en esto a los paramilitares.

No sería posible por tanto otorgar indultos y amnistías por cuanto éstos solo se dan en relación con delitos políticos y conexos, igualmente, la política criminal del gobierno no es clara en determinar que delitos se verían beneficiados por la aplicación de penas alternativas, en el proyecto de justicia y paz se vislumbra que son los delitos políticos y conexos y los delitos menores, pero no hay claridad en este aspecto, por lo que eventualmente se pueden estar poniendo en riesgo los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho nuestro.

Por último es preciso manifestar que a pesar de todos los inconvenientes y críticas que se puedan hacer a la política criminal desplegada por el gobierno nacional, hay que tomar conciencia que la opción violenta no es una opción dentro de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, por la naturaleza del mismo, por los costos que acarrea el conflicto y por las profundas raíces del mismo.

Una justicia transicional como instrumento de política criminal para la solución del conflicto colombiano es la opción más saludable siempre que no se pasen por alto las reglas de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

RECOMENDACIONES

El estudio de la política criminal del gobierno es complejo, y mucho más si se trata de proponer mejores estrategias o soluciones a los problemas que se presentan, se han intentado múltiples estrategias y lo que se pueda proponer a partir de la elaboración de ésta tesis solo es una opción, o mejor solo son parámetros básicos que deberían observarse en el desarrollo de la política criminal, cualquiera que sea la estrategia, en la medida en que se pretende el mantenimiento del Estado democrático y Social de Derecho, fundado en la igualdad, la libertad y el respeto de la dignidad humana y en consecuencia respetuoso de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y que por lo mismo no acepte en ninguna medida la vulneración a éstos.

Es así como se puede decir que ya que el gobierno pretende la consecución de la paz mediante un acuerdo político, el implementar un sistema de justicia transicional como instrumento de política criminal para la solución del conflicto interno demanda mayor claridad por parte del gobierno y en consecuencia de la ley en lo que se refiere al filtro de los delitos cometidos por los miembros de los grupos alzados en armas, deberían por tanto señalarse taxativamente qué delitos no son beneficiarios de penas alternativas y señalar taxativamente los que si lo son, excluyendo los delitos atroces y de lesa humanidad.

Es importante igualmente no circunscribir la política criminal solamente al fundamento de la desmovilización la cual ya empezó desde 2003, sino buscar la ejecución de planes y programas que permitan el éxito de la misma, es preciso aprender de nuestra experiencia histórica, y reforzar los planes de inversión social y de seguridad principalmente en las zonas donde habrá de desaparecer la presencia de los actores armados, para que no se recurra nuevamente a la justicia privada en el mantenimiento del orden en aquellas zonas.

Debería el gobierno combinar el proceso de la negociación con un preciso combate en contra de la corrupción, el tráfico de armas, el tráfico de estupefacientes, la extorsión, el secuestro a fin de garantizar que quienes se están lucrando de la guerra no imposibiliten se concrete un acuerdo.

Igualmente la posición del gobierno nacional no debe transar en lo que se refiere a practicas como el secuestro y debe exigir a los que quieran desmovilizarse se ajusten sus procederes a lo que determina el DIH, de lo contrario debería continuar su persecución por no haber una real voluntad de paz.

Se debe informar mejor a la ciudadanía acerca de la necesidad de conciliar, reconciliarse, pedir perdón, perdonarse, reparar y comprometerse en no volverlo a hacer, como la única solución viable para los fines de la consecución de la paz, esto a través la red

institucional de control social, es decir, a través de los medios de comunicación y de las instituciones como escuelas, empresas, universidades, etc., todo con el fin de superar esa retrógrada cultura penderciera y vengativa que ha signado nuestra trágica historia, pero la labor inicia desde los intelectuales que puedan comprender su papel como hombres políticos que entiendan que la felicidad general está por encima de las pequeñas victorias egoístas personales.

Este ha sido el espíritu que ha inspirado el desarrollo de la presente tesis de grado, no dá la fórmula mágica e instantánea de solución del conflicto, pero sí reivindica la necesidad e inteligencia en el escogimiento de la opción no violenta para la solución del conflicto armado interno.

BIBLIOGRAFÍA

1. INTERVENCIÓN DEL ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ, LUIS CARLOS RESTREPO, EN LA PLENARIA DEL SENADO, DURANTE EL DEBATE SOBRE EL PROCESO DE PAZ CON LAS AUTODEFENSAS. Senado de la República, 3 de Agosto de 2004.
2. Sentencia C-593/98 Magistrado ponente Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
3. ACUERDO POLÍTICO ENTRE EL GOBIERNO NACIONAL, LOS PARTIDOS POLÍTICOS, EL M-19, LA IGLESIA CATÓLICA EN CALIDAD DE TUTORA MORAL Y ESPIRITUAL DEL PROCESO, 9 de Marzo de 1990.
4. <http://es.wikipedia.org/wiki/M-19>
5. Human Sciences Faculty. Right School. Director Javier Octavio Trillos Martínez. Universidad Industrial de Santander.
6. Ancel, Marc: La Défense sociales Nouvelle, 3a. edición, Cujas, Paris 1981
7. Welzel, Hans: Derecho Penal Alemán (traducción de Juan Bustos y Sergio Yáñez), Editorial Jurídica
8. Gudiño Galindo Julián Jesús, "La seguridad pública en la ciudad de México" El primer año. Bien común y gobierno, Revista de la fundación Rafael Preciado Hernández A.C., año 4, número 49, diciembre de 1998).

9. Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217A (III), del 10 de diciembre de 1948. Documento completo consultado en la Biblioteca de Consulta Encarta 2005.
10. Rodolfo Antonio Soriano Acosta. El Delito Político. Artículo Publicado 07/Diciembre/2004. PsicologíaCientífica.com-
11. Ley 599 de 2000, artículos 467 a 473