

Comentarios a la Ley de Alternatividad penal en Colombia desde el derecho internacional

Rodolfo Alfonso Torregrasa Jiménez*

La aprobación de la Ley de Justicia y Paz, por parte del gobierno colombiano ha recibido fuertes críticas, tanto de la comunidad internacional, como dentro del país; llegándose a calificarse por algunos sectores de la opinión como una “Ley de Impunidad”. Lo cual permite retomar una de las reflexiones más fecundas de los países del sur en los últimos años, el de las relaciones entre memoria y olvido en los procesos de transición hacia a la paz.

Según Sánchez¹, las diferentes relaciones entre memoria y olvido, son materia de especial interés hoy en día, en un siglo marcado por las desilusiones del sueño revolucionario y con un telón de fondo del holocausto nazi, una de las mayores barbaries de la humanidad.

¿Pero, se puede olvidar ilimitadamente, renunciando a un mínimo de reparación y de justicia?

Para Sánchez, la respuesta está condicionada en relación con los otros acontecimientos de las estructuras sociales y de poder del presente, es decir de lo que merezca ser olvidado, para vivir sanamente el presente y transformar el futuro².

Así, Sánchez afirma que en Colombia se plantea el olvido recurrente para las memorias subordinadas, es decir, *"para las acciones de los rebeldes derrotados militar y políticamente. Es de este modo que se plantean las amnistías, que vienen a ser pactos de olvido, "memorias prohibidas", nadie reclama un monumento a las víctimas; las dimensiones espaciales y de tiempo de la memoria son suprimidas, pues se impone la visión de los vencedores. De esta manera, la amnistía opera como "política de olvido" o "forma de contra-memoria"*³.

Pero, la contundencia de la voz de las víctimas, que se levanta no para vengarse, sino para que el Estado de derecho condene a quienes asesinaron en el pasado. Con la fuerza de sus argumentos, han propiciado que la justicia penal haya ido cambiando en todo el mundo y que hoy, gracias a la globalización o internacionalización del derecho, ningún criminal esté tranquilo en parte alguna del mundo.

De esta manera, la adopción del Estatuto de Roma es la expresión de un consenso mundial en torno a evitar la impunidad de algunos crímenes atroces. Tal y como lo señaló el tribunal de Nuremberg, *"los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y solamente castigando a los individuos que cometen tales crímenes es que las disposiciones del derecho internacional pueden tener vigencia"*⁴.

* Economista de la Universidad Nacional de Colombia, Magíster en Ciencia Política, Universidad de Los Andes y candidato a Doctor en Sociología Jurídica en la Universidad Externado de Colombia. Se encuentra realizando una especialización en Derecho Penal y estudios de pregrado en Derecho. Es investigador y docente de la Universidad La Gran Colombia y ejerce el cargo de Coordinador de investigaciones de la Facultad de Contaduría. E Mail: rolftor48@hotmail.com

¹ Sánchez, Gonzalo. Guerra, memoria e historia. ICANH. Bogotá. 2003

² Ibíd

³ Ibíd

⁴ Citado por Oscar J. Guerrero. Justicia Penal y Paz. Una mirada al largo camino hacia la conformación del derecho penal internacional contemporáneo. En: El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Ambos, Kai y otro. Universidad Externado de Colombia.

El derecho internacional tradicionalmente ha sido definido como el derecho aplicable a las relaciones entre Estados. Así pues, la razón de ser de los tribunales internacionales ha sido la solución de controversias entre Estados⁵. Sin embargo, en los últimos años, los individuos se han transformado en un elemento central del derecho internacional y se ha reconocido la competencia de los tribunales internacionales para enjuiciarlos.

Antes de Nuremberg, la responsabilidad individual por crímenes internacionales, era determinada de forma exclusiva por instituciones nacionales que ejercían su autoridad soberana. Con posterioridad se consideró, sin embargo, que el Estado que tuviera la custodia del infractor podía enjuiciarlo, independientemente de la nacionalidad de éste o la de sus víctimas, o del lugar donde se hubiera cometido el crimen. Este concepto, ahora conocido como "jurisdicción universal", ha sido aplicado más recientemente al delito de genocidio, a ciertos crímenes de guerra y a crímenes contra la humanidad.

El tribunal de Nuremberg

Nuremberg fue un tribunal *ad hoc* establecido por los aliados tras la Segunda Guerra Mundial. El atroz "holocausto" cometido especialmente por los nazis durante la segunda guerra mundial, contra los judíos y gitanos, llevó a los países aliados a tomar la decisión de no dejarlos en la impunidad, con ese fin se firmó un tratado internacional, que creó un tribunal para juzgar a los responsables de tales crímenes.⁶

En efecto, el 8 de agosto de 1945, los gobiernos de Estados Unidos, Francia, el Reino Unido y la Unión Soviética, suscribieron el Acuerdo de Londres, mediante el cual se creó el Tribunal Militar Internacional, conocido por el nombre de la ciudad alemana en que sesionó y dictó su sentencia como tribunal de Nuremberg. Dicho tribunal tuvo como objeto juzgar y sancionar a los principales criminales de guerra.⁷

Este proceso, para algunos autores, marcó la apertura de una nueva época, respecto al "nuevo" derecho internacional humanitario⁸.

El tribunal de Nuremberg significó un importante avance en la historia de los derechos humanos, pues, *"abrió paso a la idea de que hay derechos universales del hombre que ningún gobierno puede pisar libremente, sea en tiempos de guerra o de paz, sea en contra de sus propios ciudadanos o los de otra nación"*⁹.

Del mismo modo, el tribunal de Nuremberg definió claramente los crímenes contra la humanidad, puso en relación este concepto con el de derechos humanos y creó las condiciones en el derecho penal para que los criminales de derechos humanos pudiesen ser juzgados sobre un fundamento jurídico preciso.

⁵ En el artículo precitado de Guerrero, el autor da una bibliografía sobre la literatura de los últimos cinco años respecto al derecho penal internacional.

⁶ Vargas, Clara I. Colombia y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Ed. Temis. 2004.

⁷ *Ibid*

⁸ En el artículo antes citado de Guerrero, se examina exhaustivamente los alcances del llamado "Proceso de Nuremberg".

⁹ Huhle, Rainer. De Nuremberg a La Haya. Los crímenes de derechos humanos ante la justicia, problemas, avances y perspectivas. Centro de derechos humanos de Nuremberg. 2001.

Este tribunal, evidenció, de un lado, los precedentes para el desarrollo del derecho internacional humanitario, condicionado a “las normas sobre las que se constituyó el Tribunal, y a la definición de los crímenes que se declararon dentro de su jurisdicción”¹⁰.

Entre los principales legados del tribunal de Nuremberg están: a. Definió los “crímenes contra la humanidad” con independencia de situaciones de guerra; b. Extendió el principio de responsabilidad individual y la obligación de perseguir, y c. Creó las instancias adecuadas para sancionar a nivel internacional, estos crímenes¹¹.

El papel de la ONU

A partir de Nuremberg, las Naciones Unidas han tenido un papel preponderante en el establecimiento de instituciones internacionales destinadas a determinar las responsabilidades penales. Los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia (TPIY)¹² y para Rwanda (TPIR) fueron establecidos por el Consejo de Seguridad para sancionar las violaciones del derecho internacional cometidas durante el conflicto en la ex Yugoslavia y el genocidio en Rwanda de los años 1990.

La ONU también administra el sistema nacional de justicia penal de Kosovo. Recientemente, Sierra Leona y la ONU han acordado establecer una Corte Especial para enjuiciar las violaciones del derecho internacional y del derecho interno cometidas durante el reciente conflicto en ese país.

La Corte Penal Internacional (CPI)

El establecimiento de una Corte Penal Internacional (CPI), tardó más de cuarenta años en cristalizarse, a partir de la creación de las Naciones Unidas.

Así, la Asamblea General de las Naciones Unidas creó el 21 de noviembre de 1947, la Comisión de Derecho Internacional (CDI), con el fin de promover el desarrollo del derecho internacional y su codificación.

Posteriormente, después de una compleja labor de muchos años, se logró elaborar un estatuto para la Corte Penal Internacional, el cual entró en vigor internacional el 1º de julio de 2002, después de ser aprobado el 17 de julio de 1998, en Roma. Dicho estatuto comienza con la exposición de un preámbulo que repite la determinación de la Conferencia de “*poner fin a la impunidad (...) y así contribuir a la prevención de nuevos crímenes*”.¹³

Justicia y verdad

De otro lado, está el problema de la función social y política del castigo en el contexto de la protección de los derechos humanos. “la justicia es un derecho humano”, pero, también, es una cuestión del reconocimiento de los sufrimientos de las víctimas. Además, está el problema de la venganza.

¹⁰ Huhle, op. Cit.,

¹¹ Véase, la obra citada de Clara Inés Vargas, Colombia y el Estatuto de y el artículo de Guerrero ya citado.

¹² Véase, el artículo de Ambos, “Defensa penal ante el tribunal de la ONU para la ex Yugoslavia. En: El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Ambos, Kai y Guerrero, Oscar, comps. Universidad Externado de Colombia. 1999.

¹³ Prefacio del “Estatuto de Roma”, compiladores Kai Ambos y Oscar Guerrero. Universidad Externado de Colombia. 1999.

La justicia como subsistema de la sociedad reemplaza al ejercicio de la venganza. Ya que, si la verdad es solo para la historia, hace sentir el dolor de la injusticia aún más. En este sentido, el problema del castigo, del perdón y de la reconciliación, de ninguna manera es un problema privado entre víctimas y victimarios. Lo que se ha violado, no solamente es el alma y el cuerpo de la víctima, son los derechos de todos nosotros que se violan en el individuo violado¹⁴.

De esta manera, encontrar la verdad es una función esencial del sistema judicial. Ante las cortes, la búsqueda de la verdad se da necesariamente en el marco de la búsqueda de la justicia. Para encontrar estas verdades surgieron, las “Comisiones de Verdad y Reconciliación” (CVR).¹⁵

Las Comisiones de Verdad y Reconciliación (CVR)

Estas CVR, dan *“testimonio del éxito encontrado por esta modalidad de salida de la memoria de la violencia. Se espera de ellas que contribuyan a la reconstrucción del pasado por estas sociedades que tratan de salir de la violencia. Ellas aparecen, pues, como un factor posible de consolidación del régimen democrático”*¹⁶.

Las características y el funcionamiento de las CVR no son dissociables del contexto político en el cual están instaladas. El compromiso político que ha hecho posible el paso hacia la democracia, así como los límites del derecho positivo impone casi siempre la interrupción del curso normal de la justicia.

Las CVR tienen como contexto una política de salida de la violencia fundada sobre el principio de la limitación o de la interrupción del curso normal de la justicia penal; cuando son establecidas, los responsables de la violencia política son rara vez objeto de demandas judiciales sistemáticas. Es decir, cualquiera que sea la forma de amnistía, el principio por lo general adoptado quiere que las víctimas no puedan tener acceso a los tribunales, ya que los responsables de la violencia de estado detentan a menudo un poder suficiente como para imponer a los gobiernos democráticos a la renuncia de los procesos judiciales¹⁷.

Así, según Lefranc, *“la primera misión de la CVR es proponer una lección de historia al mismo tiempo que llegar a un veredicto judicial de sustitución sobre la suerte de las víctimas: establecer un encadenamiento verosímil de los hechos a la escala de la historia del país, es decir lo que ha sucedido con los muertos y los desaparecidos de tal manera que sea posible a sus familiares al menos efectuar el trabajo de duelo”*¹⁸.

La CVR trata de imbricar diferentes formas de verdad: una verdad legal o factual, una verdad personal y narrativa, una verdad social y una verdad restauradora y curativa. La concepción de la verdad y de su alcance social que subyace en el trabajo de la CVR sería, pues particularmente adaptada a situaciones que exigen una redefinición radical de las condiciones de la coexistencia en un marco democrático.

¹⁴ Huhle, op. Cit.,

¹⁵ Ibid

¹⁶ Lefranc, Sandrine, Políticas del perdón. PUV publicaciones. Madrid. 2004.

¹⁷ Ibid

¹⁸ Ibid

Pero, estas comisiones de verdad dejan un problema sin resolver: la separación entre verdad y justicia, llegando a ser aun más visible y más sentida la falta de justicia.

Venganza e impunidad

La sistematización de una política reparadora no garantiza una salida a la violencia, ya que la práctica de las reparaciones supone una lectura específica del pasado: La violencia de Estado se ve reducida a un proceso de victimización. Así mismo, toda calificación de la violencia implica, de manera explícita o implícita, una evaluación de su legitimidad.

Puesto que la impunidad fomenta la venganza, exalta a los victimarios y humilla a las víctimas, atribuye responsabilidades colectivas y no individuales, e impide la reconciliación y la paz. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en lo que constituye la doctrina internacional aplicable, ha definido la impunidad como *“la imposibilidad de hecho o de derecho para llevar a los perpetradores de violaciones de los derechos humanos a la justicia, mediante procedimientos penales, civiles, administrativos o disciplinarios, puesto que no están sometidos a ninguna investigación que conduzca a su acusación, arresto, juzgamiento y condena”*.

La misma autoridad internacional añade que la superación de la impunidad depende del reconocimiento efectivo de los tres derechos de las víctimas: el derecho a la verdad y a la memoria, el derecho a la justicia o al castigo, y el derecho a la reparación.

El problema del castigo, del perdón y de la reconciliación, de ninguna manera es un problema privado entre víctimas y victimarios. *“El delincuente es llevado a la corte penal, no porque ha dañado a determinadas personas, tal como es el caso de la, justicia civil, sino porque su delito pone en peligro la comunidad como entidad entera,”* (...) ¹⁹

Colombia: verdad, justicia y reparación

Muchos diagnósticos de la crisis colombiana señalan la precariedad del Estado como uno de los ejes críticos, pero donde no hay coincidencia es en las consecuencias que se derivan de esta hipótesis, e incluso se han convertido en un argumento para justificar el autoritarismo y las razones de Estado.

Desde una perspectiva democrática, el problema radica en reconocer que dada la profundidad histórica y social del conflicto, la única manera viable y deseable de reconstrucción de la institucionalidad es la construcción de nuevos acuerdos o consensos nacionales en relación con los problemas ya identificados en las agendas de paz.

Así, el gobierno tiene que desarrollar un marco legal y una estrategia política que propicien la desmovilización colectiva de todos los grupos armados.

Pero ¿qué marco jurídico de verdad, justicia y reparación requieren la paz y la reconciliación? A partir del 5 de marzo de 2005 se comenzó a discutir durante las sesiones extraordinarias del Congreso de la República, las propuestas de proyectos de ley que pretenden establecer el marco jurídico para la desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) ²⁰.

¹⁹ Arendt, Hannah. Citado por Rainer Huhle, op. cit

²⁰ El gobierno radicó el 3 de marzo de 2005, el pliego de modificaciones al proyecto de Ley No. 211/05 Senado –293/05 Cámara, al cual se le acumulan los proyectos de Ley No. 180/04 Senado –288/05 Cámara, 207/05

La garantía de los principios de verdad, justicia y reparación es inherente a un proceso de paz con perspectiva de éxito. El Estado colombiano, en consecuencia, deberá adoptar las medidas pertinentes para que las víctimas puedan ser satisfechas individual y colectivamente, tal como lo establecen los compromisos asumidos por Colombia en materia de derecho internacional.

Proyecto de Alternatividad Penal

En este contexto, la Ley de Alternatividad Penal de la administración del presidente Álvaro Uribe Vélez, constituye una propuesta que no sólo no contribuye a la solución civilizada del conflicto armado interno, sino que también puede generar un nuevo ciclo de barbarie e impunidad, de venganza y violencia, en el país.

El proyecto de Alternatividad Penal pareciera tener el propósito, en últimas, de ofrecer penas “alternativas” o no carcelarias a los opositores armados del Estado, distintos de los movimientos guerrilleros, a condición de que se desmovilicen y realicen algunas prestaciones menores en favor de las víctimas, “la superación del conflicto y el logro de la paz”.

Del mismo modo, para el derecho contemporáneo, la amnistía es impunidad y sólo se justifica por razones pragmáticas. La historia de Colombia es rica en experiencias de delincuentes con motivaciones políticas. Peor aún, la búsqueda de un marco jurídico para la desmovilización de los grupos de autodefensas, plantea un viraje histórico al manejo del tema del “delito político”.

Considerados como simples delincuentes sin estatus político, el gobierno de Barco emprendió una guerra abierta y frontal en contra de los paramilitares. Barco expidió el Estatuto para la Defensa de la Democracia, con el fin de enfrentar los grupos de justicia privada. Posteriormente, en el gobierno de Gaviria se expidió el Estatuto para la Defensa de la Justicia, para enfrentar a guerrillas y paramilitares. En el gobierno de Samper, se expidió el Decreto 2895 de 1997 para enfrentar las autodefensas; fue en 1997, que la Corte Constitucional decidió suprimir la conexidad del delito político. Hasta entonces, los procesos de paz con grupos armados ilegales terminaban en indulto y amnistía para los casos de rebelión, sedición y asonada, y delitos conexos, es decir, aquellas figuras delictivas que como el homicidio o el porte ilegal de armas, habían sido utilizadas como medios para la insurgencia política.

En el año 2002, la expedición de la Ley 782 que prorrogó la Ley 418 de orden público, planteó prácticamente la desaparición del reconocimiento de estatus político para los grupos al margen de la ley. Dicha Ley derogó el artículo 127 del código penal que excluía de pena a “los hechos punibles cometidos en combate”. Con el fallo de la Corte Constitucional, cobraron autonomía los delitos cometidos en combate, se acabó con el estatus del “rebelde violento” y prácticamente se expulsó el delito político del ámbito jurídico.

Con su proyecto de Alternatividad Penal, el gobierno de Uribe sale al rescate del estatus de delito político para las autodefensas. Para ello, en el artículo 64 de dicho proyecto, propone adicionar al artículo 468 del Código Penal, el siguiente inciso: *“También incurrirá en el delito de sedición quien conforme o haga parte de grupos de autodefensas cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. En este caso, la pena será la misma prevista para el delito de rebelión”*.

Pero eso no es todo, dicho artículo 64 tiene que ver con el artículo 10, del mismo proyecto, que plantea la conexidad del delito político con el narcotráfico. Se trata de darles a los paramilitares, un estatus político permanente y generarles de paso, unas condiciones que, de mantenerse ligadas con la conexidad, podrían servir de salida a la extradición.

Pero, el problema de esta Ley de Alternatividad penal está en que el 5 de agosto de 2002, al ratificar el Estatuto de la Corte Penal Internacional, el Estado colombiano se acogió a la excepción prevista en el artículo 124 de dicho estatuto con el fin de sustraer de la jurisdicción complementaria del nuevo tribunal criminal global, los crímenes de guerra perpetrados por nacionales colombianos o en territorio colombiano entre 2002 y 2009.

De este modo, por una parte, la Ley de Alternatividad Penal limita sus beneficios o subrogados penales a los crímenes de guerra imputables a los miembros de los grupos paramilitares; y, por otra parte, la ratificación del Estatuto de Roma se ha hecho de tal modo que Colombia se reserva durante siete años la persecución judicial exclusiva de los crímenes de guerra de sus nacionales o en su territorio, lo cual significa que, ante la comunidad internacional, el Estado asume el compromiso formal de no dejar tales conductas delictivas en la impunidad en que han permanecido hasta ahora entre nosotros²¹.

Es decir, el gobierno colombiano pone a discreción presidencial toda sanción penal propiamente dicha para los crímenes de guerra y de lesa humanidad de que son presuntos responsables los militantes de tales organizaciones, reduce la reparación de las víctimas a gestos simbólicos y delega gran parte del restablecimiento de verdad, justicia y reparación en una débil Comisión de Verificación, cuya composición y funciones, quedan también confiadas a la discreción presidencial²².

Peor aún, la iniciativa en cuestión desconoce que, según el derecho internacional de los derechos humanos, las amnistías generales o indiscriminadas, al igual que las amnistías por crímenes imprescriptibles, como el genocidio y los delitos de lesa humanidad, son inconsistentes con la obligación fundamental de garantizar las libertades básicas mediante la administración de justicia que incumbe a todo Estado miembro de la comunidad de los pueblos civilizados²³. Así lo confirman hoy tanto la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuanto el derecho internacional humanitario en los artículos 51, 52, 131 y 148 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, los cuales disponen también que amnistiar crímenes de guerra constituye delito contra el derecho de gentes.

Por último, conviene recordar que la estrategia de perdón y olvido del actual gobierno colombiano podría dar pie a la actuación de la Corte Penal Internacional puesto que, según el artículo 17 (2) (a) del Estatuto de Roma, el nuevo tribunal tiene competencia para asumir casos de personas enjuiciadas en el fuero interno cuando “la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte”.

²¹ Villa, Hernando, tomado de internet

²² Ibid

²³ B. Broomhall, *International justice and the International Criminal Court: Between sovereignty and the rule of law*, Oxford University Press, New York, 2003, pp. 93-102.

Bibliografía

Kai AMBOS, *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*, Ed. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2004.

Kai AMBOS y Oscar GUERRERO, compiladores, *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

Bruce BROOMHALL, *International justice and the International Criminal Court: Between sovereignty and the rule of law*, Oxford University Press, New York, 2003

Comisión de Estudios sobre la Violencia, Colombia: *violencia y democracia*, Universidad Nacional de Colombia, 1a ed. Bogotá, 1987; 4a ed, 1995.

Lawrence DOUGLAS, *The memory of judgment: Making law and history in the trials of the Holocaust*, Yale University Press, New Haven, 2001

Roy GUTMAN y David RIEFF (eds.), *Crímenes de guerra: Lo que debemos saber*, Debate, Barcelona, 2003

Priscilla HAYNER, *Unspeakable truths: Confronting state terror and atrocity*, Routledge, New York, 2001

Carla HESSE & Robert POST (eds.), *Human rights in political transitions: Gettysburg to Bosnia*, Zone Books, New York, 1999

Rainer HUHLE, *De Nuremberg a La Haya. Los crímenes de derechos humanos ante la justicia, problemas, avances y perspectivas*. Tomado de [http:// www.derecho.org/koaga](http://www.derecho.org/koaga).

Sandrine LEFRANC, *Políticas del perdón*. PUV publicaciones. Madrid. 2004.

Primo LEVI, *Trilogía de Auschwitz [Si esto es un hombre, La tregua y Los hundidos y los salvados]*, Muchnik Editores, Barcelona, 1985

Martha MINOW, *Between vengeance and forgiveness: Facing history after genocide and mass violence*, Beacon Press, Boston, 1998

Carlos Santiago NINO, *Radical evil on trial*, Yale University Press, New Haven, 1996

Iván OROZCO ABAD, “La pos[t]guerra colombiana: Divagaciones sobre la venganza, la justicia y la reconciliación”, *Análisis político*, No. 46, Bogotá, agosto de 2002

Gonzalo SANCHEZ, *Guerras, memoria e historia*. ICANH. Bogotá. 2003

Natalia SPRINGER, *Sobre la verdad en los tiempos del miedo: Del establecimiento de una Comisión de la Verdad en Colombia y los desafíos de la justicia restaurativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002

Tzvetan TODOROV, *Los abusos de la memoria*, Ediciones Paidós, Barcelona, 2000

Hernando VALENCIA VILLA, *Diccionario de derechos humanos*, Espasa Calpe, Madrid, 2003

Hernando VALENCIA VILLA, *Alternatividad Penal y justicia judicial en Colombia*. Ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre Experiencias de Alternatividad Penal en Procesos de Paz, organizado por la escuela de Cultura de Paz de la Universidad Autónoma de Barcelona en febrero 27 y 28 de 2004. Tomado de Internet. 2004

Clara Inés VARGAS, *Colombia y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Ed. Temis. Bogotá. 2004