

¿Es la cárcel un medio punitivo adecuado para los procesos de paz en Colombia?

Reflexiones sobre cárcel y castigo en el modelo de justicia transicional colombiano

Cuaderno de trabajo

Centro Internacional de Toledo para la Paz (Citpax)

Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz

Área de Justicia

Equipo de trabajo:
Andrés López Morales
Daniel Castellanos Guarín

Bogotá - 2014

INDICE

1. Introducción	3
2. Castigo penal y ‘modelo transicional colombiano’	5
2.1 El castigo en el proyecto de alternatividad penal.....	6
2.2 Crítica a la incorporación de mecanismos de justicia restaurativa y propuesta de ‘perdones proporcionados y responsabilizantes’	9
2.3 Castigo en Justicia y Paz	12
2.3.1 La pena en el robusto mecanismo de judicialización	13
2.3.2 La retribución y la debida resocialización como fines de la pena en Justicia y Paz 13	
2.3.3 La definición de la pena alternativa en la sentencia C-370 de 2006.....	16
2.3.4 Aproximación al concepto de justicia transicional en la sentencia C-370	20
2.4 Castigo para responsables por delitos atroces: deconstruyendo el mito de la necesidad de la cárcel en justicia transicional.....	21
3. Realidades de la pena de prisión para desmovilizados en el proceso penal de Justicia y Paz	25
3.1 El fin resocializador en la ley de Justicia y Paz	27
3.2 Los desafíos de resocializar excombatientes en procesos de victimización horizontal....	30
3.3 Ejecución de fallos y control sobre las condiciones de resocialización, reparación y libertad	31
3.4 Informes de visitas a postulados en centros penitenciarios y carcelarios.....	34
3.4.1 Visita a los postulados reclusos en el establecimiento carcelario de la Picota en Bogotá	36
3.4.2 Visita a los postulados reclusos en la cárcel de Itagüí.....	38
3.4.3 Visita a los postulados reclusos en la penal de Barranquilla	39
3.5 Ruptura de relaciones de jerarquía y dispersión de responsabilidades: un aspecto crítico para la resocialización de patrulleros en cárceles.....	40
3.6 Régimen de libertad: 8 años de prisión para acceder a la libertad.....	42

3.6.1 Inconvenientes para la libertad de los postulados: ¿falta unidad de criterio en el poder judicial?.....	43
3.6.2 Gobierno y jueces en disputa para definir la libertad de postulados	45
4. Conclusiones: nuevas perspectivas de castigo en la justicia transicional....	46

I. Introducción

Cerca de cumplirse ocho años de la implementación del proceso de Justicia y Paz como mecanismo que posibilitó la desmovilización de los bloques y frentes de las extintas Autodefensas Unidas de Colombia –AUC–, comienza a posicionarse un debate público respecto a la función que tiene la pena privativa de la libertad como mecanismo de castigo de graves violaciones a los derechos humanos, para el actual modelo de justicia transicional colombiano. Ello en razón a dos principales circunstancias.

La primera radica en la posibilidad de que los miembros de la guerrilla de las FARC que eventualmente sean encontrados penalmente responsables por delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, se les imponga sanciones extrajudiciales, penas alternativas y, especialmente, modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de penas que no necesariamente supongan la privación completa o parcial de la libertad. Aun cuando este tema no ha sido objeto de acuerdo por la mesa de negociación de la Habana y paralelamente, tampoco se haya comenzado el trámite de la ley estatutaria que determine los procedimientos de judicialización y sanción, desde ya se escuchan posiciones en uno y otro sentido: quienes defienden lo imprescindible que resulta el castigo penal para los guerrilleros, pues es un mínimo innegociable de justicia, como quienes postulan la posibilidad de que existan mecanismos alternativos a la privación de la libertad en centros penitenciarios, lo que no necesariamente constituiría un escenario de impunidad.

La segunda circunstancia tiene que ver con el hecho de que los desmovilizados de las autodefensas que se encuentran recluidos en cárceles del país comienzan a completar el tiempo máximo de pena alternativa que dispuso la ley 975, en cuyo caso se abren los caminos de la ‘libertad a prueba’¹ o la ‘sustitución de la medida de aseguramiento por una no privativa de la libertad’.² En ambas medidas la reintegración de los desmovilizados a la

¹ Consagrada en el artículo 29 de la Ley 975 de 2005 de la siguiente manera: “Pena alternativa. (...) Cumplida la pena alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia se le concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período durante el cual el beneficiario se compromete a no reincidir, a presentarse periódicamente ante el Tribunal Superior del Distrito que corresponda y a informar cualquier cambio de residencia”.

² El artículo 18A de la Ley 975 de 2005, introducido por el artículo 19 de la Ley 1592, define esta figura en los siguientes términos: “Sustitución de la medida de aseguramiento y deber de los postulados de continuar el proceso. El postulado que se haya desmovilizado estando en libertad podrá solicitar ante el Magistrado con función de control de garantías una audiencia de sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario por una

vida civil parece ser un imperativo ante el que la opinión pública comienza a dividirse entre quienes defienden el proceso y la necesidad de respetar íntegramente los compromisos asumidos con los paramilitares y quienes asocian su salida con cierto grado de ilegitimidad del mecanismo transicional, máxime cuando la mayoría de ellos no tienen aún sentencia condenatoria y existen serias demoras en los procesos de reparación de víctimas. Se cuestiona la proporcionalidad de la pena, el cumplimiento del fin resocializador, las garantías para la continuidad de los procesos y las garantías de no repetición.

En ambas circunstancias aparece en tensión, de un lado, la necesidad de un castigo penal como mecanismo necesario para satisfacer unos mínimos de justicia y, de otro, la flexibilidad de los mecanismos transicionales para permitir la reconciliación. Para la época en la que se aprobó la ley de Justicia y Paz, la tensión entre estos elementos se resolvió con la creación de un *proceso penal especial* que terminaba con la imposición de una pena alternativa de entre 6 y 8 años de prisión, en el que se combinaba tanto la satisfacción del derecho a la justicia de las víctimas y el deber internacional del Estado colombiano de investigar, procesar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos.

Jurídicamente, hoy el debate parece reabrirse por cuenta de la constitucionalización de los mecanismos de justicia transicional (con el Acto legislativo 01 de 2012), y con éste la pregunta: ¿son del todo vigentes los argumentos esbozados en su momento para fundamentar las penas privativas de la libertad en contra de los paramilitares, de cara al eventual proceso con las guerrillas? Y adicionalmente dos cuestionamientos centrales: ¿habría una vulneración del derecho de las víctimas a la justicia en la eventual decisión legislativa de que los guerrilleros responsables de delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, sean castigados con penas no privativas de la libertad? Y ¿es la cárcel y la pena privativa los mecanismos de castigo que más se ajustan a los objetivos de verdad, justicia, reparación integral y no repetición de los hechos violentos, es decir, de la misma justicia transicional?

El presente documento no tiene el cometido de dar respuestas asertivas y apodícticas a los anteriores cuestionamientos. Se construye con el objeto de hacer acopio de información que pueda ser útil para los diferentes participantes del debate (especialmente para los tomadores de decisiones) y a su vez, presentar algunas reflexiones que puedan enriquecer la manera en la que se aborda la tensión acerca de la cárcel, sin perjuicio de las observaciones y recomendaciones que se puedan extraer para Justicia y Paz.

Se estructura en dos momentos principales: en el primero se reconstruye el lugar que ha tenido el castigo penal dentro del proceso de construcción del modelo transicional colombiano. En el segundo, se presenta los resultados de ejercicios de observación de

medida de aseguramiento no privativa de la libertad, sujeta al cumplimiento de lo establecido en el presente artículo y a las demás condiciones que establezca la autoridad judicial (...)."

cárceles, relacionados con los procesos de resocialización de desmovilizados y las vicisitudes que han surgido desde el Estado para conceder las medidas de libertad en desarrollo de los compromisos derivados del proceso de paz con los paramilitares. Finalmente, se exponen algunas reflexiones en torno a la posibilidad de reorientar el debate de la sanción a una satisfacción más amplia del derecho a la justicia de las víctimas y la construcción de garantías eficaces de no repetición.

2. Castigo penal y ‘modelo transicional colombiano’

Aun cuando en la historia nacional se puedan identificar numerosas experiencias de acuerdos de paz con grupos alzados en armas, la noción de “justicia transicional” sólo comenzó a ser parte de la retórica constitucional a comienzos del presente siglo, aludiendo a un tipo de justicia excepcional que permite la transición de la guerra a la paz, sin que ello implique el desconocimiento del deber internacional del Estado en materia de investigación, procesamiento y sanción de graves violaciones a los derechos humanos. En ese sentido, el discurso de la justicia transicional ha venido a ocupar el lugar de los marcos para las transiciones políticas, al tiempo que condicionar la capacidad de maniobra del Estado para negociar con grupos irregulares.

A través del Acto Legislativo 01 de 2012 (conocido como el ‘marco jurídico para la paz’) la “justicia transicional” pasó a tener una consagración constitucional y, con ello, resolverse los debates en torno a si era jurídicamente válida la incorporación de modelos de justicia excepcional dentro de un ordenamiento constitucional que se predica universal y ordinario. Sin embargo, los límites de cualquier dispositivo transicional siguen siendo materia de discusión debido, principalmente, a que (i) la constitucionalización de la justicia transicional pasa por la definición del marco general, más no por la de los mecanismos específicos, (ii) se radica en el Congreso de la República la facultad de determinar los dispositivos transicionales en concreto, y, (iii) no existen fórmulas transicionales únicas y predeterminadas a las cuales el legislador esté atado.

En materia penal el *Marco jurídico para la paz* autoriza al Congreso para crear, mediante una ley estatutaria, “instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o extra-judicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción”. Además, reconoce como inherente a dichos instrumentos la selección y priorización de casos como estrategias orientadoras de la actividad de judicialización.

De este modo, podrá el Congreso determinar “criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”. E, igualmente establecer:

“los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; (...) los casos en los que procede la aplicación de sanciones

extra-judiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar a la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados”.³

Es decir, habrá selección y priorización en la investigación y el procesamiento penal, centrando la judicialización en los máximos responsables de los delitos que adquieran connotación de delitos de lesa humanidad, crimen de genocidio y/o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. Y adicionalmente, el legislador podrá determinar las sanciones a partir de múltiples posibilidades: la suspensión de la ejecución de la pena, sanciones extrajudiciales, penas alternativas, o modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena.

De esta manera, la pregunta que hasta antes de la aprobación del *Marco* sugería mayor tensión fue zanjada directamente por mandato constitucional: hoy el legislador colombiano tiene la facultad de determinar sanciones penales no privativas de la libertad para los guerrilleros que eventualmente se desmovilicen y sean encontrados responsables de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. Sin embargo, vale preguntar ¿qué tan conveniente resulta para la estabilidad jurídica del proceso la decisión de no adoptar penas privativas de la libertad para quienes eventualmente sean responsables de estos graves delitos?

Generalmente se suele responder a este tipo de preguntas desde los marcos internacionales de derechos humanos que son vinculantes para Colombia, tratando de determinar lo que se puede hacer –algo a lo que se le ha llamado “estándares internacionales”, al tiempo que se hacen análisis y comparaciones con experiencias internacionales, buscando establecer lo pertinente en casos como el colombiano. En esta oportunidad, el Área de Justicia pretende contribuir al debate con una aproximación reflexiva que analice las maneras en las que ha aparecido al castigo penal en la construcción del reciente modelo transicional colombiano, para proponer así algunos planteamientos de tipo teórico que puedan abrir otras perspectivas. La hipótesis de base es que las razones –jurídicas y políticas– que justifican la adopción de sanciones penales en escenarios transicionales están íntimamente ligadas al diseño del marco de justicia transicional.

2.1 El castigo en el proyecto de alternatividad penal

En agosto de 2003 el gobierno nacional presentó ante el Congreso de la República el proyecto de ley denominado “Proyecto de alternatividad penal”, por el cual se pretendía crear el marco legal para la reincorporación de grupos armados al margen de la ley y, concretamente, allanar el camino para un acuerdo de paz con los grupos de autodefensa. La fórmula transicional propuesta se estructuraba en una serie de mecanismos procesales

³ Artículo 66 transitorio de la Constitución Política, introducido por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2012.

—debidamente articulados y que conllevaban a la libertad definitiva de quienes fueran condenados— y la posibilidad de penas alternativas no privativas de la libertad. El entonces ministro Fernando Londoño Hoyos defendía en la exposición de motivos la necesidad de concebir un mecanismo de justicia excepcional:

“La dilatada confrontación que desangra al país y cercena la vida de miles de compatriotas cada año, demanda en la hora presente el empeño genuino por diseñar los mecanismos jurídicos que permitan contribuir a cerrar las puertas del horror inherente a la guerra, apuntalando un horizonte que posibilite la dejación de las armas para quienes las han empuñado. Mientras por un acuerdo de paz no se ofrezca a los acusados de cometer delitos graves la posibilidad de contribuir con sus esfuerzos a la consecución de la paz nacional, quienes los cometieron no se van a entregar y persistirán en sus campañas bélicas, seguramente con nuevas y brutales violaciones al Derecho Internacional Humanitario, quedando los colombianos atrapados en una contradicción al parecer insoluble: para que haya plena justicia tendríamos que profundizar la guerra hasta límites inconcebibles para derrotar a todos los enemigos de la democracia y llevamos a las cárceles, o explorar fórmulas audaces que no contrapongan la paz a la justicia, fórmulas que permitan superar un concepto estrecho de justicia que se centra en el castigo al culpable para acceder a un nuevo concepto de justicia que nos permita superar de manera efectiva el desangre y la barbarie a fin de reinstalar plenas condiciones de convivencia. Fórmulas que permitan alcanzar la paz reorientando el sentido de justicia y la función de sus aplicaciones en el horizonte del fortalecimiento de la democracia” (subrayado por fuera del texto original).⁴

La idea general del proyecto era no castigar penalmente a los miembros de los grupos armados ilegales, siempre y cuando hubieran declarado el cese de hostilidades y se comprometieran a ejecutar actos que contribuyeran a la reparación de las víctimas, la superación del conflicto y el logro de la paz. Cualquier pena privativa de la libertad impuesta por la justicia ordinaria sería suspendida, previa solicitud del Presidente de la República, y sustituida por algunas de las siguientes penas alternativas:

- (i) Inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas hasta por 10 años;
- (ii) Inhabilidad para el acceso a cargos de elección popular hasta por 10 años;
- (iii) Prohibición del derecho a la tenencia y/o porte de armas hasta por 10 años;
- (iv) Privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos hasta por 20 años;
- (v) Expulsión del territorio nacional para los extranjeros;
- (vi) Prohibición de aproximarse a las víctimas o comunicarse con ellas, hasta por 10 años;

⁴ Secretaría del Senado, proyecto de ley estatutaria 85 de 2003, Senado.

(vii) Restricción geográfica de la libertad, hasta por 10 años.

El proyecto de ley fue fuertemente criticado por la comunidad internacional y por defensores de derechos humanos al considerar que *de facto* promovía la impunidad frente a graves violaciones a los derechos humanos y al DIH.⁵ Se le discutía la ausencia de estándares mínimos de justicia transicional que dieran cuenta de las obligaciones internacionales del Estado en materia de investigación, procesamiento y sanción, de manera especial, el desconocimiento de la fuerza vinculante del Estatuto de Roma. En el discurso público se hablaba de los altos riesgos que existían de que la Corte Penal Internacional interviniera a través de su jurisdicción complementaria para judicializar los crímenes de los paramilitares en el caso colombiano.⁶

Para los detractores del proyecto los desarrollos del sistema universal de derechos humanos⁷ y, concretamente, del sistema interamericano, mostraban que lo dispuesto por el art. 6 del Protocolo Adicional II a los convenios de ginebra (concesión de amnistías más amplias posibles),⁸ se veía restringido por la prohibición que pesaba sobre los autores de las graves violaciones a los derechos humanos de beneficiarse con amnistías o indultos, por cuanto lesionaba los derechos de las víctimas a obtener justicia mediante un recurso efectivo.⁹ En tal razón, recomendaban la inclusión de penas privativas de la libertad y cláusulas de proporcionalidad y graduación de las mismas, máxime ante “crímenes de guerra o de lesa humanidad y las graves infracciones al derecho internacional humanitario, ordenados o directamente cometidos por personas con mayor responsabilidad en la organización militar”.¹⁰

En abril de 2004 el gobierno presentó un pliego de modificaciones al proyecto mediante el cual introdujo una primera noción de “pena alternativa”,¹¹ con privación de la libertad de

⁵ Revista Semana, *Más críticas para el proyecto de alternatividad penal*. 22 de septiembre de 2003, recuperado el 5 de noviembre de 2014 [<http://www.semana.com/noticias/articulo/mas-criticas-para-proyecto-alternatividad-penal/60821-3?pagespeed=noscript>].

⁶ Alejandro Aponte Cardona, “Estatuto de Roma y procesos de paz: reflexiones alrededor del ‘Proyecto de alternatividad penal’ en el caso colombiano”, en: Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (editores), *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Fundación Konrad-Adenauer, IBCCRIM, Facultad de derecho, Universidad de Göttingen, Montevideo, 2005, pp. 117-150.

⁷ Especialmente instrumentos como los ‘Principios de Joinet para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad’ fueron utilizados para estructurar las críticas.

⁸ Esta disposición ordena que, “a la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto”.

⁹ Catalina Botero Marino, *Ley de Alternatividad Penal y Justicia Transicional. Documento de recomendaciones*. Fundación Social, ICTJ, 2004.

¹⁰ *Ibidem*, p. 49.

¹¹ Este proyecto de ley disponía en su artículo 1: “**Definiciones.** (...) *Pena Alternativa.* Se entiende por pena alternativa aquella porción de la condena impuesta cuyo cumplimiento consistirá en la privación efectiva de la libertad por un periodo no inferior a cinco (5) años ni superior a diez (10) años. Ésta será establecida por el Tribunal para la verdad, la justicia y la reparación a favor de aquellas personas que cumplan con los requisitos para acceder a los beneficios de que trata la presente ley, en las condiciones que aquí se señalan”. Pliego de modificaciones al proyecto de ley estatutaria No. 85 de 2003-Senado. Recuperado en noviembre 5 de 2014.

<http://paginasyboletines.com/curriculo/planetapaz/grupo_paz/proyecto_ley.pdf>

entre 5 y 10 años, al tiempo que disponía la creación de un tribunal especial encargado, entre otras funciones, de juzgar a los desmovilizados, certificar el cumplimiento de los requisitos para acceder a los beneficios, imponer penas accesorias y tasar, de conformidad con los criterios de proporcionalidad y necesidad, la porción de la pena que debía hacerse efectiva.¹²

En el segundo semestre de 2004 fueron presentados otros dos proyectos de ley sobre el mismo tema.¹³ Uno propuesto por los entonces congresistas Gina Parody, Wilson Borja y Rafael Pardo, que coincidía con el del gobierno en la idea de una pena alternativa privativa que significara una disminución sustancial de la pena que probablemente se les fuera a imponer a los desmovilizados en procesos tramitados por la justicia ordinaria. Y otro, de autoría de la entonces senadora Piedad Córdoba, que contemplaba la aplicación de penas ordinarias, hasta por máximo de 30 años y penas de 5 años para quienes fueran condenados sólo por concierto para delinquir.¹⁴

Finalmente, pese al apoyo mayoritario que estaba obteniendo el proyecto de los tres congresistas, el gobierno nacional decide pedir el archivo de la iniciativa y presentar un nuevo proyecto de ley a comienzos de febrero de 2005, al cual denominó “Justicia y Paz”.

2.2 Crítica a la incorporación de mecanismos de justicia restaurativa y propuesta de ‘perdones proporcionados y responsabilizantes’

El proyecto de “alternatividad penal” decía estructurarse en “una concepción restaurativa que supera la identificación de castigo con venganza propia de un discurso en el que lo principal es reaccionar contra el delincuente con un dolor similar al que él produjo en la víctima y, sólo en segundo lugar, buscar la no repetición (prevención) y la reparación de las víctimas”.¹⁵

Esta propuesta fue duramente atacada desde el lenguaje de derechos humanos, pero no menos desde la tensión que suponía instalar un concepto de justicia proveniente del sistema ordinario a un naciente concepto de justicia transicional para el país. El trabajo central en ese punto fue el que hiciera Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon en 2005,

¹² Las penas accesorias en esta nueva propuesta, antes proyectadas como penas alternativas, eran las siguientes: (i) la inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas, (ii) la prohibición del derecho de tenencia y porte de armas, (iii) la expulsión del territorio nacional para los extranjeros y, (iv) la prohibición de aproximarse a las víctimas o comunicarse con ellas.

¹³ Periódico El Colombiano, *Verdad, Justicia y Reparación, propuestas para Proyecto de Ley*. Recuperado 5 de noviembre de 2014.

<http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/O/olac_proyecto_verdad_justicia_reparacion_colprensa_ana_07122004/olac_proyecto_verdad_justicia_reparacion_colprensa_ana_07122004.asp>

¹⁴ Adicionalmente, se proponía una serie de beneficios por confesión, con los cuales el que había sido condenado exclusivamente por el concierto tenía derecho a la libertad condicional y quienes hubieran sido condenados por otros delitos, incluidos los de lesa humanidad, podían acceder a una reducción penas sin que fuera inferior a 20 años. Ver: Secretaría del Senado. Proyecto de ley 180 de 2004, Senado. 7 de diciembre de 2014.

¹⁵ Secretaría del Senado. Exposición de motivos. Proyecto de ley estatutaria 85 de 2003, Senado.

titulado *Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades*.¹⁶ Allí, ambos autores se preguntan por las posibilidades y los límites que tiene utilizar preferentemente los enfoques de justicia restaurativa para el diseño de los procesos de justicia transicional en Colombia.

Al hacer una historia de uno y otro concepto, los autores encuentran que la nascente noción de justicia transicional, “nombra una forma específica de justicia, caracterizada por aparecer en contextos excepcionales de transición y por tener la nada sencilla tarea de encontrar un punto medio entre los polos de justicia retributiva plena, por un lado, y de impunidad absoluta, por el otro”.¹⁷ A su vez, la justicia restaurativa, “aparece como paradigma alternativo y crítico del funcionamiento del sistema penal en condiciones de normalidad y, en concreto, de la manera como éste castiga las formas ordinarias de crímenes presentes en una sociedad”.¹⁸

Para Uprimny y Saffon el uso preferente de mecanismos de justicia restaurativa en escenarios transicionales desconoce el hecho de que la justicia transicional enfrenta crímenes que atentan gravemente contra la dignidad del ser humano y, por el contrario, el diseño de la justicia restaurativa está enfocado en atender criminalidad pequeña en sociedades pacíficas. De allí que el paradigma restaurativo les resulta insuficiente para enfrentar la difícil tensión entre justicia y paz que afronta la justicia transicional, pues no sólo equipara el castigo con la venganza sino que además invisibiliza las funciones importantes que el castigo tiene en una transición política.

Lo interesante de esta aproximación es su resolución en las dicotomías restauración/retribución, impunidad/castigo, o amnistía/cárcel. Esto genera que, tanto los argumentos jurídicos, como las razones que justifican la pena privativa de la libertad en el modelo colombiano, se mezclen con la crítica a los esquemas restaurativos o a la falta de castigo. No aparecen todavía reflexiones en torno a la posibilidad de castigos con penas no privativas de la libertad. En suma, los justificantes de la cárcel eran:

1) *Exclusión de la sociedad civil ante los escenarios de ‘perdones recíprocos’*: “un modelo de justicia transicional fundado en los perdones recíprocos que se otorgarían entre sí los distintos actores armados excluiría la posibilidad de que la sociedad civil participara en la concesión (o incluso en la negación) de tales perdones y, en consecuencia, tendría un alcance político limitado y sería éticamente muy cuestionable”,¹⁹

¹⁶ Las fuentes utilizadas para el momento fueron numerosas, sin embargo el texto de Uprimny y Saffon se constituyó en el de mayor consulta por los diferentes agentes, operadores y miembros del sector de derechos humanos. Entre otras fuentes, ver: Ashworth, A. “Responsibilities, Rights and Restorative Justice”, en: *The British Journal of Criminology*. 2002.

¹⁷ Este ensayo se encuentra dentro de la publicación coordinada por Rodrigo Uprimny (entre otros), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006, p. 118.

¹⁸ *Ibidem*, p. 118.

¹⁹ *Ibidem*.

2) *Complejidad en los perdones ante las dificultades para identificar responsabilidades*: “la violencia propia del conflicto armado colombiano se ha caracterizado de tal manera por su masividad y sistematicidad, que hasta la relativamente sencilla tarea de identificar a los actores que eventualmente participarían en los procesos restaurativos de concesión de perdones recíprocos se torna altamente compleja”;²⁰

3) *La pena como herramienta para excluir los graves crímenes del nuevo orden*: “dentro de un proceso transicional como aquél por el que podría pasar Colombia, con algunas excepciones, el castigo se hace exigible, no sólo porque produciría la condena pública de tales comportamientos, sino porque el nuevo orden social y democrático que se constituiría a través de la transición implicaría la total exclusión de los mismos y encontraría en el respeto de los derechos humanos su fundamento básico”;²¹

4) *Peligro de que las posturas disidentes sean silenciadas, generando resentimientos*: “de escogerse el paradigma restaurativo, estos últimos sectores de la sociedad [que exigen justicia y verdad] podrían ser reprochados por los defensores de la reconciliación en razón de obstaculizarla con sus reclamos, y terminarían por ser silenciados. Una situación como ésta no sólo haría de los mecanismos de la justicia restaurativa instrumentos de impunidad, sino que podría incubar gérmenes de resentimiento y violencia por parte de los silenciados, que pondrían en serio peligro la durabilidad de la reconciliación alcanzada”;²²

5) *Necesidad del castigo para garantizar la no repetición*: “no es claro que si en Colombia la utilización del esquema restaurativo podría garantizar la no repetición de las atrocidades cometidas, garantía que es un elemento fundamental de la justicia transicional (...). Por el contrario, en muchos casos han sido precisamente esos perdones los que al dejar heridas abiertas y mostrar que los crímenes contra la dignidad humana no son castigados severamente, han hecho que la violencia continué, e incluso se recrudezca”;²³

6) *Inexistencia de reglas coercitivas conlleva a su abuso por parte de los actores armados*: “es bastante posible que, ante la existencia de reglas que no contemplen sanciones claras, los actores armados terminen aprovechándose de ellas en lugar de someterse a sus mandatos”;²⁴ y;

7) *Incompatibilidad de los perdones con el derecho internacional*: “el perdón de los crímenes atroces es no sólo incompatible con el derecho internacional vigente, sino que muy probablemente activaría a la Corte Penal Internacional, la cual tiene

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem.

²² Ibidem.

²³ Ibidem.

²⁴ Ibidem.

competencia para asumir casos de personas enjuiciadas internamente cuando ‘la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte’.²⁵

La tensión entre impunidad en procura de la paz y justicia retributiva plena es morigerada en un modelo, denominado por los autores, como “*perdones responsabilizantes y proporcionales*” en el que el castigo penal de los crímenes atroces sea la regla general y, sólo excepcionalmente, se acuda al *perdón ‘responsabilizante’* cuando sea estrictamente necesario para la consecución de la paz. En todo caso, dichos perdones deberían ser individualizados y mediados por el principio de proporcionalidad.

2.3 Castigo en Justicia y Paz

El nuevo proyecto de ley recogió gran parte de los debates suscitados con el frustrado proyecto de ‘alternatividad penal’, al punto que ampliara su objeto no sólo a la reincorporación de miembros de grupos armados ilegales, sino también a la garantía de la triada verdad, justicia y reparación y el cumplimiento coetáneo de la obligación de investigación, juzgamiento y sanción. Tal como lo señalara posteriormente la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006, la incorporación de estas dos nuevas aristas constituye la base sobre las cuales se edifica la “justicia transicional” en el ordenamiento colombiano.

En este caso el ámbito de la ley ya no es la directa reincorporación de los grupos armados a la vida civil, sino la judicialización y el acceso a beneficios jurídicos de sus miembros individualmente considerados, que hubieran cometido actos delictivos durante y con ocasión a la pertenencia al grupo armado. Es decir, el mecanismo de judicialización sirve como elemento mediador entre la desmovilización y la reincorporación efectiva a la vida civil, sustentado en dos principales elementos: el primero, en una redefinición de la alternatividad en el sentido de ser un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena principal, reemplazándola por una pena alternativa que se concede bajo el cumplimiento de ciertos requisitos. Y, el fortalecimiento de la estructura de protección de los derechos de las víctimas mediante un robusto mecanismo jurisdiccional que se construye a partir de la definición del derecho a la justicia de las víctimas. El interés por construir el marco legal alrededor de este derecho se observa en la definición introducida por la ley:

“*Derecho a la justicia.* De acuerdo con las disposiciones legales vigentes, el Estado tiene el deber de realizar una investigación efectiva que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por delitos cometidos por los miembros de grupos armados al margen de la ley; asegurar a las víctimas de esas

²⁵ Ibídem.

conductas el acceso a recursos eficaces que reparen el daño infligido, y tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones”.²⁶

2.3.1 La pena en el robusto mecanismo de judicialización

El mecanismo de judicialización creado por la ley 975, conocido como el *proceso penal especial de justicia y paz*, estuvo diseñado originalmente a partir de una fase administrativa y otra jurisdiccional. La judicialización transcurría en el marco del proceso penal a partir de la investigación, procesamiento y sanción de cada uno de los delitos cometidos por cada uno de los ex miembros de los grupos armados ilegales (en este punto como postulados al proceso de Justicia y Paz) y se decantaba en la sentencia condenatoria que profería la Sala de Conocimiento. La sanción penal principal era tasada de acuerdo a los principios y normas del ordenamiento penal ordinario. Solamente una vez se realizara esta operación, el órgano jurisdiccional pasaba a evaluar el cumplimiento de los requisitos para suspender la pena principal y sustituirla por una pena alternativa privativa de la libertad que oscilara entre cinco (5) y (8) años.

La evaluación del tribunal para conceder la pena alternativa se determina por la constatación de los requisitos de elegibilidad y el compromiso del postulado de contribuir con su resocialización.²⁷ Entre los requisitos de elegibilidad se tiene: (i) la colaboración con entrega de información que ayude al desmantelamiento del grupo, (ii) la suscripción de un acta de compromiso con el gobierno nacional, (iii) la desmovilización y dejación de armas, (iv) el cese de toda actividad ilícita, (v) la entrega de bienes para la reparación de las víctimas, y, (vi) la constatación de que su actividad ilegal no tuvo como finalidad el narcotráfico o el enriquecimiento ilícito.

Cumplida la pena alternativa y las obligaciones contenidas en la sentencia condenatoria, se le concede al postulado la libertad por un período igual a la mitad de dicha pena, tiempo durante el cual deberá no reincidir en delito doloso y presentarse periódicamente ante el tribunal. Una vez cumplido este término, se declararía la extinción total de la pena principal. Si, por el contrario, el postulado incumple con alguno de los condicionamientos, el tribunal procedería a imponer la pena principal.

2.3.2 La retribución y la debida resocialización como fines de la pena en Justicia y Paz

²⁶ Artículo 6 de la Ley 975 de 2005.

²⁷ Se aclara que la Ley 975 de 2005 dispuso la posibilidad de que las desmovilizaciones sean tanto individuales (art. 11) como colectivas (art. 10). En el caso de ser colectivas los requisitos de elegibilidad son: (i) la desmovilización y el desmantelamiento del grupo, (ii) la entrega de los bienes producto de la actividad ilegal, (iii) la entrega al ICBF de todos los menores reclutados ilegalmente, (iv) el cese de toda actividad ilícita, (v) que el grupo no se haya organizado el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito y, (vi) que liberen todas las personas secuestradas que tengan en su poder.

Los debates en torno a los fines de la pena en Justicia y Paz se han desarrollado en el escenario legislativo en sede de discusión del entonces proyecto de ley 211 de 2005 Senado, y en el jurisdiccional, principalmente, por la Corte Constitucional en sede de control abstracto de constitucionalidad de la ley 975.

En los debates legislativos se encuentra que el informe de ponencia advertía la tensión existente entre los mandatos de justicia y la necesidad de consecución de la paz, lo cual demandaba la construcción de un justo equilibrio que se oriente por un principio de eficacia, pues, “de nada sirve contemplar penas excesivamente altas si no es posible cumplirlas”.²⁸ Los ponentes señalaban que, “no es posible concebir como única finalidad de la pena el castigo, la expiación o retribución, sino que ésta también cumple funciones de prevención (general y especial) y de resocialización”.²⁹

De igual manera, afirmaban que el marco legal tenía que partir de la base de que la retribución justa y la resocialización no se lograban alcanzar exclusivamente con penas altas, sino mediante una pena que sea adecuada al escenario transicional y que en la práctica resulte ser eficaz. Para lograrlo, proponían examinar la pena no meramente desde la necesaria proporción con la conducta en sí misma considerada, sino que además se tuviera en cuenta las circunstancias sociales, económicas y políticas que la rodean.

Esta pregunta por la eficacia de la pena en el escenario transicional que pretendían los ponentes consolidar como eje de aproximación del debate en torno al principio de alternatividad resultaba muy interesante, pues, abría las perspectivas al debate que actualmente se comienza a dar. No obstante, los diferentes congresistas no la abordaron desde ese frente, sino que se concentraron en criticar el uso incorrecto de los mecanismos penales y a su turno proponer otros mecanismos, propios del sistema ordinario, como lo son las rebajas de pena y la libertad condicional una vez completada una porción de la pena principal. Las experiencias legislativas previas en materia de marcos legales para el sometimiento a la justicia estaban aún muy presentes en el imaginario de gran parte de los integrantes del Congreso, lo que generaba grandes resistencias ante la figura de la pena alternativa y, en últimas, al de crear un marco excepcional que no se guiara por los principios del procedimiento penal ordinario. La entonces congresista Gina Parody criticaba el mecanismo de alternatividad de la siguiente manera:

“Nosotros hemos considerado inconveniente la propuesta de la pena alternativa por varias razones, la primera porque la pena principal no puede ser un chiste, nosotros no podemos decir que en una sentencia se imponga una pena principal para que a los seis años ya ni siquiera tenga supervisión del Estado. Lo que sucedería de imponerse esta pena alternativa, es que en la sentencia tendríamos

²⁸ Gaceta del Congreso 74 de 2005, *Informe de Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 211 de 2005 Senado*, 293 de 2005 Cámara.

²⁹ *Ibíd.*

una pena principal de cuarenta años para poner un ejemplo, que se pondría una pena accesoria de cinco o seis años de lo que se quiera entre cinco y ocho años, tendría una quinta parte de supervisiones, es decir, un año más. Así que la pena alternativa fue de cinco años, a los seis años ya esta persona no tendría ningún compromiso con el Estado, es decir; se hace apología del delito, no pasa nada, si no terminó de reparar las víctimas no pasa nada, el Estado perdería todos los instrumentos que pesarían sobre esta persona (...). Por eso para nosotros la figura conveniente sería una libertad condicional, que se otorgue cuando se cumplan las dos quintas partes de la pena y que para otorgarse cumplan los requisitos”.³⁰

En similar sentido se pronunciaba el entonces congresista Rafael Pardo:

“Entonces la pena alternativa no respeta el principio de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la rebaja que se hace, nosotros no tenemos diferencia ninguna y yo les recuerdo que en eso tenemos un acuerdo porque seguimos los mismos parámetros de ustedes en los rangos de la pena. En cinco años mínimo y ocho máximo, ¿Cuál es la diferencia? Que lo que nosotros planteamos no es pena alternativa, sino rebaja de pena. Se pone una pena, se hace una rebaja, esa rebaja indica que hay proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la gravedad del delito y de la condena y la rebaja que se hace, pero sin superar los ocho años de máximo y sin que sea inferior a los cinco años de mínimo”.³¹

Finalmente la discusión no pudo avanzar hacia lo que quería el informe de ponencia: resignificar la pena y sus funciones dentro del marco transicional. La tensión se mantuvo hasta la votación de los artículos en cuestión, manteniéndose la dicotomía entre la construcción de un mecanismo extraordinario de castigo o la aplicación de procedimientos ordinarios en procura de una mera rebaja de penas, al mejor estilo de un marco de sometimiento a la justicia. Sobre el particular vale rescatar las apreciaciones que hacía el entonces congresista Héctor Elí Rojas en las que señalaba las contradicciones que generaría pensar un tratamiento de sanción dentro de los cauces ordinarios:

“La de ustedes, que es una buena propuesta, que es una propuesta racional, pero que, a mí me parece, merece una explicación adicional respecto del principio de igualdad. Yo creo que si aprobamos su propuesta los autores de delitos atroces van a pedir su libertad antes de cumplir las dos quintas partes de la pena, y ¿cómo lo van a hacer?, alegando principio de igualdad con los otros procesados que están ahí (...), sino que el Congreso, que junto con el Gobierno son los responsables de la política criminal, optan por un criterio racional, menos traumático, menos complicado, frente al principio de la igualdad y frente a las funciones que debe cumplir la pena, cual es el de que políticamente resolvemos que el señor va ser

³⁰ Fiscalía General de la Nación, *Antecedentes Ley 975 de 2005, Proyecto de ley 180 de 2004*, pp. 57-58.

³¹ *Ibidem*, p. 58.

condenado a sus cuarenta o sesenta años por ser criminal responsable de delitos atroces, pero que en razón de que queremos reconocerle su pertenencia a un proceso de paz, no le vamos a exigir que cumplan los cuarenta o los sesenta, sino porque una decisión política le vamos a exigir que cumpla entre cinco y ocho años como pena alternativa o sustitutiva, eso políticamente me parece más justificable que hablar de una simple rebaja de penas, y eso senador Pardo es lo que me permite decir que aquí hay que asumir el concepto de la Justicia Transicional, que es la única que respalda la comunidad internacional” (subrayas por fuera del texto original).³²

El texto finalmente fue votado y aprobado en los términos que habían propuesto los ponentes, incorporando, además de la ya expuesta discusión en torno a la retribución necesaria de la pena, el requisito de la resocialización. El tercer inciso del art. 29 de la ley 975 dispuso como requisito para acceder a la pena alternativa, que el postulado se comprometiera a contribuir con su resocialización a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad. Hubiera sido muy enriquecedor que los debates del congreso incorporaran la pregunta por el sentido que tiene las finalidades de la pena en el escenario transicional, tales como la prevención general, tanto negativa como positiva, la prevención especial, la retribución justa, la reinserción social y la protección al condenado. Sin embargo, la confusión que generaba la naciente y no muy clara concepción de *justicia transicional* dentro del ordenamiento colombiano, hizo que el debate legislativo se centrara solamente en la proporcionalidad de la pena y la necesidad de que se impusiera dentro de un marco extraordinario. En suma, la exigencia de que la pena fuera privativa de la libertad y constituyera un elemento retributivo hizo parte de las premisas sobre las que no hubo mayor objeción y análisis.

2.3.3 La definición de la pena alternativa en la sentencia C-370 de 2006

El debate de la pena fue abordado tangencialmente en el escenario jurisdiccional de control que hiciera la Corte Constitucional en la sentencia C-370, al analizar dos cargos: el primero, aducía la existencia de un indulto encubierto bajo la figura de la alternatividad (art. 3 y 29 de la ley 975) y, el segundo, afirmaba la violación del derecho a la justicia, en su elemento de sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, con lo dispuesto por el art. 31. Esta última norma dispuso que el tiempo de permanencia de los desmovilizados en las zonas de concentración dispuestas por el gobierno en su momento para adelantar los actos de desmovilización, computaría como tiempo de ejecución de la pena alternativa.

En el examen del primer cargo, la Corte determinó los elementos constitutivos de la pena alternativa, para de allí evaluar si, en efecto, se estaba en presencia de la figura del indulto.

³² Ibídem, p. 61.

Y, posteriormente, discernir si la pena alternativa en si misma considerada entraña una desproporcionada afectación del elemento de justicia.

En la primera parte del análisis encontró como elementos esenciales de la pena alternativa, los siguientes:

“(i) Es un beneficio punitivo que conlleva suspensión condicional de la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, el cual responde a características y propósitos específicos.

“(ii) Es judicial y sustitutiva de la pena ordinaria: la autoridad judicial competente impondrá en la sentencia la pena principal y las accesorias que correspondan de ordinario al delito conforme a los criterios establecidos en la ley penal. (...) ”

“(iii) Es alternativa: la pena que de ordinario le correspondería cumplir al condenado es reemplazada por una pena inferior de tal forma que el condenado debe pagar la pena alternativa, no la pena ordinaria inicialmente impuesta.

“(iv) Es condicionada: su imposición está condicionada a que concurran los presupuestos específicos previstos en la presente ley. Verificado su cumplimiento, el Tribunal impondrá lo que la ley denomina pena alternativa.

“(v) Constituye pena privativa de la libertad de 5 a 8 años, que deberá cumplirse efectivamente sin que pueda ser afectada por otros subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias, adicionales a la pena alternativa misma.

“(vi) Su mantenimiento depende de la libertad a prueba: una vez cumplida efectivamente la pena alternativa, así como las condiciones impuestas en la sentencia según la ley (artículo 24), se concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período en el cual el sentenciado debe cumplir determinados compromisos: no reincidir en ciertas actividades delictivas, presentaciones periódicas e información de cambio de residencia (artículo 29).

“(vii) Extinción de la pena ordinaria inicialmente determinada: Cumplidas las obligaciones impuestas en la sentencia o establecidas en la ley, y transcurrido el período de prueba, se declarará extinguida la pena ordinaria inicialmente determinada.

“(viii) Revocatoria de la pena alternativa y ejecución de la pena inicialmente determinada: si durante la ejecución de la pena alternativa o del período de libertad a prueba, se establece que el beneficiario ha incumplido alguna de las obligaciones impuestas en la sentencia o previstas en la ley, para el goce del beneficio, se

revocará la pena alternativa y se harán efectivas las penas principales y accesorias inicialmente impuestas en la sentencia”.³³

La anterior estructura –a juicio de la Corte– demuestra que no se encubre ningún indulto, pues, no se está concediendo un perdón y, por el contrario, el juez competente establece dentro de la sentencia condenatoria una sanción de conformidad con las penas ordinarias del Código Penal. El tribunal sólo procede a imponer la pena alternativa una vez encuentre satisfecho los requisitos legales para hacerlo y, en todo caso, ello no supone la anulación o extinción de la pena originaria. La extinción sólo tiene lugar una vez cumplida en su totalidad la pena alternativa y el período de prueba.

En cuanto a la afectación del elemento de justicia, la Corte encontró que éste no es desproporcionado en tanto aparece preservado con la imposición de la pena principal, de conformidad con el ordenamiento penal ordinario, y que, en todo caso, tendría que cumplir el desmovilizado ante una inobservancia de los compromisos bajo los cuales se concede la pena alternativa. Así, la afectación del valor justicia no es desproporcionada y se justifica por la ponderación con el valor de la paz que establece el marco legal.

El segundo cargo que aquí se señala estuvo relacionado con la violación que aducían los demandantes del derecho a la justicia por el “desconocimiento de la obligación estatal de sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos a verdaderas penas privativas de la libertad”. La norma demandada fue el art. 31 relativo a la estimación del tiempo invertido en las zonas de concentración como parte de la pena alternativa. La Corte estimó necesario realizar una integración normativa de todo el capítulo VI de la ley 975, relativo al régimen de la privación de la libertad, en razón a que ambas normas /Art. 30 y 31) permitían que la pena alternativa se cumpliera en establecimientos que no estuvieran sujetos a control penitenciario.

En el análisis adelantado por la Corte pareciera diferenciar entre el deber del Estado de sancionar y el hecho de que esa sanción tenga necesariamente que constituir una pena privativa de la libertad. Sin embargo, dado que el estudio versó sobre la pena alternativa de la ley 975, rápidamente pasa a continuar el argumento de la sanción en el plano de la pena. Es decir, aunque en un principio parte de la sanción en abstracto, pasa sin mayor detenimiento a equiparar sanción y pena a efectos del análisis que realiza del art. 31 ibídem. Veámoslo con mayor detenimiento.

En la primera parte del análisis precisa los siguientes tres elementos:

- I) El ingreso a las zonas de ubicación temporal o de concentración es un acto voluntario de los miembros de los grupos armados ilegales. Y, en ocasiones, ha

³³ Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, párr. 6.2.1.4.7.

tenido la utilidad de la suspensión de las órdenes de captura contra los representantes de los grupos.

- 2) “En el Estado reposa el deber de imponer y ejecutar sanciones efectivas a quienes incurran en violación de la ley penal, imperativo que adquiere mayor relevancia cuando se trata de grave criminalidad”.³⁴
- 3) “Las sanciones efectivas son aquellas que no encubren fenómenos de impunidad, en tanto constituyen reacciones estatales justas y adecuadas a los delitos perpetrados, tomando en consideración los específicos objetivos de política criminal que la ley entraña”.³⁵

Nótese que hasta este punto aparece clara la obligación de sancionar, entendiendo por tal la imposibilidad de encubrir fenómenos de impunidad, pero aún no aparece la pena privativa de la libertad como mecanismo de sanción. En la segunda parte del razonamiento la Corte evalúa en abstracto la pena como tal, y concluye el análisis tomando como equivalentes la sanción y la pena.

- 4) “es preciso recordar que la fase de ejecución de la pena corresponde a una de las más trascendentales expresiones del ejercicio del *ius puniendi* estatal. En el estado constitucional de derecho el ejercicio de *ius puniendi* reclama la intervención de todos los poderes públicos: el legislador en su fase de configuración; los jueces en su fase de imposición, y las autoridades penitenciarias en su fase de ejecución”.³⁶

Conclusión:

“Aún en el marco de un instrumento que invoca como propósito fundamental la materialización de la paz en el país, la pena no puede ser despojada de su atributo de reacción justa y adecuada a la criminalidad, ni puede producirse al margen de las intervenciones estatales que el ejercicio del *ius puniendi* reclama en el Estado constitucional de derecho. Lo primero conduciría a fenómenos de impunidad indeseables, aún en el contexto de un proceso de pacificación, y lo segundo a la pérdida de legitimidad de la potestad sancionadora del Estado. El régimen punitivo que caiga en uno u otro fenómeno resulta contrario a la Constitución” (subrayado por fuera del texto original).³⁷

Es decir, siguiendo el razonamiento de la Corte, un modelo de judicialización en escenarios transicionales que, por indicación de la política criminal del momento, adopte la pena como instrumento de sanción, no podrá despojar a ésta de su atributo retributivo a costo de caer en escenarios de impunidad. Sin embargo, vale preguntarse entonces ¿eso

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, párr. 6.2.3.3.4.3.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*, párr. 6.2.3.3.4.4.

³⁷ *Ibidem*, párr. 6.2.3.3.4.5.

significa que un modelo que adopte otro tipo de pena u otros mecanismos de sanción diferentes, inclusive, no privativos de la libertad, estaría generando de plano un escenario de impunidad? Pareciera que no, al menos no en el razonamiento de la Corte que anteriormente se expone. Si bien no habría respuestas aquí, valdría salvar la argumentación del tribunal constitucional en el sentido de que allí sólo se determina el evento de la pena alternativa como mecanismo de sanción para Justicia y Paz. La pregunta se trasladaría entonces, al campo de los límites de configuración del legislador para determinar los mecanismos por los cuales se cumpla la obligación de sancionar graves violaciones a los derechos humanos en escenarios transicionales.

Por otra parte, resulta debatible la manera en la que la Corte determina que el tiempo que hayan permanecido los miembros de los grupos armados ilegales en las zonas de concentración, hasta un máximo de 18 meses, no se les conmutaría dentro de la pena alternativa. El argumento consistió en lo siguiente: dado que la pena supone la intervención del Estado en desarrollo del *ius puniendi*, el acto voluntario de los miembros de los grupos armados ilegales de ingresar a dichas zonas de concentración no supone pena en cuanto no comporta la imposición coercitiva de la restricción a sus derechos fundamentales. Si se observa con detenimiento el argumento, a la luz del sentido propio de los acuerdos de paz –en el que rige un cierto principio de horizontalidad de trato o simetría relativa para las partes en conflicto– parecería que carece de sustento en tanto que la presencia de los miembros desmovilizados en todo el curso del proceso de judicialización supone su acto voluntario de acudir y respetar el acuerdo de paz. Pareciera que aquí nuevamente se confunde un escenario de sometimiento a la justicia con uno propio de justicia transicional.

2.3.4 Aproximación al concepto de justicia transicional en la sentencia C-370

Acogiendo los desarrollos internacionales en materia de justicia transicional, y más concretamente la noción desarrollada por el secretario general de las Naciones Unidas,³⁸ la Corte Constitucional comienza a zanjar una línea jurisprudencial en el que identifica y desarrolla como propio el concepto de *justicia transicional* en el ordenamiento colombiano, en los términos en los que venía siendo trabajado internacionalmente, bajo la premisa de aceptar cierta flexibilidad en la aplicación de los principios rectores de la función judicial cuando, en procura de lograr la paz y la reconciliación, se celebren acuerdos políticos con

³⁸ “La noción de ‘justicia de transición’ que se examina abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por complejo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos”. Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616, párr. 8.

grupos sociales, sin que ello signifique un, “relajamiento de las obligaciones internacionales de los Estados en el compromiso universal de respeto a la dignidad y a los derechos humanos”.³⁹

Entiende la Corte por *justicia transicional*, “la admisión de una nueva noción de Justicia en el contexto de la comunidad internacional, que atiende a la necesidad de alcanzar la efectividad del derecho a la paz en aquellas sociedades en situación de conflicto, pero que a la vez pretende responder, aun en estas circunstancias, al imperativo de enjuiciar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario y lograr el esclarecimiento de la verdad al respecto, nueva noción de Justicia que opera dentro del tránsito de un período de violencia a otro de consolidación de la paz y de vigencia del Estado de Derecho, o de autoritarismo a otro de respeto al pluralismo democrático”.⁴⁰

De la definición se extrae los siguientes elementos:

- 1) La justicia transicional como un tipo de justicia que se construye sobre la tensión de conseguir el objetivo social de lograr el tránsito hacia la paz o la democracia y la protección y satisfacción de los derechos de las víctimas a que los crímenes sean investigados, los responsables procesados y castigados.
- 2) Son elementos esenciales el esclarecimiento de la verdad sobre los hechos victimizantes y la debida reparación.
- 3) La tensión debe resolverse en términos de estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación
- 4) La justicia transicional tiene vocación de aplicación tanto en las transiciones tanto de dictadura o conflicto armado a la democracia.

Adicionalmente, estima la Corte que la manera idónea para resolver la tensión existente – propia de la misma naturaleza transicional– es la ponderación constitucional. En tanto que los elementos en tensión en la justicia transicional suponen la colisión de diferentes derechos constitucionales, “el juez constitucional está llamado a aplicar el método de la ponderación, es decir, a sopesar los derechos constitucionales que se encuentran en colisión, en aras de alcanzar una armonización entre ellos, de ser posible, o de definir cuál ha de prevalecer.”⁴¹

2.4 Castigo para responsables por delitos atroces: deconstruyendo el mito de la necesidad de la cárcel en justicia transicional

Diversos autores, y organismos internacionales insisten en la necesidad de que un proceso de justicia transicional contenga dosis de penas privativas de la libertad cumplidas

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, párr. 4.2.2.

⁴⁰ Ibidem, párr. 4.2.4.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, párr. 5.4.

en establecimientos penitenciarios y carcelarios. Así por ejemplo, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, defiende en un informe de 2009 titulado “Estados de Derecho que han salido de conflictos”, la importancia de garantizar acceso a la justicia a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos: *“Los funcionarios de las Naciones Unidas, incluidos los encargados de negociaciones de paz y el personal de las oficinas sobre el terreno, no deben estimular ni condonar jamás las amnistías que impidan el enjuiciamiento de los responsables de crímenes graves de derecho internacional, como los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, o de violaciones graves de derechos humanos, como las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la esclavitud y las desapariciones forzadas, incluidos casos de esos delitos que afecten concretamente a la mujer y de violencia de género, o que menoscaben el derecho de las víctimas a un recurso, incluida la reparación, o el derecho de las víctimas o las sociedades a la verdad”*.⁴²

En el caso de la OACNUDH, la pena, el castigo, es una necesidad aun en los procesos de justicia transicional que tienen por tarea la judicialización de hechos atroces. En este sentido, las amnistías e indultos serían posibles, pero nunca por delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio. Esta tendencia a la criminalización y castigo, esta nueva “conciencia humanitaria” con altas dosis punitivas y sin considerar perdón y olvido por pasados de violencia generalizada, ha sido fruto de anteriores experiencias traumáticas cuya reproducción ha sido prohibida, manifestado en el legado de los procesos de victimización masiva ocurridos con posterioridad a la segunda guerra mundial –que dio paso a la creación y desarrollo de la justicia penal internacional. Sin duda esta visión internacionalista es fundada, tiene su historia y en cierta medida es un factor decisivo para la creación de políticas de reconciliación en los países que intentan superar su situación de conflicto. Ello, no obsta para que esta aproximación de judicialización y castigo exacerbado, pueda ser confrontada y puesta a dialogar con discursos críticos desde la criminología y las ciencias penales.

Según Kai Ambos, el concepto de impunidad “no describe un asunto legal, en sentido estricto, sino un fenómeno de dimensiones legales sociales, culturales, psicológicas y hasta económicas. En términos generales, se puede entender ‘impunidad’ como ‘ausencia de pena’, ‘no punibilidad’, o ‘ausencia de castigo’ –en estricta oposición a los conceptos ampliamente conocidos en este contexto, de ‘impunibilidad’, ‘imputabilidad’ o ‘inmunidad’. Esta impunidad puede ser de dos maneras; impunidad normativa (ausencia de pena que se invoque directamente en normas, especialmente en disposiciones sobre amnistía e indulto) e impunidad fáctica (resultado de un proceso no normativo).⁴³

⁴² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Programa de reparaciones*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2009.

⁴³ Kai Ambos, *Impunidad y derecho penal Internacional, Un estudio empírico dogmático sobre Colombia, Bolivia, Perú, Chile, y Argentina*, Biblioteca Jurídica Diké, 1997, pp. 29 y ss.

En la justicia penal siempre ha estado envuelta la idea de venganza, de “cobro”, de tomar revancha de un daño causado. En un principio –al menos desde la caída del Imperio Romano de Occidente–, el cobro del daño fue una actividad que se desarrolló entre las partes del conflicto, o incluso entre los clanes, familias o tribus. Los procesos judiciales tenían la connotación de guerra ritual o cobro civil, a través de trámites previstos. Como se mencionará brevemente, con la concurrencia del cristianismo y la aparición de los Estados nacionales al final de la edad media, el poder político expropia a las víctimas de su venganza civil, de su cobro o “ajuste de cuentas” –literalmente, expresada en términos económicos. La acción civil pasa a ser publica, y de alguna manera, pecaminosa e inmoral.

Esta idea de castigo, de imperiosidad de la pena, está presente en el pensamiento penal y criminológico desde la aparición en la cristiandad de la idea de la culpa, la responsabilidad, la redención y la purga del pecado. En la idea de la pena del derecho penal aún se percibe una fuerte herencia de este momento primitivo (primero en el tiempo) del cual surge la pena y el castigo.

Las investigaciones genealógicas evidencian que la pena, la responsabilidad, en sus momentos más primitivos fueron venganzas privadas. Por ejemplo Nietzsche, en su clásica obra *La genealogía de la moral*, a partir de sus conocimientos como filólogo muestra que la palabra alemana culpa (*Schuld*) no ha significado siempre el disvalor moral de una acción. En un primer momento, daba a entender “deuda”, esto es, la relación de derecho privado entre un acreedor y un deudor. Una revancha entre particulares. “Como puede esperarse (...) el representarse esas relaciones contractuales despierta, en todo caso múltiples sospechas y oposiciones contra la humanidad más antigua, que creó o permitió tales relaciones. Cabalmente es en éstas donde se trata de hacer una memoria a quien hace promesas; cabalmente será en ellas, es lícito sospecharlo con malicia, donde habrá un yacimiento de lo duro, de lo cruel, de lo penoso. El deudor, para infundir confianza en su promesa de restitución, para dar una garantía de la seriedad y santidad de su promesa, para imponer dentro de sí a su conciencia la restitución como un deber, como una obligación, empeña al acreedor en virtud de un contrato, y para el caso de que no pague, otra cosa que todavía posee, otra cosa sobre la que todavía tiene poder, por ejemplo su cuerpo, o su mujer, o su libertad, o también su vida (...), al acreedor se le concede como restitución y compensación una especie de sentimiento de bienestar, el sentimiento de bienestar del hombre a quien le es lícito descargar su poder, sin ningún escrúpulo, sobre un impotente, la voluptuosidad del hacer el mal por el placer de hacerlo”.⁴⁴

Es Foucault quien ubica este cambio.⁴⁵ Alrededor del siglo XIII, durante el inicio de la baja edad media, la acción privada de “cobrar” venganza es despojada a los perjudicados directos (acreedores) y es reemplazado por el “Procurador”, el “*Prosecutor*”. Explica en la

⁴⁴ Friedrich Nietzsche, *La genealogía de la moral, un escrito polémico*, Tratado segundo, aforismo 4, Alianza Editorial, tercera edición, 2011, pp. 91-92.

⁴⁵ Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa Editorial, 2003, pp. 78 y ss.

tercera conferencia de *La verdad y las formas jurídicas*: “Aparece una noción absolutamente nueva: la infracción. Mientras el drama jurídico se desenvolvía entre dos individuos, víctima y acusado, se trataba sólo del daño que un individuo causaba a otro. La cuestión consistía en saber si había habido daño y quién tenía la razón. A partir del momento en que el soberano o su representante, el procurador, dice: ‘Yo también he sido lesionado por el daño’, resulta que el daño no es solamente una ofensa de un individuo a otro, sino también una ofensa que infringe un individuo al Estado, al soberano como representante del Estado”. Más adelante agrega: “En la concepción de la alta edad media lo esencial era el daño, lo que había pasado entre los dos individuos: no había falta o infracción. La falta, el pecado, la culpabilidad moral no intervenían en absoluto. El problema consistía en saber si hubo ofensa, quien la practicó y si aquél que pretende haber sufrido la ofensa es capaz de soportar la prueba que propone a su adversario. Por el contrario, a partir del momento en que la indagación se introduce en la práctica judicial trae consigo la importante noción de infracción. Cuando un individuo causa daño a otro hay siempre, *a fortiori*, daño a la soberanía, a la ley, al poder. Por otra parte debido a todas las implicaciones y connotaciones religiosas de la indagación, el daño será tomado como una falta moral, casi religiosa (...). Aún hoy no estamos totalmente libres de esta conjunción”.⁴⁶

A pesar de esto, como lo anota Foucault, en la acción penal, en la persecución e imposición de sanción, actualmente sobreviven diversos elementos en los que apareció la culpa, la responsabilidad, la sanción: i) su carácter de venganza, de ajuste de cuentas, de afligimiento de dolor; ii) su carácter moral, casi religioso y pecaminoso, en la que la imposición de castigo era cercana a la idea de redención o la forma de revertir la inmundicia del pecado. Si la aparición del Estado llevó a la aparición del *procurador* —en otros países la Procuraduría General es la titular de la acción penal, en nuestro país le corresponde ejercerla a la Fiscalía General de la Nación—, la cristiandad introdujo elementos subjetivos del delito (la culpa, la falta, la caída, etc.) y de la pena (la redención, la salida del pecado, la penitencia).

Con la centralización de la acción penal en el soberano, la reparación, el restablecimiento del daño perdió importancia. El proceso judicial ya no buscaba restablecer el estado de cosas alterado por la comisión del ilícito. De hecho, la afectada ya no era la víctima, sino el Estado. La pena adquirió otra dimensión que dejó a un lado la reparación: la neutralización del enemigo. En los debates sobre la imposición de la pena de prisión para procesos de justicia transicional, se puede evidenciar esta herencia medieval; una tradición religiosa, moralista, en que la imposición de dolor sobre los “deudores”, es un modo efectivo de reparar, de resolver el sentimiento de venganza de las víctimas.

De esta argumentación tradicional sobre el sentido de la pena y “deconstruida” a partir de los genealogistas, puede deducirse que por impunidad se entiende típicamente la ausencia

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 98.

de un castigo que comporte sometimiento a un proceso de aflicción que tiene por finalidad el intenso sufrimiento del condenado. En otras palabras, un crimen ha quedado impune cuando el agresor no ha sido condenado a una pena privativa de la libertad, que para nuestro caso, se reduce a concebir únicamente su cumplimiento a través de la institución de la cárcel moderna. Esta conceptualización sobre la impunidad equivalente a cualquier ausencia de cárcel, es proporcional a la idea de castigo que se perfila desde occidente.

Sin embargo, ha de rescatarse de la Ley de Justicia y Paz está inspirada en una idea de justicia mucho más civilizada que aquella que expresan los discursos actuales de los derechos humanos y los dictados de esa supuesta conciencia humanitaria global. La Ley de Justicia y Paz es clara en señalar que la privación de la libertad está subordinada a un ideal de reintegración o reincorporación de los condenados por esta ley. La justicia no se satisface con la imposición de un castigo. ***La justicia se satisface si los actos violentos son reconocidos como tal, no se repiten y además son restaurados los derechos de las víctimas. Una conducta deja de ser impune, cuando se previene la comisión de nuevos delitos en cabeza de los antiguos integrantes de los grupos armados al margen de la ley, son restaurados los derechos de la víctimas y se ha construido un sistema político que garantice efectivamente la no repetición de dichos delitos sobre la base de una verdad que devela los mecanismos intrincados, antes ocultos – aun cuando estructurales– que generaron tal violencia.***

3. Realidades de la pena de prisión para desmovilizados en el proceso penal de Justicia y Paz⁴⁷

En esta parte del documento se presentarán las observaciones que en materia de resocialización y régimen de libertad de postulados se han venido registrando a lo largo del tiempo de reclusión en centros carcelarios a partir de la entrada en vigencia de la Ley 975 de 2005. No debe pasarse por alto que la resocialización o reinserción social es una de las funciones asignadas a la pena –junto a la retribución justa, prevención general, prevención especial, y protección al condenado–, del mismo modo que constituye una finalidad del tratamiento penitenciario otorgado a sindicados y condenados por la comisión de delitos.

Según la premisa básica que determina el diseño de la ley de Justicia y Paz, en sentencia condenatoria el juez penal transicional tasará la pena principal por la comisión de los delitos confesados, y procederá a imponer en su reemplazo la pena alternativa de prisión

⁴⁷ Los datos para la elaboración de este apartado provienen de un informe de visita a cárceles que realizó la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá en el año 2011, y de recientes visitas y entrevistas dirigidas por el Área de Justicia con los desmovilizados reclusos en la cárcel la Picota, realizadas a finales del mes de octubre de 2014.

intramural hasta de ocho años, si verifica previamente el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad del postulado. Estas condiciones para acceder al beneficio de la pena alternativa se reconducen, en breves términos, a la demostración de una auténtica *voluntad de paz* del postulado, a través de su efectiva contribución a los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

Mientras se dicta condena, y una vez decretada la medida de aseguramiento de detención preventiva, el postulado que se ha desmovilizado estando en libertad inicia su periodo de reclusión en la cárcel, que para efectos de satisfacer los compromisos derivados de la celebración del proceso de paz, se computa como tiempo de privación de libertad homologable al término máximo de pena alternativa que le puede ser impuesta. Siete años después de la entrada en vigencia de la ley 975, de manera oportuna la Ley 1592 de 2012 –reformativa de la ley de Justicia y Paz– creó la figura de la *sustitución de la medida de aseguramiento*, en aras de permitir la libertad de postulados recluidos que aún no han sido condenados y que permanecen privados de la libertad en virtud de detención preventiva.⁴⁸

Así, desde la posición de los desmovilizados y su relación punitiva frente al Estado, la promesa vertida sobre el tiempo máximo de pena alternativa equivale al tiempo total de permanencia en cárcel, cualquiera que sea el fundamento a partir del cual se produce el ingreso del postulado al centro penitenciario. El interés del postulado reside en purgar el tiempo de prisión acordado en el pacto de paz, sin importar cuál sea específicamente el título jurídico de reclusión, que bien puede ser detención preventiva como medida cautelar, o bien pena alternativa de prisión hasta por ocho años de condena. Además de estos supuestos cabe también considerar la situación de excombatientes que se desmovilizaron estando previamente privados de la libertad, o de aquellos que fueron postulados con posterioridad al inicio del su periodo de reclusión, debido a las órdenes de captura emitidas por investigaciones y condenas en la justicia ordinaria.

En cualquier caso, conforme a la jurisprudencia establecida en la materia, sólo desde el acto de postulación, el lapso de permanencia de excombatientes en establecimientos penitenciarios y carcelarios, sujetos a las normas de control penitenciario –lo cual excluye el tiempo cumplido en zonas de concentración–,⁴⁹ tiene el efecto de descontar el término de la pena de prisión que ha sido o vaya a ser impuesto en el proceso penal de Justicia y Paz.⁵⁰ La función resocializadora, por ende, no solamente se predica de la pena efectivamente impuesta, si no respecto de todo el tratamiento penitenciario concedido al postulado desde que ha sido puesto a disposición del Estado en un centro carcelario.⁵¹

⁴⁸ Artículo 18A de la Ley 975 de 2005, introducido por el artículo 19 de la Ley 1592 de 2012.

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2005.

⁵⁰ Ver, entre otras: Corte Constitucional, sentencia C-015 de 2014, y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 5 de julio de 2013, radicado n° 41215.

⁵¹ Artículo 66 de la Ley 975 de 2005, modificado por el artículo 35 de la Ley 1592 de 2012.

En este orden de ideas, la primera parte de este apartado se ocupará en describir y analizar aspectos que están relacionados con el cumplimiento de la función resocializadora. Como consecuencia de las visitas a las cárceles conducidas por los magistrados de justicia y paz y las entrevistas realizadas por el Área, se ofrecerán observaciones para evaluar las condiciones de los postulados en los centros penitenciarios. El propósito de este acápite es develar realidades que acontecen en las cárceles, que pueden ser de suma utilidad para reflexionar en torno a las políticas de reintegración a la vida civil y de castigo punitivo a través de la institución carcelaria, proyectadas para los miembros de los grupos armados que decidan desmovilizarse en un futuro por efecto de un proceso de negociación para la terminación del conflicto armado.

En la segunda parte se adelantará una exposición en torno a una serie de problemas que se han venido presentando para satisfacer las expectativas de libertad de los postulados. Las expectativas de libertad de los postulados son expresión de las contraprestaciones asumidas por el gobierno nacional para que los grupos de autodefensas cumplieran en su momento con la desmovilización, la entrega de armas y demás cuestiones relacionadas con el desmantelamiento del grupo armado y la reintegración a la vida civil de excombatientes.

De modo que este acápite tendrá por objeto evidenciar las dificultades que han surgido desde el Estado para honrar los deberes en materia de libertad que se desprenden de la suscripción de acuerdos de paz, a la manera de riesgos y aprendizajes para los procesos de negociación que se encuentran actualmente en curso con otros actores armados. Más que una reconstrucción dogmática y sistemática de la jurisprudencia sobre sustitución de medidas de aseguramiento o libertad a prueba por cumplimiento de pena alternativa, en esta sección se destacarán los principales problemas de índole jurídica y política que han afrontado los postulados en la reclamación de sus derechos de libertad.

3.1 El fin resocializador en la ley de Justicia y Paz

De acuerdo con el tenor literal de la ley 1592, la privación de la libertad en centros carcelarios de los postulados al proceso penal transicional cuenta con una finalidad. El artículo 66 de la ley de Justicia y Paz, modificado por el artículo 35 de la ley 1592, contempla la *Resocialización y reintegración de postulados en detención preventiva y de condenados a la pena alternativa*. Este artículo dispone en sus dos primeros incisos lo siguiente:

“El Gobierno nacional velará por la resocialización de los postulados mientras permanezcan privados de la libertad, y por la reintegración de aquellos que sean dejados en libertad por cumplimiento de la pena alternativa privativa de la libertad o por efecto de sustitución de la medida de aseguramiento. El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario diseñará y ejecutará un programa especial para la resocialización de los postulados que se encuentren privados de la libertad en

establecimientos penitenciarios o carcelarios. En estos casos, la finalidad de la detención preventiva incluirá la resocialización de los desmovilizados que hayan sido postulados por el Gobierno nacional al proceso penal de que trata la presente ley y que se encuentren activos en el mismo. El programa de resocialización deberá incluir un componente de atención psicosocial que les permita a los postulados participar de manera efectiva en los procesos penales especiales de justicia y paz” (negritas por fuera del texto original).

A diferencia de la norma modificada, la ley 1592 quiso especificar las situaciones en las cuales surge un deber de resocializar postulados. Adicionalmente, asigna la responsabilidad al gobierno nacional de diseñar y ejecutar programas de resocialización a través del INPEC. También se destaca de esta disposición las diferencias que introduce en relación con los programas de reintegración a la vida civil a cargo de la Agencia Colombiana para la Reintegración (ACR), buscando evitar las confusiones y los ámbitos de superposición que se podrían presentar, a través de la delimitación de los campos de aplicación sobre los cuales deben versar los distintos programas.

A la fecha de cierre de este documento, no existía oficialmente en marcha un programa de resocialización permanente del INPEC especialmente dirigido a postulados de la ley de Justicia y Paz. El “*Modelo de Atención e Intervención Integral para Internos de Justicia y Paz (MAIJUP)*” constituye el primer intento inconcluso e interrumpido de parte del INPEC para otorgar resocialización a los postulados. Por sus defectos y carencias, este modelo ha tenido que ser replanteado y reformulado. Se sabe que en la actualidad se vienen adelantando esfuerzos liderados desde el Ministerio de Justicia y del Derecho para diseñar un plan especial de tratamiento penitenciario para desmovilizados de grupos armados. Es un hecho lamentable que luego de más de ocho años de entrada en vigencia de la ley 975, sólo hasta este momento se estén poniendo en marcha con seriedad y previsión los primeros esfuerzos administrativos y presupuestales para desarrollar programas de resocialización integrales y adecuados a la situación específica que presentan los postulados.

Si bien la resocialización de reclusos es una tarea cuya responsabilidad en principio corresponde al Estado, y respecto de la cual se presentan grandes vacíos en los indicadores de satisfacción –no sólo para los desmovilizados, sino también para la totalidad de la población carcelaria, según fue establecido por la Corte Constitucional en sentencia T-153 de 1998, por la cual declaró el *estado de cosas inconstitucional* del sistema carcelario en el país–, puede sostenerse que han habido ciertos avances en la materia, principalmente debido a la cooperación internacional y a la iniciativa privada de ciertos postulados.

Recuérdese que la resocialización o reinserción social del recluso es también uno de los principales objetivos del tratamiento penitenciario. De acuerdo con el artículo 10 del Código Penitenciario y Carcelario, la resocialización del infractor de la ley penal se

alcanza, “mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario”. A pesar de ser uno de los más importantes objetivos que soportan la racionalidad de las prisiones en el mundo moderno, la realidad del sistema carcelario en nuestro país es crítica en establecer una serie de condiciones contrafácticas que obstaculizan la consecución de ese ideal. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido:

“Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Razón le asiste a la Defensoría del Pueblo cuando concluye que las cárceles se han convertido en meros depósitos de personas”.⁵²

Ahora bien, en escenarios de justicia transicional, la finalidad resocializadora de la pena o la detención privativa de la libertad, cumplida en el plazo de ocho años, adquiere una connotación especial de arrepentimiento y reforma en el individuo respecto del prontuario de violencia y crueldad que hace parte de su pasado. La resocialización debe estar más acentuada a labores de resignificación de diversa índole que permitan formar las perspectivas para la reintegración del individuo en la sociedad. En esta dirección lo establece el Decreto reglamentario 3011 de diciembre de 2013, que dispone como finalidad del programa especial de resocialización para postulados a la ley de justicia y paz, lo siguiente:

“Los objetivos del programa incluirán, entre otros, la no repetición de las conductas delictivas y la adecuada reintegración del postulado a su familia y comunidad. El programa buscará especialmente prevenir la violencia de género en los entornos familiares, comunitarios y sociales a los que se reintegre el postulado. Así mismo, el programa tendrá un enfoque diferencial étnico y de género”.⁵³

A diferencia del régimen de la justicia ordinaria, en la justicia transicional no existen incentivos para emprender individualmente oficios de resocialización, tales como estudio, aprendizaje, trabajo, recreación y cultura, pues no procede la figura de la redención de la pena. De acuerdo con estudios sobre el sistema carcelario, ante el déficit estructural de la oferta institucional en calidad y cobertura, la redención de la pena es el principal motivo que tienen los reclusos para iniciar las actividades resocializadoras por su cuenta propia.⁵⁴ En este orden, los desafíos en la transición para la resocialización de postulados son

⁵² Corte Constitucional, sentencia T-153 de 1998.

⁵³ Artículo 90 del Decreto reglamentario 3011 de 2013.

⁵⁴ Grupo de Derecho de Interés Público, *Situación carcelaria en Colombia. Informe Sombra presentado al CDH de Naciones Unidas*, Serie Documentos de Trabajo, Universidad de los Andes, Bogotá, 2010, pp. 31-34.

mayores y se elevan a un imperativo de persuadir y direccionar individuos hacia un proyecto de paz y reconciliación nacional, necesidad que en principio no abarca a la demás población carcelaria del país.

3.2 Los desafíos de resocializar excombatientes en procesos de victimización horizontal

En los establecimientos penitenciarios y carcelarios en los que se encuentran los postulados, se observan diversas prácticas e impedimentos estructurales que obstaculizan la efectiva resocialización de excombatientes. La primera condición para garantizar que los postulados no cometerán nuevamente los hechos atroces de las que son responsables, se obtiene a través de un trabajo individual de “deconstrucción” de los proyectos de vida personal que fueron desarrollados sobre la base de las actividades ilegales de la estructura armada. Se debe resaltar la importancia que le asiste a los desmovilizados en comprender su condición de victimarios e interactuar, desde este estigma, con el resto de la sociedad y en particular con las víctimas. Los postulados deben “resignificar”, darle una nueva interpretación de modo retrospectivo a sus formas de vida anteriormente inscritas en la violencia.

Contrario a defender ideas como la indiscutible legitimidad de la lucha armada o la auténtica heroicidad que conlleva el enfrentar, por conducto de las armas, la agresión y expansión coercitiva del enemigo, los desmovilizados deben “reinterpretar” lo acontecido y comprender que el ambiente de violencia generalizada que ha tenido lugar en la historia sangrienta de nuestro país, hace parte de una gran tragedia nacional que tiene por característica la doble condición de víctimas-victimarios en los actores de la guerra.

No se trata de defender proyectos políticos de derecha o de izquierda: el enemigo común de la paz es la violencia armada organizada que, en medio de un conflicto armado prolongado y degradado, victimiza permanentemente a la población civil desde todos los frentes, sin solución de continuidad. En este sentido, en conflictos armados que son expresión de procesos de victimización horizontal, la violencia es ejercida de modo bilateral por todos los actores del conflicto. En estos supuestos no es posible localizar un monopolio de violencia, así como tampoco es posible establecer un único foco de legitimidad. La alta movilización de la población civil como esfuerzo bélico para la guerra es propio de esta clase de confrontaciones: así, surge la idea del “colaborador forzado”, que no obstante estar vestido de civil, según el juicio arbitrario del actor, constituye un blanco legítimo de la guerra.⁵⁵

⁵⁵ Los conceptos de victimización horizontal y victimización vertical, con sus características y distintas implicaciones, se encuentran desarrollados por Iván Orozco, *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*, Editorial Temis, Universidad de los Andes, Bogotá, 2005, pp. 9-30.

El resultado es una victimización masiva y transversal en todos los agentes, el fragor de un conflicto armado que descompone el incipiente arraigo social y disminuye los niveles de confianza necesarios para la construcción de democracia y el fortalecimiento del Estado de derecho. Colombia está atravesando un proceso *sui generis* de justicia transicional que tiene como misión hacer un llamamiento a todos los actores de la guerra para propiciar la convivencia pacífica en los confines del derecho y la justicia.

En una posición similar a los actores de la violencia están las víctimas indefensas de este conflicto. En lugar de defender ideas sobre su debilidad, sobre el señalamiento de responsabilidades concentradas y exclusivas por la derivación de acontecimientos atroces, deberían estar en disposición de resignificar su papel hacia el pasado y en función de proyectar un futuro. En este sentido, se deben superar discursos que postren a las víctimas a posiciones subalternas y jerarquizadas, y por el contrario, reivindicar el carácter transformador que podrían tener las reparaciones. ¿Por qué se afirma esto? Porque la primera medida de resocialización de los postulados –y de transformación de las víctimas– es la resignificación restaurativa de su discurso.

3.3 Ejecución de fallos y control sobre las condiciones de resocialización, reparación y libertad

Antes de abordar la realidad de la resocialización en cárceles, es necesario introducir unas observaciones relacionadas con el creciente rol de los jueces en la supervisión y control de las medidas de reparación, así como de las órdenes de resocialización y libertad de postulados. Se trata de una función que está teniendo insospechadas implicaciones para establecer equilibrios y distribuir las cargas del proceso sobre los diversos actores, entre ellos, postulados, gobierno, y víctimas individuales y colectivas.

A lo largo de estos nueve años de vigencia de la ley 975 de 2005 se han vivido periodos diferentes y diversas etapas. Entre el año 2005 (conformación de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz –hoy Dirección Nacional de Justicia Transicional–, y la elección de los primeros magistrados) y el 2007, la Sala de conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, tuvo funciones de descongestión, tanto del mismo tribunal, como de la Corte Suprema de Justicia. Solo a partir del año 2008 llegaron los primeros procesos penales contra postulados de la ley 957, y sólo a partir de 2009 fue proferida la primera sentencia condenatoria. En este orden se muestra que las actividades juzgamiento y adjudicación de pena a postulados al proceso especial de justicia y paz vienen desde hace más de 5 años.

Hasta la actualidad se han emitido más de 15 sentencias condenatorias de primera instancia; una fue anulada; 11 se encuentran ejecutoriadas, ya sea por confirmación de la segunda instancia o porque no fueron apeladas. Otra buena cantidad de procesos se encuentran pendiente de sentencia tras la audiencia de control de legalidad de cargos. De

estas once sentencias ejecutoriadas y con segunda instancias, vale la pena citar los casos contra los comandantes del Bloque Héroes Montes de María de las AUC (Edward Cobos, y Uber Banques), el comandante del Bloque Central Bolívar (Rodrigo Pérez Alzate), el comandante del Bloque Calima (Hebert Veloza García), el comandante de las Autodefensas del Meta y del Vichada (José Baldomero Linares), el jefe fundador de las Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio (Ramón Isaza), el comandante del Frente Fronteras del Bloque Catatumbo (Jorge Laverde Zapata); el comandante del Bloque Elmer Cárdenas (Freddy Rendón Herrera); el comandante del Frente José Pablo Díaz del Bloque Norte (Edgar Fierro); y otros mandos del Bloque Vencedores de Arauca, Bloque Oriental, Bloque Cundinamarca, entre otros.

En las partes resolutivas de dichas providencias, los magistrados que componen la Sala de conocimiento del Tribunal, en reiteradas ocasiones han ordenado actividades de resocialización a los condenados. Ellas generalmente se relacionan con actividades de formación en derechos humanos; re significación de su paso por la estructura armada ilegal con trabajo psicosocial y terapéutico; trabajo con las comunidades que agredieron encaminado a la “reparación” del tejido social, etc.

En su versión original la ley de 975 le asignó funciones de ejecución de sentencias a la misma Sala de conocimiento que emitía los fallos. Sin duda proferir la sentencia es una labor ardua, pero como se verá el cumplimiento de la resolución judicial es un aspecto procesal de mayor importancia. Por esta razón, y para evitar indebida congestión, la ley 1592 radicó la función de vigilar la ejecución de penas y obligaciones impuestas al condenado en una autoridad judicial diferente del juez de conocimiento. A pesar de esta previsión, los jueces de conocimiento han persistido en la supervisión de ciertas órdenes impuestas en las sentencias condenatorias. Así, por ejemplo en la sentencia contra alias “HH”, la Sala de Justicia y Paz dispuso:

“la obligación de tomar no menos de 500 horas de estudio y formación en derechos humanos, para lo cual el INPEC y la Defensoría del Pueblo dispondrán lo pertinente. El condenado deberá someterse a valoración y tratamiento psicológico que conduzca a su plena readaptación y resocialización (...). Adicionalmente se oficiará al INPEC, para que envíe con destino a la Sala, un informe sobre las políticas de resocialización y rehabilitación que se han adelantado para la rehabilitación y reintegración a la vida civil de los postulados al proceso de Justicia y Paz, en especial del postulado *sub judice*, así mismo, deberá informar sobre cuál ha sido el programa y tratamiento psicológico que se ha implementado para los ex militantes de las AUC”.⁵⁶

⁵⁶ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia condenatoria del 30 de octubre de 2013, radicado n° 11-001-60-00 253-2006 810099, postulado alias “HH”.

La fase de ejecución de los fallos es crucial para el adecuado cumplimiento de las órdenes fijadas en la sentencia. Considérese por ejemplo el primer caso ejecutoriado en la jurisdicción de Justicia y Paz, relativo a la masacre y desplazamiento forzado de Mampuján, en el cual las indemnizaciones decretadas por la Sala de Casación Penal ascendieron a treinta y dos mil millones de pesos (\$32.000'000.000). En aquella ocasión, los bienes entregados por los postulados sumaban alrededor de quinientos millones de pesos (\$500'000.000), presentándose un déficit para el pago de la reparación de más de treinta mil millones de pesos. En varias oportunidades el gobierno manifestó que concurriría al pago de las indemnizaciones decretadas sólo hasta los montos prefijados en los programas de reparación administrativa. Era evidente que los dineros aportados por los postulados y el que correspondía por reparación administrativa no alcanzaría a cubrir la totalidad de la reparación integral.

Debido al trabajo de seguimiento al cumplimiento de la sentencia, así como a la actividad de la comunidad de Mampujan, se pudo garantizar el pago de la integralidad de las indemnizaciones y la ejecución progresiva de las medidas de reparación integral.⁵⁷ Este ejemplo ilustra que, en el desarrollo del trabajo de seguimiento al cumplimiento de las sentencias, es cuando se dilucidan los obstáculos, de carácter administrativo y operativo, que entorpecen el cumplimiento de las órdenes dispuestas relacionadas con reparación en las decisiones judiciales. Piénsese ahora en los casos en los cuales los postulados han cumplido con el tiempo de condena por pena alternativa y buscan acceder a la libertad a prueba. Se requiere de un juez que evalúe con especialidad las obligaciones de reparación y medidas de resocialización necesarias que se desprenden del fallo condenatorio para proceder a decretar la libertad del postulado.

Así, se puede afirmar que la labor de administración del fallo y ejecución de órdenes de las sentencias es una etapa decisiva en el restablecimiento de los derechos de las víctimas, los postulados y la sociedad en general. De nada servirían las decisiones judiciales, los planes de reinserción, de formación en derechos humanos, de re significación del paso por la estructura armada ilegal, etc. si éstos no son efectivamente cumplidos.

En desarrollo de las órdenes contenidas en las sentencias condenatorias, la Sala de conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal superior de Bogotá, se ha desplazado en varias ocasiones a diferentes establecimientos carcelarios y penitenciarios donde se encuentran postulados enjuiciados por esta jurisdicción especial. Así, en los meses de junio, julio y noviembre del año 2012, la Sala visitó las cárceles de máxima seguridad de Itagüí, Bogotá y Barranquilla. En estas visitas hicieron seguimiento a las labores encaminadas a garantizar la

⁵⁷ Cfr. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, seguimiento al cumplimiento de sentencia, *Informe general sobre el avance en el cumplimiento de las medidas de reparación integral a las víctimas de los hechos ocurridos en Mampujan, veredas de Casingui, Arroyohondo, Aguas Blancas, Pela El Ojo, Toro Angola, Las Brisas – San Cayetano*, 31 de mayo de 2013.

resocialización y reinserción de los postulados condenados dentro de los procesos de justicia y paz.

3.4 Informes de visitas a postulados en centros penitenciarios y carcelarios

El presente monográfico parte de una idea general obtenida como resultado del ejercicio de seguimiento y observación: en la actualidad, los postulados no han sido atendidos de forma oportuna y permanente en las cárceles por profesionales expertos que contribuyan con su trabajo a resignificar el paso de los desmovilizados por la estructura armada ilegal.

De hecho, pareciera que las muestras de arrepentimiento registradas, por ejemplo, no tienen su causa en las escasas intervenciones realizadas por el INPEC, sino en acciones de reparación a víctimas coordinadas por otras instancias gubernamentales, en desarrollo de los componentes del derecho a la reparación integral, especialmente de las medidas de satisfacción y redignificación a víctimas. Así, el encuentro entre victimario y víctima, con previa y adecuada preparación psicosocial, se muestra como uno de los medios más idóneos para reflexionar sobre el pasado de violencia, pues configura un espacio para que el victimario reconozca sus hechos a través del significado construido desde el contacto y vinculación con el sufrimiento de los otros.

De los informes de visitas a prisiones elaborados por la magistratura en los casos en los que las sentencias se encuentran ejecutoriadas, se aprecia, a criterio del Área, una muy lánguida intervención en los postulados. Algunos postulados conservan fuentes de riqueza para sufragar propias y ajenas actividades de resocialización.⁵⁸ Esto los mantiene en posiciones de superioridad y verticalidad, lo cual es una situación relevante que los mantiene en mayores niveles de exigibilidad para resignificar la militancia propia y de sus subalternos en la estructura ilegal.

Cabe destacar que en los establecimientos penitenciarios y carcelarios no se les ha ofrecido los cursos en derechos humanos que ordenan varias de las sentencias condenatorias contra los desmovilizados. Así por ejemplo, en la sentencia parcial por reclutamiento de menores dictada contra Freddy Rendón Herrera, se ordena atención psicosocial especializada a cada individuo condenado y a su núcleo familiar. De los informes de visitas a prisiones se concluye explícitamente que se trata de atenciones poco especializadas, grupales, y aplicadas sin enfoque diferencial.

Se leen además en estos informes algunos eventos relacionados con los deberes que emanan de la posición que ocupó el postulado en el grupo armado ilegal: “En relación con la instrucción en Derechos Humanos, manifestó el señor director que la Defensoría del Pueblo designó al Dr. Milton Rodríguez, con el fin de impartir clases en el tema a los

⁵⁸ Los comandantes estudian en universidades privadas, acceden a servicios de medicina prepagada, no ingieren alimentos comunes del establecimiento de reclusión, sino ingresan el suyo propio a través de personas autorizadas, acceden a internet, computadores, celulares, etc.

internos Uber Banquez Martínez y José Gregorio Mangones Lugo, quienes posteriormente a recibir certificación en la materia por parte de la Defensoría, transmitirían sus conocimientos a los demás reclusos”.⁵⁹ De este modo, quienes impartirán las lecciones de derechos humanos al grueso de los postulados privados de la libertad, serían los otrora comandantes paramilitares a sus respectivos subalternos.

En otros segmentos de los informes se lee: “Se indicó que aún no se ha implementado a cabalidad ‘El Modelo de Atención e Intervención Integral para Internos de Justicia y Paz’, por lo que los internos desmovilizados de las AUC no cuentan con programas de resocialización y reinserción a la vida social (proyecto de vida y programa de recuperación de la drogadicción, entre otros) diferentes a los implementados para el resto de la población carcelaria del penal”.⁶⁰ Más adelante se agrega: “En relación con la resocialización de los internos, señalaron que no existe un acompañamiento institucional, consideran que el INPEC se sustrajo por completo en desarrollar cualquier programa en lo atinente a la Ley de Justicia y Paz, existiendo un desinterés y negligencia absoluta por parte de la citada entidad. Manifestaron que en la actualidad les asiste un psicólogo, con el fin de adelantar trabajos en materia de resocialización, aclarando que dicho profesional es pagado por los mimos postulados y al cual solo tiene acceso los internos del patio I (Justicia y Paz)”.⁶¹

En los informes también se encuentran situaciones complejas. Se constatan casos de desmovilizados que no fueron postulados por el gobierno nacional a los beneficios jurídicos de la ley 975. Por esta circunstancia se encuentran purgando la pena impuesta en la jurisdicción ordinaria. Al no ser postulados, sólo tienen la expectativa de que algún día el gobierno los proponga como elegibles para acceder a beneficio de la pena alternativa.

En este evento, la respuesta que parece plausible se reconduce a que ellos se encuentran condenados a través de una sentencia ordinaria, proferida de acuerdo con los procedimientos legales vigentes al tiempo de los crímenes. En esta situación no tendrían (si no fueron postulados) motivo para aspirar a recobrar la libertad al cabo de ocho años. Por el contrario, si fueron postulados, pero aún no han sido condenados por los tribunales de justicia y paz, podrían obtener, tras ocho años, desde la postulación, la sustitución de la medida de aseguramiento.

Casos como estos son la regla. Al existir alrededor de cuarenta postulados condenados por sentencia parcial, de un universo aproximado de más de 4000, la gran mayoría se encuentra privados de la libertad descontando penas ordinarias o por efecto de la detención preventiva. Muchos otros se desmovilizaron, pero no han sido –y quizás no lo

⁵⁹ Informe - Visita de verificación y cumplimiento: “Modelo de atención e intervención integral para internos de Justicia y Paz”. Establecimiento Penitenciario y Carcelario “Cárcel la Modelo”, Barranquilla, fl. 5.

⁶⁰ Informe - Visita de verificación y cumplimiento: “Modelo de atención e intervención integral para internos de Justicia y Paz”. Establecimiento Penitenciario y Carcelario “Cárcel de Itagüí”, Medellín, fl. 6.

⁶¹ *Ibidem*, fl. 7.

serán— postulados por el gobierno, por lo cual su expectativa de pena alternativa parece ser aún más remota.

3.4.1 Visita a los postulados reclusos en el establecimiento carcelario de la Picota en Bogotá

El día 5 de julio del año 2012, una magistrada y un magistrado de la Sala de Conocimiento del Tribunal se desplazaron en la ciudad de Bogotá a la penitenciaría la Picota. En dicha visita se buscó indagar por la labor de resocialización y el trabajo psicosocial que hubieran recibido los postulados, especialmente, los que para esa fecha estaban condenados: entre ellos, Orlando Villa Zapata (segundo comandante del Bloque Vencedores de Arauca) y Edward Cobos Téllez (comandante del Bloque Héroes Montes de María).

En dicha visita, la magistratura interrogó a las autoridades administrativas a cargo del penal sobre asuntos relacionados con la alimentación, las condiciones de reclusión, el régimen de visitas, el servicio médico, etc. Las autoridades del INPEC aclararon que los desmovilizados de las AUC se encuentran divididos en tres pabellones; uno, en el que se encuentran los miembros representantes y antiguos comandantes de las AUC; otro, en el que se encuentran postulados que se encuentran permanentemente reclusos en otros centros penitenciarios del país, pero asisten a diligencias judiciales en Bogotá; y un tercer grupo de desmovilizados de las AUC, que son aquellos que presentan problemas de seguridad y riesgos para su vida e integridad.

La magistratura insistió en averiguar sobre las condiciones y herramientas encaminadas a resocializar o “reeducar” a los postulados. Sobre el particular se informó que se han adelantado cursos en derechos humanos, estudios en educación básica y secundaria; también estudios universitarios en derecho, filosofía, zootecnia, administración y agricultura. Se manifestó que con el fin de capacitar a los internos de Justicia y Paz del establecimiento, la Dirección General del INPEC suscribió sendos convenios con entidades como el SENA, UNAD, CORPORACION IDEAS y MAPP-OEA. Se registró como un hecho positivo la colaboración del INPEC para que estas entidades tuvieran acceso y pudieran emprender acciones de capacitación sobre los postulados.

En el caso de Edward Cobos Téllez, quien como parte de su sentencia condenatoria debe recibir capacitaciones en derechos humanos, la directora de la cárcel manifestó a la magistrada ponente de la providencia condenatoria, que se había adelantado un convenio con el Instituto de Altos Estudios Europeos, con el fin de garantizar la ejecución de dicha obligación.

Dentro de los programas educativos y de trabajo, los internos de Justicia y Paz del Patio ERE-3 de la cárcel la Picota, han desarrollado las siguientes actividades:

- Cursos SENA de vocación agropecuaria y de servicios industriales y empresariales.

- Curso de pintura y bellas artes (interpretación de guitarra y arpa).
- Diplomados en DDHH con Instituto de Altos Estudios Europeos.
- Carreras técnicas del SENA en DDHH y DIH.
- Estudios universitarios con Universidad Nacional Abierta y a Distancia (UNAD).
- Granja “El Oasis”.
- Tejidos y telares.
- Biblioteca Justicia y Paz.
- Capilla iglesia católica y congregaciones de religión cristiana.

Los desmovilizados que hacen presencia transitoria en el penal, y aquellos que tienen problemas de seguridad, no pueden acceder a las actividades de educación, resocialización, estudio y labores manuales. Frente al trabajo psicosocial con los postulados, la directora de la cárcel informó que desde el año 2010, se adelanta un programa que busca que los postulados desarrollen varios proyectos titulados: “La Familia - Un Proyecto de Vida”, “Misión Carácter” y “Cuidando Nuestra Casa”. Estas labores son atendidas por una profesional en psicología clínica. La profesional relata que realizó diagnóstico a todos los postulados de justicia y paz del pabellón permanente, sin que hubiera encontrado trastornos de personalidad. En todo caso esta profesional recomendó que se hiciera un seguimiento psicosocial.

En la visita de la magistratura se revelaron problemáticas de hacinamiento que padecen ciertos postulados, sobre todo los postulados que ocuparon escalas de jerarquía intermedia y baja en las estructuras armadas. En el patio de los postulados que están en tránsito se acumulan desmovilizados de todo el país, que son solicitados por diversas autoridades judiciales, tanto de justicia y paz como de la jurisdicción ordinaria. Esto lleva a que en un pabellón destinado a 98 reclusos, en ocasiones haya más de 160 postulados. Igualmente, han aparecido dificultades como la baja capacidad técnica del INPEC en el traslado de los postulados, sea por falta de personal, de insumos como vehículos blindados, etc. Esto causa problemas de seguridad para los postulados a la salida del penal y de retrasos en las diligencias.

En su momento se interrogó directamente sobre su situación de reclusión a los desmovilizados que ya han sido condenados por la jurisdicción de justicia y paz. En el caso de Edward Cobo Téllez expresó que ha recibido cursos semi-presenciales en resolución de conflictos, como gestor de paz, derechos humanos, e incluso se encuentra adelantando la carrera de derecho. Señaló además que como parte de la sentencia, se le ordenó construir un monumento a la comunidad de Mampuján. Al respecto, informó que presentó el proyecto de monumento, el cual fue aprobado por la comunidad, y finalmente construido y entregado a finales del año 2013.

En esta visita el postulado denunció que por causa de desinformación, falta de programación y continuos cambios de fiscales encargados de su caso, se ha retrasado el

avance de las diligencias de versión libre y formulación parcial de imputación. Así, los cambios de fiscal han generado que en varias ocasiones los delegados del ente acusador hayan tenido que reiniciar el estudio de los procesos.

Orlando Villa Zapata (antiguo comandante del BVA), señaló que hasta esa fecha no le había sido posible suscribirse a ningún curso puesto que ha sido continuamente trasladado de cárceles. Al igual que Edward Cobos Téllez, denunció que en múltiples ocasiones ha presenciado inconvenientes con el servicio de salud y de atención odontológica, así como con el traslado a lugares fuera del penal.

Tras esto la magistratura se desplazó por los tres patios en los que hay reclusos miembros de las AUC. En el caso de los miembros representantes y que otrora tuvieron poder de mando y dirección al interior de las AUC, se encontraron condiciones dignas y de buen trato. Celdas individuales, amplias, acceso a baños privados, comedores, capilla, huerta y trabajo. En el caso de los desmovilizados que tienen problemas de seguridad y por tanto viven condiciones más restringidas, se constató lo mismo. Celdas individuales, amplias, con acceso a alimentos. Lo único que cambia es que sólo tienen derecho una hora de sol. Por el contrario, en el pabellón de ex miembros de las AUC en tránsito, se constató un hacinamiento de casi del 150%. En una celda para dos personas, están reclusos 6 o 7 postulados. Quienes no duermen en una celda lo hacen en los pasillos. En la noche no tienen acceso a baños, y por su condición de reclusos en tránsito, no tienen acceso a trabajo, huerta, y demás actividades antes enunciadas.

3.4.2 Visita a los postulados reclusos en la cárcel de Itagüí

La visita de la magistratura a la cárcel de Itagüí tuvo lugar el 9 de julio de 2012. En dicho establecimiento penitenciario y carcelario se encuentran 287 postulados (entre ex AUC y desmovilizados del ELN), distribuidos en cuatro patios. En uno de los patios están reclusos los miembros representantes; en otros dos están excombatientes de las AUC sin mando ni representatividad, y en otro están los desmovilizados individuales de diversas agrupaciones guerrilleras. La magistratura fue atendida por las directivas del penal que manifestaron su preocupación por las difíciles condiciones de hacinamiento y seguridad.

Respecto del tema de seguridad, las directivas del centro carcelario señalaron que en los barrios aledaños a la cárcel se viven episodios de pandillaje y vandalismo, por lo cual es habitual escuchar disparos de armas de fuego y choques entre grupos delincuenciales. Sobre la situación de hacinamiento indicaron que los patios donde se encuentran los patrulleros rasos, los niveles de hacinamiento son del 104%, lo cual no permite ofrecer condiciones dignas de reclusión a los postulados.

Los asuntos relacionados con educación, reinserción y trabajo en la cárcel son ofertados por entidades públicas o privadas, pero restringidos a quienes tienen el dinero para pagar los servicios. Institutos educativos como la Universidad Javeriana, la Universidad Nacional

Abierta y a Distancia, la Universidad Santo Tomas y el Sena, prestan el servicio de educación en formación superior a varios de los excomandantes postulados.

En el patio I del penal, en el que se encuentran los miembros representantes e importantes jefes, como Freddy Rendón Herrera, Iván Roberto Duque, Rodrigo Pérez Alzate, Raúl Emilio Hasbún, Jorge Iván Laverde Zapata, manifestaron que sus condiciones de reclusión son buenas en términos generales: no tiene problemas de hacinamiento, ni de convivencia. Se manifestaron contra prácticas de la Fiscalía que les impide un ágil trabajo; los constantes cambios de fiscal delegado para su caso, o varios fiscales para una misma estructura, generan prácticas de repetición de diligencias, presentándose atraso en los procesos.

Los postulados manifestaron que las actividades encaminadas a su resocialización han dependido mayoritariamente de ellos; así en una oportunidad (al parecer en el año 2010), invirtieron una importante suma de dinero en la construcción de una granja al interior de la cárcel, para desarrollar actividades de trabajo agrícola. Dicha granja fue cerrada por las autoridades del penal, que argumentaron problemas de seguridad. De otro lado, la psicóloga que los atiende y acompaña en la labores psicosociales es pagada por ellos mismos (internos del patio I). Por el contrario, los internos de los patios 5 y 6 (desmovilizados de las AUC que no tuvieron rango, ni mando, ni son miembros representantes), habitan en condiciones de hacinamiento, drogadicción y alcoholismo.

3.4.3 Visita a los postulados recluidos en la penal de Barranquilla

La visita de la magistratura a la cárcel la Modelo de Barranquilla tuvo lugar el 19 de noviembre del año 2012. En relación con la adopción de medidas de resocialización, se informó que el penal ha iniciado trabajos de atención psicosocial para postulados. El equipo de trabajo designado para la resocialización de postulados está compuesto por dos psicólogas, una trabajadora social y un ingeniero industrial, encargados de desarrollar labores educativas con los internos. El desarrollo del trabajo psicosocial se realiza los días martes y jueves en reuniones grupales a las cuales acuden entre 40 y 50 internos. La asistencia no es obligatoria, al finalizar el contenido de las cartillas se realiza una evaluación individual, la cual es analizada por las psicólogas de la cárcel, y en el evento de evidenciar falencias en dichos exámenes, se realizan una charla de afianzamiento en temas específicos, luego de lo cual se expide una certificación individual.

Frente al desarrollo de programas de rehabilitación y resocialización, los postulados manifestaron que si bien formalmente no existen formalmente, varios de los internos han adelantado una serie de módulos teóricos en compañía de la psicóloga del establecimiento. Estas actividades son elementales, pero señalaron que de nada los esfuerzos vertidos sobre dichas cartillas, si el INPEC no tiene políticas serías, concretas y centralizadas para emprender la resocialización especial a la que deben estar sujetos los

desmovilizados. En general, todos los desmovilizados de las AUC de la penitenciaría de Barranquilla realizaron una fuerte crítica al contenido de las cartillas y módulos que se les imparten masivamente como trabajo pedagógico para la reinserción.

Durante el desarrollo de la visita se denunciaron varios problemas de seguridad y convivencia recientes entre los internos: al menos tres postulados sufrieron atentados contra su vida, desde ataques con arma blanca, hasta disparos con armas de fuego. De hecho, dos internos que sufrieron amenazas contra su vida e integridad tuvieron que ser trasladados de los patios ordinarios, hacia la capilla religiosa, en la que se adecuaron dos colchonetas, en las que los internos duermen en el piso, sin condiciones de dignidad.

Al igual que en otras cárceles, los desmovilizados de los grupos paramilitares manifestaron su inconformidad en la planeación del trabajo de la Fiscalía. El constante cambio de fiscales delegados, así como de defensores públicos impide el adecuado avance de los procesos. En el caso de los fiscales, un mismo hecho debe ser versionado entre 3 y 5 veces ante fiscales de justicia y paz, como fiscales ordinarios. En el caso de los defensores públicos, denuncian la sobre carga de trabajo de cada profesional del derecho, lo cual impide una adecuada asistencia jurídica.

3.5 Ruptura de relaciones de jerarquía y dispersión de responsabilidades: un aspecto crítico para la resocialización de patrulleros en cárceles

A raíz de las visitas conducidas por el Área y de las entrevistas sostenidas con los postulados, se ha confirmado que en la actualidad el estado de cosas en materia de resocialización de postulados no ha tenido mayores avances desde el Estado. Al igual que en muchos otros aspectos que hacen parte de este proceso de justicia y paz, como por ejemplo las medidas de acceso a la libertad, los postulados consideran que el gobierno ha incumplido sus términos de compromiso en un abierto abandono del cuidado y atención debida a la población desmovilizada que está en la cárcel. Se debe aclarar que la población desmovilizada, aun cuando se encuentre en estado de privación de la libertad, constituye en sí misma población vulnerable, frente a la cual el Estado asume el deber constitucional de proporcionar acciones afirmativas encaminadas a superar los desequilibrios estructurales que la constituyen –propensión a cometer nuevos delitos, necesidad de generación de ingresos y sostenibilidad de proyectos de vida sustentados en la legalidad. Sólo a través del (re)establecimiento del goce efectivo de sus derechos, la población desmovilizada estará predispuesta para el ejercicio pleno de ciudadanía al momento en que recobren la libertad y se dispongan a reintegrar la vida civil.

Se destacan los esfuerzos emprendidos por ciertos postulados para contribuir con su propia resocialización y la de sus compañeros, especialmente de los antiguos comandantes en ayuda y apoyo de sus subalternos. Es un hecho satisfactorio que en el pabellón ERE-3 de la cárcel la Picota a la fecha casi la totalidad de postulados cuentan por lo menos con

educación básica secundaria, siendo que muchos de ellos desde el ingreso al penal eran analfabetas hasta de educación básica primaria. Este es el mínimo de educación recibida por todos los postulados, por no hablar de los estudios técnicos y profesionales que varios excomandantes están próximos a culminar en un periodo de tiempo cercano. Estos servicios de educación, brindados por entidades públicas como el SENA y la UNAD son financiadas directamente por los postulados o sus familias. En ciertos casos, los comandantes han dispuesto de sus propios recursos para que sus subalternos reciban un mínimo de educación básica.

Esta situación antes descrita refleja un hecho fundamental: las escalas de jerarquía, las líneas de mando, las relaciones de verticalidad, aun cuando se encuentran ampliamente menoscabadas por una multiplicidad de factores, entre las que se cuentan la segregación de espacios físicos de reclusión, persisten en varios aspectos y requieren a juicio del Área ser fortalecidas. Los desmovilizados rasos o soldados patrulleros son por lo general personas que, por diversas circunstancias –en parte por las causas mismas del conflicto armado–, no están en capacidad de asumir responsabilidades elementales para afrontar y disponer de un proyecto de vida autónomo.

Así como el reclutamiento e instrucción para la guerra fue favorecida por el analfabetismo y la falta de oportunidades, los desmovilizados de base requieren la orientación y rehabilitación impartida por sus líderes para alcanzar los loables fines sociales de paz y reconciliación. Son “menores de edad” en cuanto requieren de una tutoría que les enseñe las cuestiones primordiales de la vida –como valores, principios, reglas morales y de compromiso, etc.– y los prepare para ejercer la vida civil con plena responsabilidad, en ejercicio de la razón práctica. En ese sentido, no se debe desaprovechar la confianza, la credibilidad, la obediencia, y el aura idolátrica formada alrededor de los comandantes que determinaron durante años de guerra sus destinos de vida o muerte.

En relación con esta circunstancia los postulados con posición de mando han notado con preocupación que muchos de sus antiguos subordinados, reclusos en otros centros penitenciarios del país, que padecen condiciones de hacinamiento y desprotección, han caído en la drogadicción, no reconocen sus responsabilidades para con las víctimas y la sociedad, y se aprestan a “reciclarse” hacia nuevas dinámicas delincuenciales ejercidas al interior y exterior del centro penitenciario. Estos individuos viven quizá la máxima perversión de la guerra: siendo en su mayoría víctimas de reclutamiento ilícito –en lo cual reúnen palmariamente la doble condición de víctima-victimario del conflicto colombiano–, delito propiciado por la ausencia de Estado y la falta de prestación de servicios públicos en las regiones, con altos índices de analfabetismo, terminan purgando sus penas en sitios donde se exponen al hampa, la corrupción, el retorno y la reafirmación en la vida criminal.

Los altos y medios mandos, en cambio, permanecen reclusos en condiciones de comodidad que contrastan con el tratamiento que reciben los desmovilizados rasos en las

cárceles. Esta aseveración no es una crítica orientada a redistribuir las cargas y beneficios del sistema penitenciario entre los exintegrantes de organizaciones armadas; es una circunstancia que se registra y que merece el análisis de los hacedores de política pública, para enfocar de mejor manera los esfuerzos presupuestales y administrativos en las necesidades de castigo y reconciliación de la sociedad.

La política de romper los esquemas de jerarquía entre los cabecillas y los miembros rasos, prohijada hace no mucho tiempo por representantes de entidades gubernamentales, precipita el desamparo de personal no ilustrado en estado de reclusión y obstaculiza los propósitos de reforma en el individuo, deconstrucción de su experiencia en la guerra e interiorización de los valores que permiten la reconciliación social. Al respecto, en su rol de garantes, los “máximos responsables” de las organizaciones asumen tareas inaplazables para forjar nuevos individuos con emprendimiento y proyectos de vida autónomos en la legalidad.

3.6 Régimen de libertad: 8 años de prisión para acceder a la libertad

Como se ha destacado en este tiempo de vigencia de la Ley de Justicia y Paz, enormes vicisitudes han surgido para adelantar las actividades de investigación y juzgamiento de los delitos atroces cometidos por los miembros de los grupos paramilitares. La gran cantidad de delitos confesados en las audiencias de versión libre, las dificultades para recabar pruebas adicionales para confirmar la información suministrada, la develación de los elementos fundamentales del grupo armado, como las cadenas de mando, los patrones de macrocriminalidad, las políticas generales, las redes logísticas y de apoyo, las relaciones horizontales con sectores sociales y económicos, han puesto al descubierto la dificultad del sistema judicial para llevar a juicio los denominados crímenes de sistema.

Ante el advertido retraso del sistema judicial, que luego de ochos años de ejecución de la Ley de Justicia y Paz, ha proferido un número relativamente bajo de sentencias condenatorias –además todas de carácter parcial–, la ley 1592 de 2012 introdujo los mecanismos para brindar el acceso a la libertad de los postulados que hubiesen cumplido las condiciones para aspirar al beneficio de la pena alternativa. De este modo, la reforma se ocupó en regular integralmente las figuras de sustitución de la medida de aseguramiento y de libertad a prueba por cumplimiento de pena alternativa, cada una con un régimen de procedencia particular y una respectiva autoridad judicial de conocimiento.

Desde la perspectiva de los postulados, su interés primordial es obtener el restablecimiento de su derecho a la libertad, pasado el tiempo de permanencia en cárcel equivalente a los ocho años de privación de la libertad, establecido como contraprestación para la desmovilización y el desmantelamiento de las organizaciones de autodefensa. Sin importar el título jurídico por el cual se encuentra privado de la libertad, sea por detención preventiva en imputación parcial o por imposición de pena alternativa en

condena parcial, o por una mezcla de ambas en justicia y paz, o por una condena dictada por la justicia ordinaria, al postulado le asiste una expectativa legítima de recobrar su libertad si por su parte ha cumplido a cabalidad los compromisos asumidos en materia de verdad, justicia y reparación.

Ahora bien, los postulados son plenamente conscientes de que el Estado colombiano no es una unidad política que actúa de manera coherente en cada una de sus ramas y órganos del poder público. Por esta razón, temen ver defraudadas las expectativas que conciben como *trade-off* del proceso de negociación adelantado con el gobierno, las cuales fueron cristalizadas con la formulación original de la Ley de Justicia y Paz. Luego de diversos intentos por buscar salidas jurídicas al proceso de paz, finalmente en este cuerpo normativo se consagraron las reglas de juego, los derechos y garantías que le asistían a los desmovilizados para iniciar los procesos judiciales que tenían por objeto tramitar la rendición de cuentas en verdad, justicia, y reparación para las víctimas y la sociedad colombiana.

Si bien en un principio la Ley de Justicia y Paz estableció en su diseño una primera ponderación entre los valores de paz y justicia que permitió las desmovilizaciones iniciales de autodefensas, pronto se prendieron las alarmas en relación con los altos estándares de cumplimiento exigidos en diversos aspectos por el poder judicial, en cabeza de la Corte Constitucional, para reforzar las garantías de los derechos de las víctimas. Desde entonces existe entre los postulados incertidumbre y desconfianza en que los jueces adopten posiciones excesivas y carentes de ecuanimidad que, en su opinión, resulten ser violatorias de sus derechos, entre ellos, el derecho de acceder a la libertad.

3.6.1 Inconvenientes para la libertad de los postulados: ¿falta unidad de criterio en el poder judicial?

A la fecha se han presentado un significativo número de problemas jurídicos en la resolución judicial de las peticiones de postulados que consideran haber cumplido los requisitos necesarios para obtener la libertad. Buena cantidad de estas controversias adquieren complejidad debido a la existencia de imputaciones parciales y de condenas parciales, así como también de medidas restrictivas de la libertad emitidas por la justicia ordinaria, por lo cual un desmovilizado individual debe acudir a múltiples autoridades judiciales e incoar sendos procedimientos para conseguir, en definitiva, su boleta de salida de la cárcel.

En vista de las complejas y variadas circunstancias que pueden confluir en la determinación de la situación jurídica de un postulado privado de la libertad, la ley 1592 no creó una autoridad judicial centralizada que resuelva en un solo trámite todas las peticiones de libertad. Para soportar lo anterior, téngase en cuenta que la competencia para decidir la sustitución de la medida de aseguramiento está radicada en el magistrado de control de

garantías de justicia y paz, mientras que la decisión de conceder la libertad a prueba por cumplimiento de la pena alternativa corresponde al juez especializado de ejecución de sentencias.

Además, la acumulación de procesos y penas, cuya carga argumentativa corresponde al interesado, debe realizarse oportunamente ante el magistrado de control de garantías, de modo que las órdenes de libertad que él libre tengan efecto también respecto de las medidas de privación dictadas por la justicia permanente, cuya homologación final es una prerrogativa discrecional del juez ordinario de ejecución de penas y medidas de seguridad.

Así un postulado, condenado parcialmente, que cuente con imputación parcial y detención preventiva, y que esté además sujeto a condenas y medida de aseguramiento de la jurisdicción ordinaria, debe acudir por lo menos a tres trámites judiciales para que sea reconocido su derecho de acceso a la libertad. En este supuesto, debe esperar que los tres jueces valoren positivamente con el mismo criterio las pruebas aportadas para acreditar las condiciones que habilitan su aspiración a declarar canceladas las deudas carcelarias contraídas con el Estado.

En cuanto son sustancialmente similares los requisitos para decretar la sustitución de la medida de aseguramiento y la libertad a prueba por cumplimiento de la pena alternativa, existe el riesgo de que, en ausencia de un único juicio, los raseros empleados para evaluar los grados de satisfacción en verdad, justicia y reparación carezcan de univocidad. Este fenómeno es muy problemático, pues de no contarse con posiciones jurisprudenciales unificadas, claras y decantadas que sean seguidas por los jueces que conocen las diversas peticiones de libertad de un solo postulado, pueden existir decisiones contradictorias e incoherentes, abiertamente lesivas de las expectativas de libertad.

De hecho, debido a juicios contradictorios en esta materia, el postulado Edgar Fierro, alias “Don Antonio, está atravesando una situación muy delicada. Habiendo la Corte Suprema en segunda instancia decidido favorablemente la sustitución de su medida de aseguramiento, al acudir ante la juez de ejecución de penas por cumplimiento de pena alternativa impuesta en condena parcial, ésta no encontró cumplida en el tiempo previsto una de las obligaciones de reparación impuesta en la sentencia parcial.⁶² Esta obligación consistía en preparar un ofrecimiento de disculpas públicas a víctimas, a través de la suscripción de un documento previamente socializado, el cual sería además publicado en un diario de amplia circulación nacional y regional. Por el cumplimiento tardío y extemporáneo de esta medida, en opinión de la juez, indebidamente justificado, se negó la

⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 10 de septiembre de 2014, radicado n° 44035.

solicitud de libertad a prueba, se revocó el beneficio de la pena alternativa y se impuso la pena principal de condena a 40 años de cárcel.⁶³

Sin duda uno de los defectos del diseño institucional sobre esta cuestión en justicia y paz está en la diversidad de jueces que conocen las peticiones de libertad por distintas causas. Si bien la Corte Suprema de Justicia es el superior jerárquico común, sea de los magistrados de garantías de justicia y paz del tribunal por apelación en segunda instancia, o de los jueces de ejecución por sistema de cierre en la jurisdicción penal, no existe recurso ordinario ni extraordinario previsto –más allá de la tutela– para solicitar unificación de la jurisprudencia en una situación como la antes descrita. Esto último si se tiene en cuenta que la segunda instancia para impugnar las decisiones del juez de ejecución de penas de justicia y paz pareciera que es –pues no existe certeza ni la ley lo aclara– la sala penal del tribunal superior en la justicia ordinaria.⁶⁴

3.6.2 Gobierno y jueces en disputa para definir la libertad de postulados

Como se ha venido afirmando, los postulados han manifestado una gran preocupación en la forma como los jueces vienen fallando los requerimientos para conceder la libertad. El debate que suscita mayor frecuencia se refiere a las calidades que deben reunir los desmovilizados para aspirar legítimamente al régimen de sustitución de la medida de aseguramiento. Este debate muestra las tensiones que han surgido entre, por un lado, las posiciones asumidas por la rama judicial, tendientes a endurecer y elevar las condiciones de acceso a la medida de libertad, y por otro, la voluntad del gobierno de atender y facilitar la consecución de los compromisos asumidos desde el proceso de paz.

Desde la providencia del 5 de julio de 2013 de la Sala de Casación Penal, postura que fue posteriormente acogida por la Corte Constitucional mediante sentencia C-015 del 23 de enero de 2014, el tiempo de privación de la libertad para aspirar a la sustitución de la medida de aseguramiento comienza a contabilizar desde que la persona (i) habiéndose desmovilizado y (ii) estando en estado de reclusión, ha sido (ii) postulada por el gobierno al proceso penal de justicia y paz.⁶⁵ De esta manera, sin importar si la persona se desmovilizó estando o no privado de la libertad, o si su desmovilización se produjo de manera individual y colectiva, el cálculo de los ocho años comienza desde que el peticionario reúne acumulativamente las tres condiciones antes señaladas.

⁶³ Juzgado con función de ejecución de sentencia de la Salas de Justicia y Paz, auto del 18 de septiembre de 2014, radicado n° 110016000253200681366.

⁶⁴ Sobre la competencia para conocer el recurso de apelación contra las decisiones del juez de ejecución de penas de justicia y paz, no existe certeza si se trata de la sala penal del tribunal en justicia ordinaria, por tratarse de su nominador y superior jerárquico, o si se trata de la sala de justicia y paz del tribunal, por especialidad en la materia. La resolución final del caso contra alias “Don Antonio” será una decisión fundante del competente para conocer de estas solicitudes en segunda instancia de libertad a prueba por cumplimiento de pena alternativa parcial.

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 5 de julio de 2013, radicado n° 41215.

Esta posición judicial de la Corte Suprema de Justicia quiso ser rebatida y contestada por el Decreto reglamentario 3011 del 27 de diciembre de 2013, que en su artículo 38 establecía diversas hipótesis, según se tratase de una desmovilización individual o colectiva, efectuada antes o después de la entrada en vigencia de la ley de justicia y paz, y dependiendo si esa desmovilización se produjo en estado de libertad o bajo reclusión en centro carcelario. La idea de proponer distintas hipótesis para efecto de contabilizar el tiempo de permanencia en cárcel estuvo orientada a establecer los casos en los que el término podía iniciarse, aun antes de otorgada la postulación, el cual es un acto discrecionalidad política radicado de manera exclusiva en cabeza del poder ejecutivo.

En muchos casos sucedió que, luego de la desmovilización y captura, transcurrieron varios años de reclusión mientras el gobierno estudiaba y decidía los nombres de las personas que podrían tener un acceso al proceso penal de Justicia y Paz. A través de esta regulación reglamentaria antes descrita, el gobierno quiso descontar los tiempos transcurridos, en algunos casos muy dilatados, para ejercer su potestad discrecional de postulación. De esta manera, el gobierno buscó que la demora en la postulación no afectara la expectativa de ocho años de prisión acordada con los miembros representantes de las autodefensas en el proceso de paz.

En esta oposición de criterios ha intervenido la Corte Constitucional que, en sentencia de control abstracto, definió que la existencia de diversos regímenes para conceder la sustitución de la medida de aseguramiento por una no privativa de la libertad era violatoria del principio de igualdad. Para la Corte, es necesario que se configuren los requisitos de desmovilización y postulación, además de estar recluso en centro carcelario, para que inicie la simple expectativa de alcanzar el derecho de libertad, una vez se hayan completado ocho años de privación efectiva de la libertad.

Así, se hace evidente el choque de interpretaciones legales entre la rama ejecutiva y la rama judicial para conceder la libertad por sustitución de medida de aseguramiento. Luego del fallo de constitucionalidad, el debate persiste en la escena judicial siendo propiciado por los postulados que, aferrándose a la normatividad del gobierno y a una minoría en la Sala de Casación Penal, han buscado acceder a la libertad.⁶⁶ De manera reiterada, los jueces penales han acogido la posición esgrimida de las altas cortes desde un inicio, en el sentido de que el término de cálculo se computa en cualquier caso con el acto de postulación de gobierno.

4. Conclusiones: nuevas perspectivas de castigo en la justicia transicional

Frente a las diversas problemáticas constatadas a lo largo de este documento de trabajo, hoy en día existen motivos para reflexionar en torno a la viabilidad de la pena de prisión

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 28 de octubre de 2014, radicado n° 44677, salvamento de voto del magistrado José Leonidas Bustos Martínez.

en cárcel en un escenario de postconflicto. Como se ha buscado evidenciar, el componente penal de la justicia transicional no está, como ciertos sectores sociales quieren hacerlo ver, necesariamente asociado a un concepto de retribución con penas de prisión cumplidas en centros penitenciarios y carcelarios del país; más bien, lo punitivo en la transición tiene por preferencia construir las narrativas de convivencia sobre aquello que se considera socialmente inadmisibles, a saber, la comisión de los crímenes atroces.

No puede soslayarse que las aproximaciones a este tema desde el derecho internacional de los derechos humanos subrayan la idea de que esta clase de crímenes no puede quedarse en impunidad. En este orden, en otros procesos transicionales en el mundo los tribunales internacionales de derechos humanos o de enjuiciamiento penal han descartado la posibilidad de beneficiar con perdones y olvidos, amplios y generalizados, a los perpetradores de crímenes que adquieren relevancia internacional. Sin embargo, sea cual fuere la pena específica y concreta a imponer, el valor simbólico del derecho penal reside en la ritualidad y autenticidad del juicio, con la participación de las víctimas y la sociedad en el proceso de juzgamiento de los responsables por los pasados intrincados de violencia.

Pena definida según el grado y la clase de restricción de derechos fundamentales, entre ellos, la pena privativa de la libertad cumplida en centro carcelario como pena específica. Se trata de una formulación que no responde de ninguna manera a un “concepto natural” de justicia (transicional), si no al resultado de un devenir histórico en torno al tratamiento del delincuente en el mundo moderno. Así pues, el debate está dispuesto para proponer, a modo de penas alternativas, penas privativas de la libertad, diferentes de las penas de prisión intramural, tal como se usan hoy en día. Bajo este entendido, una extracción de trabajo comunitario, un comportamiento dirigido a perseguir fines de restauración del tejido social, o la instauración de colonias agrícolas, por ejemplo, no son medidas punitivas que conlleven en sí una situación de impunidad. Sobre este particular no debe pasarse por alto que en el momento histórico de mayor reconocimiento del carácter político de la lucha armada de autodefensas, se buscó fijar penas accesorias a la manera de penas alternativas, en aras de alcanzar la paz.

Los dilemas entre los valores de paz y justicia se patentizan en el debate sobre las medidas y el alcance punitivo mínimo que debe reservarse el Estado para asegurar la prosperidad de cualquier proceso transicional. De este modo, una posición dogmáticamente arraiga sobre la necesidad de la cárcel como pena única y adecuada, además de partir de una argumentación altamente polémica y desvirtuable (cárcel es condición *sine que non* de cualquier manifestación de Justicia), entorpece el cauce de los procesos de paz y el discernimiento de las responsabilidades por un caótico conflicto armado que tiene múltiples causas, reconducibles a la falta de penetración del Estado en los territorios.

Este documento se realizó con el apoyo de:



Publicación realizada en el marco del Proyecto “Apoyo a políticas públicas para la construcción de la paz – Fase I” con apoyo de la AECID en Colombia. Las opiniones expresadas en esta publicación son responsabilidad de CITpax - Colombia y no necesariamente comprometen la posición de la AECID ni de las demás entidades que la auspician.