

Justicia y Paz (Un noble propósito)

Fecha de Recepción: Octubre 19 de 2007

Fecha de Aceptación: Noviembre 26 de 2007

*Iván René Cortés Alborno*¹

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN NO INVESTIGATIVO

En un loable esfuerzo en pro de la paz que debe reinar en un Estado que como el colombiano se denomina social y democrático de derecho; en garantía de la democracia durante los últimos dos años, el gobierno nacional ha incentivado diferentes propuestas relativas a establecer un marco legal y normativo necesario para entablar negociaciones con los grupos armados ilegales, destinadas a superar el conflicto armado interno y a promover el desarme, la desmovilización y la reinserción colectiva de los miembros de estos grupos, incluyendo el desmonte efectivo de las estructuras ilegales. Todo en pro de la paz como un valor social deseable aunque el camino a recorrer sea escabroso para llegar a tan anhelado propósito.

Dentro de esta ardua tarea, el gobierno de ha intentado por medios políticos el propósito referido en líneas anteriores, pero la premura se sitúa en la necesidad de establecer con claridad los puntos y mecanismos apropiados para que el marco jurídico-normativo sea adecuado, evite la impunidad y permita la reconciliación nacional.

En la búsqueda de estos nobles propósitos, se debe contar con un conjunto normativo, que honre cuidadosamente los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas. Para ello fue necesario que el legislador estudiara la viabilidad de promulgar una ley adecuada, tendiente a reestablecer el orden público nacional. En ese esfuerzo se recurre al

consenso entre todas las fuerzas civiles y democráticas del país.

Es en este contexto que se expide la ley 975 de 2005, que ha sido arduamente criticada por diferentes sectores de la comunidad internacional y nacional.

En ese orden de ideas, me permito transcribir un aparte de las consideraciones sobre la Ley 975 de 2005, efectuada por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; planteamientos que se plasmaron en un escrito calendado del 27 de junio de 2005, a los cinco días de su aprobación por el Congreso;

- a. Se debe buscar el desmonte efectivo de las estructuras ilegales.
- b. Se debe buscar un marco jurídico apropiado, en aras de evitar la impunidad y que permita la reconciliación nacional.
- c. La paz debe ser sostenible y duradera.
- d. Se debe reparar a las víctimas del conflicto.
- e. Se debe castigar a los responsables.
- f. La verdad debe salir a flote.

Bajo los anteriores parámetros, recomendados por el Alto Comisionado para los derechos Humanos de la ONU, y en vista de que nuestro ordenamiento jurídico contaba ya con la ley 975 de 2005, este organismo manifestó: "La ley ofrece muy generosos beneficios judiciales, como la fuerte reducción de

¹ Abogado egresado de la Universidad Militar Nueva Granada. Especialista en Derecho Público, Derecho Penal y Criminología. Candidato a Magister en Derecho Penal y Procesal. Docente Universitario desde 1996. Abogado consultor y litigante desde 1995. En la actualidad coordinador del área penal e investigador de la Fundación Universitaria Los Libertadores. Contacto: ivanrcortesa@hotmail.com

*penas de privación de libertad y amplias posibilidades de libertad condicional, a quienes hayan cometido graves crímenes, sin una contribución efectiva al esclarecimiento de la verdad y reparación*².

Por esta razón, podría pensarse en un campo abonado para la impunidad a través de las siguientes observaciones:

a. La ley no estimula en forma clara el logro de los acuerdos colectivos entre el Gobierno y los grupos armados al margen de la ley, para que estos últimos cesen las hostilidades, dejen las armas, abandonen el conflicto armado, y desmonten efectivamente sus estructuras ilegales. Es fundamental privilegiar los incentivos para la desmovilización colectiva de los grupos y de sus bloques, pues solo ello puede permitir la superación del conflicto armado y la firma de acuerdos orientados a la paz. La ley adoptada da el mismo tratamiento a la desmovilización individual y a la desmovilización colectiva sin que haya acuerdo o cese de hostilidades, basada en acuerdos firmes e integrales. Ello abre indebidamente las puertas a amplios beneficios judiciales individuales para ciertos victimarios sin las contraprestaciones adecuadas (Artículos 1, 2, 10 y 11).

b. La ausencia en la ley de referencias al conflicto armado interno y al derecho internacional humanitario hace que no existan fronteras claras respecto al tipo de delitos que podrían ser cobijados por la llamada pena alternativa. Esta falta de contexto y claridad normativa puede llegar a incluir delitos comunes y de narcotráfico, amparado en el derecho a la igualdad que promulga nuestra Carta Política en su artículo 13.

c. El considerar al paramilitarismo como delito político permite cobijar con la impunidad a las personas, incluyendo eventualmente a servidores públicos, que hayan participado o asistido en la conformación de grupos paramilitares o en sus actividades ilegales. (Ver Constitución de 1991, respecto de la amnistía e indulto)

d. La ley aprobada no incluye condiciones y mecanismos lo suficientemente efectivos para

lograr el pleno esclarecimiento de los hechos y el establecimiento de la verdad.

Sin conocimiento pleno de la verdad y el esclarecimiento de los hechos no puede hacerse efectiva la justicia, ni asegurarse la reparación a las víctimas. Al no incluir la confesión plena y la obligación de contribuir efectivamente con la justicia mediante el aporte de toda la información relacionada con los hechos en los que ha tenido participación el desmovilizado o su grupo, la verdad no queda garantizada. Sin esta última, tampoco pueden enfrentarse adecuadamente las estructuras ilegales para su real desmonte. (Artículos 10, 17, 18, 19, 25 y 30.

e. La ley aprobada no ofrece suficientes mecanismos que superen los obstáculos para una efectiva reparación a las víctimas. No garantiza que el Estado y sus instituciones presten el apoyo pro-activo que las víctimas tienen derecho a tener y a esperar, siendo las más vulnerables, expuestas, muchas veces, justamente las más débiles por su condición de víctimas o familiares de éstas. Tampoco aborda adecuadamente la situación específica de ciertas víctimas (niños, niñas, mujeres, pueblos indígenas y miembros de comunidades afro-colombianas).

Nos refiere en este ítem, que la reparación depende de lo que quieran dar los victimarios a sus víctimas, en virtud de lo que declaren ante la autoridad y quieran desprenderse para la reparación de los afectados. Se hace notable la falta de responsabilidad por parte del Estado en los casos que directamente le corresponde y tampoco cubren a responsabilidad que tiene el Estado de esforzarse por asegurar la reparación en los casos en que los victimarios no cumplan o no puedan cumplir con la reparación.

f. La ley no incluye inhabilidades políticas temporales, ni inhabilidades para formar parte de la fuerza pública o de otros cuerpos armados oficiales, para los desmovilizados de los grupos armados ilegales que hayan cometido crímenes”.

Se cita este organismo y su concepto, toda vez que es el ente competente, garantista de los derechos humanos, ello sin perjuicios de otros organismos que a partir de la entrada en vigencia de la ley 975 de 2005 se hayan pronunciado, al respecto. Vemos ahora como en este año la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sanciona al Estado Colombiano por los hechos de la “La Rochela”; en la ley referida

2 CONSIDERACIONES SOBRE LA LEY DE “JUSTICIA Y PAZ”. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Consulta en línea [16/11/2007]. Disponible en línea [http://www.coljuristas.org/justicia/Comentarios%20OACNUDH.pdf]

queda abierta la puerta para que los afectados por conductas de grupos al margen de la ley acudan a estos organismos internacionales en aras de buscar la efectiva reparación de daños; vemos como en nuestro país varias firmas de abogados extranjeros vienen a obtener poderes para demandar al Estado Colombiano ante los organismos en mención, en vista que nuestros ordenamientos jurídicos son débiles o simplemente los operadores judiciales no fallan en derecho por diversas circunstancias, dejando que reine la impunidad, impidiendo a los nacionales la opción de reclamar por vía judicial o administrativa, según sea el caso.

Volviendo a nuestro tema el Derecho y la Paz, y en especial a la ley 975 de 2005, queda claro que esta norma plantea una ruta jurídica a través de un proceso penal de Justicia y Paz; consagrando un procedimiento de carácter penal *sui generis*, excepcional, en virtud del cual se juzga la responsabilidad de los miembros de grupos al margen de la ley, cuyo requisito *sine quanon* es la desmovilización voluntaria, la incorporación a este proceso, e igualmente el reconocimiento y confesión de participación en conductas punibles realizadas durante su estadía en esos grupos y la reparación a las víctimas.

Comprende esta ruta dos etapas a saber: la primera la lista de postulados, actuación previa, versión libre, el programa metodológico, audiencia de imputación, etapa probatoria, audiencia de formulación de cargos, audiencia de certificación y aceptación de cargos, incidente de reparación integral, audiencia de sentencia, y eventualmente los recursos que le asisten a las partes. En la segunda etapa, se da la figura de la alternatividad penal, consistente en suspender la ejecución de la pena ordinaria, de forma tal que el condenado cumplirá una pena alternativa menor a la que consagra el Código Penal, no quiere decir que se le condone la pena, sino que se suspende por un tiempo definido, con el fin de aplicar el beneficio a la pena alternativa.

El desmovilizado debe colaborar con la justicia revelando de manera plena y fidedigna los hechos durante los cuales fueron cometidas las conductas punibles, por los cuales aspira a recibir el beneficio de alternatividad, sino lo hace perderá el beneficio y será juzgado con la pena principal.

Pero bien, en vista del gran esfuerzo por parte del ejecutivo, en busca de la Paz, y ante una realidad que no podemos ignorar, existe ya la ley "Justicia y Paz",

cuya filosofía y alma descansa en el establecimiento de una justicia transicional, como un verdadero instrumento de paz que prevea incentivos y ofrezca beneficios para que los grupos armados ilegales se desmovilicen y cesen sus hostilidades, a la vez garantice adecuadamente los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación.

Es cierto que esta ley ofrece muy generosos beneficios judiciales, así como la fuerte reducción de penas de privación de libertad y amplias posibilidades de libertad condicional, tal y como se plamó en líneas anteriores. La historia nos ha enseñado que los países que tuvieron que afrontar conflictos semejantes al nuestro, tuvieron que sacrificar parte de su legitimidad y sus sistemas jurídicos en pro de luchar por el preciado valor de la paz, y la convivencia pacífica entre sus coasociados.

A pesar de las fuertes críticas formuladas, algunas de ellas transcritas en este documento, quiero resaltar lo atinente a la impunidad, presentada bajo la óptica de nuestro ordenamiento sustantivo represivo, en donde encontramos, como las penas deben tener unos fines, unas proporciones, cumplir con una función; "*oh!.. vana ilusión*"... como lo dijera uno de los más insignes humanistas del derecho penal Cessare Beccaria, hace más de 200 años, porque "*la impunidad es un fenómeno de todos los tiempos y todas las formas de Estado*³"; pero igualmente otro tratadista cercano a esa época nos manifestaba, que mas valdría absolver a un culpable que condenar a un inocente, porque el inocente jamás se recuperaría del daño causado, mientras que el culpable por su propia esencia volvería a caer.

Se cuestiona también, que estas normas, establecen rebajas de penas que resultan desproporcionadas y violatorias de la igualdad, para conductas sancionadas en el Código Penal con penas más graves; situación, que desconoce el principio de legalidad y la especificidad de las sanciones penales correspondientes a cada conducta punible, rompiendo con ello ese gran principio Constitucional el "*Derecho a la Igualdad*". Este esfuerzo resulta adecuado para encontrar un balance entre la justicia y la paz.

Existe un gran postulado "*el beneficio general sobre el particular*", son más los coasociados que se benefician con la paz, que el perjuicio irrogado a la formalidad

3 BECCARIA, Cessare. De los delitos y las penas. Bogotá, Temis, 2003.

y materialidad de la norma, por ende el Estado al momento de cumplir sus fines que son verdaderas obligaciones frente al pueblo, prefiere sacrificar la norma, con las consecuencias señaladas a lo largo de este escrito.

Por ello, es fundamental privilegiar los incentivos para la desmovilización colectiva de los grupos y de sus bloques, pues sólo ello puede efectivamente permitir la superación del conflicto armado y la firma de acuerdos orientados a la búsqueda de la paz.

El proyecto de ley 067 de 2007 que actualmente cursa en el órgano legislativo, presentado por el señor ministro del Interior y de Justicia, radicado el día 15 de agosto del año en calendo, pretende reformar el artículo 340 del Código Penal, modificado por el artículo 8 de la ley 733 de 2002, el cual se refiere al "Concierto para delinquir".

Vale la pena transcribir la norma en reforma: "Concierto para delinquir": *Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.....*

En ese sentido la norma propuesta en el proyecto 067 manifiesta: "Concierto para Delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años, quedando igualmente comprendidos los miembros rasos pertenecientes a los grupos armados organizados al margen de la ley a quienes no se les imputen otras conductas delictivas. (..).

Es de anotar, que la ley 975 de 2005, planteó esta situación en el artículo 69, que con la nueva reforma propuesta quedaría así:

"Artículo 69. Las personas que se hayan desmovilizado individual o colectivamente en desarrollo de un proceso de paz que se adelante con el Gobierno Nacional, podrán ser beneficiadas de resolución inhibitoria, preclusión de la Instrucción o cesación de procedimiento, según el caso, por lo delitos de concierto para delinquir en los términos del inciso

primero del artículo 340 del Código Penal; utilización ilegal de uniformes e insignias; instigación a delinquir en los términos del inciso primero del artículo 348 del código Penal; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones.

Las personas condenadas por los mismos delitos y que reúnan las condiciones establecidas en el presente artículo, también podrán acceder a los beneficios jurídicos que para ellos consagra la ley 782 de 2002.

Parágrafo. Lo previsto en el presente artículo no será aplicable a quienes se beneficien de estas conductas para acceder a la función pública, o tengan la calidad de servidores públicos durante su realización."

En ese orden de ideas la Corte Constitucional lo ha definido como:

"El concierto para delinquir en términos generales se define como la celebración, por parte de dos o más personas de un convenio, de un pacto, cuya finalidad trasciende el mero acuerdo para la comisión de un determinado delito, se trata de la organización de dichas personas en una sociedad sceleris, con el objeto de asumir con proyección hacia el futuro la actividad delictiva como su negocio, como su empresa, la cual, valga aclararlo, dado su objeto ilícito se aparta de los postulados del artículo 333 de la Carta Política que la reivindica y protege; lo anterior significa que no existe acuerdo previo entre sus miembros sobre los delitos específicos que cometerán, como tampoco sobre el momento, el lugar o las personas o bienes que se afectarán, si sobre lo que será su actividad principal: delinquir. Es decir, que la organización delictiva se establece con ánimo de permanencia, que el pacto o acuerdo que celebran sus integrantes es para desarrollar actividades contrarias a la ley, previa distribución entre sus miembros de acciones y responsabilidades que se complementan para alcanzar un fin. Este tipo de organizaciones al margen y contra la sociedad, cuyo objeto específico es transgredir el ordenamiento jurídico, obviamente constituyen un peligro para la tranquilidad colectiva y atentan contra la seguridad pública, que son precisamente los bienes jurídicos que se pretenden proteger con su represión y castigo.

Se puede concluir que el concierto para delinquir exige tres elementos constitutivos esenciales: el primero la existencia de una organización que con carácter permanente tenga como objetivo lesionar intereses o bienes jurídicos indeterminados; el segundo que los miembros de dicha organización lo sean en virtud de un acuerdo de voluntades que los une para alcanzar dicho objetivo; y el tercero que la expectativa de la realización de las actividades que se proponen sus miembros, pongan en peligro o alteren la seguridad pública.

Cuando se señala como elemento constitutivo esencial del concierto para delinquir, que la *societas sceleris* pretenda la comisión de “delitos indeterminados”, ello no puede interpretarse en el sentido de que el tipo penal se desvirtúa si la organización criminal se especializa en la comisión de un determinado tipo de delitos; la indeterminación que señala la doctrina como esencial para que se configure el delito del concierto, se refiere a la disposición de los sujetos activos del delito, de trascender la mera comisión en un espacio y tiempo determinados, de uno o varios y específicos hechos punibles, caso en el cual se configura la coparticipación, pues el rasgo distintivo del tipo penal que se analiza es el carácter permanente de la organización que se dedica sistemáticamente a las actividades delictivas, la cual opera como una empresa organizada, que como tal se “especializa” en determinadas conductas⁴.

De acuerdo con lo anterior, solo serán responsables del ilícito de concierto para delinquir, los cabecillas y directores grupos al margen de la ley, e igualmente las personas que cometan ilícitos de lesa humanidad. Es un buen argumento, para no endilgarle esta conducta al militante raso, pues este personaje tan sólo cumple órdenes, e incluso en muchas ocasiones ha sido reclutado a la fuerza, ejerciendo actividades por temor a represalias por parte de sus comandantes. La ley penal que contempla en su estatuto causales de responsabilidad (artículo 32 C.P.), que exonera al sujeto activo de responsabilidad

penal, puede recibir con beneplácito este proyecto de ley que cursa en el Senado de la República, pues se esta protegiendo a los débiles de la parte actora, sin perjuicio de la aplicación de las demás normas que sean del caso y a contrario sensu se castiga a los líderes, directivos, comandantes y demás de los grupos al margen de la ley.

Es menester hacer claridad que el tema referente al delito político para el cual la Carta Fundamental, en su artículo 150 numeral 17, señala que es posible conceder amnistías o indultos por delitos políticos, figuras jurídicas éstas que indefectiblemente conducen a su olvido o a su perdón. Es claro, que las conductas cometidas por los hoy destinatarios de la ley de justicia y paz, no se encuentran subsumidas dentro de la especial connotación del delito político. La ley entonces, para estas conductas, sólo concede lo que se ha denominado penas alternativas y pronunciamientos inhibitorios, cesación, preclusión de las conductas que en un principio son típicas y antijurídicas, consagradas en nuestro estatuto penal.

Se debe reconocer, que además de la paz y la justicia, este plexo normativo, propende por la reparación, por parte de los victimarios con los bienes y recursos que éstos quieran declarar y entregar. Pero además, el Estado se ha comprometido en brindar a las víctimas, apoyo en los procesos judiciales y su compromiso llega hasta el evento de que los bienes sean insuficientes.

El propósito gubernamental pretendió asegurar el desmonte de las estructuras ilegales y de afianzar el Estado de Derecho y el ejercicio de la democracia, tratando de respetar los derechos fundamentales y garantías individuales. Es obvio que las partes vulneradas en el conflicto sean contradictores, pues para ellos no operaría el principio de igualdad, no se cumplirían los fines de la pena, toda vez que ha prevalecido el bien común, que de lograrse cumpliría con el compromiso nacional e internacional, creando seguridad jurídica en todos los estamentos del Estado y en beneficio innegable de la sociedad.

4 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-241/97. M.P. Fabio Morón Díaz.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECARIA, Cessare. De los delitos y las penas. Bogotá, Temis. 2003.

CONSIDERACIONES SOBRE LA LEY DE “JUSTICIA Y PAZ”. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Consulta en línea [16/11/2007]. Disponible en línea <http://www.coljuristas.org/justicia/Comentarios%20OACNUDH.pdf>

Ley 906 de 2004.

Ley 599 de 2000.

Ley 975 de 2005.

Proyecto de ley 067 de 2007.

EL conflicto armado. Consulta en línea [11/11/2007]. Disponible en línea [<http://eltiempo.com/conflicto/noticias/index.html>]