

Foro Constitucional Iberoamericano

Nº 6 /2004

BREVE HISTORIA DE LAS AMNISTÍAS E INDULTOS EN COLOMBIA

por Víctor Guerrero ●

Sumario: **I. PERSPECTIVA HISTÓRICA** **1.** Las primeras amnistías e indultos del siglo XX: la guerra de los mil días **2.** El período de la Violencia y el Frente Nacional **3.** Desde la terminación del Frente Nacional hasta nuestros días **II. NATURALEZA, ESTRUCTURA Y CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO DE LEY DE ALTERNATIVIDAD PENAL** **1.** Estructura **2.** Condiciones de procedibilidad **3.** Acumulación de sentencias **4.** Término de supervisión **5.** Prórroga y revocatoria del beneficio. **6.** Reparación a cargo del Estado y de los victimarios **7.** Los alcances de la reparación **8.** Cláusula de Proporcionalidad y Gradualidad **9.** La Comisión de Verificación **10.** El régimen de Penas Alternativas **III. CRÍTICAS AL PROYECTO DE LEY POR LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES Y LAS ONGS.** **IV. RECOMENDACIONES** **1.** Término de la suspensión **2.** Exclusión de Beneficios **3.** Ámbito material de aplicación **4.** Ámbito personal de aplicación **5.** Vigencia de la ley **6.** Concurrencialidad o regulación de las medidas de reparación/publicidad/bienes **7.** Concurrencialidad o regulación de las penas alternativas **8.** Finalidades contrapuestas: desmovilización y deserción **9.** Fortalecimiento de la Comisión de Verificación **10.** Papel del sistema judicial penal

I. PERSPECTIVA HISTÓRICA

1. Las primeras amnistías e indultos del siglo XX: la guerra de los mil días

Desde los albores del siglo XX el empleo de amnistías generales y ampliamente comprensivas al término de conflagraciones civiles reafirma una extensa tradición. Sin embargo, como se verá, al mismo tiempo, inaugura una nueva etapa igualmente pródiga en su ejercicio.

En marcado contraste con las guerras civiles decimonónicas que se escenificaran en un contexto donde caudillos regionales levantados contra el gobierno legítimo combatían unos contra otros al amparo de milicias autorizadas por las respectivas constituciones federales, la Guerra de los Mil Días construyó por primera vez el estatuto de un enemigo ilegítimo, descalificado tanto política -delincuente- como religiosamente -hereje-.

Ello desembocó en la expedición de decretos de guerra o legalidad marcial mediante los cuales se impuso la pena de muerte a los responsables de determinadas conductas -incendio, colaboración con extranjeros, etc.- y contribuyó a la puesta en práctica de fusilamientos y ejecuciones de los insurrectos capturados.

Ya en la fase declinante de la guerra, se dispuso el otorgamiento de indultos a cambio de la entrega de armas acompañada del retiro de las filas insurreccionales -Decreto 933 del 12 de junio de 1902-. La concesión de los indultos estipulaba diversos plazos de acuerdo con las distintas zonas geográficas del país y exigía la declaración de la

voluntad, ante la respectiva autoridad legítima, de vivir sometido a las leyes y no volver a tomar las armas contra el gobierno. Sin embargo, el artículo 6° de dicho decreto expresamente exceptuaba del indulto a los “responsables de delitos comunes, los cabecillas de expediciones organizadas en país extranjero para invadir territorio colombiano, y los individuos que por haber tomado parte en dichas expediciones han sido juzgados y condenados por Consejo de guerra”. Sin embargo, el indulto ofrecido, acompañado de esta cláusula de limitación, de poco sirvió para persuadir a los insurrectos liberales de declinar en sus actos bélicos. En efecto, buena parte de los liberales a quienes iba dirigido el indulto, se encontraban dentro de algunas de las modalidades de limitación señaladas.

La destrucción del país y el agotamiento de los contrincantes, determinaron la conclusión de los enfrentamientos mediante la suscripción de tres tratados de paz expedidos para cobijar al conjunto de las fuerzas insurrectas en las diversas regiones del país. Cada uno de tales tratados apelaba a una fórmula de amnistía general. La diversidad geográfica y logística de las fuerzas insurrectas así como la variedad de razones y motivos para justificar la continuación del alzamiento armado impusieron la necesidad de reiterar y expandir los alcances de las medidas de perdón y establecer términos cronológicos imperativos para hacer efectiva la cesación de las medidas legales del gobierno.

Mediante el Tratado de Neerlandia suscrito el 24 de octubre de 1902 se dispuso a favor de quienes entregaran las armas la cesación de toda acción penal en su contra. El artículo 7° estableció: “Los que depongan las armas no podrán ser en ningún tiempo perseguidos, juzgados ni penados por actos que en su calidad de militares en servicio activo y con el fin de realizar operaciones militares, hayan ejecutado o mandado ejecutar contra las personas o las propiedades de los demás”. Por su parte, respecto de aquellos contrincantes que ya habían recibido condenas, el artículo 8° determinó para el presidente la necesidad de acudir al mecanismo de ejercer el derecho de gracia a favor de los liberales.

El Tratado de Wisconsin -suscrito a bordo del buque estadounidense del mismo nombre en aguas del Atlántico, el 21 de noviembre de 1902- explícitamente estableció el otorgamiento de una amnistía ilimitada para quienes se acogieran al tratado. Mientras el artículo 2° dispuso “la libertad inmediata de todos los prisioneros de guerra y presos políticos que haya en la nación”, el artículo 4° se ocupó en particular de conceder una “amplia amnistía y completas garantías para las personas y los bienes de los comprometidos en la actual revolución” así como la “cancelación o anulación inmediata de todos los juicios por responsabilidades políticas”.

Finalmente, el Tratado de Chinácota celebrado el 3 de diciembre de 1902 y con el cual culmina el esfuerzo por encontrar la formulación efectiva para terminar la guerra civil, estableció en su cláusula 2ª que “el Gobierno expedirá un decreto de carácter provisional legislativo, por el cual se conceda amplia amnistía a cuantos directa o indirectamente hayan tomado parte en la revolución”. Esta redacción por su amplitud en cuanto a los hechos y a los destinatarios con la abolición implícita de cualquier restricción, contempló así mismo un término de 40 días para que se efectuara el abandono de las armas, una vez transcurrido el cual expiraba la posibilidad de quedar cubiertos por la amnistía. Además, la articulación de las medidas de libertad en función de las diversas situaciones en que podían encontrarse quienes habían empuñado las armas fue reglamentada con mayor precisión. Así, la cláusula 4ª estipuló la puesta en libertad inmediata de los prisioneros de guerra y los presos políticos, la cesación de toda medida represiva adoptada como consecuencia de la turbación del orden público, la suspensión de medidas pecuniarias como empréstitos forzosos y contribuciones de guerra, el levantamiento de medidas de confinamiento y la devolución de todos los bienes y propiedades que hubiesen sido objeto de exacción por el gobierno.

2. El período de la Violencia y el Frente Nacional

Luego de la exacerbación de la violencia desencadenada por el régimen conservador al final de la década de los años 40 y los inicios de la década siguiente, se produjo la conformación de movimientos armados de resistencia en diversas regiones y el país arribó a una situación crítica caracterizada por la ilegitimidad del gobierno, la división interna del conservadurismo y una creciente ingobernabilidad. En ese contexto se produce el golpe de estado que instaló en el poder al general Gustavo Rojas Pinilla el 13 de junio de 1953. Menos de una semana después del golpe, en una situación de profunda crisis institucional, se procedió a disponer, mediante una simple orden interna proferida por el Comandante General de las Fuerzas Militares, “el perdón” a quienes estuvieran comprometidos en alteraciones del orden público.

En efecto, la circular emanada por la máxima autoridad militar estableció “que todos los individuos que en una u otra forma se hayan comprometido en hechos subversivos contra el orden público y que se presenten voluntariamente ante las autoridades haciendo entrega de sus armas, los dejen en completa libertad, les protejan la vida y les ayuden a reiniciar sus actividades de trabajo”.

Dentro de las negociaciones adelantadas para poner fin a las actividades armadas de los movimientos de autodefensa y de guerrillas, se expidieron varios documentos en los cuales dichos grupos puntualizaron la exigencia de “dictar el decreto de amnistía a más tardar veinte días después de firmado el pacto, y proceder a dar libertad a todos los prisioneros y detenidos. El cumplimiento de este compromiso será para nosotros la prueba más fehaciente de la sinceridad y la lealtad del gobierno en el cumplimiento de este pacto”. La transcripción anterior corresponde al Punto décimo del “Acta de la conferencia celebrada en los Llanos Orientales entre los jefes revolucionarios y el doctor José Gnecco Mozo, para sentar las bases de la pacificación del Llano” publicada el 12 de abril de 1953. De igual manera, se expuso la necesidad de expedir una amnistía para todos los revolucionarios que incluyera los “delitos contra el orden público, la paz y la seguridad del Estado, la asociación para delinquir y sus conexos”, tal como reza en las denominadas “Condiciones de las guerrillas del Llano para la entrega” fechadas el 3 de julio de 1953. Así mismo se requirió por parte de los movimientos armados en el departamento del Tolima el otorgamiento de “amnistía e indulto para todos los presos y perseguidos políticos”, tal como figura en la 12ª condición del “Memorándum que el Movimiento Guerrillero del Sur del Tolima pone como condición al Gobierno para desmovilizarse” expedido el 30 de septiembre de 1953.

Un año después, cuando la desmovilización de las guerrillas liberales se había obtenido en considerable medida y se había aplicado un perdón generalizado de hecho, el nuevo gobierno procedió a la expedición del decreto 1823 de 1954, por medio del cual se dispuso el otorgamiento de una amnistía amplia e incondicional que no distinguía, para efectos de su aplicación, ninguna distinción entre las ofensas cometidas por quienes se acogieron a la misma.

Sin embargo, los propósitos de desmovilización de los movimientos de autodefensa y guerrilleros no consiguieron extenderse a todos los grupos y muchos de estos continuaron operando con el fin de oponerse al empleo de la violencia por parte del régimen militar. La caída del general Rojas Pinilla, la implantación en su lugar de una Junta Cívico Militar mientras se restablecía una nueva institucionalidad y el advenimiento del Frente Nacional acordado entre los antiguos rivales políticos, propiciaron las condiciones para que la entrante administración de Lleras Camargo procediera a implantar nuevas medidas de índole excepcional a fin de obtener la malograda pacificación del país.

Tras menos de un año de ejercicio en el poder, la estrenada administración civil dispuso la expedición de una nueva norma de exenciones penales, comúnmente

denominada “ley de amnistía”, bajo la forma del decreto 328 del 28 de noviembre de 1958. La disposición previó la suspensión de la pena o del proceso penal a quienes hubieran cometido delitos políticos en algunos departamentos (Caldas, Cauca, Huila, Tolima y Valle del Cauca) en los cuales era notoria la concentración de grupos alzados en armas al margen de la ley.

A diferencia de los instrumentos legales anteriores no se exigió en esta ocasión la entrega de las armas ni la desmovilización como tal, que era más el resultado buscado por la medida que una precondition para su aplicación. El decreto intentó formular un acotamiento del término “delito político”, entendiendo por este aquellas conductas cuya motivación fuera: a. “el atacar o defender al gobierno o las autoridades”; b. “la animadversión política”; c. “las pugnas partidistas”. Expedido bajo el régimen de estado de sitio que contemplaba el artículo 121 de la Constitución de 1886, en el supuesto de que se trataba de un asunto de orden público, la adopción de la medida operó a iniciativa de los detenidos o condenados que se dirigían a cualquier juez o tribunal penal civil o militar para solicitar la aplicación individual de la suspensión. Su solicitud se amparaba en la amplia latitud motivacional de sus hechos delictivos que bajo el indefinido concepto de animadversión o pugnacidad de carácter político o partidista podía incluir cualquier clase de crimen. La concesión de la suspensión de la medida penal podía ir acompañada de una medida de “extrañamiento” para individuos considerados “peligrosos”, la cual consistía en la prohibición de residir o visitar una región o municipio donde el sujeto de la medida hubiera ejercido liderazgo o donde hubieran tenido lugar los hechos por los cuales había sido juzgado o se encontraba procesado.

El mecanismo de excepción concebido para la desmovilización de los grupos que aún continuaban en las armas se acompañó de una Comisión para la investigación de las causas de la violencia integrada por un sociólogo, un jurista y un sacerdote. Se trataba de un cuerpo “académico” a quien se confiaba la misión de escudriñar las causas que habían llevado a los extremos de persecución y exterminio políticos que caracterizaron la época de La Violencia. A este cuerpo se confiaba la tarea de arrojar la suficiente luz como para que no se repitiera la historia recientemente vivida. El Informe rendido, si bien constituye un testimonio sociológico de indiscutible valor, evidencia al mismo tiempo la precariedad de los dispositivos legales e institucionales dispuestos para esclarecer la magnitud de una violencia que en sus diferentes fases había tenido como actor principal a los gobiernos en el poder.

Bajo el período del Frente Nacional el empleo de instrumentos legales excepcionales para tratar situaciones específicas de protesta estudiantil y sindical tuvo una relevancia especial como síntoma de las dificultades encontradas dentro de la legalidad ordinaria, para resolver enfrentamientos sociales de alto contenido simbólico. Nacido bajo la legalidad excepcional del estado de sitio, la vigencia del Frente Nacional resultó posible mediante una entronización permanente de la legalidad especial, que convirtió lo excepcional en ordinario y la normativa ordinaria en excepcional. En esta situación de confusión acerca de los linderos entre la normalidad y la anormalidad era previsible que la apelación a formas de perdón a través de decretos excepcionales o de Estado de Sitio fuera un expediente admitido sin demasiadas objeciones.

Así por ejemplo, bajo administración de Lleras Restrepo se expidió el decreto 2090 de 1967 por medio del cual se otorgó una amnistía para los delitos cometidos en la Universidad Nacional de Bogotá durante octubre de 1966 y junio de 1967, a favor de particulares y miembros de la fuerza pública. Durante el lapso cubierto por la amnistía, se presentaron numerosas protestas y manifestaciones estudiantiles que determinaron el cierre de la universidad pública más importante del país. En estos hechos se enfrentaron los miembros de la policía y los estudiantes, y se presentaron homicidios y actos de tortura. El decreto 2090 permitió amnistiar a los autores de dichos crímenes.

Luego de estos hechos, la utilización de medidas de amnistía se tornó una práctica frecuente. La ocupación de la refinería de ECOPETROL de Barrancabermeja por parte de los directivos de la Unión sindical Obrera -USO- en 1971, seguida de la toma de rehenes así como la amenaza de destruir la planta y la refinería, conllevó el adelantamiento de juicios contra los presuntos responsables ante la jurisdicción penal militar. Los procesos penales tramitados ante consejos de guerra culminaron en la imposición de severas penas de prisión. Bajo la subsiguiente administración de Pastrana Borrero se tramitó un proyecto de amnistía que otorgó libertad a los condenados.

3. Desde la terminación del Frente Nacional hasta nuestros días

Durante el período presidencial de la administración Turbay Ayala, se consolidaron nuevos movimientos guerrilleros como el M19, cuya irrupción en la escena política y de orden público se trató de reprimir mediante el endurecimiento de los dispositivos penales, la restricción de libertades y el juzgamiento de civiles por tribunales castrenses con el consecuente debilitamiento de garantías procesales para los acusados. Las acciones de este grupo alcanzaron uno de sus momentos culminantes en la toma de la Embajada de la República Dominicana en 1979 donde fueron tomados como rehenes, varios jefes de delegación diplomática extranjeros. La negociación exitosa de su liberación, el traslado de los guerrilleros fuera del país y el propósito gubernamental de lograr acuerdos más amplios con ese grupo llevó a la expedición de la Ley 37 de 1981 mediante la cual se otorgaba amnistía por delitos políticos.

A diferencia de instrumentos anteriores, esta ley de amnistía contemplaba una expresa calificación de lo que debía entenderse como delito político, incluyendo bajo esta categoría los delitos de rebelión, sedición, asonada y delitos conexos. Sin embargo, de la subcategoría de delitos conexos, se excluían las conductas consistentes en secuestro, extorsión, homicidio fuera de combate, incendio, envenenamiento de fuentes de agua, y en general, cualquier acto de ferocidad y barbarie. La ley fijaba así mismo un plazo de cuatro meses a partir de su expedición para la entrega, el desarme individual y colectivo y la confesión de los delitos. En igual sentido se dejaba a discreción del gobierno la ampliación de la amnistía a quienes se encontraban privados de libertad si el ejecutivo consideraba como positivos los resultados de la propuesta dirigida a los grupos subversivos.

Sin embargo, los grupos alzados en armas no sólo desestimaron la propuesta sino que la misma fue parcialmente declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia. En un postrer esfuerzo por arribar a alguna clase de acuerdo, y en un contexto de aguda ilegitimidad y desprestigio -el gobierno de Turbay Ayala había sido elegido con la más baja participación electoral en la historia reciente -, la administración ofreció mediante el decreto ley 474 de febrero de 1982 suspender durante un mes las operaciones militares adelantadas por el ejército a fin de que las guerrillas que durante dicho término expresaran su voluntad de suspender sus actividades, entregaran las armas y suministraran la identidad de sus miembros, se beneficiaran de un indulto que cobijaría los presos políticos. Nuevamente la oferta fue rechazada por todos los grupos alzados en armas.

La elección del candidato conservador Belisario Betancur como presidente en 1982 luego de dos períodos liberales consecutivos marcó una ruptura en el tratamiento proporcionado por las cinco administraciones anteriores a los grupos alzados en armas contra el Estado. En efecto, apoyado en una renovada legitimidad el gobierno otorgó prioridad al tema de la paz y dispuso el diseño de mecanismos legales orientados a tal fin.

Consecuencia inmediata de la política de paz anunciada y que buscaba el diálogo con los alzados en armas fue la expedición de la ley 35 de 1982 que dispuso el

otorgamiento de una amnistía general sin que para tal fecha se hubiera concretado ningún acuerdo con alguno de los grupos guerrilleros. La amnistía de la administración Betancur, de tan solo seis artículos, se extendía a los autores, cómplices y encubridores de delitos políticos cometidos con anterioridad a su vigencia. La delimitación que se efectuaba de la categoría de delito político se contraía, al igual que en instrumentos anteriores, a la rebelión, la sedición y la asonada, de conformidad con las disposiciones de la ley penal entonces vigente.

A dicha categoría se agregaba la subcategoría de los delitos conexos, adicionando criterios para la determinación de la propia noción de conexidad que pasaba a comprender aquellas conductas cometidas para “facilitar, procurar, consumir u ocultar” actos delictivos. La amplificación de la conexidad iba aparejada de una reducción de las conductas delictivas objeto de exclusión, de manera que “los homicidios fuera de combate cometidos con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión o inferioridad, o aprovechándose de esa situación” no podían ser objeto de extinción de la acción ni de la sanción penal. Los efectos de la amnistía se predicaban sin límite alguno de naturaleza temporal retrospectivamente: extinción de la pena para quienes ya habían recibido sentencia condenatoria, cesación de procedimiento para quienes estaban siendo investigados o juzgados e inhibición para investigar en beneficio de quienes se encontraban en libertad.

Bajo el marco de la amnistía general expedida a escasos tres meses de su acceso al poder, la administración Betancur adelantó las conversaciones de paz con las FARC que culminaron en el “Acuerdo entre la Comisión de Paz y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP)” suscrito el 28 de marzo de 1984, conocido como el Acuerdo de la Uribe. El texto del acuerdo contempló fecha para el inicio de un cese hostilidades, la constitución de una Comisión Nacional de Verificación, lo relativo a la organización del grupo armado como agrupación política, el repudio del secuestro, la acogida de los beneficios contemplados en la ley de amnistía y la ratificación del perdón y el olvido como condiciones para el restablecimiento de la paz.

Los diálogos llevados a cabo con el M19 y el EPL culminaron en la celebración del “Acuerdo del cese al fuego y diálogo nacional” suscrito el 23 de agosto de 1984, en el cual se fijaban los términos para un cese al fuego que hacía las veces de requisito para el inicio de un gran diálogo nacional, la suspensión de la retención de personas, la suspensión de acciones en su contra, la investigación de grupos no institucionales que ejecutaban actos de terrorismo y genocidio así como la garantía de diversos derechos.

Las conversaciones adelantadas con el Grupo de Autodefensa Obrera condujeron al denominado “Acuerdo entre la Comisión de Paz y la Autodefensa Obrera” suscrito el 23 de Agosto de 1984, en el cual se acordaba un cese al fuego, la suspensión de acciones oficiales en su contra, creación y ampliación de espacios políticos así como la mención a la promesa oficial de perdón y olvido. De la misma manera, algunos destacamentos del ELN suscribieron el 9 de diciembre de 1985 un compromiso mediante el cual se adherían a los términos del llamado Acuerdo de la Uribe.

Sin embargo, las dificultades para avanzar en las condiciones estipuladas relativas a apertura institucional, los obstáculos para concretar las iniciativas para un gran diálogo nacional, los incidentes fatales que rodearon las aproximaciones en terreno de los distintos comisionados y las vacilaciones gubernamentales condujeron al fracaso de los acuerdos proyectados. La toma del palacio de justicia por un comando del M19 en octubre de 1985 y la campaña de eliminación de miembros de la UP -el movimiento político que materializaría la participación en la vida política nacional por parte de las FARC surgido a partir de los Acuerdos de la Uribe- determinaron el fracaso del proyecto de paz emprendido por la administración Betancur.

Bajo la administración Barco se reinició la búsqueda de acuerdos con el M19, esta vez mediante la dirección del Ejecutivo. Esta estrategia se complementó con la

presentación de un proyecto de indulto, cuya futura aplicación, una vez se verificara la desmovilización y dejación de las armas, se incluyó dentro del “Acuerdo Político entre el Gobierno Nacional, los Partidos Políticos, el M19, y la Iglesia Católica en calidad de tutora moral y espiritual del proceso” suscrito el 2 de noviembre de 1989. La Ley 77 de 1989 otorgó finalmente el perdón judicial -extinción de la acción penal y de la pena- cuya aplicación para los casos individuales se reglamentó a través del decreto 213 del 22 enero de 1991.

El Gobierno suscribió acuerdos de desmovilización e incorporación a la vida civil con el Partido Revolucionario de los Trabajadores -25 de enero de 1991- y el Movimiento Armado Quintín Lame -27 de mayo del mismo año -, en cuyos textos respectivos se aludía a la mencionada ley de indulto y su correspondiente decreto reglamentario.

Posteriormente, y en relación con las negociaciones adelantadas con la Corriente de Renovación Socialista se expidió una nueva ley de indulto -Ley 104 de 1993- que contemplaba el otorgamiento de otras medidas como auto inhibitorio, preclusión de investigación y cesación de procedimiento cuando se tratara de delitos políticos y conexos. A esta norma se hizo referencia para su aplicación en el correspondiente acuerdo de desmovilización y reinserción suscrito con ese grupo el 9 de abril de 1994.

Un mes más tarde -26 de mayo- se formalizó un nuevo acuerdo de desmovilización y reinserción, esta vez con varios grupos de milicias de la ciudad de Medellín -Milicias Populares del Pueblo y para el Pueblo, Milicias Independientes del Valle de Aburrá y Milicias Metropolitanas -.

La expedición de la Ley 418 de diciembre de 1997 -artículo 51- durante la administración Samper -prorrogada mediante Leyes 548 de 1999 y 782 de 2001, esta última actualmente en vigor- previó el otorgamiento de indultos individuales para miembros de las guerrillas que manifestaran su voluntad de desmovilización y cuando se tratara de delitos políticos. Esta disposición estatuye una amplia exclusión de los delitos susceptibles de indulto. En efecto, según su artículo 50 los indultos no se aplicarán a autores de conductas “atroces, de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidios (sic), homicidios cometidos fuera de combate, o colocando a la víctima en estado de indefensión”.

II. NATURALEZA, ESTRUCTURA Y CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO DE LEY DE ALTERNATIVIDAD PENAL

El proyecto de ley conocido como de “Alternatividad Penal” presentado por la administración Uribe Vélez el 21 de agosto ante el Congreso, se enmarca en el contexto de las conversaciones adelantadas con diferentes grupos de autodefensa y hace parte de la política de recuperación de la autoridad del Estado, implantación de la seguridad democrática y la reducción de los grupos armados irregulares por la acción de la fuerza legítima en cabeza de aquel.

Intenta procurar una herramienta jurídica para la reincorporación a la vida civil de quienes habiendo empuñado las armas tanto para combatir al Estado como para suplantarlos, se encuentran comprometidos en la perpetración de graves delitos, cuyo tratamiento jurídico excluye, por su gravedad, la posibilidad de fórmulas tales como la amnistía y el indulto.

Como resultado de la continua y creciente degradación en los métodos y medios de combate empleados por las guerrillas y los grupos de autodefensa o paramilitares en el decurso del conflicto armado interno, la comisión de crímenes de guerra y de crímenes

de lesa humanidad se ha convertido en parte constitutiva de la propia conducción de las hostilidades.

Incluso, reconocidos voceros de la insurgencia y la contrainsurgencia armadas no sólo han admitido abiertamente y sin ambages la autoría de crímenes atroces sino que también han esgrimido públicamente en múltiples ocasiones diversas justificaciones y razones sobre la pretendida legitimidad de sus procedimientos. Las masacres de campesinos inermes han sido justificadas bajo el argumento de que se trataba de miembros de la guerrilla o auxiliares de ésta; el secuestro masivo de personas civiles y los rescates exigidos a cambio de su liberación han sido calificados como contribuciones forzosas, e incluso, como una forma de redistribución de la riqueza; el desplazamiento forzado de personas como la limpieza de informantes; el homicidio fuera de combate se presenta como la eliminación de objetivos militares cuya supuesta pertenencia a las filas del adversario se ha corroborado previamente, con testimonio o informes de testigos.

La ratificación por Colombia de numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos, así como la expedición de leyes fuertemente represoras de ciertas conductas penales consideradas explícitamente como no amniables e inindultables (-Ley 733 de 2002 que da ese tratamiento a los delitos terrorismo, secuestro y extorsión al calificarlos como atroces y no susceptibles de ser considerados como conexos con el delito político-) acarrearán como consecuencia, según el Gobierno, la imposibilidad de adoptar medidas de perdón para el grueso de los delitos cometidos por las cúpulas de los movimientos armados ilegales existentes en el país.

De otra parte, la presentación del proyecto de ley se encadena con el adelantamiento de una fase exploratoria de conversaciones orientadas a la desmovilización e incorporación a la vida civil de los grupos de autodefensa -Autodefensas Unidas de Colombia, Autodefensas de Casanare, Bloque Centauros, Bloque Caribe, Bloque Nutibara, etc.- cuya conclusión se protocolizó en el Acuerdo de Santa Fe de Ralito suscrito el 15 de julio de 2003 por los voceros del gobierno, los jefes de los grupos que participan en el proceso y varios jefes de la iglesia católica. La fase cuyo inicio y desarrollo las partes convienen es la de una negociación formal que debería culminar con la desmovilización de los grupos involucrados en el proceso antes del 31 de diciembre del año 2005. Si bien existen algunos grupos de las Autodefensas que no se han vinculado formalmente al proceso, se estima que al menos unos 10 000 hombres armados se desmovilizarían y concentrarían después en zonas a definir por el Gobierno.

El proyecto de ley asume una perspectiva de justicia transicional, según la cual, se trata de conciliar entre los intereses de la justicia y las necesidades de la paz en una situación donde la agudización de la guerra entraña el mayor obstáculo para la consecución del imperio del derecho. En este sentido, el proyecto se concibe a sí mismo como un dispositivo jurídico excepcional en una situación enteramente por fuera de la normalidad institucional que por definición no puede acudir a los mecanismos y fórmulas propios de una situación de normalidad.

Al mismo tiempo, el proyecto concibe el escenario de la justicia penal como el ámbito adecuado y dotado de las condiciones necesarias para tramitar las exigencias de la justicia, de manera que la desmovilización de los alzados en armas no constituya una negación de la institucionalidad del poder judicial.

Como consecuencia de lo anterior, se parte de la premisa esencial de que el mecanismo judicial para permitir la reinserción a la vida civil no sea ninguna fórmula de amnistía o indulto, sino en lugar suyo, el otorgamiento de un subrogado penal consistente en la suspensión condicional de la condena, para cuya consecución se requiere del cumplimiento de unos requisitos grupales e individuales, la ejecución de

medidas de reparación y la imposición de penas alternativas en cabeza del destinatario de la norma o beneficiario del mencionado subrogado penal.

En ese sentido, los autores del proyecto enfatizan sobre la necesidad de proveer los procedimientos necesarios para que una adecuada reparación de las víctimas pueda llevarse a cabo, al y subrayan la inconveniencia de acudir a las medidas punitivas por excelencia como la prisión o la pena privativa de la libertad personal, para en lugar suyo establecer una serie de penas alternativas o accesorias que reemplazarían a aquella. La cuestión está en definir si los requisitos exigidos para la aplicación del beneficio son suficientes para garantizar la finalidad perseguida por la norma, y si se satisfacen los estándares mínimos en materia de verdad, justicia y reparación. Sobre estos temas existen distintas posiciones que serán expuestas en una parte posterior de este documento.

1. Estructura

En virtud del marcado ascendente del proceso penal como escenario para la tramitación judicial de la desmovilización se tiene que, conforme a su naturaleza exclusivamente individual y como quiera que el sistema de asignación de responsabilidad criminal excluye el tratamiento colectivo de una pluralidad de sujetos, se trate en todos los casos de situaciones personalizadas.

El subrogado penal de la suspensión condicional de la pena se enmarca en un contexto de trascendencia o relevancia pública consistente en que su procedencia ab initio la determina el que en cada caso particular se encuentre “comprometida la paz nacional”. La posible afectación que un caso individual pueda llegar a ejercer sobre el contenido implícito en dicha noción de paz nacional sólo puede depender de la magnitud de la influencia que el individuo perteneciente a un grupo armado organizado al margen de la ley tenga sobre la composición, orientación estratégica y capacidad táctica del mismo. Dicho en otras palabras, la capacidad de afectación del bien jurídico de la paz nacional se encuentra en estrecha dependencia de la ubicación jerárquica, mando efectivo y ascendente que el miembro del grupo armado de que se trate tenga sobre este. De allí entonces que de manera implícita, pero por ello no menos definitiva, el ámbito personal de adjudicación del subrogado penal se circunscriba a los miembros de las cúpulas e incluso de los mandos medios de dichas organizaciones, sin que su acotamiento preciso sea definible anticipadamente.

El subrogado penal conlleva de modo necesario la existencia de una sentencia penal condenatoria, que como tal supone la conclusión de la investigación de los hechos a cargo de la Fiscalía General de la Nación, previa resolución de acusación por parte suya, evaluación del material probatorio por parte del juez y expedición de la sentencia.

La situación fáctica de los grupos armados al margen de la ley y la de sus miembros ubicados en rangos elevados de la correspondiente estructura jerárquica hacen improbable que se encuentren involucrados en un solo evento criminal. Es por ello que en el proyecto se dispone la aplicación del mecanismo a los casos que se encuentren en etapa de investigación, para lo cual se prevé que se acojan a sentencia anticipada y hagan confesión de aquellos hechos no cobijados por cualquiera de dichas dos modalidades, es decir, la condena o la sentencia anticipada. De igual manera, la exclusión del régimen de otorgamiento del subrogado penal de todos aquellos hechos delictivos que no se encuentren en ninguna de las hipótesis procesales anteriores -condena, sentencia anticipada, confesión conducente a esta- implica que, al menos a partir de una cierta racionalidad de los destinatarios de la ley en cuanto a la evaluación de las ventajas que un tratamiento como el propuesto les ofrece, habrán de esforzarse por efectuar una confesión lo más completa posible de los múltiples actos criminales en los cuales se hallen envueltos. Empero, tratándose de

superiores situados en una cierta escala jerárquica, no es descabellado suponer que buena parte de ellos sean autores intelectuales o instigadores de graves delitos cometidos por otros miembros de su organización. Esta circunstancia podría inclinarlos a ocultar muchos de los delitos cometidos en la no del todo infundada expectativa de lealtad de sus inmediatos subordinados. Al mismo tiempo los estándares de responsabilidad penal que les son aplicables como superiores a la luz del derecho internacional humanitario, y en concreto de la cláusula general de responsabilidad establecida por el artículo 86 del Protocolo Adicional II a los Cuatro Convenios de Ginebra, que los hace responsables por los hechos criminales de sus subordinados bajo la presunción del conocimiento de los mismos derivado de su propia condición de superior, implicaría que el alcance de la misma difícilmente deje por fuera alguno sólo de los crímenes cometidos por el grupo armado al margen de la ley.

Bajo esta disposición el mecanismo permitiría la obtención de una verdad judicial en tres niveles: la verdad demostrada en los procesos penales ya tramitados que culminaron en el proferimiento de una sentencia condenatoria; la verdad procesal de las investigaciones en curso cuya conclusión se buscaría a través del mecanismo de la sentencia anticipada; la confesión de aquellos hechos criminales que no habiendo sido juzgados ni encontrándose en investigación ingresarían, de no mediar el dispositivo propuesto, probablemente en el espacio de lo que se conoce como impunidad oculta.

Habría pese a todo, un ámbito adicional e igualmente importante que escapa a esta triple dimensión de la verdad: el conocimiento de información relevante para la ubicación de personas desaparecidas forzosamente, la determinación de restos humanos, etc. Esta se encuentra prevista dentro del catálogo de las denominadas medidas de reparación, entre las cuales se prevé el aporte de información que pueda conducir a tales fines. De modo complementario se dispone como medida de reparación el suministro de información que sirva para el desmantelamiento de las organizaciones armadas al margen de la ley.

La solicitud de otorgamiento del subrogado penal en cabeza exclusiva y discrecional del Presidente de la República busca de una parte mantener el control del dispositivo en quien ostenta el carácter de supremo responsable del orden público. Al mismo tiempo implica un cierto grado de control político por los inevitables costos de legitimidad que la publicidad inherente a su petición implica de cara a la opinión pública nacional y a la internacional.

Los movimientos o agrupaciones armadas destinatarias del régimen de subrogado penal son los grupos armados organizados al margen de la ley. Esta definición contrasta con la empleada en la Ley 782 de 2002 que a diferencia del proyecto incorpora de manera expresa los elementos estatuidos en el artículo 1° del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra. En efecto, el artículo 3° parágrafo 1° de aquella norma no sólo hace una remisión directa al Derecho Internacional Humanitario sino que específicamente estatuye que se entenderá para todos sus efectos, como grupo armado al margen de la ley aquel que “bajo la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte del territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”. La ausencia de tal remisión o incorporación se acompaña de una denominación inconsistente dentro del propio texto, como quiera que mientras el título del proyecto se refiere escuetamente a “grupos armados” el artículo 2° señala a “grupos armados organizados al margen de la ley”. Esta dualidad nominativa permite interpretar de dos modos completamente distintos, cuando no antagónicos, el alcance del tipo de organizaciones que estarían cubiertas por el proyecto. El alcance implícito en la primera denominación es muy amplio, por cuanto allí cabrían no solamente bandas delincuenciales, organizaciones criminales, compañías de seguridad, ejércitos privados y pandillas juveniles, sino lo que es más sustancial, los propios organismos de seguridad del Estado y la misma Fuerza Pública, todas las cuales, pese a sus inmensas diferencias, presentan el

denominador común de ser un conjunto personas provistas de armamento. La órbita de la segunda denominación se circunscribe a las agrupaciones que operan en la ilegalidad, pero no elimina la inclusión dentro de la misma de bandas u organizaciones simplemente criminales. Si bien, la condición posterior para la procedencia de la solicitud del beneficio consistente en que tales grupos hayan declarado un cese de hostilidades y participen activamente en un proceso de paz parecería prima facie eliminar esta inconsistencia. Ello sin embargo no queda definitivamente resuelto por cuanto el proyecto dispone también la posibilidad de aplicaciones individuales del régimen de subrogado penal respecto de las cuales no sería aplicable esta especificación, quedando un denso umbral de incertidumbre.

2. Condiciones de procedibilidad

La facultad discrecional y exclusiva del Presidente de la República para solicitar al juez el otorgamiento del beneficio se encuentra sometida a la existencia de siete condiciones que deben concurrir en su totalidad para que sea posible legalmente su ejercicio. El carácter discrecional de la decisión presidencial se reduce a que el juicio político sobre la conveniencia o inconveniencia de formular la solicitud queda enteramente al arbitrio del jefe de estado, pero esta se limita obligadamente en cuanto precisa de la satisfacción de las siete condiciones mencionadas.

Tales condiciones pueden agruparse en dos conjuntos: las objetivas -aquellas referidas a que el destinatario haya sido previamente condenado y a su estatuto de miembro del grupo organizado al margen de la ley -, y las declarativas o volitivas - diversos compromisos consistentes en la manifestación o promesa de no cometer delito doloso, ejecutar actos que contribuyan efectivamente a la reparación de las víctimas, la superación del conflicto y el logro de la paz, no salir del país sin previa autorización judicial, informar cualquier cambio de residencia, y por último, comparecer personalmente ante la autoridad judicial cuando esta así lo requiera.

Las condiciones objetivas* parecen ser lo suficientemente claras como para no requerir de mayor atención. Sin embargo ello no ocurre en lo que hace a la segunda condición, como quiera que la misma alude en realidad a dos condiciones en una sola, esto es, que el grupo armado organizado al margen de la ley no solamente haya declarado un cese de hostilidades sino que también participe “activamente” en un proceso de paz. Eso quiere decir que no sería suficiente que uno de tales grupos haya declarado un cese unilateral del fuego ni tampoco un cese unilateral de hostilidades, con lo cual un proceso estancado entrañaría su exclusión como grupo eventualmente beneficiario del subrogado penal.

Estas condiciones se predicen de manera general en todos los casos, pero al mismo tiempo dejan de aplicarse parcialmente cuando se trata de miembros de grupos armados al margen de la ley que abandonen de manera individual y en forma voluntaria su respectiva organizaciones y las armas. En este evento, como es obvio, no se precisa la satisfacción de la segunda condición consistente en que el grupo armado organizado el margen de la ley “haya declarado un cese de hostilidades y participe activamente en un proceso de paz”.

La extensión de la facultad discrecional presidencial para “personas que hayan participado directamente en las hostilidades”, en la medida en que se ubica por fuera de la condición señalada de pertenencia uno de dichos grupos significa que el régimen especial de subrogado penal en el contexto descrito puede aplicarse también a miembros de la Fuerza Pública. Esta extensión lleva aparejada consigo la implícita posibilidad que el juez penal militar pudiese conocer de estos casos cuando exista sentencia condenatoria previa o cuando el miembro suyo satisfaga las seis condiciones restantes.

3. Acumulación de sentencias

La condición individual de los destinatarios del régimen de subrogado penal, por las características descritas atrás -rango jerárquico en la cadena de mando, control en calidad de superior -, implica forzosamente una magnitud criminal tal que esta se traduce en la existencia de varias sentencias previas así como la confesión de múltiples hechos delictivos, las cuales dentro del procedimiento penal habrán de acumularse bajo un único juez de conocimiento. Este proceso demandará un período considerable hasta que se surta su valoración probatoria así como la sentencia anticipada correspondiente. El Proyecto no define ningún tipo de regulación para esta etapa previa a la concesión del subrogado en relación con la situación de custodia de los destinatarios de la medida. Tampoco queda claro si la solicitud del beneficio conlleva la suspensión de las órdenes de captura existentes. Además, en consonancia con lo anterior, es presumible que algunos de los superiores en el mando de dichos grupos hayan recibido dentro del proceso de negociación la condición de “miembros representantes” con el consecuente levantamiento de las respectivas órdenes de captura.

4. Término de supervisión

La duración del período durante el cual permanece la suspensión condicionada se fija dentro de un intervalo que oscila entre un mínimo de uno y un máximo de cinco años. Durante este se prevé el monitoreo de las obligaciones impuestas al beneficiario de la medida subrogatoria mediante un sistema de visitas e informes periódicos -incluso mensuales- a cargo del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. La gratuidad del período señalado salta a la vista. Su rigidez y brevedad se encuentran en manifiesta contradicción con la naturaleza y gravedad de las conductas criminales; se desvincula por completo del eje central constituido en el proyecto por la sentencia condenatoria en cuanto diluye cualquier relación con la duración de esta; desconoce la necesaria acumulación de sentencias con su incremento en la pena privativa de la libertad; por último, vulnera la proporcionalidad debida respecto de la pena máxima que podría alcanzar hasta 60 años.

En este sentido el término de duración del subrogado penal malogra la finalidad consignada en el propio proyecto de convertir el cumplimiento de la pena en pena suspendida, al reducir temporalmente la condicionalidad misma a un período completamente exiguo en relación con aquella.

Además, si bien se trata de situaciones jurídicas diferentes, se deja irresuelto el tema de la relevancia y acumulación de beneficios que la ley penal contempla para quienes cumplen con los términos fijados en ella. En estricto sentido el período de supervisión establecido no es susceptible de modificación por cuanto se trata de una pena suspendida que como tal no se cumple, pero en la medida en que el principio de favorabilidad se encuentra instituido dentro de un sistema penal garantista como el nuestro en calidad de un derecho fundamental del procesado, la aplicabilidad del sistema de beneficios podría ser invocado en su favor por el destinatario, suscitando con ello un turbio debate judicial.

A la incongruencia de la duración fijada para la medida subrogatoria se añadiría, en este último supuesto, una no del todo descartable reducción que terminaría por convertirla en un simulacro de sanción.

5. Prórroga y revocatoria del beneficio.

Durante el término fijado para la suspensión condicional de la pena el beneficiario de esta habrá de dar cumplimiento a las cinco condiciones de procedibilidad declarativas o volitivas, cuyo incumplimiento total o parcial acarrea el restablecimiento de la plenitud de la sanción privativa de la libertad. Su cumplimiento, durante el término señalado, determina la conversión del subrogado penal en libertad definitiva.

La Comisión de Verificación, cuya integración queda en manos del Presidente es el órgano encargado de declarar tanto el cumplimiento como la eventual inobservancia de las condiciones exigidas.

6. Reparación a cargo del Estado y de los victimarios

La reparación se establece como una condición previa cuyo compromiso de efectuar asume el destinatario; como una obligación a satisfacer durante el período fijado de duración del subrogado penal; y como una condición cuya realización habilita la transformación del subrogado penal en libertad definitiva.

Su extensión se centra en la indemnización tanto individual como simbólica hacia las víctimas personal y colectivamente consideradas.

7. Los alcances de la reparación

Se prevén nueve modalidades reparatorias o “actos de reparación” que pueden agruparse en tres categorías:

A. Indemnizatorias, reparativas o pecuniarias, que comprenden la reparación prevista en la ley, el aporte de bienes a instituciones dedicadas al trabajo social a favor de la recuperación de las víctimas y la entrega de bienes al Estado con los cuales se prevé la conformación de un Fondo de Reparación;

B. Restaurativas, que comprenden la realización de trabajo social a favor de las víctimas así como la colaboración activa y efectiva con instituciones que se dediquen al trabajo social en favor de ellas;

C. Simbólicas, que comprenden la manifestación pública de arrepentimiento;

D. Informativas orientadas a la disminución de hechos violentos, que comprenden la colaboración activa y efectiva en la desmovilización de organizaciones armadas al margen de la ley, la colaboración eficaz al esclarecimiento de los hechos ocurridos con ocasión del conflicto, y el aporte de información que contribuya eficazmente a la desarticulación de los grupos organizados al margen de la ley.

Las formas de reparación previstas son dispares, difieren profundamente en su sentido, carecen de claridad en cuanto a su concurrencialidad obligatoria o facultativa, ofrecen cierta ambigüedad respecto de la finalidad que pretenden satisfacer, y presentan un notorio desequilibrio en el conjunto de las mismas que se traduce en un exceso de formas de reparación correspondientes a la disminución de hechos violentos y un déficit respecto de la reparación simbólica o manifestación pública de arrepentimiento.

8. Cláusula de Proporcionalidad y Gradualidad

El sistema de reparación va acompañado de una cláusula genérica en la cual se introduce un criterio de proporcionalidad para la imposición de cualquiera de los nueve tipos de actos de reparación contemplados. En virtud de dicha cláusula, el Juez, en el momento de definir las obligaciones destinadas a la reparación, habrá de hacerlo teniendo en cuenta la situación de las víctimas, las calidades personales del condenado, su aporte a la superación del conflicto armado o la consecución de la paz y la gravedad de los hechos por los cuales es responsable.

Esto es particularmente relevante* en tratándose de la reparación simbólica como quiera que esta puede satisfacerse mediante manifestaciones puramente externas y abstractas de contrición, confinadas a su reconocimiento dentro del proceso penal, sin

que las mismas atañan a las comunidades o agrupaciones victimizadas de manera masiva, y sin que se exija su sinceridad y la indispensable publicidad para que adquieran realmente carácter de reparación simbólica.

De igual manera debe ponerse de presente que en presencia de la acumulación de sentencias y procedimientos de sentencia anticipada, la simple pluralidad de actos de reparación que estatuye el Proyecto no impediría que el Juez, de manera definitiva, y aun pese a las impugnaciones de las víctimas, determine como satisfecha la condición de reparación de las víctimas con el suministro de alguna información para la disminución de hechos violentos, o con una sola entrega de bienes.

La entrega de bienes como medida de indemnización no distingue entre muebles e inmuebles, y entre estos tampoco distingue entre los de procedencia lícita y los de origen ilícito. Esto último permitiría que la reparación se efectúe con propiedades y bienes de origen ilícito, e incluso de manera exclusiva con estos dada la vaguedad respecto de las diversas modalidades de reparación.

9. La Comisión de Verificación

La magnitud de la empresa de reparación requerida por la dimensión de los crímenes perpetrados por los superiores de las agrupaciones armadas al margen de la ley hace aconsejable que la supervisión y monitoreo del cumplimiento de los actos y medidas destinadas a realizarla, no quede circunscritos exclusivamente a la supervisión de las autoridades judiciales.

Es imprescindible que la instancia de control de las medidas de reparación y la perspectiva de las víctimas encuentren un lugar común y una vocería de conjunto, que haga viable la dimensión de justicia reparativa. De ella no puede dar cuenta de manera suficiente el aparato judicial, tanto por su propia incapacidad logística e institucional como por la diferente orientación filosófica y funcional en relación con las víctimas.

Es pues imprescindible la existencia de una instancia de verificación que cuente con un mínimo de pluralidad e independencia para garantizar la efectiva tramitación de la tarea de reparación, cuya materialización habrá de precisar una serie de acciones y desarrollos dilatados en el tiempo, de manera que responda a la inmensidad de los requerimientos y pueda realmente evaluar si se cumplen o no las medidas de reparación impuestas.

Las condiciones personales de los futuros integrantes de la Comisión de Verificación así como su composición deben, a su vez, garantizar los diferentes sectores estatales y sociales que se ocupan de temas relevante en el tratamiento de recuperación de víctimas.

10. El régimen de Penas Alternativas

Las medidas de privación de ciertos derechos para los destinatarios del subrogado penal están previstas como condición para su otorgamiento. Se trata de sanciones que acompañan la suspensión condicional de la pena y que consisten en inhabilitar, prohibir, privar y restringir determinados derechos o facultades:

- inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas hasta por 10 años
- inhabilidad para el acceso a cargos de elección popular hasta por 10 años
- prohibición de la tenencia y porte de armas hasta por 10 años
- privación de residencia o asistencia a ciertos lugares donde se hayan cometido los delitos o residan las víctimas hasta por 20 años
- expulsión del territorio nacional para los extranjeros

- prohibición de aproximarse a o comunicarse con las víctimas hasta por 10 años
- restricción geográfica de la libertad hasta por 10 años

Como quiera que la legislación penal sólo admite cuatro clases de penas -principales, sustitutivas, privativas de ciertos derechos y accesorias- la denominación de las sanciones aquí previstas no corresponde a la terminología de dicha normativa. Su calificación como “alternativas” parece obedecer a la dificultad de encuadrarlas, bien sea como privativas de otros derechos, dado que estas acompañan a la principal -que en la lógica del proyecto se encuentra suspendida- o bien sea como accesorias - hipótesis que no se cumpliría puesto que no reemplazan a la pena condicionalmente suspendida -, por lo que se acuña una denominación nueva. Sin embargo las medidas concretas previstas como alternativas son en realidad las mismas contempladas por el ordenamiento penal (artículo 43 Código Penal), salvo la relativa a la prohibición de aproximarse o comunicarse con las víctimas y la restricción geográfica de la libertad.

La pena alternativa de restricción geográfica aparece como la única distinta a las penas privativas de otros derechos y parece confundirse con la prisión domiciliaria, que dentro de la estructura del ordenamiento penal colombiano pertenece a la categoría de las penas sustitutivas de la pena de prisión, sin que tal tratamiento se asuma en el proyecto. La denominación otorgada al proyecto de “Alternatividad penal” podría encontrar aquí un ingrediente que justifique tal nomenclatura si esta pena sustitutiva se asumiera como accesoria, con lo cual la modificación introducida al sistema existente cobraría un mayor sentido y consultaría el nombre o rótulo que le ha sido asignado.

De otra parte hay que tener en cuenta que las penas alternativas consistentes en la privación de derechos políticos y civiles parecen estar en contradicción con el propósito explícito del proyecto de ofrecer un marco jurídico aplicable en general tanto para la insurgencia armada como para la contrainsurgencia armada. En efecto, la privación de derechos políticos significaría de hecho la exclusión de cualquier proyecto político como colectividad organizada de aquella, en la cual pudiera participar de manera activa el líder juzgado y condenado.

Si bien en teoría estas medidas podrían ser concurrentes, con lo cual se cimentaría su talante de penalidad alternativa, algunas de ellas, especialmente si se aplican de manera exclusiva, resultan irrisorias como aquella consistente en no acudir a ciertos lugares o la de comunicarse con las víctimas.

En este sentido es importante señalar que no resulta del todo claro el carácter concurrente o excluyente de las penas alternativas, cuya determinación única parece estar deferida por entero al criterio judicial. Su regulación genérica en el ordenamiento penal no parece suficiente para dar cuenta del contexto específico en el cual se opera tanto por la magnitud de los crímenes como por la modalidad propia del subrogado penal. La ausencia de criterios para su imposición habilita una interpretación laxa y benigna de los mismos, permitiendo por ejemplo, que la restricción geográfica se convierta en una pena alternativa completamente excepcional. Sería importante incluir en este componente del proyecto, cuando menos, una cláusula que vincule al Juez a la aplicación del principio de proporcionalidad.

III. CRÍTICAS AL PROYECTO DE LEY POR LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES Y LAS ONGS.

Tanto la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos como varias organizaciones de derechos humanos -Colectivo José Alvear Restrepo, Comisión Colombiana de Juristas- coinciden en las siguientes críticas:

- a. No se reconoce claramente la obligación del Estado en materia de reparación cuando esta no ha sido satisfecha por el responsable directo de los crímenes
- b. Hay una inadecuación de los mecanismos de reparación en relación con la retribución o indemnización de las víctimas
- c. No se impide que los victimarios se beneficien con la suspensión de la pena sin que las víctimas hayan recibido efectiva reparación
- d. No se ponen de manifiesto las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos
- e. No se dispone el cumplimiento de condenas y se desconocen los principios democráticos de una sanción proporcional y adecuada, los cuales también se vulneran por el carácter excesivamente suave de las penas alternativas. Se estaría desconociendo mediante medidas excluyentes de responsabilidad penal, entre otras disposiciones, el artículo 18 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas así como el artículo 28 del Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos
- f. Se abre la puerta a la impunidad en la medida en que no se sanciona adecuadamente a los responsables, al dejar sin efecto la ejecución de la condena permitiendo que los autores de crímenes más graves no se sometan a un solo día de cárcel
- g. La obtención de libertad definitiva al cabo cinco años excluye cualquier control sobre los responsables
- h. La noción de víctima no recoge adecuadamente las definiciones contenidas en los instrumentos internacionales, especialmente, en cuanto a los hechos que producen la victimización, la relación entre víctima directa y otras víctimas, así como el concepto de daño
- i. La facultad conferida al Presidente de la República para solicitar el otorgamiento del subrogado penal desconoce la separación de poderes, vulnera el principio de igualdad y contiene elementos subjetivos ajenos a la actividad judicial que lesionan la independencia e imparcialidad del juez
- j. No se garantiza suficientemente el derecho a la verdad dentro de las obligaciones impuestas al beneficiario

IV. RECOMENDACIONES

1. Término de la suspensión

En la medida en que la sentencia penal cuya ejecución se suspende de manera condicional constituye la espina dorsal del tratamiento punitivo para quienes perteneciendo a movimientos armados al margen de la ley comprometidos en cese de hostilidades y acuerdos de paz se reincorporen a la vida civil, es determinante la extensión temporal de permanencia del status condicional.

El término de suspensión debe ir necesariamente ligado al período fijado como pena en la sentencia condenatoria que da lugar al subrogado penal.

El término de 5 años previsto en el proyecto -artículo 2, párrafo tercero- fractura esa relación, y resulta manifiestamente exiguo respecto de sentencias condenatorias que por la gravedad de los crímenes pueden alcanzar, en la legislación colombiana, hasta 40 años de prisión.

El término de suspensión, que es también el de verificación y determina el lapso en el cual habrán de ejecutarse los actos de reparación, debería ser exactamente igual al de la pena.

2. Exclusión de Beneficios

La duración del término de suspensión puede verse disminuida por efecto de los beneficios derivados de la confesión, la sentencia anticipada y la colaboración con la justicia, cuya acumulación podría llegar a significar una disminución de una tercera 1/3 parte. De esta manera, el término de suspensión podría llegar a ser en la práctica incluso inferior al plazo señalado en el proyecto de 5 años.

Debe disponerse, en consecuencia, de manera expresa la imposibilidad de acumulación de beneficios al régimen del subrogado penal contemplado.

3. Ámbito material de aplicación

Pese a que el proyecto se asienta sobre el tratamiento general a toda clase de conductas delictivas sin establecer distinciones en cuanto a su gravedad, y el criterio de proporcionalidad pretende atender en alguna medida la magnitud criminal de lo que está en juego, existen ciertos hechos particularmente atroces por las circunstancias de sistematicidad, indefensión y crueldad con los que fueron perpetrados. Tales hechos cuyo impacto nacional permite diferenciarlos claramente de la masa común de los delitos cometidos ameritarían un tratamiento distinto. En ese sentido, si bien exclusiones expresas de ciertas atrocidades -tal como sucediera en Irlanda con el tratamiento diferencial proporcionado a ciertos hechos particularmente ominosos como el Bloody Sunday- parecen contradecir la lógica del proyecto, ello no obsta para que los hechos más repudiados por la opinión pública quedasen sometidos a comisiones especiales de esclarecimiento o mecanismos análogos encaminados a garantizar medidas reforzadas de reparación simbólica. Un antecedente en este sentido lo ofrece la Comisión de Investigación designada para la investigación de los hechos criminales cometidos con ocasión de la toma del Palacio de Justicia en 1985.

4. Ámbito personal de aplicación

Subsisten umbrales de ambigüedad en cuanto a los destinatarios del proyecto. El vocablo empleado de miembros de grupos armados al margen de la ley contrasta con el de personas que hayan participado directamente en las hostilidades. Mientras que el primero tiene un supuesto fáctico determinado, el segundo incluye miembros de las fuerzas armadas y podría incluir a quienes hayan tomado parte en acciones hostiles de muy variada naturaleza. En este sentido es importante indicar que la posibilidad de trazar un criterio de diferenciación entre narcotraficantes vistiendo camuflado militar, miembros de los grupos insurrectos, y contrainsurgentes sólo puede tener alguna probabilidad si se asume, como lo hace la ley 782 de 2002 -artículo 3° parágrafo 1°- el criterio definitorio establecido por el derecho internacional humanitario consistente en que se trate de Parte en el conflicto que ejerza sobre una parte del territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

5. Vigencia de la ley

El carácter excepcional y transicional del mecanismo precisa de una vigencia delimitada en el tiempo que no puede extenderse indefinidamente so pena de contrariar su propósito mismo. El proyecto no define este aspecto como tampoco establece ningún referente cronológico sobre su aplicabilidad anterior. Esta definición puede vincularse al proceso de negociación ya adelantado y el plazo fijado para la desmovilización completa de las Autodefensas hasta el 31 de diciembre de 2005, y con un plazo más extenso para las desmovilizaciones individuales.

6. Concurrencialidad o regulación de las medidas de reparación/publicidad/bienes

La dimensión de la reparación sólo puede garantizarse en una medida significativa si se exige como imprescindible la pluralidad y la concurrencialidad de las medidas de reparación. Debido a la índole diversa de las medidas de reparación contempladas - indemnización, simbólica, reparación propiamente dicha e información preventiva- en principio, debe exigirse la imposición, como mínimo, de una de cada categoría, de manera que en todos los casos se tenga una medida para cada clase, es decir, un mínimo de tres medidas de reparación: indemnizatoria, personal y simbólica.

7. Concurrencialidad o regulación de las penas alternativas

La regulación de las penas alternativas debe establecer un mínimo cuantitativo para su imposición y no tan solo disponer de un máximo, por cuanto la definición a cargo del juez podría ser irrisoria. Así mismo, debe establecerse claramente su carácter concurrencial y establecer la pena alternativa de prisión domiciliaria como un género mixto de alternatividad concurrencial.

8. Finalidades contrapuestas: desmovilización y deserción

Así mismo, las sanciones alternativas destinadas a privar a los condenados de derechos políticos resulta contradictoria respecto de la guerrilla, cuyas pretensiones ostentan todavía un carácter claramente político. Este tipo de sanciones, cuya extensión temporal puede extenderse hasta por diez años, constituye una implícita descalificación de los destinatarios de los grupos armados insurreccionales. Con esta disposición se acentúa la doble finalidad del proyecto cuya lógica respectiva parece contradictoria entre si: desmovilización para las autodefensas y deserción para las guerrillas.

9. Fortalecimiento de la Comisión de Verificación

La Comisión de Verificación requiere una participación plural y representativa que garantice la presencia de personalidades que reúnan las más altas calidades éticas e intelectuales, y que gocen de una inequívoca independencia respecto del Ejecutivo. En consecuencia debe garantizarse a sus miembros tanto un periodo fijo para su funcionamiento como para el ejercicio de su cargo. De lo contrario, la instancia plural y social se convertiría en una caricatura que no consulta la gravedad de los hechos y la ingente tarea de reparación por emprender.

10. Papel del sistema judicial penal

En la medida misma en que el proyecto se sustenta sobre el sistema penal interno y le otorga un voto de confianza a su capacidad de tramitar el proceso de reincorporación a la vida civil, se echa de menos algún tipo de medida destinada a su fortalecimiento. Tal ausencia es aún más notoria si se tiene en cuenta que el trámite interno como Ley Estatutaria implica, justamente, la afectación de la estructura del aparato judicial. La creación mediante la misma de una categoría o circuito especializado de jueces -con formación en derecho internacional humanitario, derechos humanos y "victimología"- al igual que el establecimiento de condiciones especiales para su protección -las presiones externas a las que puedan estar sometidos pueden llegar a ser muy altas- aparecen como medidas mínimas para garantizar en nuestro contexto, el adecuado funcionamiento del poder judicial.