

**PRINCIPIO DE ALTERNATIVIDAD DE LA PENA EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ
EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA LEY PENAL**

AUTORES

ANGIE NICOLE RAMÍREZ NOGUERA, CÓDIGO: 042122103

DIEGO ANDRÉS MORENO DAZA, CÓDIGO: 041131261

KATHERINE ALEJANDRA SOLER LÓPEZ, CÓDIGO: 041121265

ASESOR

Dr. ALFONSO DAZA GONZÁLEZ

MONOGRAFÍA DE INVESTIGACIÓN



UNIVERSIDAD LIBRE

FACULTAD DE DERECHO

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOJURÍDICAS

BOGOTÁ D.C.

2018

A Dios.

A nuestros familiares, maestros y amigos, quienes nos acompañaron, guiaron e influyeron con sus lecciones, consejos y experiencias para formarnos como personas, profesionales y ciudadanos de bien, mismas que nos permiten afrontar los retos de la vida, luchar por nuestros objetivos y dejar buenos legados; a todos y cada uno de ellos les dedicamos cada una de las páginas de este trabajo.

Queremos agradecer en primer lugar, a Dios por darnos fuerzas para culminar esta etapa.

A nuestra familia, por su incondicional apoyo y paciencia, por haberles robado tanto tiempo de presencia física para la elaboración de este trabajo.

A la Universidad Libre de Colombia, por habernos recibido como estudiantes de la facultad de derecho y en donde nos sentimos como en casa; sin duda alguna estamos orgullosos de ser unilibristas.

A todo el grupo de profesores del pregrado en derecho y demás colaboradores de la Universidad Libre de Colombia, por su servicio y compromiso con la excelencia, para formar juristas con conciencia crítica y reflexiva, misma que nos ha permitido conocer, investigar e interpretar la realidad social, y la necesidad de empezar a defender la justicia y el derecho con ética, libertad, equidad, tolerancia y respeto por los demás.

Al Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia, dirigida por el doctor John Fitzgerald Martínez Vargas, por su gestión y paciencia en el proceso de elaboración de este trabajo y por haber depositado toda su confianza en nosotros para obtener este resultado.

A nuestro asesor de monografía, doctor Alfonso Daza González, por su apoyo incondicional y ser nuestro guía al haber dedicado horas de su tiempo y experiencia profesional para ayudarnos a alcanzar esta meta.

Al Coordinador del Área de Investigación, doctor Belisario Daza González por su amabilidad, orientación y seguimiento a nuestras consultas; gracias por creer en sus estudiantes y en la capacidad que tenemos para no desfallecer en la culminación de este trabajo.

A los profesores Nelo Armando Cañón Suarez, Cecilia Osorio de Ramírez y Lilibeth García Henao, quienes con su catedra de investigación y conocimiento, orientaron profesionalmente el

paso a paso del desarrollo de este trabajo, hasta su culminación, durante toda la carrera de pregrado.

A los jurados de sustentación, quienes por su experiencia y trayectoria académica, han evaluado esta monografía, gracias por su profesionalismo, tiempo y aportes en este proceso.

A todos los amigos que hemos conocido durante el camino de pregrado y que hoy también empiezan una vida de ejercicio profesional.

Culminamos con una frase de un escritor colombiano que resume con gran acierto nuestra emoción y experiencia durante la carrera de derecho: “No llores porque ya terminó, sonríe porque sucedió”.

A todos, gracias.

ACEPTACIÓN

Valoración: _____

Calificación (A o I): _____

Dr. (a)

Jurado

Dr. (a)

Jurado

DR. (a)

Jurado

AUTORIDADES INSTITUCIONALES
UNIVERSIDAD LIBRE

Fundador	General Benjamín Herrera
Presidente Nacional	Dr. Jorge Alarcón Niño
Vicepresidente Nacional	Dr. Jorge Gaviria Liévano
Rector Nacional	Dr. Fernando Dejanón Rodríguez
Censor Nacional	Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo
Secretario General	Dr. Floro Hermes de San José Gómez Pineda
Presidente Seccional Bogotá	Dr. Julio Roberto Galindo Hoyos
Rector Seccional Bogotá	Dr. Jesús Hernando Álvarez Mora

FACULTAD DE DERECHO

Decano	Dr. Carlos Arturo Hernández Díaz
Secretario Académico	Dr. Nelo Armando Cañón Suarez
Director Instituto de Posgrados	Dr. Nestor Raúl Sánchez Baptista
Director Centro de Investigaciones	Dr. John Fitzgerald Martínez Vargas
Directora Consultorio Jurídico	Dra. Mabel Bonilla Correa
Jefe de Área de Derecho Público	Dr. David Andrés Murillo Cruz
Jefe de Área de Derecho Penal	Dr. Harold Sotelo León
Jefe de Área de Derecho Laboral	Dra. Blanca Inés Ortiz Quevedo
Jefe de Área de Derecho Privado	Dr. Óscar Alberto Rivera Rodríguez
Jefe de Área de Derecho Procesal	Dr. Carlos Antonio Montoya Charris
Jefe de Área de Sociales	Dr. Néstor Orlando Varón Velásquez
Coordinador del Área de Investigación	Dr. Belisario Daza González
Coordinador del Área de Electivas	Dr. David Mendoza Beltrán

Tabla de Contenido

Introducción	1
Capítulo I	4
Contextualización del problema de investigación	4
Sustento normativo en la aplicación del principio de proporcionalidad y alternatividade.....	7
Desarrollo jurisprudencial en la aplicación del principio de alternatividade	9
Marco histórico y conceptual del principio de proporcionalidad y alternatividade.....	11
Criterios de validez para la aplicación del principio de alternatividade	13
Principio de proporcionalidad.....	14
Alternatividade de la pena.....	15
Ley de Justicia y Paz - Justicia Transicional.	16
La Corte Penal Internacional frente a la Ley de Justicia y Paz.	17
Precedentes investigativos en la aplicación de la pena alternativa	19
Referentes teóricos que orientan la solución en la aplicación y uno u otro principio	27
Capítulo II	31
Contrarresto de principios a partir del análisis documental	32
Implementación del método de investigación	33
Sentencia contra Orlando Villa Zapata, Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Expediente 83280 de 2012	35
Sentencia contra Rodrigo Pérez, Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Expediente 80012 de 2013	36
Sentencia contra Jesús Roldan, Tribunal Superior de Medellín, Sala de Justicia y Paz, Expediente 82611 de 2014	38
Sentencia contra Saúl Rincón, Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Expediente 00069 de 2015	39
Sentencia contra Uber Yáñez, Tribunal Superior de Medellín, Sala de Justicia y Paz, Expediente 83825 de 2015	40

Requisitos de elegibilidad de la Ley 975 de 2005	41
Análisis de la punibilidad.....	47
Características comunes en la aplicación de principios a partir de las sentencias analizadas	52
Algunos casos de exclusión en la aplicación de la Ley de Justicia y Paz	55
Resultados y conclusiones a partir del análisis jurisprudencial utilizado	57
Capítulo III.....	61
Aplicación del principio de proporcionalidad como solución al problema jurídico	65
Solución legal pertinente al problema jurídico identificado.....	67
Conclusiones	70
Referencias.....	73
Libros	73

Tabla de Cuadros y Gráficas

Tabla I. Cuadro comparativo de penas ordinarias versus penas alternativas conforme las sentencias analizadas.....	42
Gráfico 1: Triangulación Metodológica.....	66

Introducción

Con la promulgación de la Ley 975 de 2005 – Ley de Justicia y Paz, se desarrolla el marco de Justicia Transicional en Colombia, el cual tiene por objeto facilitar el regreso a la vida civil, de actores del conflicto pertenecientes a grupos creados al margen de la ley y los cuales cometieron hechos punibles durante y con ocasión al tiempo que pertenecieron al mismo, y así contribuyan a garantizar los derechos de las víctimas como lo son a la “verdad, la justicia y la reparación”.

En la mencionada ley, se consagro la aplicación de la pena alternativa como un beneficio que permite la suspensión de la ejecución de la pena principal impuesta atendiendo al principio de proporcionalidad de la ley penal, beneficio alcanzado por su colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización, entre otros requisitos de ley.

Es así como la Ley de Justicia y Paz, se constituye en el marco a seguir para lograr una justicia transicional en Colombia, en donde el postulado se hace merecedor de una pena aplicable entre cinco y ocho años de prisión, siendo la misma poco concordante con el principio de proporcionalidad al no existir una relación justa o de causa-efecto entre los hechos ocurridos, la gravedad y el contenido resolutorio de las sentencias en cuanto a dosificación de la pena se refiere y que son emitidas por un “Tribunal Superior de Distrito Judicial” en su “Sala de Justicia y Paz”.

En ese sentido es posible inferir que existe un contrarresto del principio de proporcionalidad señalado en la ley 599 de 2000, por la aplicación del principio de alternatividad de la ley 975 de 2005, hecho que pudiese afectar la validez de la aplicación de este último y que analizamos a partir de la promulgación de la norma y las sentencias emitidas entre los periodos 2012 y 2016; para lograr este cometido abordamos las condiciones de validez de la norma que expone la corriente kelseniana, el enfoque axiológico de la validez desarrollada por la corriente neo constitucional e iusnaturalista , y que nos permite definir el concepto de valor predominante que

debe tener en cuenta el juez al momento de tomar una decisión, donde su principal representante es Ronald Dworkin y la exposición de la “teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy” luego que la misma desarrolla una serie de leyes que permiten integrar la visión del derecho desde el plano normativo y moral. Ambas permitirán valorar la aplicación de una norma justa o injusta como lo puede ser la “Ley de Justicia y Paz” al discrepar con la tipicidad de las conductas que señala el código penal o lo que es lo mismo, una posible discrepancia entre normas y principios que contiene el ordenamiento jurídico colombiano.

El enfoque metodológico es cualitativo, acudiendo a la técnica de recolección de información documental, analizando la aplicación de los principios y su respectiva pena, en diferentes sentencias emitidas por Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el análisis de valoraciones realizadas por expertos en diferentes investigaciones en materia de procesos de Justicia y Paz a nivel nacional e internacional, referentes doctrinales como son Kai Ambos, Rodrigo Uprimny y César Augusto Londoño.

Su resultado nos permite caracterizar situaciones, como que los postulados pertenecieron a grupos paramilitares organizados en diferentes frentes o bloques los cuales se acogieron a la ley entre los años 2005 y 2006, que algunas de las conductas cometidas tuvieron que ver con delitos “contra la vida y la integridad personal, delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, delitos contra la libertad individual y otras garantías y delitos contra la seguridad pública” (Ley N°599, 2000), que por sus conductas se les aplico entre 5 y 8 años de prisión y que atado a su compromiso estuvo la resocialización, realizando actividades de trabajo y estudio, además de promover la desmovilización de grupos armados.

Comentado lo anterior en el presente trabajo se permite concluir que la alternatividad beneficia a los postulados, respecto del castigo que deben cumplir, garantizando la culminación de su

situación legal tasada en corto tiempo, luego de cumplir otros requisitos, pero no garantiza para las víctimas desde la sentencia condenatoria sus derechos principales, situación de control importante, pues pasados varios años desde la expedición de la ley (2005), muchos excombatientes beneficiarios, están quedando en libertad, y poco se sabe sobre el alto grado de cumplimiento de los requisitos, pues su medición termina siendo subjetiva

Esta falta de garantías a las víctimas, nos ha llevado a considerar que existe un contrarresto del principio de proporcionalidad, aunado a la dosificación de pena, la cual conforme fue estipulada en la ley, la misma no consulta la conducta cometida y su gravedad, clave para entender que no existen criterios de validez jurídica para que se aplique la ley, desde la teoría de Dworkin y Alexy.

Para finalizar, se ha propuesto crear una corta solución jurídica que ajuste a las prácticas del derecho de los profesionales, de tal manera que se contribuya la consecución de la paz y la desmovilización de grupos armados, que no atente, así lo consideramos, al principio proporcionalidad, dicha propuesta se resume en el reconocimiento de beneficios para todos los actores, los cuales deben someterse a la justicia sin ninguna condición, tasar la pena en una cantidad de años no inferiores a 30 y en la medida en que sea efectiva la contribución del postulado con la justicia podrá alcanzar la suspensión de otra parte de la pena, lo anterior significa señalar una pena alternativa con un techo más alto y que cumpla con los requisitos de elegibilidad de la ley penal.

Capítulo I

Contextualización del problema de investigación

La existencia de grupos al margen de la ley componen una de las bases sobre la cual el conflicto armado se agudizo en Colombia durante las últimas décadas, las riquezas más grandes con las que cuenta, como sus tierras ricas en minerales, diversidad cultural y étnica, se han opacado por la violencia más atroz dirigida contra la población civil y vulnerable, ocasionando graves violaciones a los derechos intrínsecos y principales de cada ser humano; una guerra que causó tristeza y dolor, daños a la vida-relación de muchas personas, quebrantamiento a la moral y costumbres, violaciones que de cierta manera son difíciles de resarcir o reparar.

Este tipo de acciones se prolongaron en el tiempo, con el reconocimiento de grupos armados como son los denominados “Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – FARC , el Ejército de Liberación Nacional – ELN, grupos paramilitares y/o autodefensas, BACRIM”, entre otros y que una y otra vez no encontraban una solución pacífica con el Gobierno Nacional, para apaciguar o finiquitar las afectaciones sociales ocasionadas.

Es así como el Gobierno Nacional, exactamente bajo el poder del entonces Presidente doctor Álvaro Uribe Vélez y en razón a las graves infracciones, promovió la Ley 975 de 2005 – Ley de Justicia y Paz, “ley por medio del cual se dictaron disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional” (Ley N°975, 2005) en aras de garantizar a las víctimas del conflicto sus derechos; con su aprobación en el Congreso, esta norma impulso con mayor contundencia los procesos de desmovilización realizados entre los años 2005 y 2006 de combatientes activos de grupos paramilitares, creando beneficios judiciales como la denominada pena alternativa privativa de la libertad siempre y cuando se cumplan requisitos mencionados por

la señalada ley, como por ejemplo, que la desmovilización y desmantelamiento del grupo armado se realice en cumplimiento de un acuerdo con el Gobierno Nacional, y que las agrupaciones no se haya creado para, “el tráfico de estupefacientes o enriquecimiento ilícito”, entre otros señalados en el artículo 10 de la ley, todo con fundamento en la búsqueda de la paz, la justicia, el conocimiento de la verdad y su efectiva reparación.

Es así como la Ley de Justicia y Paz, se constituye en el marco para el desarrollo de una justicia transicional en Colombia, cuyo objetivo es que los actores beligerantes del conflicto armado, se acojan a los parámetros que la ley regla, con el fin de garantizar a las víctimas resultantes del conflicto, los derechos a la justicia, verdad y reparación; es decir, si el victimario, logra resarcir a la víctima en esos tres aspectos, se hará merecedor de la aplicación del principio de alternatividad, que en materia penal, resulta en la ejecución de una pena máxima de 8 años de prisión, por coadyuvar con la Fiscalía tanto en la investigación como en el proceso por reparar a las víctimas que a él le imputasen.

Para la realización del juzgamiento, fueron creadas en la rama judicial, “Salas de Justicia y Paz” vinculadas a “Tribunales Superiores de Distrito Judicial”, las cuales han fallado sobre diferentes procesos, aplicando los efectos de la ley comentada; sin embargo, dentro del análisis de las sentencias que se exponen en el capítulo 2, se evidencia que la aplicación de la alternatividad de la pena que reciben los victimarios, no es concordante con el principio de proporcionalidad de la pena, en cuanto no existe una relación justa, equilibrada, proporcional o de causa-efecto entre los hechos ocurridos incluida su gravedad y el contenido resolutorio de las sentencias en cuanto a la dosificación de la pena se refiere.

En línea con lo anterior, los delitos vinculados con el accionar paramilitar se encuentran señalados en el ordenamiento penal colombiano, entre ellos los delitos estipulados en los títulos de

delitos contra “la vida y la integridad personal, contra bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, contra la libertad individual, contra la seguridad pública”, siendo estos los de mayor reproche y repetición, cada uno de ellos con una tipificada pena privativa de la libertad y/o multa pecuniaria y que es impuesta de manera proporcional a la conducta realizada, atendiendo así a la aplicación del artículo 3 del Código Penal (Ley 599, 2000), -la proporcionalidad como principio de la sanción penal-, pero que al momento de analizar la dosificación de la pena por la aplicación de la Ley de Justicia y Paz, (Ley 975, 2005) a resultado aplicándose una pena alternativa muy inferior a la del ordenamiento jurídico, pudiendo existir un contrarresto entre los dos principios, alternatividad y proporcionalidad.

Es por esta razón que se ha realizado este estudio, para lucidar los efectos de la aplicación de una norma u otra, partiendo de una serie de características del problema identificado, a través del análisis de diversas evidencias jurisprudenciales, los sujetos afectados y la normativa legal implicada, importante situación que nos permite formular el siguiente pregunta: ¿Es válida la aplicación del principio de alternatividad de la pena dentro de la Ley 975 de 2005 en relación con “el principio de proporcionalidad de la pena” contenido en el ordenamiento jurídico penal, a partir de las providencias emitidas por los “Tribunales de Justicia y Paz en Colombia” dentro de un periodo establecido entre el año 2012 y 2016?

Entendiendo este problema, el objetivo que persigue este trabajo tiene que ver con el conocimiento de los criterios de validez jurídica para la aplicación de un principio como lo es la alternatividad de la pena dentro de la Ley 975 de 2005 en relación con el principio de proporcionalidad de la pena contenido en el ordenamiento jurídico penal, a partir de las providencias emitidas por los Tribunales de Justicia y Paz en Colombia dentro de un periodo establecido entre el año 2012 y 2016, objetivo que permitirá una mejor conceptualización de la

respuesta a la pregunta de investigación, no sin antes desarrollar algunos objetivos de carácter específico como son: La identificación de criterios de aplicación de la pena alternativa en las sentencias emitidas por los Tribunales de Justicia y Paz durante el año 2012 a 2016, para su respectivo análisis; El análisis de la estructura de condiciones existentes en la determinación de criterios de aplicación de los principios de alternatividad y proporcionalidad de la pena en las Sentencias emitidas por los Tribunales de Justicia y Paz durante el año 2012 a 2016, y por último establecer si existe uniformidad en los criterios de aplicación de “los principios de alternatividad y proporcionalidad de la pena” en las sentencias de Tribunales de Justicia y Paz durante el año 2012 a 2016.

Sustento normativo en la aplicación del principio de proporcionalidad y alternatividad.

El marco jurídico que justifica la existencia de la situación socio-jurídica del problema, se evidencia a continuación:

- Constitución Política de 1991; Colombia al constituirse en un Estado Social de Derecho ve lo porque el ordenamiento constitucional fuera garante de derechos y obligaciones, sobre todo en el marco de los derechos fundamentales. Concibe su objetivo con el movimiento estudiantil de la época, que impulsa la creación de una nueva constitución donde se protejan los derechos de primera, segunda y tercera generación.
- El Acto Legislativo No. 2 de 2003, aproxima al principio de alternatividad -tomado eclécticamente del derecho internacional-, en la aplicación de la justicia transicional, en donde las víctimas tienen derecho a su intimidad personal, familiar y buen nombre, la garantía del estado para que los respete y los haga respetar, así como garantizar a los victimarios un procedimiento judicial con las formalidades legales para poder ser arrestado o detenido y luego procesado. Este acto aparece posterior a la ratificación del Estatuto de Roma, por la facultad

que se les da a las personas afectadas para intervenir en el proceso penal y de justicia restaurativa.

- Ley 599 de 2000, Código Penal Colombiano. Mediante la cual se expresa una parte general y una parte especial, tipificando debidamente las penas principales aplicables por la comisión y gravedad de conductas punibles, atendiendo al principio de proporcionalidad.
- La Ley 975 de 2005. Es la base normativa para el juzgamiento en materia penal de los delitos cometidos por actores armados paramilitares que se acojan a la misma; así la aplicación del principio de alternatividad de la pena suspende la pena principal impuesta al postulado para aplicar una pena privativa de la libertad más baja, que es impuesta por la Sala de Justicia Paz, y previo al cumplimiento de diversas condiciones previstas en la ley.
- Sentencia C-370 de 2006 (Corte Constitucional, Expediente D-6032, 2006). Sancionada la Ley 975 de 2005 - Ley de Justicia y Paz, se expide la sentencia por la Corte Constitucional en la cual revalida que la existencia del principio de alternatividad, no es el resultado de un detrimento del Derecho Penal en cuanto a la tasación o imposición de una pena, pues en ningún momento se pretende desconocer la pena privativa; señala que la pena alternativa es una medida encaminada al logro de la paz, dado que los artículos 3 y 24 de la ley, no afectan desproporcionadamente el valor de justicia y pudiera solo hacerlo, si el concepto “colaboración con la justicia” expresado en el artículo 3 mencionado, no comprenda los derechos de las personas afectadas de forma integral al igual que el goce seguro de los mismos, es así como la Corte ve que tal principio es un fin que va más allá del círculo penal, hasta inclusive constitucional.

Los artículos mencionados anteriormente expresan:

Artículo 3. Alternatividad. “Alternatividad es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización. La concesión del beneficio se otorga según las condiciones establecidas en la presente ley”. (Ley N° 975, 2005)

Artículo 24. Contenido de la sentencia. De acuerdo con los criterios establecidos en la ley, en la sentencia condenatoria se fijarán la pena principal y las accesorias. Adicionalmente se incluirán la pena alternativa prevista en la presente ley, los compromisos de comportamiento por el término que disponga el Tribunal, las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas y la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación. (Ley N° 975, 2005)

- Posteriormente fue expedida la “Ley 1592 de 2012”. Esta ley modificó diversos artículos de la Ley 975 de 2005, pero no sobre la situación socio-jurídica problemática objeto de estudio en el presente trabajo, puntualmente el “artículo 29 de la Ley, pena alternativa”. (Ley 1592, 2012).

Desarrollo jurisprudencial en la aplicación del principio de alternatividad

Aunque no existe abundante jurisprudencia en materia de Justicia Transicional, solo algunas sentencias han llegado a ser calificadas como cosa juzgada material; para la situación socio-jurídica problemática que se ha expuesto, hemos identificado la “Sentencia C-370 de 2006 de la Corte Constitucional”. Sobre el particular el Alto Tribunal señala varios apartes importantes que nos permitimos citar:

“La alternatividad penal es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena ordinaria aplicable en virtud de las reglas generales del Código Penal, para que en lugar de cumplir esta pena ordinaria, el condenado cumpla una pena alternativa menor, de un mínimo de 5 años y de un máximo de 8 años”. (Corte Constitucional, 2006)

Expone así el Alto Tribunal que las penas se señalan en la sentencia y que tal beneficio solo se aplicará “si el condenado cumple con los requisitos señalados en la ley, los cuales se orientan para satisfacer a cabalidad los derechos de las víctimas (verdad, justicia, reparación y no repetición)”. (Corte Constitucional, 2006)

Continúa señalando:

“Ese beneficio que involucra una significativa reducción de la pena para los destinatarios de la ley, se ampara en un propósito de pacificación nacional, interés que está revestido de una indudable relevancia constitucional; sin embargo, simultáneamente, en la configuración de los mecanismos orientados al logro de ese propósito constitucional, se afectan otros valores y derechos, como el valor justicia y los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición”. (Corte Constitucional, 2006)

La Alternatividad como principio no desconoce el derecho, “aunque si otros principios, porque si bien es verdad que se le hace objeto de un tratamiento jurídico penal menos riguroso que el existente en el Código Penal, lo cierto es que, aun así, no desaparece la pena (...)”. (Corte Constitucional, 2006)

Además agrega:

La Paz constituye un fin fundamental del Estado colombiano; un derecho colectivo en cabeza de la Humanidad, dentro de la tercera generación de derechos; un derecho subjetivo de cada uno de los seres humanos individualmente considerados; y un deber jurídico de cada

uno de los ciudadanos colombianos, a quienes les corresponde propender a su logro y mantenimiento. (Corte Constitucional, 2006)

En el mismo sentido el “Tribunal Superior de Bogotá – Sala de Justicia y Paz”, justifica la aplicación del principio de alternatividad; con estas providencias (Radicados No. 83280, 83194, 83070, 82701), se denota un seguimiento a los parámetros que la Ley 975 de 2005 pregonaba para la aplicación del mismo, sin embargo de forma algo irregular, puesto que el beneficio a una pena alternativa de 8 años, que regula la ley, sólo es posible de acuerdo con el cumplimiento a la justicia, la verdad y la reparación a que tienen derecho las víctimas y en las sentencias, ni siquiera se han identificado a todas las víctimas, tan así que los fallos buscan aproximarse a un número conforme algunos reportes, pero que fueron suficientes para que el Tribunal en su *obiter dicta*, decidiese suspender en estas providencias la ejecución de la pena principal por una pena alternativa equivalente como máximo a ocho (8) años de prisión en un centro de reclusión. Ver análisis en capítulo dos.

Marco histórico y conceptual del principio de proporcionalidad y alternatividad

El hecho histórico específico se da a partir de Beccaria (1764) en el Tratado de los Delitos y las Penas. El concepto que brinda en su tratado sobre la sanción que merece la pena, resulta de la aplicación del principio de la proporcionalidad, que a su vez, resulta en la modificación del objeto; y como relación del objeto con el contexto histórico, se puede ver que entre los siglos XVIII y XIX, los códigos europeos mantuvieron como base el paradigma de la proporcionalidad de la pena.

El Tratado Sobre Víctimas de la Organización de las Naciones Unidas (ONU, 1985) modifica “el objeto de estudio cuando existen víctimas de violaciones de derechos humanos” (DDHH), el

cual no solo deben acceder a la justicia, sino también a la verdad y la reparación, estableciendo que los victimarios paguen proporcionalmente por los daños causados a la población; luego la relación del objeto con el contexto histórico, surge como resultado de la Segunda Guerra Mundial, con la preocupación por la protección de los DDHH que obtiene un papel interventor después de la Guerra Fría.

Según la Corte Penal Internacional (CPI) en su instrumento consultivo, el Estatuto de Roma (1998), que se desarrolla en el albor de la implementación de la justicia transicional, como uno de los argumentos para dar legitimidad a la CPI, genera el concepto de alternatividad de la pena como principio de juzgamiento. Este estatuto es el resultado de un proceso de una institucionalización que velará por la protección de los DDHH y el debido proceso en materia penal y a nivel supranacional.

Las Comisiones de “la Verdad y Reconciliación en América Latina, África y Asia” entre 1990 y 1999, fueron creadas con la finalidad de servir como ente protector en la aplicación de la justicia transicional, siendo garantes del proceso con las víctimas y sus respectivos victimarios. Su contexto histórico las muestra como consecuencias debido a las diversas situaciones coyunturales en los continentes, por los regímenes dictatoriales como los escuadrones de la muerte, cuyos actos vulneradores de DDHH, se contemplaban en masa.

Proceso de Paz de Angola, continente africano: Este proceso de paz se llevó a cabo entre el Gobierno de Angola y el grupo ilegal FLEC entre el año 2004 y 2006, cuyo conflicto fue originado por disputas territoriales en Cabinda, territorio rico en explotación petrolera, el proceso para el caso que nos ocupa estuvo enmarcado en la aplicación de una ley de amnistía total y cese de hostilidades (Devia, C. y Leguizamón, J., 2014).

“Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP, 1983)”, Argentina: Este proceso se da luego de una dictadura militar entre los años 1976 a 1983, a partir de ellos se crea la CONADEP donde se inicia un proceso de investigación y se instauran juicios de verdad para llegar al lugar donde se encuentra el cuerpo de personas desaparecidas, paso seguido a la creación de esta comisión se dio la expedición de leyes de impunidad las cuales una vez culminadas las investigaciones de la comisión fueron anuladas y se iniciaron procesos penales ordinarios y algunos dentro de los juicios de verdad ante tribunales.

Para el caso colombiano, dado que los grupos paramilitares cometieron diversas conductas en un determinado tiempo y las mismas fueron repetitivas en sectores de la población, la aplicación de los principios se estudia de manera global, al encontrasen reguladas bajo un solo ordenamiento normativo, en ese sentido el comportamiento nacional es el mismo para todo el país.

Criterios de validez para la aplicación del principio de alternatividad

En el transcurso de los 12 años de implementación de la “Ley 975 de 2005 – Ley de Justicia y Paz”, que desarrolla el marco de “Justicia Transicional en Colombia”, se observa que la pena privativa de la libertad, ha sido cumplida por algunos actores violentos que se acogieron a la ley; pero aún no existe reparación, ni justicia para las víctimas; es por esta razón que este escrito analiza los principios contemplados en la ley mencionada, como en el Código Penal, para determinar si existe un contrarresto entre ellos.

Por lo anterior, abordamos la dimensión de la validez a partir de la evaluación de la norma en relación con las condiciones de validez reconocidas en la corriente kelseniana las cuales atienden: Primero, a que la norma este creada por el órgano competente de acuerdo a cada estructura legislativa; segundo, que para la creación de la norma se haya desarrollado el respectivo procedimiento (debates, revisiones, asambleas), y tercero, establecer límites en el contenido de la

norma, este último atiende más a un plano material, en el cual la norma no puede desbordar los límites que demarcan las normas superiores, en el caso colombiano la Constitución Política (Díaz, 2011)

De esta forma interesa al mundo jurídico el impacto que ha tenido la Ley 975 de 2005 en el pensamiento jurídico colombiano y en la vida de los ciudadanos, en la defensa de los derechos de las personas vinculadas y afectadas por el conflicto.

Ahora bien, el marco por medio del cual realizamos la conceptualización de este problema tiene presente las siguientes teorías: El principio de proporcionalidad de la pena el cual es abordado desde el derecho procesal penal, que ha sugerido el Doctor Cesar Augusto Londoño Ayala; en cuanto al principio de Alternatividad de la pena se trabaja el concepto propuesto por el Doctor Kai Ambos y respecto a la “Ley de Justicia y Paz (Ley 975, 2005)”, se aborda desde la concepción de Justicia Transicional que ha sido desarrollada por el Doctor Rodrigo Uprimny Yepes.

Principio de proporcionalidad.

El artículo 3 del Código Penal Colombiano señala como principio de las sanciones penales lo siguiente: “La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad” (Ley 599, 2000, art. 3).

Para Londoño (2002) se debe distinguir la proporcionalidad desde la aplicación como principio y la proporcionalidad desde la aplicación como test o regla, el principio se distingue como la razón en la que se soporta el análisis discursivo en cualquier materia, estos surgen a partir de las reglas y convicciones establecidas por la sociedad y el derecho; es así como el principio jurídico según Alexy (2002) afirma: “Es el conjunto de normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida de lo posible según existan posibilidades jurídicas y fácticas” (p.86-87). De esta

manera podemos evidenciar como el principio resulta siendo el fundamento del ordenamiento jurídico.

Para Londoño la proporcionalidad como principio jurídico resulta siendo un concepto en el cual define en términos generales los límites de las proposiciones argumentativas en las cuales se puede flexibilizar el juez, siendo claro lo anterior, este identifica parámetros a tener en cuenta en la aplicación de este principio, las cuales corresponden a:

La proporcionalidad como principio del sistema de normas establece parámetros de (i) distinción de trayectorias jurídicas, (ii) colaboración recíproca, (iii) diferenciación justificada, (iv) viabilidad de situaciones excepcionales que limitan, afectan, o restringen el ejercicio de los derechos fundamentales u ordinarios, (v) equilibrio entre las relaciones de los sujetos jurídicos, (vi) criterio racionalizador de las relaciones jurídicas, (vii) limite al ejercicio del poder estatal.

(Londoño, 2002, p.50)

Alternatividad de la pena.

Este principio se encuentra expreso en la “Ley de Justicia y Paz (Ley 975, 2000, art. 3)”, señala que existe la posibilidad de acogerse a una pena alternativa que fluctúa entre los 5 y 8 años y suspender una pena determinada en un proceso ordinario, cuando el condenado quiera sujetarse a la ley al querer contribuir al logro de la paz nacional, la reparación, decir la verdad y estar dispuesto a la resocialización. Tanto la pena alternativa como la pena ordinaria son fijadas en la sentencia condenatoria.

De acuerdo a lo señalado por el doctor Kai Ambos “Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Georg August de Gottingen y el Instituto Max Planck”, la alternatividad de la pena es un acto especial de la Ley de Justicia y Paz, fundada en una idea de verdad completa y veraz, no

desvirtuada por la investigación, y con importantes atribuciones respecto de la función que representa.

Para Ambos la pena alternativa es el producto de la verificación, valoración de actos judiciales y condiciones legales, evidenciados en un acto de sentencia en el cual permite al imputado el acceso a la aplicación de pena alternativa en razón a los hechos verificables y no a los delitos juzgados o a las penas acumuladas. En ese sentido la alternatividad en sí misma no significa una desproporción relacionada con el derecho de justicia dado que no termina por default con la pena principal, adicional existe una diferencia relevante entre los tiempos del proceso en aplicación de ley ordinaria y la Ley 975 de 2005, en donde esta última puede permitir mayor prontitud de la investigación, siempre y cuando mejore la técnica y estrategia de los procesos adelantados por parte de la fiscalía.

Ley de Justicia y Paz - Justicia Transicional.

“La Ley de Justicia y Paz (Ley 975, 2005)”, se enmarca dentro del proceso de desmovilización de un grupo armado específico y que corresponde a los grupos paramilitares con los que se pretendía iniciar un proceso de paz, norma dentro de la cual se indicaron los preceptos a desarrollar como son la “verdad, la justicia y la reparación a las víctimas”, de esta manera lo cita la misma ley.

El artículo primero de dicha Ley señala: “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”. (Ley N° 975, 2005)

Y su objeto es:

(...) “facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”. (Ley N° 975, 2005)

Es así como se logra determinar que esta norma representa uno de los primeros avances en Colombia en relación con la aplicación de herramientas que permitan la evolución hacia una transición de justicia para alcanzar la paz.

De esta manera sobre Justicia Transicional Uprimny (2006) señala:

“Los procesos de justicia transicional buscan, ordinariamente, llevar a cabo una transformación radical del orden social y político de un país, bien para reemplazar un estado de guerra civil por un orden social pacífico, bien para pasar de una dictadura a un orden político democrático”. (Uprimny, 2006, p.19-20)

Acorde a lo anterior podemos ubicar a la Ley 975 de 2005 como una herramienta para avanzar hacia la Justicia Transicional, aunque como lo refiere el autor, resulta en algún momento controvertido el cumplimiento de este logro, en la medida en que las leyes que se ubican en el proceso de transito resultan aplicadas con algún grado de impunidad y alejadas de la justicia retributiva.

La Corte Penal Internacional frente a la Ley de Justicia y Paz.

El Estatuto de Roma por el cual se creó la Corte Penal Internacional, se incorporó al ordenamiento jurídico de Colombia a partir de la Ley 742 de 2002, entro en vigencia desde el 01 de julio del mismo año, el cual desde su preámbulo indica que todos los crímenes graves cometidos en contra de la humanidad deben ser investigados y juzgados por cada uno de los Estados, ningún crimen debe quedar sin un castigo; es por esta razón que estableció la competencia de la Corte Penal para conocer de los delitos graves en contra de los derechos fundamentales y el derecho internacional

humanitario, convirtiéndose de esta forma en el principal instrumento internacional de protección de los derechos humanos y complementario para los Estados partes.

Dentro de los crímenes de competencia de la CPI encontramos los crímenes de guerra, los crímenes contra el genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de agresión, los cuales según Hernando Barreto (2006), la Corte tiene la posibilidad de investigar y juzgar los crímenes de lesa humanidad y de genocidio que se presenten durante el conflicto armado en Colombia a partir de la vigencia del Estatuto aun cuando el estado colombiano se haya acogido a la cláusula dispuesta en el artículo 124 donde se señala que la CPI no es competente dentro de los próximos siete años a la entrada en vigencia del Estatuto.

En ese mismo sentido y teniendo en cuenta la competencia de la CPI frente a los graves crímenes cometidos en contra de la humanidad, como lo señala Christian Wolffhügel (2008), “existe un principio de complementariedad establecido en el artículo 17 del Estatuto de Roma, el cual busca una relación equilibrada entre la jurisdicción penal en cada uno de los Estados y la corporación internacional”. Es por esto que la competencia de la Corte Penal Internacional va más allá, y solo procederá si nota que un Estado no cumple con su deber de investigar las graves violaciones a los derechos humanos, si no están dispuestos a perseguir el delito, es ahí donde interviene, pues la finalidad es que todos los crímenes sean investigados y juzgados logrando así la efectividad de los derechos de las víctimas.

Por lo anterior, se deduce que el Estatuto de Roma se inclina más por una justicia retributiva pues lo que busca principalmente es que los máximos responsables sean investigados y juzgados por la infracción directa a los derechos humanos y al derecho internacional, a diferencia de la Ley

de Justicia y Paz que fue promulgada con el fin de investigar y juzgar dentro de una justicia transicional a través de la pena alternativa.

Precedentes investigativos en la aplicación de la pena alternativa

De acuerdo con el objeto de estudio y los diferentes argumentos abordados para su justificación, se realizó la búsqueda de precedentes investigativos que permitan identificar aspectos esenciales de la aplicación de la Ley 975 de 2005.

Para ello, seleccionamos documentos que esencialmente abordaron la materia de nuestro interés y que brindan herramientas para la comprensión del fenómeno; como elementos de continuidad, se pueden encontrar los siguientes:

- Para González y Zuluaga (2010) en relación a la fijación de la pena alternativa, existen polémicos criterios en la ley respecto de la tasación punitiva, tales como son la gravedad de las conductas cometidas y la contribución a la verdad, criterios que no se constituyen en elementos objetivos sino subjetivos en el momento de la valoración de los mismos.

Con esto se quiere advertir que la definición de pena en el texto de la Ley 975 de 2005 parece abrir campos de interpretación que podrían estar instaurando un abanico de espacios de discreción, conduciendo a decisiones quizás flexibles o acomodadas, generando sensación de semi-impunidad y ficción de pena ordinaria respecto de la establecida en la Ley de Justicia y Paz.

Para los autores, la pena ordinaria no desaparece, pues lo que se modifica es su cumplimiento efectivo. En ese sentido instala una ficción que proyecta una idea de pena que entiende la ejecución de la misma, reduciendo cualquier posibilidad de retribución o prevención accesoria a su ejecución. Con ello, la alternatividad penal fragmenta la dimensión de la pena, diferenciando la impuesta a la efectivamente cumplida, pero fingiendo igual capacidad de rendimiento en términos

retributivos y preventivos, lo cual resulta en principio contradictorio, mucho más en un contexto político criminal marcadamente retributivo como el colombiano.

- Para Forero y López (2012) “la alternatividad penal dentro de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975, 2005) resulta un medio importante para que los postulados / desmovilizados acogidos a la ley coadyuven al esclarecimiento de la verdad y la reparación integral para las víctimas”, y en contraprestación puedan obtener penas no superiores a 8 años de cárcel.

Los autores citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos señalan sobre la aplicación del principio de proporcionalidad, que es necesario que el Estado sea muy cauto al momento de imponer la pena al autor de los hechos ilícitos, teniendo en cuenta que esta pena debe estar acorde con el daño causado a los bienes jurídicos de las víctimas, de tal manera que se establezca la sanción debida correspondiente a la gravedad de los hechos y la culpabilidad con la que actuó el sujeto activo.

(...) la CIDH ha dicho que: En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos. (p.220)

- Para Garzón (2011) “el objetivo buscado con la pena en la legislación ordinaria tiene una función preventiva, a diferencia de la legislación de Justicia y Paz”, que busca efectos dirigidos a la reconciliación, la reparación, a la integración de una vida ajena a la violencia y al conflicto armado, restauración de hechos que marcaron a las comunidades y la reinserción de excombatientes a la sociedad civil.

- La pena alternativa debilita la actuación de la justicia especial, en cuanto con su aplicación se observa cierto grado de impunidad asegura autores como Moncayo (2012).

Tratándose de crímenes atroces ocasionados a la humanidad en el desarrollo de la investigación, se denota el debilitamiento del carácter igualitario, garantista e independiente de la jurisdicción especial y ordinaria generando un problema de un cierto grado de impunidad que abre paso de la legitimidad de dicha ley y su función judicial y de reconciliación nacional. (p.51)

Comenta que:

La proporcionalidad que se presenta en la ley de justicia y paz no se aplica de manera satisfactoria puesto que se vulneran derechos no solo de las víctimas sino también de sus familiares, y en la infracción de estos delitos que según sentencias proferidas por el “Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá”, muestran como desmovilizados integrantes de grupos ilegales cada uno con conductas punibles de más de 25,000 homicidios, buscan una reparación integral con una pena tan mínima que ni siquiera alcanza a ser una pena justa dentro del marco de la ley ordinaria, quedando de alguna manera el delito impune. (p.51)

Así la Ley 975 de (2005), es una ley que viola el principio de proporcionalidad de la pena, además algunos preceptos legales, como son la retribución justa y la prevención general, generando temor en la sociedad y contando desde un principio con severos críticos y observadores nada complacientes. (p.51)

- Así mismo para la Fundación Social (2015):

Es necesario consagrar verdaderas penas alternativas que puedan satisfacer los requerimientos del derecho a la justicia en procesos de transición. Adicionalmente, es

fundamental que la aplicación y, por lo tanto, la graduación de las penas, se someta al principio de proporcionalidad. En primer lugar la imposición de las sanciones debe responder a algunas máximas elementales del principio de proporcionalidad. En este sentido, deberá tenerse en cuenta la gravedad del crimen, la situación de la víctima, el carácter del procesado, por ejemplo, su rango dentro del movimiento o el grado de responsabilidad en los hechos criminales, y su contribución efectiva a la paz, la justicia, la verdad y la reparación.

Parece razonable proponer que estas sanciones tengan una duración proporcional al tiempo de ejecución de la pena suspendida e incluso, algunas de ellas, un tiempo igual al de dicha pena. Medidas como la prohibición del derecho a la tenencia y porte de armas, la prohibición de acercarse a las víctimas o entrar en contacto con ellas, o a la prohibición de ejercer cargos públicos en la rama judicial o ejecutiva del poder público; estas deben desarrollarse a lo largo del término de realización del reproche principal. (Fundación Social, 2015)

- Kai Ambos (2008) considera que hay ocasiones en las que el victimario puede ser eximido de su responsabilidad dado el cumplimiento del principio de verdad, al narrar los hechos y brindar una información veraz y completa a las víctimas o sus familias. Con este hecho no se da impunidad total al victimario, sin embargo, no se avanza con las investigaciones pues ya se ha establecido la verdad. Así mismo señala que la justicia en la justicia transicional debe garantizar exclusivamente los derechos de las víctimas, es decir, debe haber justicia para las víctimas y otorgar sus derechos, por lo tanto, estas deben participar activamente en la ejecución de las medidas en contra de sus victimarios, con el fin de lograr la “reconciliación nacional”.

- Aponte (2015) señala: “La Corte Constitucional intervino en la ley de justicia y paz, ajustándola en función de la dinámica de justicia transicional, ante todo interviniendo en los artículos referidos que tratan los derechos de las víctimas” (p.235)

Según el autor, esta ley está dirigida a:

Establecer un procedimiento que permita la reincorporación a la sociedad y la reconciliación de los miembros de grupos armados al margen de la ley que hayan cometido delitos que no necesariamente deben ser políticos o conexos con estos, siempre que medie una contribución efectiva a la consecución de la paz nacional y se garanticen los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. (Aponte, 2015, p.235)

- Para González (citando un estudio realizado por los profesores Rodrigo Uprimny y María Pula Saffon, 2013) señala:

En procesos transicionales se realiza selectividad negativa, que tiene como objetivo excluir a quienes han realizado conductas delictivas, o se atenúan las penas, basándose en la verdad y en la reparación parcial generada por esa verdad, donde se pueden realizar acuerdos políticos de reconciliación con actores armados ilegales, lo que generalmente exige una flexibilización en materia judicial orientada al progreso de estos acuerdos. (p. 506)

Así mismo plantea que existen cuatro tipos de procesos transicionales:

Perdones “amnésicos”: Caracterizados por amnistías generales, que no contemplan estrategias para el esclarecimiento de la verdad o para la reparación de las víctimas.

Perdones “compensadores”: Caracterizados por amnistías generales, pero acompañadas de la implementación de Comisiones de la Verdad y con el fin de lograr reparación a las víctimas.

Perdones “responsabilizantes”: Caracterizados por el establecimiento de una Comisión de la Verdad, exigiendo la confesión de crímenes atroces y previendo ciertas reparaciones. Se conceden perdones individuales y condicionados para algunos crímenes.

Transiciones punitivas: Caracterizadas por tribunales ad hoc que pretenden castigar a los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad.

(Gonzalez, 2013, p.506)

- Como lo menciona Gonzalez (2013), “Para el caso colombiano, el marco actual de la Ley de Justicia y Paz no ha logrado una adecuada transición hacia la paz, debido principalmente a que ofrece generosos beneficios judiciales y no se ha aplicado adecuadamente el principio de proporcionalidad, pues las penas resultan ser muy bajas con relación a los delitos de lesa humanidad o los crímenes de guerra cometidos por guerrilleros y paramilitares desmovilizados” (p.506)

- Para Ruiz (2014) todas las víctimas deben ser reparadas, lo que implica que se cumplan las siguientes acciones:

- “Restitución”.
- “Indemnización”.
- “Rehabilitación”.
- “Satisfacción”.
- “Garantías de no repetición”.

- En el Sexto Informe del “Observatorio Internacional DDR - Ley de Justicia y Paz (2013), Centro Internacional de Toledo para la Paz” (CTIpax), se detallada el desarrollo de la Ley 975 de 2005, desde tres áreas, área de justicia donde analiza las modificaciones que se realizaron a la misma, con la expedición de la Ley 1592 de 2012 respecto al enfoque diferencial y la vinculación

de víctimas, como también de la manera en la cual se pierden los beneficios en relación con las exigencias para acogerse y ser favorecido de la pena alternativa, el área de DDR, allí realiza un informe frente al proceso para restituir las tierras a las personas en vigencia de la Ley 1448 de 2011, evidenciando factores de violencia e intimidación de actores armados que interfieren en este proceso y área de víctimas, allí se realiza una valoración del impacto que ha tenido la aplicación de herramientas de justicia transicional en la población víctima de grupos ilegales, mediante la creación de la RUV.

- Para Daza (2016) en su artículo, es claro que la pena aplicable a los procesados debe atender a su gravedad y en tal sentido debe situarse dentro de los límites de la pena ordinaria que señala el Código Penal, esto guarda mayor sustento cuando se habla de delitos que son punibles para el Derecho Penal Internacional, pues la afectación a los derechos humanos no debe permitir ventajas a ningún individuo y más cuando se habla de diferencias en el quantum de la pena, que para Colombia su máximo a imponer es de 60 años bajo la ley ordinaria y que bajo la Ley 975 de 2005, en su artículo 29 resulta aplicando un máximo de 8 años. Señala el autor:

Estas “penas alternativas” incorporadas a la legislación nacional por la Ley 975 de 2005, no las compartimos por las siguientes razones: i) porque generan desigualdad frente a las acciones u omisiones cometidas por los ciudadanos de a pie, a quienes se les debe imponer el rigor de la pena establecida en la Ley 599 de 2000; ii) porque desconoce la prevención general y la retribución justa, como funciones de la pena⁵; iii) porque supone una prevención especial y una reinserción social automáticas amparadas en el cumplimiento de las obligaciones impuestas al condenado durante el período de prueba; y iv) porque la imposición de esta pena “irrisoria”, como resultado de un proceso penal, constituye un esguince para que la Corte Penal Internacional pueda conocer estos casos, en razón a que

esta no puede procesar a nadie que haya sido procesado por otro tribunal por hechos que se encuentran descritos en los artículos sexto, séptimo y octavo” En este último, citando al Estatuto de la Corte Penal Internacional. (p.71)

- Para Valencia Villa (2004) analizando el proyecto de alternatividad penal, antes de ser sancionado como Ley 975 de 2005, políticamente señala el gran defecto que implica la ejecución de la alternatividad, pues puede omitirse una sanción penal a transgresiones de guerra y de lesa humanidad, reduciendo la reparación a gestos simbólicos y el esclarecimiento de la verdad a una débil Comisión de Verificación, generando beneficios a delincuentes en una sociedad moderna, con condenas conformes a la gravedad de la conducta, creándose así un castigo ilegítimo:

(...) se trata de una iniciativa enderezada a evitar por todos los medios que los dirigentes y miembros de grupos organizados, a quienes va dirigida la ley según el discurso gubernamental, paguen por sus crímenes de la única manera que pueden y deben hacerlo los delincuentes en una democracia moderna: Con penas privativas de la libertad que guarden relación con la atrocidad de las conductas que se les imputan, que en nuestro caso son las más graves de la legislación nacional y de la preceptiva internacional. En otras palabras, el actual gobierno colombiano renuncia al castigo legítimo del delito porque considera que así lo demanda la reincorporación de los integrantes de los grupos armados organizados al margen de la ley (...). (Villa, 2004, p.3)

- Michael Frühling (2004), en su momento “Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos”, reflexiona sobre criterios que debe tener en cuenta una regulación en materia de alternatividad de la pena cuando existan postulados responsables de crímenes atroces, para no contrarrestarse como principio frente a otros, en ese sentido señala los siguientes:

- a. Que hayan tenido una conducta de la cual pueda deducirse, seria y fundadamente, que la aplicación de la pena sustitutiva o alternativa no ponga en peligro a la comunidad ni favorezca la evasión.
- b. Que hayan realizado, en la forma legalmente prevista, actos de reparación a las víctimas y de cooperación en las actividades dirigidas a la superación del conflicto armado o a la obtención de la paz.

Señala que estas penas alternativas mencionadas deben cumplirse con prisión domiciliaria, y no deben escapar al control efectivo de los jueces de ejecución de penas.

- Para Daza (2016), el problema de la “Ley de Justicia y Paz” no solo se centra en la impunidad cuando se aplica penas que no guardan proporción con la gravedad de la conducta, sino también en la existencia de una posible ilegitimidad pues las instituciones tienen estándares muy bajos para el juzgamiento, sanción y reparación, pues no existen elementos esenciales como sanciones severas cuando se presente una transgresión en el futuro. Para mayor claridad, debemos entender que la norma no resulta justa cuando se ejecuta contra un ciudadano de a pie, que cuando se aplica contra un individuo perteneciente a un grupo organizado al margen de la ley con el mismo injusto penal, pues en el primer caso, no se exige ni confesión ni verdad y queda en el ejercicio del juez la dosificación de la pena conforme lo señala la ley ordinaria, mientras que en el segundo caso, la investigación inicia a partir de la versión libre del desmovilizado que hace imposible imputarle nuevos delitos y en caso de faltar a la verdad, no se le castiga la mentira, el reconocimiento parcial o la no confesión, y pudiese no perder el beneficio de pena alternativa.

Referentes teóricos que orientan la solución en la aplicación y uno u otro principio

Para exponer las claves teóricas que dan mayor lucidez al presente trabajo, inicialmente podemos evidenciar la “teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy” en la que desarrolla una serie

de leyes que permiten determinar de manera integral la visión del derecho desde el plano normativo y moral, donde los principios son integrados al sistema jurídico como mandatos de optimización, lo que impone no desconocer principios sino darle el valor a cada uno de ellos, a través de la denominada Ley de Ponderación, en el cual se pretende equilibrar principios que en algún momento se contraponen.

Así mismo se ha desarrollado la Ley de Colisión en la cual entre los principios no existen relaciones absolutas de precedencia de uno a otro; esta ley señala que los principios generan acciones y situaciones que no son cuantificables y por ende no es fácil determinar el valor de uno u otro, pero no debe dejar de aplicarse alguno, pues se consagraría la vulneración de una norma legislativa la cual siempre debe acoger principios constitucionales, quedando así por fuera del ordenamiento jurídico.

Del mismo modo este problema se aborda desde la teoría axiológica de la validez que ha sido desarrollada por la corriente neo constitucional e iusnaturalista, esta última por uno de sus principales representantes, Ronald Dworkin, el cual plantea que si bien la validez jurídica se encuentra en la norma esta debe estar otorgada desde la aplicación de principios que sirvan como argumentos que limitan la discrecionalidad del juez, por tanto encontramos que los principios no son normas en sentido estricto, pero sí resultan siendo normas prima facie que se ubican por encima del resto de las normas existentes.

Tal diferencia radica esencialmente en una distinción lógica, las normas se aplican disyuntivamente (si los hechos descritos en la norma se dan, la norma es válida y aplicable, de lo contrario no será aplicada dentro de la decisión), mientras que un principio no se aplica automáticamente; en ese sentido clasifica estos últimos en estándares que deben observar razones

de equidad, justicia o moralidad y en directrices políticas que indican objetivos de deben ser alcanzados (Dworkin, 1989).

Es por tal motivo que Dworkin critica al positivismo, luego de considerar que el derecho no solo es un conjunto de normas, sino que debe atender a otros “componentes” como los principios, la moral y los valores, hecho que dio lugar a su primer libro en 1977, denominado *Taking Rights Seriously*. La existencia de estos “componentes” para Dworkin (1992) reflejan las funciones del juez respecto de su función social y sus decisiones judiciales, al respecto señala:

Las personas pueden ganar o perder más por el asentimiento de un juez que por cualquier acto general del congreso o parlamento o lo que es lo mismo: porque la ley a menudo se convierte en lo que el juez sostiene que es (p.15).

Con lo anterior encontramos que el principio para Dworkin (1977) es “Una norma (estándar) que es observada, no porque avance o asegure una situación económica, política o social considerada como deseable, sino porque es un requerimiento de justicia o de equidad o de otra dimensión moral”. (p.29)

Continúa el autor:

En ese sentido el Principio de Proporcionalidad de la pena, al ser un principio rector, en materia penal, con aplicación en otras ramas del derecho y con reconocimiento constitucional, puede sobrepasar los presupuestos del principio de proporcionalidad y poner en riesgo la garantía y el reconocimiento de los derechos de las víctimas consagrados en la misma ley. (Dworkin, 1985, p.48)

Un conflicto entre estos dos principios Proporcionalidad y Alternatividad, debe resolverse priorizando y evaluando el peso relativo que los mismos tienen y que mejor correspondencia con

la moral tienen, tarea del juez y que es expuesta por Dworkin y Rawls al hablar de la jerarquización de los principios. Sobre el anterior señala Dworkin (1985):

A pesar de que la función del juez es indispensable, el parlamento debe adoptar los principios y legislar a partir de ello. De hecho, los jueces, en su interpretación, pueden acudir a la intención del legislador y, en especial, a aquella que se encuentra oculta en la norma. (p.48)

Con los apartes anteriores podemos evidenciar como la expedición de la Ley 975 de 2005 Ley de Justicia y Paz, resulta necesaria en el marco de la justicia transicional como instrumento fundamental en los proceso de paz, desarme y cese al fuego en los países con conflictos internos; ahora cabe revisar los distintos instrumentos utilizados en otros países como las leyes de amnistías o la alternatividad penal como mecanismos de reparación y reconciliación.

En esta misma línea encontramos que la aplicación de la ley genera brechas respecto de la congruencia en la aplicación de los principios de alternatividad y proporcionalidad de la pena, contribuyendo a lo que se llamaría en la valoración de la norma elementos de norma injusta.

Conforme lo anterior y lo expuesto por los teóricos analizados, se orienta la solución del problema de investigación señalado anteriormente, hecho que nos permite formular la siguiente hipótesis: No tiene criterios de validez jurídica desde la “teoría de los derechos en serio de Ronald Dworkin y la teoría de la ponderación de Robert Alexy”, la aplicación del principio de alternatividad de la pena dentro de la Ley 975 de 2005 en relación con el principio de proporcionalidad de la pena contenida en el ordenamiento jurídico penal, a partir de las providencias emitidas por los “Tribunales de Justicia y Paz en Colombia” dentro de un periodo establecido entre los años 2012 a 2016.

Capítulo II

El enfoque metodológico de la presente investigación es cualitativo, acudiendo a técnicas de recolección de información documental a través de sentencias emitidas por los Tribunales de Justicia y Paz, en donde se estudian los criterios de aplicación de los principios de proporcionalidad y alternatividad de la pena contenidos en el ordenamiento jurídico, así como también se toman en cuenta valoraciones documentales realizadas por expertos en materia de procesos de Justicia y Paz a nivel nacional e internacional.

De esta manera se realiza este trabajo con base en evidencias que describen la validez que establece la aplicación de la “Ley 975 de 2005 - Ley de Justicia y Paz”, en relación con los principio de alternatividad y proporcionalidad de la pena, esto es, a partir de análisis valorativos que se hallan en las evidencias analizadas y que corresponden al tipo de sentencias antes comentadas.

En línea con lo anterior, el enfoque disciplinar se adscribe en la doctrina iusnaturalista donde la aplicación de las leyes no están limitadas a lo que dice la norma únicamente, sino que se observa al individuo como ser social anterior a la norma; de esta manera para dar continuidad al proceso de investigación, planteamos un enfoque axiológico que nos permite abordar el problema de investigación desde la teoría de Robert Alexy denominada teoría de la ponderación de principios y la teoría del derecho de Ronald Dworkin.

Para Dworkin el derecho está marcado por pautas, es decir, no solo reglas que determinan la conducta de los individuos, sino también criterios denominados principios que son fundamentos morales de la sociedad. Es por ello que para el presente estudio es de gran importancia el análisis del valor jurídico que tienen los principios de proporcionalidad y alternatividad que estando en

conflicto como contrarios dialecticos que se ubican en la “ley de Justicia y Paz”, pueden ponderarsen a través de la teoría de Robert Alexy.

También se realiza un análisis teórico que evidencia el enfoque de un estudio ius-filosófico, dado que su objeto de estudio es la valoración de las normas entre justas e injustas a partir de la expedición y aplicación de Ley 975 de 2005 que contempla la alternatividad de la pena y la discrepancia de esta con lo consagrado en el Código Penal (Ley 559, 2000), en la que se contempla el principio de proporcionalidad de la pena, así destacamos que existe una diferencia entre la aplicación de la norma y los principios como valores preestablecidos en el ordenamiento jurídico.

Acorde a lo anterior, el enfoque de estudio tiene gran trascendencia pues aporta a la relación que existe entre el derecho y los principios del mismo que son construidos desde las relaciones sociales, así mismo se podrá conceptualizar sobre la pertinencia de la aplicación de principios dentro de la teoría del derecho aplicada en el ordenamiento partiendo de la doctrina iusnaturalista luego de la revisión documental de expertos y sentencias del Tribunal de Justicia y Paz, con lo cual se busca generar progresos conceptuales en materia de principios como fuentes de derecho penal.

Contrarresto de principios a partir del análisis documental

El método de recolección de información evidencio la expedición de sentencias emitidas por el “Tribunal de Justicia y Paz” en un periodo de tiempo entre los años 2012 y 2016, dentro de las cuales se aplicó la alternatividad establecida en la “Ley de Justicia y Paz (Ley 975, 2005)” a los integrantes que pertenecieron a los grupos paramilitares, estos son, grupos denominados autodefensas conformados por frentes o bloques; es así como obtendremos resultados que

permitan inferir si la aplicación de dicha ley en estos casos cumple con criterios de validez para conceder la alternatividad de la pena.

Como primer paso se revisó la existencia de una colisión entre el principio de alternatividad estipulado en la Ley 975 de 2005 y el principio de proporcionalidad establecido en el ordenamiento jurídico penal colombiano Ley 599 de 2000.

Al revisar y validar que existe un enfrentamiento entre los dos principios en las sentencias proferidas por el Tribunal se procede a evidenciar que al momento de aplicar la alternatividad que trata la ley no hay una relación justa con las penas estipuladas en la ley penal colombiana y de esta manera un principio se opone a otro existiendo así un contrarresto entre dos las normas.

Implementación del método de investigación

Entendiendo que la presente investigación es de carácter cualitativo, se analizan sentencias del Tribunal de Justicia y Paz emitidas entre los años 2012 a 2016, y se valida un problema jurídico existente por la aplicación o no del ordenamiento jurídico penal o la aplicación del principio de la alternatividad de la pena que estipula la ley de justicia y paz.

- El instrumento de recolección de la información seleccionado para la presente investigación han sido las sentencias proferidas por el Tribunal Superiores del Distrito sala de Justicia y Paz entre los años 2012 a 2016, donde se evidencia de manera directa el resultado de la “aplicación de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975, 2000)”.
- Unidad de análisis que corresponde a la revisión de los hechos punibles conforme el Código Penal, dosificación de la pena ordinaria según las sentencias analizadas, pena alternativa concedida conforme la Ley 975 de 2005, así como los criterios de elegibilidad tenidos en cuenta para la aplicación de dicha pena y que pudiesen estar o no conectados con los criterios de validez de los teóricos.

- Universo, la población documental corresponde a la identificación y análisis de cinco sentencias que juzgan casos particulares de paramilitares que se acogieron a la Ley de Justicia y Paz (Ley 975, 2005) y en algunos casos que han cerrado su proceso judicial en segunda instancia; el periodo comprendido y de juzgamiento se encuentra entre los años 2012 a 2016.
- El procedimiento para el análisis de resultados es el método axiológico a partir de la ponderación de los principios proporcionalidad-alternatividad de la pena, partiendo de la identificación y análisis de criterios de validez expuestos bajo la teoría de Dworking los cuales atienden en este caso, a los requisitos de elegibilidad para la aplicación del beneficio de alternatividad según la ley.
- La metodología de triangulación se valida, para concluir si la aplicación del principio de alternatividad de la pena si no aplica por existir criterios de validez que puedan contrariar el principio de la proporcionalidad penal.

El enfoque de este trabajo está fundado en la Ley 975 de 2005, donde pretendemos evidenciar que existe un problema jurídico en cuanto a que se encuentran enfrentados dos principios, hecho evidente en el momento en que el ordenamiento jurídico permite aplicar una pena alternativa a los actores de los delitos más atroces a quienes se les impone una pena muy inferior a la ordinaria al acogerse al principio de alternatividad luego de garantizar a las víctimas sus derechos; de esta manera contribuir a la ejecución de la paz.

La colisión entre principios se evidencia luego de que el ordenamiento penal colombiano estableciera penas privativas de la libertad aplicables proporcionalmente a la comisión y gravedad de las conductas y que luego fueron contrarrestadas por la aplicación de penas alternativas que no superan los ocho años; vista esta situación, después de los primeros 10 años de entrada en vigencia de la Ley, tal contrarresto ha sido más dramático aun, pues los victimarios que se

acogieron a ella, han cumplido su pena alternativa y no han garantizado en su totalidad justicia, verdad, ni reparación a las víctimas, propósito y objeto de la ley mencionada.

La Ley 975 de 2005, se constituye en el marco para el avance de una justicia transicional en Colombia, su objetivo, es que los actores beligerantes del conflicto armado, se acojan a los parámetros que la ley regla, con el fin de garantizar a las víctimas resultantes del conflicto, sus derechos; es decir, si el victimario, logra resarcir a la víctima en esos tres aspectos, se hará merecedor de la aplicación del principio de la alternatividad, por coadyuvar con la Fiscalía tanto en la investigación como en el proceso y por reparar a las víctimas que a él le imputasen. Sin embargo, como se verá más adelante dentro del análisis de las sentencias, se evidencia que el beneficio concedido no es concordante al principio de proporcionalidad de la pena, en cuanto no existe una relación causa-efecto entre los hechos ocurridos y el contenido resolutorio de las Sentencias.

A continuación se analizan sentencias de los “Tribunales de Justicia y Paz” que evidencian el problema jurídico planteado, en donde se señalan las penas que inicialmente fueron imputadas (pena ordinaria) y las que finalmente deben cumplir por acogerse a la alternatividad, con esto se demuestra el enfrentamiento entre los dos principios:

Sentencia contra Orlando Villa Zapata, Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Expediente 83280 de 2012

Sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá con número de expediente 83280 contra Orlando Villa Zapata alias “Rubén o la Mona” segundo comandante del grupo denominado “Autodefensas Unidas de Colombia (AUC)” del Bloque Vencedores de Arauca, persona que se desmovilizó de forma colectiva en diciembre del año 2005 junto con otros 548 hombres y solicitó en enero de 2008 le sea aplicada la Ley 975 del año 2005 ante la Fiscalía

22 de la “Unidad Nacional para la Justicia y la Paz”, por la imputación de varios delitos como son el ; “fabricación, tráfico concierto para delinquir agravado; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas” entre otros, mismos que fueron confesados por el señor Villa Zapata.

Una vez estudiados “los requisitos de elegibilidad expresados en los artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005”, la Sala de Justicia y Paz declaró elegible al señor Orlando Zapata para acogerse a la Ley de Justicia y Paz, condenándolo inicialmente a la condena de 368 meses de privación de la libertad, una multa de 11.468 SMLMV, inhabilidad para ejercer cualquier tipo de actividades públicas por 20 años e inhabilidad para tener y portar armas por 15 años; luego de ser señalado culpable por los delitos mencionados, pero que fueron suspendidos posteriormente, para conceder una pena alternativa por un periodo de 84 meses de privación de la libertad así como a contribuir a su resocialización realizando actividades laborales y académicas durante el tiempo que se mantenga recluido en centro carcelario, y a promover la desmovilización de otros frentes del mismo grupo guerrillero.

La anterior decisión fue recurrida por el Ministerio Público y el representante de las víctimas, la cual fue resuelta por la “Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal”, Radicado No. 39045. sentencia que modificó la pena alternativa anterior a la máxima establecida en la ley, 96 meses, por la gravedad de los delitos cometidos por el sentenciado.

Sentencia contra Rodrigo Pérez, Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Expediente 80012 de 2013

Como segunda evidencia se encuentra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá con número de expediente 80012 contra Rodrigo Pérez Álzate alias “Julián Bolívar o Pérez”, integrante de las ACCU grupo denominado “Autodefensas Campesinas de

Córdoba y Urabá” y posteriormente comandante del grupo “Bloque Central Bolívar ubicado en el Sur de Bolívar”, Santander y Boyacá, Magdalena Medio y Cundinamarca. Persona que se desmovilizó de forma colectiva junto con otros hombres y solicitó en el mes de abril de 2005 acogerse a la “Ley de Justicia y Paz”.

El proceso lo adelantó la Fiscalía 42 que es la “Unidad Nacional para la Justicia y la Paz”, le imputaron varios delitos como son; utilización ilegal de uniformes e insignias; entrenamiento para actividades ilícitas; reclutamiento ilícito de menores; apoderamiento de hidrocarburos; secuestro simple, tortura, desaparición forzada; desplazamiento forzado; secuestro extorsivo agravado; actos de terrorismo; lavado de activos; actos de barbarie entre otros, mismos que fueron confesados por el señor Rodrigo Pérez.

Una vez estudiados los “requisitos de elegibilidad expresados Ley 975 de 2005” (artículos 10 y 11), la Sala de Justicia y Paz declaró elegible al señor Pérez Álzate para acogerse a la Ley de Justicia y Paz, condenándolo inicialmente a la pena de 480 meses de prisión, multa de 29.430 salarios mínimos legales mensuales vigentes también a una inhabilidad para el ejercicio cualquier tipo de derecho o función públicas por el tiempo de 240 meses, e interdicción de derechos y funciones públicas por un término de 220 meses, luego de ser señalado culpable por los delitos mencionados anteriormente, pero que fueron suspendidos posteriormente, para conceder una pena alternativa por un periodo de 96 meses de privación de la libertad así como a contribuir a su resocialización realizando actividades laborales y académicas durante el tiempo que se mantenga recluido en centro carcelario, y a promover la desmovilización de otros frentes del mismo grupo guerrillero.

La anterior decisión fue recurrida por el Ministerio Público y el representante de las víctimas, la cual fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, con radicado

número 47616, sentencia que no modifico la pena alternativa impuesta en primera instancia y legaliza los cargos relativos de la acusación referida al delito del “tráfico, fabricación o porte de sustancias estupefacientes y al lavado de activos”.

Sentencia contra Jesús Roldan, Tribunal Superior de Medellín, Sala de Justicia y Paz, Expediente 82611 de 2014

Como tercera evidencia se encuentra la sentencia en primera instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito “Sala de Justicia y Paz de Medellín” con número de expediente 82611 en contra de Jesús Ignacio Roldán Pérez alias “Monoleche”, desmovilizado del Bloque denominado “Calima de las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá” en el año 2004 junto con 564 hombres y se presentó voluntariamente ante las autoridades el 11 octubre de 2006 para someterse al proceso de justicia y paz, el proceso fue adelantado por la Fiscalía 13 Delegada de la “Unidad Nacional para la Justicia y la Paz”, quien realizo la formulación de cargos por los delitos de “desplazamientos y desapariciones forzadas , hurtos calificados agravados, concierto para delinquir, fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso personal y de uso privativo de las Fuerzas Armadas como también confesó varios homicidios”.

Una vez estudiados los requisitos de elegibilidad expresados en la “Ley 975 de 2005” (artículos 10 y 11), la “Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín” declaró elegible al señor Roldan Pérez para acogerse a la “Ley de Justicia y Paz”, condenándolo inicialmente a la pena principal de 40 años de privación de la libertad y multa de 11.950 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2005 y a la pena de inhabilitación para poder ejercer cualquier tipo de derechos y funciones públicas por un lapso de 10 años, sustituyendo la pena principal por una alternativa de 95 meses de prisión, condenado a pagar las indemnizaciones por daños y perjuicios a las víctimas reconocidas en la sentencia, hay salvamento de voto por parte del

Magistrado Juan Guillermo Cárdenas Gómez, señalando no estar de acuerdo con la información que aportó el postulado frente a los bienes para la indemnización de las víctimas del conflicto, así mismo manifestó su inconformidad con la libertad a prueba que se le dio al postulado.

Sentencia contra Saúl Rincón, Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Expediente 00069 de 2015

Como cuarta evidencia podemos observar la sentencia proferida el 10 abril del año 2015 proferida por el “Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá sala de Justicia y Paz” con expediente número 00069 contra Saúl Rincón Camelo, alias “Coca Cola”, quien se desmovilizó en el año 2005 del Frente de Fidel Castaño del Bloque Central Bolívar de manera colectiva con los demás miembros del bloque, quien recibía el cargo de estafeta y recaudador de finanzas. Mediante un escrito radicado ante al Ministerio de Interior y de Justicia en el año 2007 el actor solicita acogerse a los beneficios de la ley de justicia y paz, concluyendo la sala que el escrito cumple con los requisitos estipulados en la “Ley 975 de 2005 (artículo 10)”.

El actor aceptó los cargos y realizó las confesiones requeridas en audiencia adelantada ante la Fiscalía 41 Delegada de la “Unidad Nacional para la Justicia y la Paz”; adicionalmente la “Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá”, tuvo en cuenta los mismos argumentos respecto de los requisitos de elegibilidad analizados en la sentencia contra Rodrigo Pérez Álzate, puesto que pertenecieron al mismo bloque desmovilizado y con conductas punibles similares tal como se comentó en la evidencia No. 2 de este trabajo.

La Sala de Justicia y Paz condenó a Rincón inicialmente a la pena de 219 meses de prisión, multa de 7.625 SMLMV, inhabilitación para el ejercer cualquier tipo de funciones y derechos públicos por el término 219 meses, luego de haber sido hallado autor responsable de la comisión del delito contemplado en el artículo 340 del ordenamiento penal colombiano, concierto para

delinquir agravado y de exacciones y contribuciones arbitrarias, pena ordinaria que fue suspendida posteriormente para concederle una alternatividad de la pena por un periodo de 7.5 años de privación de su libertad y realizar un trabajo de resocialización a través de estudios, trabajos o enseñanzas por el tiempo que ese privado de la libertad.

Sentencia contra Uber Yáñez, Tribunal Superior de Medellín, Sala de Justicia y Paz, Expediente 83825 de 2015

Como quinta evidencia se encuentra la sentencia proferida en primera instancia proferida por el “Tribunal Superior del Distrito Sala de Justicia y Paz de Medellín” con número de expediente 83825, contra Uber Darío Yáñez Cavadías, reconocido con el alias de “Orejas” excomandante del “Bloque Héroes de Tolová”, del grupo denominado “Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá”, y quien se desmovilizo junto con 463 personas más en junio del año 2005, la cual fue concretada mediante la resolución 122 del 8 de junio de 2005, en el corregimiento de “Mata Maíz” del Municipio de Valencia (Córdoba). Yáñez decidió postularse a la Ley 975 de 2005 el día 02 de marzo del año 2009, ratificando su compromiso con la reparación de las víctimas, a través de la verdad, explicando los hechos cometidos para que las víctimas mitiguen su dolor.

Los cargos que le fueron imputados fueron: “Concierto para delinquir, , tortura en persona protegida, utilización ilegal de uniformes e insignias, fabricación, tráfico y porte de armas de uso privativo de las fuerzas militares, desplazamiento forzado”, entre otros; en ese sentido y conforme el artículo 24 modificado de la “Ley 975 de 2005”, la “Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín” declaro que el postulado cumplió con todos los requisitos de elegibilidad señalados en la Ley de Justicia y Paz (artículo 10), condenándolo inicialmente a una pena de 480 meses de prisión, una multa equivalente a 50.000 SMMLV, inhabilitación para ejercer cualquier tipode de funciones y derechos públicos por 240 meses, pena ordinaria que fue suspendida por

una pena alternativa de 8 años o 96 meses de prisión y a firmar un acta donde se compromete a resocializarse, reincorporarse a la vida civil y a no repetir conductas delictivas.

Requisitos de elegibilidad de la Ley 975 de 2005

El criterio del tribunal para aplicar la alternatividad de la pena en todos los casos expuestos anteriormente, fue que los postulados cumplan con los “requisitos de elegibilidad estipulados en los artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005”.

Los artículos se transcriben a continuación:

Artículo 10. Reglamentado por el Decreto Nacional 423 de 2007. Requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva. Podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que hayan sido o puedan ser imputados, acusados o condenados como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, cuando no puedan ser beneficiarios de algunos de los mecanismos establecidos en la Ley 782 de 2002, siempre que se encuentren en el listado que el Gobierno Nacional remita a la Fiscalía General de la Nación y reúnan, además, las siguientes condiciones:

10.1 Que el grupo armado organizado de que se trata se haya desmovilizado y desmantelado en cumplimiento de acuerdo con el Gobierno Nacional.

10.2 Que se entreguen los bienes producto de la actividad ilegal.

10.3 Que el grupo ponga a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la totalidad de menores de edad reclutados.

10.4 Que el grupo cese toda interferencia al libre ejercicio de los derechos políticos y libertades públicas y cualquiera otra actividad ilícita.

10.5 Que el grupo no se haya organizado para el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito.

10.6 Que se liberen las personas secuestradas, que se hallen en su poder.

Parágrafo. Los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley que se encuentren privados de la libertad, podrán acceder a los beneficios contenidos en la presente ley y a los establecidos en la Ley 782 de 2002, siempre que en las providencias judiciales correspondientes se determine su pertenencia al respectivo grupo.

Artículo 11. Reglamentado por el Decreto Nacional 423 de 2007. Requisitos de elegibilidad para desmovilización individual. Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que se hayan desmovilizado individualmente y que contribuyan a la consecución de la paz nacional, podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

11.1 Que entregue información o colabore con el desmantelamiento del grupo al que pertenecía.

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

11.3 Que se haya desmovilizado y dejado las armas en los términos establecidos por el Gobierno Nacional para tal efecto.

11.4 Que cese toda actividad ilícita.

11.5 Que entregue los bienes producto de la actividad ilegal, para que se repare a la víctima cuando se disponga de ellos. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-370 de 2006.

11.6 Que su actividad no haya tenido como finalidad el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito.

Solamente podrán acceder a los beneficios previstos en esta ley, las personas cuyos nombres e identidades presente el Gobierno Nacional ante la Fiscalía General de la Nación. (Ley N° 975, 2005)

Tabla I.

Cuadro comparativo de penas ordinarias versus penas alternativas conforme las sentencias analizadas

Actor	Tipificación del delito (Ley 599 de 2000)	Dosificación de la pena ordinaria realizada	Pena alternativa concedida	Criterios del Tribunal para la aplicación de la pena Alternativa
Orlando Villa Zapata alias "Rubén" expediente No.83280	"Concierto para delinquir agravado La pena será de 6 a 12 años de privación y multa de 2000 hasta 20000 SMLMV, adicional el agravante de la pena estipulado en el artículo 104 del código penal colombiano". (Artículo 340)	Pena de 368 meses de prisión, multa de 11.468 SMLMV, inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por 20 años e inhabilidad para tener y portar armas por 15 años	Pena alternativa de 96 meses de privación de la libertad así como a contribuir a su resocialización realizando actividades laborales y académicas durante el tiempo que se mantenga recluido en centro carcelario, y a promover la desmovilización de otros frentes del mismo grupo guerrillero	Los criterios del Tribunal para aplicar el principio de alternatividad fueron, que el actor cumpliera con los requisitos de elegibilidad los cuales están contemplados en los Ley 975 de 2005 (artículos 10 y 11).
	"Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas La pena será de 5 a 15 años de privación de la liberta". (Artículo 366).			
	"Entrenamiento para actividades ilícitas La pena será de 15 a 20 años de privación de la libertad y una multa de 1000 a 20.000 SMLMV". (Artículo 341)			
	"Utilización ilegal de uniformes e insignias La pena será de 3 a 6 años de prisión y multa de 50 a 1000 SMLMV". (Artículo 346).			
	"Reclutamiento ilícito de menores La pena será de 6 a 10 años de privación de la libertad y multa de 600 a 1000 SMLMV". (Artículo 162).			
Rodrigo Perez Álzate alias "Julián Bolívar o Pérez" expediente No. 80012	"Concierto para delinquir La pena será de prisión de 6 a 12 años y multa de 2000 hasta 20.000 SMLMV". (Artículo 340)	Pena de 480 meses de prisión, multa de 29.430 SMLMV e, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el termino 240 meses, e interdicción de derechos y funciones públicas por un término de 220 meses	Pena alternativa por un periodo de 96 meses de privación de la libertad así como a contribuir a su resocialización realizando actividades laborales y académicas durante el tiempo que se mantenga recluido en centro carcelario, y a promover la	Los criterios del Tribunal para aplicar el principio de alternatividad fueron, que el actor cumpliera con los requisitos de elegibilidad los cuales están contemplados en los Ley 975 de 2005 (artículos 10 y 11).
	"Reclutamiento ilícito de menores la pena será de 6 a 10 años de privación de la libertad y multa de 600 a 1000 SMLMV". (Artículo 162)			

<p><i>“Entrenamiento para actividades ilícitas</i> La pena será de 15 a 20 años de privación de la libertad y una multa de 1000 a 20.000 SMLMV”.(Artículo 341)</p>	<p>desmovilización de otros frentes del mismo grupo guerrillero</p>
<p><i>“Utilización ilegal de uniformes e insignias</i> La pena será de 3 a 6 años de privación de la libertad y una multa de 50 a 1000 SMLMV”.(Artículo 346)</p>	
<p><i>“Apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan</i> La pena será de 8 a 15 años de privación de la libertad y una multa de 1.300 a 12.000 SMLMV”. (Artículo 327 A)</p>	
<p><i>“Secuestro simple</i> La pena será de 12 a 20 años de privación de la libertad y una multa de 6000 a 1.000 SMLMV”. (Artículo 168)</p>	
<p><i>“Tortura</i> La pena será de 8 a 15 años de privación de la libertad y una multa de 800 a 2.000 SMLMV”. (Artículo 178)</p>	
<p><i>“Desaparición forzada</i> La pena será de 20 a 30 años de privación de la libertad y una multa de 1.000 a 3.000 SMLMV”. (Artículo 165)</p>	
<p><i>“Desplazamiento forzado</i> La pena será de 6 a 12 años de privación de la libertad y una multa de 600 a 1.000 SMLMV”. (Artículo 180)</p>	
<p><i>“Secuestro extorsivo agravado</i> La pena será de 18 a 28 años de privación de la libertad y una multa de 2.000 a 4.000 SMLMV. Teniendo en cuenta que es agravado, según el artículo 170, se le aumenta una tercera parte de la mitad”. (Artículo 169)</p>	
<p><i>“Actos de terrorismo</i> La pena será de 15 a 25 años de privación de la libertad y multa de 2.000 a 40.000 SMLMV”. (Artículo 144)</p>	
<p><i>“Lavado de Activos</i> La pena será de 6 a 15 años de prisión y multa de 500 a 50.000 SMLMV”. (Artículo 323)</p>	

<p>Jesús Ignacio Roldán Pérez alias "Monoleche" expediente No.82611</p>	<p>"<i>Concierto para delinquir</i> La pena será de prisión de 6 a 12 años y multa de 2000 hasta 20.000 SMLMV". (Artículo 340)</p> <p>"<i>Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas</i> La pena será de 5 a 15 años de prisión". (Artículo 366)</p> <p>"<i>Homicidio</i> La pena será 13 a 25 años de prisión". (Artículo 103)</p> <p>"<i>Desaparición forzada</i> La pena será de 20 a 30 años de privación de la libertad y una multa de 1.000 a 3.000 SMLMV". (Artículo 165)</p> <p>"<i>Desplazamiento forzado</i> La pena será de 6 a 12 años de privación de la libertad y una multa de 600 a 1.000 SMLMV". (Artículo 180).</p> <p>"<i>Hurto calificado</i> La pena será de 6 a 14 años de privación de la libertad". (Artículo 240)</p>	<p>La pena principal de 40 años de prisión y multa de 11.950 SMLMV y a la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de 10 años</p>	<p>Penal alternativa de 95 meses de prisión, condenado a pagar las indemnizaciones por daños y perjuicios a las víctimas reconocidas en la sentencia</p>	<p>Los criterios del Tribunal para aplicar el principio de alternatividad fueron, que el actor cumpliera con los requisitos de elegibilidad los cuales están contemplados en los Ley 975 de 2005 (artículos 10 y 11).</p>
<p>Saúl Rincón Camelo, alias "Coca Cola" expediente No. 00069</p>	<p>"<i>Concierto para delinquir</i> La pena será de 6 a 12 años de privación de la libertad y multa de 2000 hasta 20.000 SMLMV". (Artículo 340)</p> <p>"<i>Reclutamiento ilícito de menores</i> la pena será de 6 a 10 años de privación de la libertad y multa de 600 a 1000 SMLMV". (Artículo 162)</p> <p>"<i>Entrenamiento para actividades ilícitas</i> La pena será de 15 a 20 años de privación de la libertad y una multa de 1000 a 20.000 SMLMV". (Artículo 341)</p> <p>"<i>Utilización ilegal de uniformes e insignias</i> La pena será de 3 a 6 años de privación de la libertad y multa de 50 a 1000 SMLMV". (Artículo 346)</p> <p>"<i>Apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan</i> La pena será de 8 a 15 años de prisión y una multa de 1.300 a 12.000 SMLMV". (Artículo 327 A)</p>	<p>Penal de 219 meses de prisión, multa de 7.625 SMLMV, inhabilitación para poder ejercer derechos y funciones públicas por el término 219 meses</p>	<p>Penal alternativa por un periodo de 7.5 años de prisión y realizar un trabajo de resocialización a través de estudios, trabajos o enseñanzas por el tiempo que ese privado de la libertad.</p>	<p>Los criterios del Tribunal para aplicar el principio de alternatividad fueron, que el actor cumpliera con los requisitos de elegibilidad los cuales están contemplados en los Ley 975 de 2005 (artículos 10 y 11)..</p>

	<p>“<i>Secuestro simple</i> La pena será de 12 a 20 años de privación de la libertad y multa de 6000 a 1.000 SMLMV”. (Artículo 168)</p>			
	<p>“<i>Tortura</i> La pena será de 8 a 15 años de privación de la libertad y una multa de 800 a 2.000 SMLMV”. (Artículo 178)</p>			
	<p>“<i>Desaparición forzada.</i> La pena será de 20 a 30 años de prisión y una multa de 1.000 a 3.000 SMLMV”. (Artículo 165)</p>			
	<p>“<i>Desplazamiento forzado</i> La pena será de 6 a 12 años de privación de la libertad y una multa de 600 a 1.000 SMLMV”. (Artículo 180)</p>			
	<p>“<i>Secuestro extorsivo agravado</i> La pena será de 18 a 28 años de privación de la libertad y una multa de 2.000 a 4.000 SMLMV. Teniendo en cuenta que es agravado, según el artículo 170, se le aumenta una tercera parte de la mitad”. (Artículo 169)</p>			
	<p>“<i>Actos de terrorismo.</i> La pena será de 15 a 25 años de privación de la libertad y multa de 2.000 a 40.000 SMLMV”. (Artículo 144)</p>			
	<p>“<i>Lavado de Activos</i> La pena será de 6 a 15 años de prisión y multa de 500 a 50.000 SMLMV”. (Artículo 323)</p>			
<p>Uber Darío Yáñez Cavadías Expediente No.83825</p>	<p>“<i>Concierto para delinquir</i> la pena será de privación de la libertad de 6 a 12 años y multa de 2000 hasta 20.000 SMLMV”. (Artículo 340)</p>	<p>Penas de 480 meses de prisión, una multa equivalente a 50.000 SMMLV, inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas por 240 meses</p>	<p>Penas alternativas de 8 años o 96 meses de prisión y a firmar un acta donde se compromete a resocializarse, reincorporarse a la vida civil y a no repetir conductas delictivas.</p>	<p>Los criterios del Tribunal para aplicar el principio de alternatividad fueron, que el actor cumpliera con los requisitos de elegibilidad los cuales están contemplados en la Ley 975 de 2005 (artículos 10 y 11).</p>
	<p>“<i>Reclutamiento ilícito de menores</i> la pena será de 6 a 10 años de prisión y multa de 600 a 1000 SMLMV”. (Artículo 162)</p>			

<p><i>“Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas</i> La pena será de 5 a 15 años de privación de la libertad”. (Artículo 366)</p>			
<p><i>“Tortura en persona protegida”</i>. La pena será de 10 a 2 años de privación de la libertad y multa de 500 a 1.000 SMLMV”. (Artículo 137).</p>			
<p><i>“Desplazamiento forzado</i>. La pena será de 6 a 12 años de privación de la libertad y una multa de 600 a 1.000 SMLMV”. (Artículo 180)</p>			

Análisis de la punibilidad

Los delitos que fueron cometidos por los postulados descritos anteriormente son:

- *Concierto para delinquir* (artículo 340 Código penal colombiano): consiste en que un grupo de personas se reúne para crear grupos con el objetivo específico de delinquir, la pena estipulada para este tipo de delitos es de 3 a 6 años de privación de la libertad. El bien jurídico tutelado con este delito es la seguridad pública.
- *Concierto para delinquir agravado* (artículo 340): este delito es agravado debido a que los delitos cometidos son catalogados de lesa humanidad como lo son la tortura, el desplazamiento forzado, el narcotráfico, la extorción, la desaparición forzada, el secuestro, el lavado de activos, homicidio entre otros este delito tiene mayor punibilidad en el “código penal” y la pena es de 6 a 12 años de privación de la libertad y una multa de 2.000 hasta 20.000 SMLMV. El bien jurídico tutelado en este delito es la seguridad pública.
- *Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas*. (Artículo 366 del ordenamiento penal) y su pena es de 5 a 15 años de privación

de la libertad y dicha pena será duplicada cuando el arma provenga de un delito. El bien jurídico tutelado en este delito es la seguridad pública.

- *Entrenamiento para actividades ilícitas* (artículo 341 del ordenamiento penal colombiano), el cual consiste en organizar, instruir o entrenar a personas en procedimientos militares para la realización de actividades terroristas; este delito tiene una pena de 15 a 20 años de privación de la libertad y un multa de 1.000 a 20.000 SMLMV. El bien jurídico tutelado en este delito es la seguridad pública.
- *Utilización ilegal de uniformes e insignia.* (Artículo 346 del ordenamiento jurídico penal colombiano), consiste en la fabricación, compra, venta, almacenamiento, importación, distribución, sustracción, transporte, porte o utilice insignias, prendas o uniformes correspondientes a los del uso de la fuerza pública sin permiso, incurrirá en pena de 3 a 6 años de privación de la libertad y una multa de 50 a 1.000 SMLMV. El bien jurídico tutelado en este delito es la seguridad pública.
- *Reclutamiento ilícito.* (artículo 162 del código penal colombiano), el cual consiste en el reclutamiento de menores de edad estando en desarrollo un conflicto armado o los obliguen a participar en el mismo, la pena será de seis a diez años y una multa de 600 a 1.000 SMLMV. “El bien jurídico tutelado en este delito son las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”.
- *“Apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan”.* (Artículo 327 A del código penal colombiano), consiste en apoderarse de hidrocarburos o sus derivados cuando sean transportados por cualquier medio o también cuando se encuentran almacenados en fuentes de abastecimiento o plantas de bombeo, la

pena será de 8 a 15 años de privación de la libertad y de una multa de 1.300 a 12.000 SMLMV. El bien jurídico tutelado en este delito es el orden económico social.

- *Secuestro simple*. (Artículo 168 del código penal colombiano), consiste en arrebatar, ocultar, sustraer o retener a una persona y la pena será de 10 a 20 años de privación de la libertad y una multa de 600 a 1.000 SMLMV. El bien jurídico tutelado en este delito es la libertad individual y otras garantías.
- *Tortura*. (Artículo 178 del código penal colombiano), consiste en causar sufrimientos o dolores graves a una persona con el motivo de sustraer de ella o de un tercero alguna confesión o información, la pena será de 8 a 15 años de privación de la libertad y una multa de 800 a 2.000 SMLMV. El bien jurídico tutelado en este delito es la libertad individual y otras garantías.
- *Desaparición forzada*: (Artículo 165 del código penal colombiano), el cual comete una persona perteneciente a un grupo al margen de la ley cuando somete a privación de la libertad a otra persona y no brinda ninguna información sobre su paradero, se incurrirá en una pena de 320 a 504 meses de privación de la libertad y una multa de 2.666.66 a 6.000 SMLMV. El bien jurídico tutelado en este delito es la libertad individual y otras garantías
- *Secuestro extorsivo agravado*: Delito tipificado en los artículos 169 y 170 del código penal colombiano, consiste en arrebatar, ocultar, sustraer o retener a una persona, con el propósito de exigir a cambio de la libertad de esa persona un provecho o utilidad, y es agravado cuando se da en los siguientes casos:
 1. “Cuando la conducta se cometa a una persona discapacitada, que no se puede valer por ella misma, que tenga una enfermedad grave o se trate de un menor de edad o mujer en estado de embarazo”.

2. “La privación de la libertad se prolongue por más de 15 días”.
3. “Cuando la conducta se realice a un familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o en aprovechamiento de la confianza que le ha brindado la víctima a quien comete el delito o algún partcipe del mismo”.
4. “Cuando sea realizada por un servidor público o pertenezca o haya pertenecido a las fuerzas de seguridad del estado”.
5. “Cuando lo que se presione la exigencia pedida a cambio de la libertad de esa persona, amenazando de causar muerte o lesión a la víctima”.
6. “Cuando como consecuencia se reciba alguna la utilidad o finalidad de los autores o partcipes del delito”.
7. “Cuando el delito sea cometido con fines terroristas”.
8. “Cuando se afecten los bienes, la economía o la profesión de la víctima”.
9. “Cuando el delito se cometa a un periodista o lo haya sido, un político, un dirigente comunitario, étnico o religioso o un sindical”.
10. “Cuando se trafique con la víctima durante su privación de la libertad.

La pena de este delito es de 18 a 28 años y se aumenta una tercera parte de la mitad de la pena imputada, más una multa de 2.000 a 4.000 SMLMV. El bien jurídico tutelado en este delito es la libertad individual y otras garantías”.

- *Actos de terrorismo*. (Artículo 144 del código penal colombiano), el cual consiste en que quien con ocasión a un conflicto armado ordene o realice ataques excesivos o de violencia a la población civil o amenazas cuya finalidad sea aterrorizar, se incurrirá en una pena de 15 a 25 años de privación de la libertad y una multa de 2.000 a 40.000 SMLMV. El bien

jurídico tutelado en este delito son “las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”.

- *Lavado de activos*. (Artículo 323 del código penal colombiano), el cual consiste en resguardar, transportar, custodiar, transformar o administrar bienes que provengan de actividades que no sean legales, se incurrirá en pena de 6 a 15 años de privación de la libertad y multa de 500 a 50.000 SMLMV. El bien jurídico tutelado en este delito es el orden económico social.
- *Homicidio*. (Artículo 103 del código penal colombiano), el cual consiste en matar a otro, incurrirá en pena de 13 a 25 años de privación de libertad. El bien jurídico tutelado en este delito es la vida y la integridad personal.
- *Desplazamiento forzado*. (Artículo 180 del código penal colombiano), el cual consiste en que mediante violencia y de manera arbitraria obligue a una parte de una población cambie de residencia, incurrirá en pena de 6 a 12 años de privación de su libertad o multa de 600 a 1.500 SMLMV. El bien jurídico tutelado en este delito es la libertad individual y otras garantías.
- *Hurto calificado*. (Artículo 240 del código penal colombiano), el cual consiste en un bien mueble que es ajeno y es calificado cuando:
 1. Se comete con violencia
 2. Se pone a una víctima en condiciones de inferioridad o indefensión o se aproveche de tal situación.
 3. Mediante la introducción engañosa, arbitraria o clandestina en un lugar habitado así no se encuentren las personas que moran allí.

4. La actividad se ejerza con llave, escalonamiento ganzúa u otro elemento parecido, violando la seguridad

La pena será de 6 a 14 años y se aumentará si el hurto se realiza sobre un medio motorizado o sobre elementos telefónicos. El bien jurídico tutelado de este delito es contra la familia.

- *Tortura en persona protegida.* (Artículo 137 del código penal colombiano), el implica que en ocasión y en desarrollo de un conflicto armado le haga padecer a una persona sufrimientos o dolores graves con el fin de obtener información de esta persona o de un tercero, o por intimidarla o coaccionarla, incurrirá en una pena de 10 a 20 años de privación de la libertad y una multa de 500 a 1.000 SMLMV. El bien jurídico tutelado en este delito son “las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”.

Características comunes en la aplicación de principios a partir de las sentencias analizadas

El total de evidencias estudiadas, relacionan el tipo de conductas punibles cometidas por los actores junto con las penas aplicables; a continuación se caracteriza el problema común de las evidencias, conforme el problema identificado:

- Se encontró que los condenados, pertenecieron a grupos paramilitares, entre ellos a las “Autodefensas Unidas de Colombia - AUC, Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá – ACCU”, entre otras, organizados en diferentes frentes y que solicitaron la aplicación de la “Ley de Justicia y Paz” para alcanzar los beneficios de la pena alternativa.
- Los delitos por los que fueron condenados los postulados corresponden a los señalados en el Código Penal Colombiano, estos son:
 - Título .I “Delitos contra la vida y la integridad personal”.

- Título II. “Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”.
- Título III. “Delitos contra la libertad individual y otras garantías”.
- Título VII. “Delitos contra el patrimonio económico”.
- Título X. “Delitos contra el orden económico social”.
- Título XII. “Delitos contra la seguridad pública”.
- A los implicados se les suspendió la ejecución de la pena principal y se les aplicó la alternatividad de la pena ubicada entre los 7 y 8 años en establecimiento carcelario.
- Se evidencia que los requisitos de elegibilidad señalados en los artículos 10 y 11 de la “Ley de Justicia y Paz” y que se tuvieron en cuenta para la aplicación de la pena alternativa son: Que los postulados eran miembros de un grupo armado al margen de la ley; sus hechos delictivos se cometieron durante y con ocasión del mismo; no son beneficiarios de mecanismos consagrados en la Ley 782 de 2002; se desmovilizaron bajo un acuerdo celebrado con el “Gobierno Nacional”; se entregaron los bienes producto de la actividad ilegal; se entregaron al “Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF”, menores de edad reclutados; cesaron interferencias al ejercicio de actividades políticas y otras ilícitas; y se liberaron personas secuestradas.
- Los implicados además de la pena alternativa tuvieron comprometerse con la resocialización, realizando actividades de trabajo y estudio, además de promover la desmovilización de grupos armados.
- La “Ley de Justicia y Paz”, una vez realizada la respectiva dosificación de la pena, permite concluir que la alternatividad beneficia a los postulados, respecto del castigo que deben cumplir, garantizando la culminación de su situación legal tasada en corto tiempo, luego de

cumplir otros requisitos, pero no garantiza para las víctimas desde la sentencia condenatoria a las víctimas en materia de “verdad, justicia y reparación integral”, situación de control importante, pues pasados los 8 años desde la expedición de la ley (2005), muchos excombatientes beneficiarios, están quedando en libertad, y poco se sabe sobre el alto grado de cumplimiento de los requisitos, pues su medición termina siendo subjetiva.

- Del estudio de las sentencias se infiere que al no existir la realización de los presupuestos establecidos en la “Ley 975 de 2005”, no habría lugar al beneficio punitivo de pena alternativa.
- El incumplimiento por parte de los postulados de las obligaciones y compromisos realizados en el proceso, daría como finalizada la aplicación de la pena alternativa y se procedería con la aplicación de la pena principal.

Con todas las caracterizaciones realizadas, no podemos desconocer el objeto por el cual fue creada la Ley, pues su ámbito de aplicación, nace para promulgar la paz como se señaló en el capítulo primero, luego de no poderse ejecutar procesos de desmovilización estables con el “Gobierno Nacional, el artículo 1 (2005)”, señala:

Objeto de la presente ley. “La presente ley tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”. (Ley N° 975, 2005)

Como se puso observar en la sentencias, los grupos armados al margen de la ley son los principales autores de ese tipo de hechos delictivos, grupos que han causado tanto daño al país colombiano pero que al acogerse al principio de alternatividad su pena es reducida notable y desproporcionalmente, existiendo una gran diferencia entre la pena estipulada en el ordenamiento penal colombiano (máxima de 60 años) y aquella contemplada en la ley de justicia y paz.

Conforme lo anterior, nuestra posición es de total desacuerdo con la aplicación de la alternatividad de la pena establecida Ley 975 de 2005, al existir medidas desproporcionadas que van en contra del fin de la pena y de la posición filosófica que define el fin de la punibilidad de las conductas; es evidente que existe desigualdad cuando personas sin pertenecer o haber pertenecido a grupos armados son condenadas por la ley penal colombiana con una pena plena, a diferencia de las que se pueden acoger a la “Ley de Justicia y Paz”.

Algunos casos de exclusión en la aplicación de la Ley de Justicia y Paz

Hemos considerado conveniente señalar algunos casos de exclusión en la aplicación de la “Ley de Justicia y Paz”, las cuales pueden justificar la falta de garantías a las que tienen derecho las víctimas “verdad, la justicia, reparación y no repetición”, luego de que los postulados bajo esta ley, terminan perdiendo los beneficios concedidos por no cumplir a cabalidad con los requisitos de elegibilidad, algunos ejemplos son:

- Libardo Duarte, alias “Barbas”, “Mono Maicol” o conocido como “Maicol Alexis Ruiz”, paramilitar quien perteneció al denominado “Bloque Catatumbo de las autodefensas”, se desmovilizó y dejó de lado las armas en el año 2003 con el fin de acogerse a los beneficios de la “Ley de Justicia y Paz” y la Pena Alternativa estipulada en la misma, pero después de pasar tres años confeso el homicidio de Carlos Panesso quien presuntamente era testaferro de Diego Murillo “alias Don Berna”; situación que provoco que la Fiscalía, “Unidad Nacional de Justicia y Paz” solicitara la exclusión de forma definitiva del proceso, frente a esa solicitud la Sala del Tribunal lo hizo parcialmente.
- Carlos Mario Jiménez, alias “Macaco”, de quien se dice que fue el primer paramilitar que perdió el beneficio de la Pena Alternativa, desmovilizado del Bloque Central Bolívar, quien continuo realizando actividades delictuales después de su desmovilización, como continuar con el

narcotráfico y por esta razón fue excluido de la “Ley de Justicia y Paz” para someterse a la justicia ordinaria, pues el compromiso que hizo en su momento fue la de no volver a cometer ninguna clase de delitos.

- Mario Jaimes Mejía, alias el ‘Panadero’ y Alejandro Cárdenas Orozco, alias ‘J.J.’, paramilitares que hicieron parte de las AUC y fueron favorecidos con la pena alternativa establecida en la “Ley de Justicia y Paz” de ocho años de prisión, sin embargo perdieron dicho beneficio toda vez que se demostró que ambos sujetos ocultaron la verdad y faltaron a ella en las versiones libres rendidas durante el proceso de Justicia y Paz; Para la “Corte Suprema de Justicia” se verificó que verdaderamente fueron culpables de los delitos de secuestro, tortura y violación de la periodista Jineith Bedoya.

- Orlando Villa Zapata, alias “La Mona”, paramilitar que perteneció al Bloque de Vencedores de Arauca, fue favorecido mediante el proceso de Justicia y Paz en el cual se comprometió a no volver a delinquir y contribuir con los derechos de las víctimas del conflicto, fue excluido de los beneficios de la pena alternativa de ocho años de prisión, toda vez que por decisión del “Tribunal de Justicia y Paz de Bogotá” se demostró que el postulado faltó al deber de decir la verdad de los delitos cometidos y por manipular el proceso de justicia transicional al que fue sometido.

- Daniel Rendón alias “Don Mario”, ex jefe paramilitar que perteneció al “Bloque Élmer Cárdenas de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC)”, fue favorecido de la pena alternativa en el proceso de Justicia y Paz en el año 2006, y perdió dicho beneficio en el año 2013 debido a la continuidad delictiva después de su desmovilización, “Don Mario” estando privado de la libertad creó un grupo armado ilegal denominado “Autodensas Gaitanistas de Colombia” o también llamado “Los Urabeños” dedicado al narcotráfico y en el 2014 fue extraditado a Estados Unidos.

Resultados y conclusiones a partir del análisis jurisprudencial utilizado

Una vez recopiladas y revisadas las evidencias antes expuestas, se infiere que en todas ellas y como lo exige la “Ley de Justicia y Paz” se cumplen los requisitos de elegibilidad de los postulados, quienes pueden favorecerse con la pena alternativa entre 5 y 8 años, medida privativa de la libertad; dicho beneficio aplica a las personas desmovilizadas que desean contribuir a resarcir los derechos de las víctimas del conflicto como lo son la “verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición”.

Es importante señalar criterios de igualdad evidenciados en cuanto al desarrollo y contenido de las sentencias pues en cada una de ellas se mencionan los delitos que cometieron y que son aceptados por los postulados; de igual forma las víctimas son reconocidas y los bienes adquiridos son puestos a disposición de la “Fiscalía General de la Nación” a través de la Unidad encargada de extinción de dominio entre otros.

También es prudente indicar que se ven directamente afectados los derechos de las víctimas, iniciando con el derecho a la verdad que no es garantizado en su totalidad toda vez que el postulado acepta y pone en conocimiento los hechos cometidos, y bien lo podría hacer completa, parcial o nulamente, es decir, la verdad para las víctimas y el proceso penal, es la voz del postulado, pues si no fuese él quien la señalara, no podría hacerlo nadie más; así mismo se ve afectado el derecho a la justicia pues aun cuando no existe certeza sobre la verdad de los hechos ocurridos, difícilmente el proceso penal será objetivo, completo y con resultados óptimos frente la reparación de las víctimas del conflicto; es valor justicia en ese sentido puede resultar más subjetivo para unos que para otros, para Uprimny (2006) podrá ser el resultado de poner en funcionamiento el aparato judicial del Estado para castigar severamente a quien cometió un delito; para otros lo será cuando el postulado colabore, describa y pida perdón a sus víctimas; señala el

autor antes mencionado: “Existe un deber de imponer penas adecuadas a los responsables y proporcionadas a la gravedad de sus conductas” (p53), pudiendo entender que el cumplimiento de ese deber, evidencia la realización del valor justicia.

Este concepto pareciera ser más oscuro en la “Ley de Justicia y Paz”, porque mientras que un jefe de algún grupo armado organizado al margen de la ley cometa cierta cantidad de delitos, el mismo termina siendo beneficiario de la pena alternativa establecida en esta ley, caso contrario le sería a una persona sin esta característica que comete los mismos delitos y le podría ser aplicada una pena máxima hasta de sesenta años de prisión. Por lo tanto no existe proporcionalidad en la pena que se impone, pero que a la luz y en la incansable búsqueda de la paz de Colombia resulta justificable.

Por otro lado el derecho a la reparación de las víctimas del conflicto armado se ve ciertamente afectado, pues del análisis que se llevó a cabo en las evidencias, los apoderados de las víctimas tasaron los daños y perjuicios ocasionados, entre ellos daño moral y daño a la vida de relación, donde se reconocieron mediante estas providencias solo un mínimo de cosas respecto de lo solicitado por las víctimas; esto quiere decir que la reparación no solo consiste únicamente en indemnizar, sino también rehabilitar y restituir; la indemnización dada a las víctimas especialmente a los menores de edad que fueron reclutados cuando cursaban sus últimos años de bachillerato y que aún no eran conscientes de sus actos, no fue tan alta como para reconstruir sus vidas y lograr una reinserción social, a muchos de ellos no les fue reconocido un subsidio de vivienda por falta de pruebas suficientes, pero lo que si es cierto es que estuvieron vinculados a las filas de los grupos en promedio de seis a cuarenta y ocho meses.

Algunas de las falencias que se encontraron al revisar las sentencias antes mencionadas, se centran señalar que el trabajo de la Fiscalía General de la Nación debía ser más minucioso, es

decir, la investigación debía realizarse con más detalle a la hora de establecer que víctimas se le atribuyen a cada postulado, para evitar que las víctimas estuvieran involucradas en casos donde no tuvieron ninguna participación.

Por último se observó que una de las sanciones impuestas a los postulados por parte del Magistrado Ponente en cada sentencia analizada, es la de recibir 500 horas de estudio y formación en Derechos Humanos, donde el postulado deberá tomar estos estudios con la finalidad de lograr integrarse nuevamente a la sociedad, frente a esto nos preguntamos: ¿Podría un desmovilizado lograr su reinserción social y forma de pensar a partir estudios en Derechos Humanos?, es difícil alcanzar una respuesta rápida y acertada sobre el tema, toda vez que una persona que ha cometido ciertos delitos en contra de la vida e integridad de las personas, sin tener la mínima compasión y medición de las consecuencias, tiene o podría tener una serie de perjuicios morales reparables o no en el tiempo, aun así el Estado en su esperanza por lograr una reconciliación Nacional y una paz duradera se encuentra en el deber de ofrecer oportunidades a los que por alguna situación se alejaron y se organizaron en armas en defensa de sus ideales.

Se puede establecer que el principio de alternatividad de la “Ley de Justicia y Paz” aparece como un pilar importante en la consecución de la paz en nuestro país, ya que a partir de su entrada en vigencia, muchos jefes, comandantes entre otras personas que pertenecieron a grupos organizados y que estuvieron al margen de la ley durante mucho tiempo, decidieron abandonar estos grupos y coadyuvar con la justicia para el desmantelamiento de otros grupos organizados, para ser beneficiarios de una pena alternativa sin dejar de lado la pena principal y que resulta directamente desproporcional con los delitos que son imputados como son los de lesa humanidad que tienen mayor punibilidad en nuestro Código Penal.

Teniendo en cuenta que se presenta una colisión de principios, como entre el principio de alternatividad de la “ley de Justicia y Paz” y el principio de proporcionalidad de la Ley Penal.

Alexy (1993), afirma:

“Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios - como solo pueden entrar en colisión principios válidos— tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”. (p89)

Esto significa que, el principio que debe primar es aquel que se identifique con mayor peso, que para el presente estudio hemos considerado al principio de proporcionalidad de la ley penal; de acuerdo con la ley de ponderación, señala Alexy (1993): “Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (p.161). Señala el autor que la teoría de la ponderación puede dividirse en tres etapas totalmente diferentes así: “1. Determinar el grado de no satisfacción o restricción de un principio, 2. Determinar la importancia de la satisfacción del principio contrario y 3. Determinar si la importancia del principio contrario, justifica la no satisfacción o restricción del otro principio”. (p.161). La finalidad de esta teoría según Alexy, es que todos los jueces constitucionales deberían aplicar estas tres etapas y realizar juicios racionales los cuales determinarían el grado del valor del derecho fundamental que se debe privilegiar.

Lo anterior quiere decir que el juicio de proporcionalidad debe realizarse teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido y la pena a imponer, debiendo ser directamente proporcional y así castigarse de manera justa a los autores del delito y más si se tratan de delitos contra los derechos humanos, el “Derecho Internacional Humanitario” y crímenes de lesa Humanidad.

Capítulo III

Iniciaremos este capítulo exponiendo la contrastación de tres aristas que sustentan el objeto de este trabajo de investigación, esto con el fin de identificar el principio que queremos privilegiar para las mejores prácticas profesionales del derecho.

La primera tiene que ver con la identificación de un principio que atienda de mejor manera a los fines de la pena dentro del orden de la justicia, la verdad y la reparación, a partir de la verificación de sus criterios de validez, en un proceso bajo estudio como lo es la justicia transicional en Colombia.

El marco legal vigente es la “Ley 975 de 2005, Ley de Justicia y Paz”, en la cual se desarrolla el marco de la Justicia Transicional en Colombia; esta norma se ha incorporado al ordenamiento jurídico con el fin de avanzar en un desarrollo de acuerdos con grupos al margen de la ley, en esta ocasión con los grupos desmovilizados como lo son los paramilitares; es así como la ley contempla elementos que permitan la menor impunidad, dentro de los cuales ha planteado el principio de la alternatividad de la pena, para casos donde los postulados han cumplido en algún porcentaje con obligaciones y compromisos respecto a la búsqueda de la reparación y el resarcimiento de los daños causados a las víctimas.

Alterno a la vigencia de la ley mencionada, está la Ley 599 de 2000, mediante la cual se expide el Código Penal Colombiano; esta norma consagra en su artículo tercero el principio de proporcionalidad como uno de los pilares sobre los cuales se tasa la pena o la medida de seguridad.

En vigencia de las dos normas, debemos señalar que es necesario reconocer una potencial controversia entre las normas del ordenamiento penal colombiano y la Ley de Justicia y Paz antes señalada, ambas garantistas de un mínimos derechos; que existe un contrarresto del principio de

proporcionalidad regulado en la Ley 599 de 2000, por la aplicación del principio de alternatividad de la pena regulado en la Ley 975 de 2005, pues bajo el contexto jurídico y argumentativo tal afectación al principio en relación con el derecho a la justicia, se ha evidenciado por la expedición de sentencias proferidas de los “Tribunales Superiores del Distrito Judicial, en su Sala de Justicia y Paz”.

Debemos señalar que la aplicación de la pena alternativa se encuentra entre cinco y ocho (5 y 8) años de prisión, siempre que se cumplan con los requisitos señalados en la ley, entre ellos el de coadyuvar con la Fiscalía tanto en la investigación como en el proceso, además de reparar a las víctimas que al postulado le imputen, pero que respecto de la dosificación de la pena no existe una ponderación de esta con los delitos imputados por su participación y responsabilidad en la comisión de los mismos, sino la aplicación de una pena privativa de la libertad determinada por la contribución del postulado al resarcimiento de la víctima; de esta manera se evidencia que la aplicación de este principio (alternatividad) contrarresta el principio ya inmerso en el ordenamiento jurídico penal colombiano como lo es el de proporcionalidad de la pena.

La segunda arista se relaciona con la solución del problema de investigación a partir de teóricos que sustentan la hipótesis en donde se concluye que el principio de alternatividad no tiene criterios de validez jurídica.

Tal consideración se ha estudiado desde los criterios de validez de Kelsen y Dworkin expuestos en los capítulos anteriores, para Kelsen el sentido material-formal de la norma para que sea válida implica conocer: i. Que su creación fue elaborada por el órgano competente, ii. Que ha surtido todas las etapas para su debida creación hasta ser sancionada y iii. Que la misma no es contraria del ordenamiento constitucional, criterios a los que se encuentran ajustadas las dos normas, pero quizás con un tinte de inconstitucionalidad de este último punto, pues se identifica

que el derecho de las víctimas a la protección integral del estado y su dignidad humana, no pueden sustraerse por la aplicación de un principio que garantiza la ejecución de una pena, sin atender a la justicia y la moral de la que habla Dworkin, pues para él la norma está sustentada en estas cualidades, por ejemplo que le permiten a un juez aplicar la norma y tasar la pena, con el fin de retribuir justicia a la sociedad.

Desde la teoría de Dworkin se plantea la validez jurídica por medio de la aplicación de la norma y de los principios, la primera de manera disyuntiva señalando que si los hechos descritos en la misma se dan, la norma es válida y aplicable y la segunda a partir de la observancia de razones de equidad, justicia o moralidad que debe seguir la discrecionalidad del juez al momento de solucionar un caso específico.

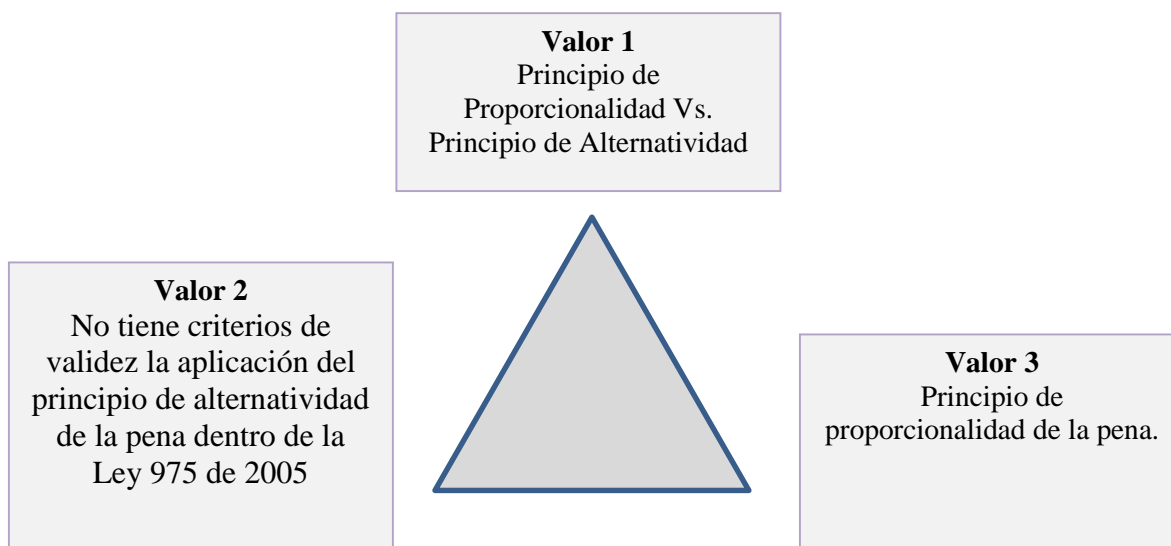
Identificados los criterios de validez de los teóricos, la hipótesis ha sido corroborada desde dos puntos de vista: i. Mediante la exclusión de la ley de justicia y paz de algunos de los postulados que se acogieron al beneficio y que han incumplido con algún criterio de elegibilidad, ii. Desde la excesiva discrecionalidad que se le puede dar al juez para imponer una pena que puede ir en contra del principio de proporcionalidad señalado en el código penal y que atiende a los fines de la pena, esto es, de forma proporcional a la gravedad de las conductas cometidas.

Y en un tercer plano esta la exposición de la solución jurídica en donde se le da prevalencia al principio de proporcionalidad, el cual le faculta al juez su aplicación mediante el test de ponderación que trata la teoría de Robert Alexy (1993); el test se divide en tres etapas: “1. Determinar el grado de no satisfacción o restricción de un principio, 2. Determinar la importancia de la satisfacción del principio contrario y 3. Determinar si la importancia del principio contrario, justifica la no satisfacción o restricción del otro principio” (p.161)

Es entonces el Principio de Proporcionalidad una salida más justa, pues el Código Penal Colombiano lo dispuso como norma rectora induciendo a que las penas se deben de imponer de acuerdo a la gravedad del delito y los daños causados por la comisión del mismo. Sin embargo el Estado al promulgar la Ley de Justicia y Paz no se percató del posible contrarresto generado a este importante principio de la ley penal, norma que se aplica a todos los colombianos que cometen algún delito contemplado en la misma sin distinción ni prevalencia alguna.

Por lo tanto, la mejor práctica del derecho penal implica evaluar ante un conflicto de principios, su ponderación, pues es la mejor manera de superar los conflictos en concreto; por otro lado el principio de proporcionalidad atiende a las normas rectoras creadas por el legislador para la aplicación del derecho penal en Colombia, mismo que tiene un fin retributivo que no puede aplicarse para unos actores de una forma y para otros de otra, pues es característica de una norma injusta.

Gráfico 1: Triangulación Metodológica



Fuente: Propia

Valor 1: Principio de Proporcionalidad de la Pena

Valor 2: No tiene criterios de validez la aplicación del principio de alternatividad de la pena dentro de la Ley 975 de 2005.

Valor 3: Principio de proporcionalidad de la pena.

Aplicación del principio de proporcionalidad como solución al problema jurídico

Para iniciar tomaremos la “teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy denominada Sistema de Ponderación de Principios”.

La ponderación señala Alexy (2009):

“Es objeto del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad -en sentido estricto-, que trata de la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. El objeto de los dos primeros subprincipios (idoneidad y necesidad) –del principio de proporcionalidad-, es la optimización relativa de las posibilidades fácticas. Lo que se trata de evitar frente a una situación fáctica de conflicto, son los costos que pueden recaer sobre los derechos fundamentales y los fines del legislador. La ponderación se realiza por intermedio de la llamada *optimalidad de Pareto*”. (Alexy, 2009, p. 2,3)

De lo anterior concluimos que la “teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy” desarrolla una solución de manera integral que permite determinar desde el plano normativo y moral, que los principios son integrados al sistema jurídico como mandatos de optimización, donde no se desconoce algún principio sino se da el valor correspondiente a cada uno, a través de la denominada Ley de Ponderación, para equilibrar principios que en algún momento se contraponen como se ha evidenciado en el desarrollo del problema jurídico de la presente investigación.

Se concluye que a través del principio de proporcionalidad no es del todo una respuesta única correcta al problema jurídico, pero si una aproximación argumentativa que se denomina “modelo completo de sistema jurídico” que en el discurso práctico racional, permitirá dar una claridad sobre la solución de todo caso jurídico, aunque de forma sensata, reconoce que el modelo también puede depender de un sistema de reglas y que existen y existirán casos en los que el desarrollo de él se vea afectado por sus participantes y las reglas en que el problema está inmerso, aunque se acuda a los principios, dependerá más de la forma argumentativa para llegar a la solución.

Lo que se ha validado en el presente trabajo es la aplicación del principio de proporcionalidad y la discrepancia que este tiene con el principio de alternatividad, en ese sentido aplicar el test de ponderación tratado en la “teoría de la argumentación de Robert Alexy”, puede proponer la creación de un sistema para la aplicación de las penas estipuladas en la Ley 599 de 2000 y la Ley 975 de 2005.

Según la teoría de la ponderación, la resolución que debe obtenerse frente a la colisión de estos dos principios, debe ir a favor del derecho de la libertad y la igualdad jurídica; de igual forma cuando se encuentran en conflicto dos leyes no van en favor de estos derechos sino a favor de la democracia.

En ese sentido es posible identificar que el principio de proporcionalidad de la ley penal es el que cumple con las expectativas de una justicia equilibrada frente a los delitos que han cometido todos aquellos integrantes de los grupos al margen de la ley, el cual tiene sus antecedentes históricos desde la obra de Platón en la que se señaló que la pena debe ser proporcional al delito cometido y fue hasta la época de la ilustración en que tomo asiento significativo y relevante para los estudiosos del derecho pues gracias a la obra “De los delitos y de las penas” de Cesar Beccaria (2015) en la cual este autor señala que “existe proporcionalidad de la pena cuando esta resulta

necesaria e infalible”; y como lo explica Ivonne Yenissey de forma sencilla, estos dos criterios refiriéndose al primero que es la necesidad indicando que la pena “no ha de ir más allá de lo que es necesario para cumplir un fin” (p.87). Y en cuanto al segundo que es la infalibilidad hace referencia a que las penas impuestas deben cumplirse efectivamente por los sujetos condenados.

Por lo anterior se puede inferir que la necesidad e infalibilidad de la que se habla desde Beccaria, resulta de gran relevancia para la aplicación de las penas en lo que torna al principio de proporcionalidad en la ley penal, esa necesidad de imponerlas sin exceder los límites preestablecidos en nuestro Código Penal y la certeza de que dichas penas serán cumplidas en su totalidad por los actores delictuales; situación que desfavorablemente se evidencia en la aplicación del principio de alternatividad de la Ley de Justicia y Paz.

Solución legal pertinente al problema jurídico identificado

La solución legal que jurídicamente se puede analizar y extraer de todo el trabajo realizado, es reconocer que no existen criterios de validez jurídica desde la “teoría de los derechos en serio de Ronald Dworkin y la teoría de la ponderación de Robert Alexy”, para la aplicación del principio de alternatividad de la pena de la Ley 975 de 2005 en relación con el principio de proporcionalidad de la pena contenido en el ordenamiento jurídico penal, ya que de acuerdo con las sentencias de exclusión señaladas en el capítulo dos, se evidencia un incumplimiento por parte de los postulados a los derechos de las víctimas, como son: “A la verdad, a la justicia y a la reparación”, sin el ánimo de generalizar y castigar los resultados de otros procesos que sí pudieron contribuir de manera significativa pero no completa.

Esto quiere decir que el principio de proporcionalidad de la ley penal prevalece y es de mayor “peso” de acuerdo a la teoría de la ponderación señalada por Robert Alexy; ponderar dos principios que van de la mano hacia un mismo fin pero que resultan injustos entre ellos al

momento de aplicarse, puede llevar a proponer un sistema más justo de dosificación de la pena. En ese sentido, otra solución adecuada para las prácticas del ejercicio profesional tiene que ver con la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad de tal manera que contribuya a la consecución de la paz y la desmovilización de grupos armados, este puede ser:

- Reconocer como primera medida, que deben existir beneficios dentro de la normativa penal, que incentive los procesos de paz y de reincorporación individual o colectiva a la vida civil de personas que han pertenecido a grupos armados.
- Debe existir un proceso penal para todas estas personas que se quieran acoger a los beneficios de dicha norma.
- Del proceso penal realizado, debe reconocerse y ejecutarse la comisión de conductas punibles y la respectiva pena con medidas intramurales o con la aplicación de subrogados, ante un juez.
- En el caso de personas desmovilizadas y procesadas por la comisión de graves delitos y que actuaron como jefes de bloques de estructuras paramilitares, puede no imponerse una pena máxima de 60 años, y si una, ejemplo una de 30 o 40 años, si la persona contribuye a la reparación, a la verdad y a la justicia de las víctimas.
- En la medida en que sea efectiva su colaboración, podrá alcanzar la suspensión de otra parte de la pena, como por ejemplo la reducción adicional entre 5 y 10 años.
- En todo caso un sistema de “alternatividad” penal, podría tener consagrado una pena máxima y una mínima determinada de forma proporcional al delito, esto es, que se cumplan por ejemplo, penas entre 20 y 40 años, adicional sin desconocer el cumplimiento de requisitos de elegibilidad que señala la “Ley 975 de 2005”.

En todo caso, una persona que ha cometido delitos contra la vida y dignidad de las personas, siendo estos los más reprochables en el sistema penal colombiano, debe someterse al juicio que

realice el Juez y la valoración adecuada de las pruebas aportadas revisando cuidadosamente si la pena que corresponde a ese delito es la necesaria y resulta proporcional a la gravedad del delito.

Conclusiones

- La ley 975 de 2005, Ley de Justicia y Paz en Colombia, durante el tiempo de su aplicación ha quebrantado notablemente los derechos de las víctimas del conflicto armado como lo son a “la verdad, justicia y reparación”, toda vez que no son cumplidos en su totalidad ni garantizados efectivamente por el Estado Colombiano; quien es el encargado de promover que las víctimas conozcan por completo la ocurrencia de los hechos, de acceder a una justicia real y efectiva por los delitos cometidos en contra de la vida, integridad y dignidad de los afectados, garantizar la reparación integral de ellas y brindar protección con el fin de no repetir las circunstancias de guerra a las que fueron sometidas.
- El Principio de Alternatividad de la Ley Penal establecido en la Ley de Justicia y Paz, se ha convertido realmente en un beneficio grande para los desmovilizados que decidieron acogerse a dicha Ley, pues indistintamente de la gravedad de los delitos, el operador jurídico podrá imponer una pena que oscila entre 5 y 8 años, lo que resulta injusto y un tanto discriminatorio para los demás infractores que no pertenecieron a grupos armados organizados y se rigen bajo el Código Penal Colombiano en el cual se podrá imponer hasta una pena de 60 años de prisión.
- El principio de proporcionalidad que trae consigo la ley penal colombiana no ha sido tomado en cuenta con la emisión de la Ley 975 de 2005 Ley de Justicia y Paz, puesto que al tratar los mismos delitos ya contemplados en el ordenamiento jurídico penal colombiano en el Títulos “I Delitos contra la vida y la integridad personal”, “II Delitos contra personas

y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”, “III Delitos contra la libertad individual y otras garantías” y “XII Delitos contra la seguridad pública”, la ley de justicia y paz trae otras penas diferentes y en gran medida inferiores a las contempladas en el ordenamiento penal colombiano.

- La Ley 975 de 2005, Ley de Justicia y Paz aunque fue expedida con la finalidad de lograr que las víctimas del conflicto armado logaran la satisfacción de los derechos a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, no ha sido efectiva en su totalidad ya que los actores armados pertenecientes a grupos paramilitares que se postularon para obtener los beneficios que brinda dicha ley, después de cierto tiempo de la desmovilización volvieron a cometer actividades delictivas así como también se demostró que faltaron a la verdad en las versiones libres que fueron rendidas durante el proceso.

- La aplicación que se le ha dado al Principio de Alternatividad de la Ley de Justicia y Paz no resulta válida toda vez que afecta directamente al Principio de Proporcionalidad de La Ley Penal, siendo el último el que verdaderamente se justifica aplicar y el que cada operador jurídico debería tener en cuenta al momento de la imposición de las penas de acuerdo a los delitos cometidos.

- No se cumplen los objetivos de la Ley 975 de 2005, al evidenciarse que durante la pertenencia al proceso de justicia y paz los postulados fueron excluidos, pues siguieron cometiendo conductas delictivas, conformando grupos armados, manipulando los procesos, generando así una falta a la verdad de los hechos que se cometieron, a la justicia,

la reparación y a la garantía de no repetición, no se alcanza el objetivo primordial de la ley: la paz y la reincorporación a la vida civil, teniendo así que acudirse a la justicia ordinaria para ser juzgados.

- Con los postulados excluidos y extraditados como lo es el caso del exjefe paramilitar Daniel Rendón alias “Don Mario”, se afecta el derecho de las víctimas puesto que al reabrir un proceso penal ordinario: Se dilatan los resultados en el tiempo, no hay esclarecimiento de los hechos ocurridos con rápida trazabilidad, el juzgamiento de los delitos cometidos en virtud de su permanencia al grupo armado se penalizan después de cumplidas las penas en el país solicitante y se somete el derecho de las víctimas a la colaboración que brinde el excluido, quien no cuenta con los mismos beneficios de la ley 975 de 2005.

- El Estatuto de Roma por el cual se crea la Corte Penal Internacional, resulta ser el principal instrumento internacional en materia de protección de los derechos humanos el cual concede a la CPI la competencia para conocer de los crímenes de lesa humanidad, de genocidio, de agresión y de guerra, donde los máximos responsables de dichos crímenes deben ser investigados y juzgados por cada uno de los Estados, y en ausencia de la debida investigación e interés de las jurisdicciones nacionales por hacer efectivo el derecho a la justicia, la CPI se ocupara de lograr el efectivo juzgamiento en pro de los derechos de las víctimas, a esto se refiere el principio de complementariedad que tiene la CPI frente a los estados partes.

-

Referencias

Libros

- Alexy, R, (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Ambos, K., Malarino, E., Gisela, (2009). *El marco jurídico de la justicia de transición. Justicia de transición Informes de América Latina*. Berlín, Alemania: Konrad-Adenauer- Stiftung e.V.
- Aponte, A. (2015). *Colombia en K. Ambos. (Ed.), Justicia de Transición, Informe de América Latina, Alemania, Italia y España* (pp. 235-300). Berlín, Alemania: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V.
- Beccaria, C. B, (2016). *Tratado sobre los Delitos y las Penas*. Bogotá, Colombia: Temis S.A.
- De Gamboa, C, (2006). *Justicia Transicional: teoría y praxis, Colección Textos de Jurisprudencia*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario
- Dworkin, R. (1977) *Los derechos en serio*. London, Inglaterra: Duckworth.
- Dworkin, R. (1989) *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Ariel.
- Dworkin, R. (1985) *A matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2012). *El imperio de la justicia*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa
- Forero, A., López, C, (2012). *La Evaluación del Proceso de Justicia y Paz por los Sistemas Internacionales de Protección a los Derechos Humanos. Cap. Sobre la Pena Alternativa, en: Colombia: un nuevo modelo de justicia transicional*. Bogotá D.C. Colombia: editorial Giz
- Fundación Social, (2015). *Comentarios y Recomendaciones Orientados a Maximizar la Eficacia del Derecho de las Víctimas y de la Sociedad a la Verdad, la Justicia y la Reparación Integral; en: Ley de alternatividad penal y justicia transicional, documento de recomendaciones*: Bogotá D.C.-Colombia Fondo editorial CEREC.

- Garzón, Baltasar, (2011). *Diagnóstico de Justicia y Paz en el Marco de la Justicia Transicional en Colombia. Cap. 1. De la Pena*. Madrid-España: Organización de los Estados Americanos MAPP-OEA.
- González, M. (2013). *Los procesos de selección penal negativa y los derechos fundamentales. En: Proceso de selección penal negativa*. Bogotá Colombia: Universidad Libre.
- Londoño. A. (2002) *Principio de proporcionalidad en el derecho procesal penal*. Bogota, Colombia: Nueva Jurídica.
- Orozco, I. (2009). *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis y Universidad de los Andes.
- Ramírez, B. R. (2010). *Justicia Transicional, procesos en Justicia y Paz*. Bogotá, Colombia: Leyer.
- Ruiz, J. A. (2014). *De la Justicia, en: La ley de justicia y paz. Crónica de un fracaso bien planeado*. Bogotá, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. LTDA.
- Uprimny, Y. R. (2006). *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá, Colombia: Antropos.

Libros en línea

- Ambos, K. (2003). *Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional*. Recuperado de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_14.pdf
- Ambos, K. (2008). *El marco jurídico de la justicia de transición*. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4487/6.pdf>
- Ambos, K., (2010). *Procedimiento de la ley de justicia y paz (ley 975 de 2005) y derecho penal internacional: estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal*

Internacional a la luz del denominado proceso de "justicia y paz" en Colombia. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26869.pdf>

Beccaria, C. B. (2016). *Tratado sobre los Delitos y las Penas*. Bogotá, Colombia: Temis S.A.

Naciones Unidas Derechos Humanos Oficina del Alto Comisionado. (1985). Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

Recuperado de

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx>

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*. Recuperado de

<http://arquimedes.adv.br/livros100/Teoria%20de%20los%20Derechos%20Fundamentales-Robert%20Alexy.pdf>

Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Recuperado de

http://legis.pe/wp-content/uploads/2017/09/Descargue-en-PDF-Los-Derechos-en-serio-de-Ronal-Dworkin-Legis.pe_.pdf

Artículos revistas

Díaz, T. (2011). Validez del derecho: Análisis conceptual a partir de los modelos teóricos de Kelsen y Alexy. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 105-111.

Artículos revistas en línea

Daza Gonzalez, A. (2015). La Pena Alternativa en la Ley de Justicia y Paz. *Revista Principia Iuris*, 13 (25), 65-76. Recuperado de

<http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/viewFile/1122/1085>

Devia, C., Leguizamón, J. (2014). Procesos de paz y conflicto en África: Angola, República Democrática del Congo y Sierra Leona. *Revista Análisis Internacional*, 5 (2), 87-103.

Recuperado de <https://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/view/977>

Moncayo Alvarado, et al. (2012). Proporcionalidad de la pena, un debido proceso en una Justicia Restauradora, *Revista Nueva Época*, Vol.18.

Artículos Periódico en línea

Redacción el Tiempo. (24 de noviembre de 2009). Excluyen de Justicia y Paz a desmovilizado del Bloque Catatumbo *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-6667209>.

"Macaco" aún delinquía desde Itagüí (25 de agosto de 2007). *El País*. Recuperado de <http://historico.elpais.com.co/paionline/notas/Agosto252007/nac01.html>.

Redacción Justicia. (10 de agosto de 2017). 'Panadero' y 'J.J.' salen de Justicia y Paz, tendrán 40 años de cárcel. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/justicia/delitos/confirman-expulsion-de-el-panadero-y-jj-de-justicia-y-paz-118076>.

Justicia. (19 de diciembre de 2017). Excluyen de Justicia y Paz a ‘expara’ Villa Zapata. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/justicia/cortes/orlando-villa-zapata-es-excluido-de-justicia-y-paz-162654>

Informes en línea

Fundación Acción Pro Derechos Humanos. (1984). Informe “Nunca Más” Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) – Argentina. Recuperado de <http://www.derechoshumanos.net/lesahumanidad/informes/argentina/informe-de-la-CONADEP-Nunca-mas.htm>

Normas Jurídicas en línea

Constitución Política de Colombia [Const]. (Julio 20 de 1991). Recuperado de

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Congreso de Colombia. (25 de julio de 2005) Ley de Justicia y Paz. [Ley 975 de 2005]. DO:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=17161>

Congreso de Colombia. (24 de julio de 2000) Código penal. [Ley 599 de 2000]. DO:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388>

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 39045, (M.P Luis Guillermo Salazar Otero, 19 de marzo de 2014).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 47616, (M.P Luis Antonio Hernández Barbosa, 16 de noviembre de 2016).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-370 de 2006, (M P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández: Mayo 18 de 2006).

Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Radicado No. 110016000253200883280, (M P. Eduardo Castellanos Roso: Abril 16 de 2012).

Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Radicado No.110016000253200680012, (M P. Uldi Teresa Jiménez López: agosto 30 de 2013).

Tribunal Superior del Distrito sala de Justicia y Paz de Medellín. Radicado No.110016000253-2006-82611, (M P. Rubén Dario Pinilla Cogollo: Diciembre 9 de 2014).

Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Radicado No.110012252000201300069, (M P. Uldi Teresa Jiménez López: Abril 10 de 2015).

Tribunal Superior del Distrito sala de Justicia y Paz de Medellín. Radicado

No.110016000253200983825, (M P. Juan Guillermo Cárdenas Gómez: Julio 7 de 2015).

Normas Internacionales en línea

Naciones Unidas Derechos Humanos Oficina del Alto Comisionado. (1985). Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

Recuperado de

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx>

Comité Internacional de la Cruz Roja. (1998). Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Recuperado de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1998-icc-5tdm58.htm>