

COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL
31 de marzo de 2012

INFORME FINAL
Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION GENERAL	4
a. Antecedentes de la Comisión.	4
b. Independencia académica, pluralismo y metodología de trabajo de la Comisión	5
c. Otras labores de la Comisión	6
d. La estructura y la lógica del presente documento.	7
e. El espíritu de estos lineamientos	10
PRIMERA PARTE: EL DIAGNÓSTICO	11
CAPITULO I	12
EL MARCO NORMATIVO: LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y DE DERECHOS HUMANOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL	12
a. Principios constitucionales sustantivos del derecho penal o garantías penales que encuadran la “criminalización primaria”.	13
b. Principios constitucionales procesales del derecho penal o garantías procesales que enmarcan la criminalización secundaria.	17
c. Principios constitucionales sobre la ejecución de la pena o la “criminalización terciaria”	20
d. Principios transversales de derechos humanos y de racionalidad de las políticas públicas que son relevantes en materia de política criminal.	21
CAPÍTULO II	24
ELEMENTOS DE DIAGNÓSTICO EMPÍRICO: UNA CARACTERIZACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL Y DE LA CRIMINALIDAD EN COLOMBIA	24
a. La realidad de la “criminalización primaria”: el diseño y formulación de la política criminal en Colombia.	24
1. Una política criminal reactiva, sin adecuada fundamentación empírica, con incoherencias y falta de perspectiva clara de derechos humanos.	24
2. Una tendencia al endurecimiento punitivo, que parece expresión de formas de “populismo punitivo”.	29
3. Una política criminal poco reflexiva frente a los particulares desafíos del contexto colombiano.	36
4. La tendencia a la subordinación de la política criminal por la política de seguridad.	39
5. Esfuerzos recientes por formular una política criminal más estable y consistente.	40
6. Las debilidades institucionales en la formulación de la política criminal como un factor explicativo importante de su debilidad, volatilidad e incoherencia	44
b. La realidad de la criminalización “secundaria” y “terciaria”: diagnóstico básico sobre el proceso penal y el sistema carcelario y penitenciario.	48
1. Algunas tesis básicas sobre la investigación criminal y el proceso penal colombiano	48
2. La crisis permanente del sistema carcelario y penitenciario (de ahora en adelante SCP).	57
c. Una mirada a las dinámicas de violencia y criminalidad en Colombia.	58
1. Debilitamiento de los grupos insurgentes	59
2. Del paramilitarismo a la atomización del crimen organizado	62
3. Reducción del narcotráfico	68
4. Futuros negocios ilegales	73
5. Criminalidad común difusa	74
6. Escenarios actuales de criminalidad en Colombia	75
SEGUNDA PARTE: LINEAMIENTOS Y RECOMENDACIONES	77

CAPITULO III	78
LAS BASES GENERALES PARA UNA POLÍTICA CRIMINAL DE ESTADO: LINEAMIENTOS SUSTANTIVOS Y DISEÑOS INSTITUCIONALES	78
a. La política criminal y el respeto de los principios penales constitucionales y de derechos humanos.	78
b. La importancia de la idea del derecho penal como ratio última de protección de bienes jurídicos en la política criminal.	79
1. La prevención en serio.	79
2. Las medidas alternativas a las penas privativas de la libertad y el enfrentamiento de la crisis del sistema carcelario y penitenciario (SCP).	80
3. Víctimas, política criminal y principio de última ratio.	86
4. Las potencialidades de la justicia restaurativa	88
c. La importancia del principio de no discriminación y de los enfoques diferenciales.	89
d. Política criminal y género.	90
1. Elementos básicos de una perspectiva de género en la política criminal.	90
2. Política criminal, derecho penal y violencia sexual.	93
3. Política criminal y aborto.	95
e. La necesidad de una política criminal estable, coherente, fundamentada empíricamente y evaluada sistemáticamente.	98
f. Las necesarias reformas normativas, de sistemas de información e institucionales para mejorar la formulación de la política criminal	102
g. Algunas recomendaciones frente a la llamada “criminalización secundaria”: recomendaciones básicas de investigación criminal y el problema del fuero militar..	107
1. Algunas reflexiones y recomendaciones sobre fuero militar.	107
2. Algunas consideraciones y recomendaciones básicas sobre investigación criminal.	111
CAPITULO IV	112
ALGUNOS DESAFÍOS Y TEMAS ESTRATEGICOS PARA LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO COLOMBIANO	112
a. Sobre la relación entre políticas de seguridad y criminal.	113
b. Sobre la política criminal en materia de justicia transicional.	115
c. Corrupción	124
d. Sobre la delincuencia económica y su incidencia en la política criminal.	126
e. Sobre la política de drogas y su incidencia en la política criminal.	127
f. Sobre el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente y la política criminal.	130

INTRODUCCION GENERAL

a. Antecedentes de la Comisión.

1. Con la Resolución No. 0286 del 15 de febrero de 2.011¹ el entonces Ministro del Interior y de Justicia, Germán Vargas Lleras, creó la “Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Estado colombiano” (de ahora en adelante la Comisión) con el propósito de apoyar la formulación de la política criminal del país y realizar recomendaciones al Gobierno Nacional en torno a ella. Su función esencial era entonces elaborar una propuesta de lineamientos de política criminal. Además, la Comisión debía realizar, en la medida en que el Gobierno o el Consejo de Política Criminal se lo solicitaran, otras tareas como i) evaluar y estudiar la normatividad existente en materia de política criminal; ii) analizar las iniciativas académicas que se formulen sobre la materia; iii) elaborar documentos para el diseño de la Política Criminal colombiana; y iv) realizar consultas con las entidades estatales, universidades, asociaciones de abogados y abogadas, y las personas u organismos que la Comisión considerara pertinentes, sobre las reformas que sugieran deben introducirse.²

La Comisión inicialmente fue integrada por el Ministro del Interior y de Justicia y el Viceministro de Justicia y del Derecho como miembros por derecho propio, y Farid Benavides Vanegas; Iván González Amado quien fue designado como Presidente; Iván Orozco Abad; Yesid Reyes Alvarado, Vicepresidente; Camilo Sampedro Arrubla y Rodrigo Uprimny Yepes, con una Secretaría Técnica ejercida por la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio del Interior y de Justicia, oficina a cargo de la abogada Giovanna Vanesa Prieto Cubillos.

La Comisión comenzó sus trabajos en el mes de febrero de 2011 y partir del mes de marzo contó con la invaluable colaboración de Julissa Mantilla Falcón, quien asistió a las reuniones con el carácter de invitada experta en temas de género y quien entró a formar parte posteriormente de la Comisión

Con la Resolución No. 0451 del 3 de marzo de 2011, se nombró como nuevos miembros de la Comisión a Fernando Velásquez Velásquez, quien renunció a la misma de forma irrevocable el 17 de noviembre de 2011, y a Carlos Guillermo Castro Cuenca, quien también renunció a la Comisión en el mes de diciembre de 2011, por haber sido designado como Magistrado Auxiliar en la Corte Constitucional, quienes infortunadamente no tomaron parte en las discusiones finales, aun cuando hicieron importantes aportes durante su permanencia y presentaron las ponencias que les correspondían.

Posteriormente, por recomendación de los integrantes de la Comisión y con el fin de fortalecer su diversidad y su perspectiva interdisciplinaria, se amplió el número de

¹Esta Resolución fue reformada a través de las Resoluciones Nos. 0451 del 3 de marzo de 2011 y 038 del 15 de septiembre del mismo año, expedida esta última por el Ministro de Justicia y del Derecho Doctor Juan Carlos Esguerra Portocarrero.

² Artículo 1 de la Resolución No. 0286 de febrero de 2011.

miembros al incorporar formalmente a la Comisión a María Victoria Llorente; Julissa Mantilla Falcón; Mariana Martínez Cuéllar, Daniel Mejía Londoño y Julio Andrés Sampredo Arrubla. También se designó como relator de la Comisión al señor Carlos Augusto Gálvez Bermúdez, quien de tiempo atrás venía desempeñando esta labor por encargo de los comisionados y las comisionadas.

b. Independencia académica, pluralismo y metodología de trabajo de la Comisión

2. Desde el inicio de sus labores, el Ministro del Interior y de Justicia, Germán Vargas Lleras, apoyó la propuesta que, tras su instalación, le fue presentada por la Comisión como base de los trabajos que debería emprender, y recalcó la naturaleza independiente y técnica de la labor encomendada, condiciones que fueron avaladas también por el Ministro de Justicia y del Derecho, Juan Carlos Esguerra Portocarrero. La Comisión entendió entonces que, a pesar de ser una entidad puntualmente asesora del gobierno y del Estado, sus labores debían ser desarrolladas con plena autonomía e independencia académicas. Por eso las conclusiones a las que ha llegado comprometen exclusivamente a sus integrantes académicos.

3. De conformidad con el mandato recibido por la Comisión, en las primeras sesiones se estableció que la finalidad de apoyar la formulación de la política criminal del país y dar recomendaciones al Gobierno Nacional al respecto, debería cumplirse a través de la elaboración de una propuesta de “Lineamientos generales de política criminal del Estado colombiano”, teniendo en cuenta que no existen suficientes elementos empíricos que permitan la confección de una política criminal integral, en lo que se deberá trabajar con posterioridad a la entrega de este documento que, efectivamente, contiene recomendaciones de política criminal, como política pública.

Los trabajos de la Comisión se organizaron a través de la realización de ponencias individuales, repartidas por temas según la especialidad de sus integrantes, con la finalidad de ser presentadas ante el plenario y ser debatidas allí, con el objetivo de unificar conceptos y definir sus contenidos.

Conscientes de la imposibilidad de abarcar en un primer momento todos los temas que se quisieran y debieran trabajar en un país en el que los estudios de política criminal no han respondido a las necesidades de su configuración, la Comisión se centró en los siguientes aspectos: i) los condicionamientos constitucionales de la política criminal; ii) la arquitectura institucional a través de la cual se pueden implementar las medidas de la política pública frente al delito; iii) las relaciones entre seguridad ciudadana y política criminal; iv) las pautas de política criminal a seguir en el marco de la justicia transicional; v) los fines y funciones de la pena que sean compatibles con la política criminal de acuerdo con el marco constitucional; vi) las alternativas a la privación de la libertad como medida cautelar y como pena; vii) la situación de la política criminal reflejada en la legislación penal y procesal penal vigentes; viii) la incorporación de una perspectiva de género y de derechos de las mujeres a la política criminal; ix) la incidencia de la perspectiva de las víctimas del delito en la política criminal; x) la justicia restaurativa como elemento de la política criminal del Estado; xi) el análisis del sistema de responsabilidad penal del adolescente frente a las condiciones de la política criminal; finalmente abordó fenómenos delincuenciales de particular relevancia para la

política criminal en Colombia, como xii) la corrupción, xiii), la delincuencia económica y xiv) el narcotráfico.

4. La Comisión consultó a algunas instituciones públicas y privadas que pudieran aportar opiniones en relación con los temas escogidos, y revisó una amplia bibliografía y fuentes estadísticas. Los documentos e informaciones que a partir de la consulta elaboraron o brindaron algunas entidades, fueron sometidos a debate y se tomaron como importantes insumos para la confección del documento final que hoy se presenta.

Durante más de doce meses, en numerosas sesiones, la Comisión analizó las ponencias y los documentos e informaciones a su disposición. Los trabajos individuales de los comisionados y comisionadas, y las discusiones colectivas permitieron a la Comisión llegar a unos consensos básicos, que son el fundamento de las recomendaciones y lineamientos de política criminal que se presentan al Gobierno Nacional como producto final.

5. La dinámica de trabajo que empleó la Comisión significó el reconocimiento a la pluralidad de pensamiento de sus integrantes y de conformación de los principios esenciales en los que se basan los lineamientos de política criminal del Estado colombiano. Por esta razón, cuando se emprenda el estudio de éstos, quien lo haga debería en lo posible consultar no solamente las ponencias individuales presentadas por los integrantes de la Comisión, sino también el contenido de las actas de las sesiones, que se ponen a su disposición como anexos de este documento principal.

Las ponencias individuales proceden, entonces, de fuentes distintas y por ello carecen de un único estilo. La Comisión, en un espíritu pluralista, prefirió preservar ese estilo personal de los textos individuales, los cuales también se encuentran incorporados a un anexo de este informe. De la misma forma, al texto de las actas de las sesiones de discusión y análisis se prefirió no hacerle ajustes buscando una mejor presentación, sino conservar el lenguaje coloquial que se utilizó en las reuniones, gracias al buen entendimiento entre los integrantes de la Comisión y a la dinámica libre propia de este tipo de metodología, que permite un intercambio de opiniones más fluido.

c. Otras labores de la Comisión

6. Durante el período de su mandato, la Comisión fue invitada a participar en algunas sesiones del Consejo Superior de Política Criminal. En ellas se hizo la presentación del proyecto “Lineamientos generales de política criminal del Estado” y se emitieron conceptos sobre los temas consultados.

En particular, la Comisión se pronunció negativamente ante el Consejo Superior de Política Criminal, y fuera de él, sobre los proyectos de Acto Legislativo relacionados con la iniciativa de imponer cadena perpetua a los autores de ciertos delitos contra menores de edad; la modificación del artículo 11 de la Constitución Política, y la posibilidad del ejercicio de la acción penal por particulares; de la misma forma, expresó su opinión sobre varios proyectos de ley, entre los que se destacan el de imprescriptibilidad de la acción penal para los crímenes de guerra y de lesa humanidad y el de penalización de la conducción de vehículos automotores bajo intoxicación alcohólica o de drogas estupefacientes.

d. La estructura y la lógica del presente documento.

7. Para comprender la manera como está estructurado este informe, es necesario tomar en cuenta el concepto de política criminal que la Comisión adoptó para el desarrollo de sus funciones.

8. No existe una noción comúnmente aceptada de política criminal pues distintos autores sostienen diversas aproximaciones a la misma. A pesar de esos debates, la Comisión tomó como punto de partida la definición que ha elaborado la Corte Constitucional sobre política criminal pues no sólo ésta tiene la virtud de provenir del juez constitucional, lo cual le confiere cierta relevancia jurídica, sino que, además, es una noción amplia y comprensiva, que es un buen punto de partida para la elaboración de una política criminal consistente y de largo aliento. Así, en la sentencia C-646 de 2001, que tiene el interés de ser la decisión en donde la Corte aborda en forma relativamente sistemática el marco constitucional de la política criminal, ese tribunal definió la política criminal en unos términos que ha reiterado en otras ocasiones. Dijo entonces la Corte:

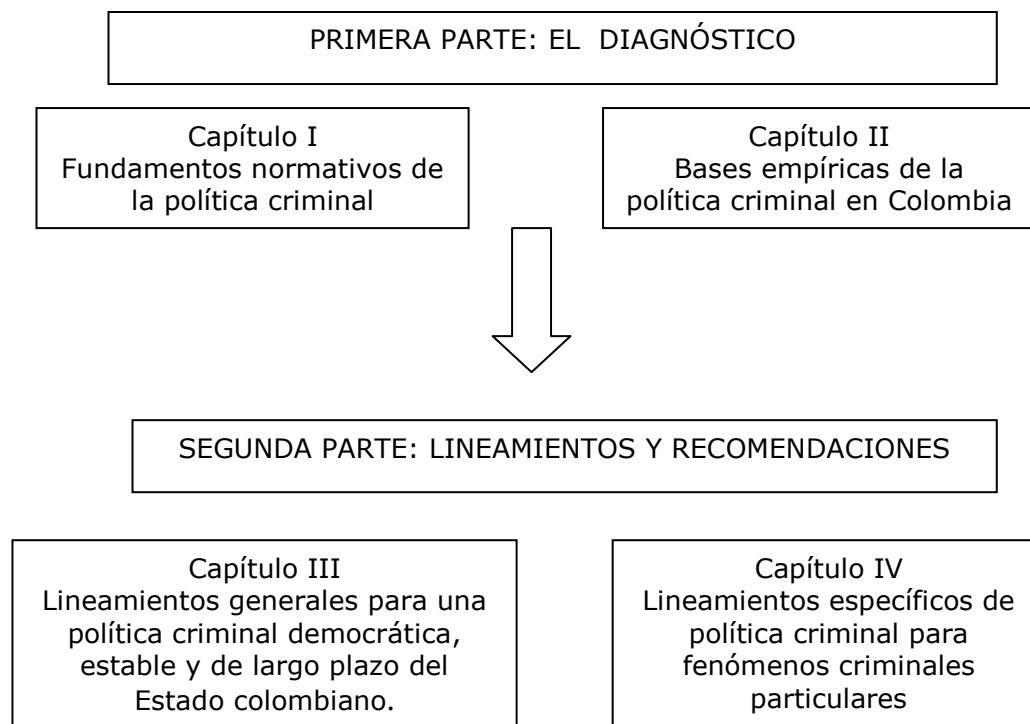
“Es ésta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito(cita suprimida). También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica.”

Esta noción de política criminal es amplia pues no la reduce al ámbito penal; la Corte incluye tanto los aspectos analíticos sobre las causas de la llamada criminalidad, como la forma como deben ser sancionados los delitos, los bienes jurídicos que deben ser tutelados y los instrumentos que deben ser utilizados para concretar las orientaciones fundamentales contenidas en dicha política. Obviamente el recurso al derecho penal sigue siendo el elemento distintivo de la política criminal, que la diferencia de otras políticas vecinas como las políticas de seguridad. Con todo, la Comisión considera que esta visión amplia de la política criminal es importante pues, sin disolverla en la política social o confundirla con las políticas de seguridad, evita reducir la política criminal a la política represiva penal, lo cual a su vez es un mecanismo importante para evitar las

tendencias excesivamente punitivistas, lo cual preserva la idea del derecho penal como *ultima ratio*, al mostrar que en muchas ocasiones, la mejor política criminal no es la política penal sino el recurso a otros instrumentos de política pública.

9. La anterior concepción de la política criminal explica la estructura y lógica del presente informe. Es claro que toda política criminal de un Estado social de derecho, como lo es Colombia, está fuertemente condicionada normativamente pues debe respetar un conjunto de principios y derechos consagrados no sólo en la Constitución sino también en los tratados de derechos humanos ratificados por nuestro país. Era pues natural que la Comisión tuviera en cuenta ese marco normativo y por ello el capítulo I recuerda los principios normativos que enmarcan la política criminal. Ahora bien, una buena política criminal debe no sólo respetar ese marco normativo sino que debe estar sólidamente fundada en la realidad particular de la sociedad específica para la cual es elaborada. No puede ser igual la política criminal para un Estado en paz y que controla integralmente su territorio, como pueden ser los países europeos o incluso Chile en América Latina, que la política criminal para sociedades como la colombiana, en donde, entre otras cosas, persiste un conflicto armado cruel y de larga duración, el Estado no controla integralmente todo el territorio, y existen fenómenos de violencia intensos y amenazas graves de criminalidad organizada. La Comisión consideró entonces que era necesario tomar en cuenta esas particularidades de la realidad colombiana y por ello el capítulo II de este informe presenta la realidad de la política criminal y de los fenómenos de criminalidad en Colombia. Estos dos primeros capítulos conforman la primera parte del documento, que es el diagnóstico del problema pues se precisa el marco normativo de la política criminal (capítulo I) y se adelantan algunas consideraciones básicas sobre la realidad de la política criminal y la criminalidad en Colombia. (capítulo II). Esta primera parte de diagnóstico fue entonces la base para que la Comisión realizara recomendaciones y lineamientos de política criminal que estuvieran al mismo tiempo enmarcadas normativamente y sustentadas empíricamente. La segunda parte del documento presenta entonces esos lineamientos, para lo cual la Comisión consideró que era útil distinguir entre aquellas recomendaciones que hacen parte de lo que podría denominarse una política criminal estable y de largo plazo del Estado colombiano, como los relativos a su institucionalidad u orientaciones generales, y aquellas recomendaciones referidas a elementos temáticos específicos, o fenómenos criminales particulares. Por ello el capítulo III presenta las bases generales para una política criminal de Estado, de largo plazo, que sea democrática, garantista y al mismo tiempo eficaz, mientras que el capítulo IV desarrolla algunos componentes específicos o temas particulares de la política criminal, que se relacionan con fenómenos criminales específicos o poblaciones específicas.

El siguiente esquema gráfico resume entonces la estructura y lógica del presente documento:



e. El espíritu de estos lineamientos

10. Vale resaltar una consideración que la Comisión tuvo presente durante el desarrollo de su trabajo: La política criminal como política pública es dinámica y variable, en tanto responde a necesidades sociales y políticas del país en un momento determinado, y depende de quién tiene la facultad de formularla. Ello obligó a la reflexión sobre la estabilidad de las recomendaciones y lineamientos que se propusieran y sobre su carácter vinculante, en caso de ser acogidos. En este escenario se pensó en buscar el mecanismo idóneo para, por un lado, lograr la estabilidad de los lineamientos propuestos y, por otro, asumir el compromiso institucional de someter a sus términos y contenidos, cualquier propuesta, legislativa o no, relacionada con el sistema penal.

Es importante relevar que los documentos que aquí se entregan no constituyen la política criminal del Estado colombiano, sino que pretenden ser apenas una propuesta inicial para su construcción; solo son guías a considerar en la implementación de la política criminal que, a partir de aquí, se construya para Colombia, con base en amplios estudios empíricos que permitan conocer la forma como realmente funcionan las instituciones encargadas de desarrollar la política criminal; los factores incidentes en el delito; las condiciones de las personas que son investigadas o sancionadas por la realización de conductas delictivas; los índices de reincidencia; y, en fin, toda la amplia gama de aspectos que se deben contemplar para el diseño de una política criminal racional y coherente.

La Comisión desearía que el país no emprendiera acción alguna que afecte el sistema penal en cualquiera de sus instancias, sin antes atender los contenidos de una política criminal respetuosa del marco constitucional y de las necesidades sociales, alejada de coyunturas intrascendentes y diseñada con sustento real y empírico, como pretende serlo el trabajo que se le encomendó.

PRIMERA PARTE: EL DIAGNÓSTICO

11. La política criminal de un Estado social de derecho, como es Colombia desde el punto de vista constitucional, debe fundarse no sólo en unos principios normativos, tanto constitucionales como de derechos humanos, sino también en un diagnóstico apropiado de la realidad empírica de la sociedad para la cual dicha política ha sido elaborada. La Comisión procede entonces a recordar en los siguientes dos capítulos los principios que enmarcan la política criminal del Estado colombiano (capítulo I) así como los elementos del contexto empírico colombiano que son relevantes para la política criminal, como ciertas dinámicas criminales, o los desarrollos prácticos que han tenido las decisiones de política criminal en Colombia (capítulo II).

CAPITULO I

EL MARCO NORMATIVO: LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y DE DERECHOS HUMANOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL

12. Sin pretensión de exhaustividad ni de originalidad, este capítulo presenta una perspectiva general del marco normativo de la política criminal, la cual no excluye otros principios para temas específicos. Además, como se trata de un tema relativamente conocido, la Comisión se limita a enunciar esos principios, sin desarrollarlos *in extenso*.

La política criminal, como ya se explicó, no se reduce a la política penal ni se confunde con el derecho penal pues tiene una dimensión más amplia. Sin embargo, el recurso al instrumento penal es el elemento distintivo de la política criminal, que la diferencia de otras políticas públicas. En efecto, conforme a la definición de la Corte Constitucional, ya referida en la introducción de este documento, y a ciertas distinciones propuestas por ciertas perspectivas criminológicas, la política criminal tiene vínculos estrechos con las llamadas tres formas de criminalización. Así, la política criminal tiene que ver con la “*criminalización primaria*” o definición de un comportamiento como delito, que es su fase legislativa; igualmente se vincula con la “*criminalización secundaria*”, esto es con la determinación de un individuo como responsable de un crimen ya establecido por la ley, que es el problema de la judicialización o investigación criminal de los hechos punibles; y finalmente también se vincula con la “*criminalización terciaria*”, esto es, la ejecución y cumplimiento de la sanción penal por parte de una persona declarada responsable de un crimen, que es la fase de ejecución penitenciaria. Por esos vínculos estrechos de la política criminal con los procesos de criminalización y con el derecho penal, es natural que los principios normativos que enmarcan la política criminal se encuentren a su vez estrechamente vinculados a los principios propios del derecho penal, el cual hunde sus raíces en la Constitución y en los tratados de derechos humanos, pues el derecho penal, como lo ha señalado la Corte Constitucional, a pesar de una cierta libertad de configuración del legislador democrático, es un derecho altamente constitucionalizado “*porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance*”³. La Comisión procede entonces a sintetizar esos principios constitucionales del derecho penal, que a su vez condicionan la política criminal en un Estado social y democrático de derecho, para lo cual se fundará no sólo en las normas constitucionales y en los tratados de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad sino también, por su obvia relevancia, en la jurisprudencia desarrollada al respecto especialmente por la Corte Constitucional. Comenzará entonces la Comisión por reseñar los principios constitucionales sustantivos de derecho penal, que algunos conocen como “*garantías penales*”, que enmarcan la política criminal en su fase de “*criminalización primaria*”,

³ Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 1995. MP Alejandro Martínez. Fundamento 3. En el mismo sentido, ver, entre otras, las sentencias C-417 de 2009. MP Juan Carlos Henao y C-422 de 2011 MP Humberto Sierra Porto

esto es, en el momento de definición legislativa de los delitos y las penas. Luego abordará los principios constitucionales procesales o “*garantías procesales*”, que enmarcan los requisitos que deben reunir la investigación y el proceso penal para que la fase de “*criminalización secundaria*”, esto es, la definición judicial de la responsabilidad penal de una persona, sea legítima. Luego la Comisión estudiará los principios constitucionales y de derechos humanos que gobiernan la “*criminalización terciaria*”, esto es, la ejecución penitenciaria. Finalmente, presentará ciertos principios transversales de derechos humanos y de racionalidad de las políticas públicas, que no son exclusivos de la política criminal, pero que tienen una obvia incidencia normativa en este campo.

a. Principios constitucionales sustantivos del derecho penal o garantías penales que encuadran la “criminalización primaria”.

13. Las penas implican la carga de soportar una privación o disminución de bienes jurídicos; por ello, deben ser previstas e impuestas con las limitaciones que señalan la Constitución, la dignidad de la persona humana y el respeto a los derechos humanos⁴, considerando la configuración del bloque de constitucionalidad. A su vez, el establecimiento de penas se ve limitado por los principios de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, finalidad de la pena y de razonabilidad.

14. La restricción del derecho a la libertad está condicionada por el principio de legalidad⁵ tanto en sus causas como en sus requisitos, de acuerdo con el mandato

⁴ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-647 de 2001, 20 de junio de 2001. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁵ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-730 de 2005, 12 de julio de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis. En el mismo sentido: T-079 de 1993, 26 de febrero de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-565 de 1993, 7 de diciembre de 1993. M.P. Hernando Herrera Vergara; C-591 de 1993, 14 de diciembre de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-139 de 1994, 22 de marzo de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-303 de 1994, 1 de julio de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía; C-308 de 1994, 7 de julio de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-428 de 1994, 29 de septiembre de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-146 de 1995, 3 de abril de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-155 de 1995, 6 de abril de 1995. M.P. Fabio Morón Díaz; SU-1722 de 2000, 12 de diciembre de 2000. M.P.(E) : Jairo Charry Rivas; C-1339 de 2000, 4 de octubre de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-710 de 2001, 05 de julio de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-974 de 2001, 12 de septiembre de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-433 de 2002, 30 de mayo de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil; [C-312 de 2002](#), 30 de abril de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-433 de 2002, 30 de mayo de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-1064 de 2002, 3 de diciembre de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-530 de 2003, 3 de julio de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-499 de 2003, 12 de junio de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-864 de 2004, 07 de septiembre de 2004. M.P. Jaime Araujo Rentería; C-431 de 2004, 06 de mayo de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-1001 de 2005, 3 de octubre de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-649 de 2005, 23 de junio de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-897 de 2005, 07 de septiembre de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-284 de 2006, 5 de abril de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-117 de 2006, 22 de febrero de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-040 de 2006, 1 de febrero de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería; T-171 de 2006, 7 de marzo de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-370 de 2006, 18 de mayo de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Margo Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández; T-391 de 2007, 22 de mayo de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-1198 de 2008, 4 de diciembre de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-1249 de 2008, 12 de diciembre de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-072 de 2008, 31 de enero de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-801 de 2009, 10 de noviembre de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-936 de 2010, 23 de noviembre de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-200 de 2010, 23 de marzo de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-442 de 2011, 25 de mayo de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra

constitucional de reserva legal, que impone el reconocimiento de postulados como i) la taxatividad, según el cual, tanto las conductas punibles como las penas que se impondrán, deben ser previa, expresa e inequívocamente definidas por la ley⁶; ii) la prohibición de aplicación retroactiva de las leyes penales, salvo lo concerniente al principio de favorabilidad⁷; y iii) la prohibición de la analogía penal in *malam partem*.

15. Esta centralidad del principio de legalidad deriva no sólo de una exigencia de seguridad jurídica, propia del Estado de derecho, según la cual las personas tienen derecho a conocer previamente y con claridad cuáles son los comportamientos prohibidos y las penas que les son atribuidas, sino que también se encuentra fundada en el principio democrático, pues remite a la idea de que la definición de los crímenes y las penas debe realizarse por el órgano de representación ciudadana, que es el Congreso. Esto es así por cuanto, aunque el derecho penal esté altamente constitucionalizado, de todos modos no se encuentra totalmente determinado por la Carta. El Legislador, como representante de los ciudadanos, tiene la posibilidad de tomar opciones dentro de los límites señalados por la Constitución y *“puede criminalizar o despenalizar conductas, siempre que al hacerlo respete los principios, derechos y valores establecidos por la Constitución”*, por lo cual el control ejercido por el juez constitucional es esencialmente un control de límites⁸. Y por ello esa definición de los delitos y de las penas debe ser desarrollada por el Congreso, como expresión del principio democrático y en la soberanía popular (C.P. arts. 1º y 3º). Ha dicho al respecto la Corte Constitucional:

“La finalidad de esta representación popular en la elaboración de las leyes penales deriva no sólo del respeto de la separación de poderes, y de los controles que ésta supone para la protección de la libertad individual, sino que también debe permitir un proceso público de debate y aprendizaje en la concepción y ejecución de las políticas criminales, es decir una elaboración más democrática de la ley penal. Esta discusión pública debe permitir que la respuesta penal no sea un recurso contingente que el poder político utiliza a discreción, sin debate, para hacer frente a las dificultades del momento. La respuesta penal debe ser proporcional a la conducta objeto de la sanción, debe ser idónea, operar únicamente cuando no hay otras alternativas, y no debe ser criminógena, es decir, causar más problemas de los que resuelve. Esto sólo es posible si la definición de las políticas criminales se hace a través de una amplia discusión democrática, y no mediante una inflación de normas penales promulgadas apresuradamente. Como vemos, el respeto riguroso del principio de legalidad opera no sólo como un mecanismo de protección de las libertades fundamentales, sino que también

Porto. Art. 29 Inc. 2 de la Constitución Política, Art. 15.1 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, Art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 6 de la ley 599 de 2000, Art. 6 de la ley 906 de 2004 y CSJ Sala de casación Penal sentencia de 15 de mayo de 2008 proceso número 26831.

⁶ Sobre este principio Cfr. Sentencias de la Corte Constitucional: C-843 de 1999, 27 de octubre de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-996 de 2000, 2 de agosto de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-1144 de 2000, 30 de agosto de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-198 de 2002, 19 de marzo de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-1080 de 2002, 5 de noviembre de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-238 de 2005, 15 de marzo de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería; C-820 de 2005, 9 de agosto de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-1260 de 2005, 5 de diciembre de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; y T-676 de 2006, 17 de agosto de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁷ Sentencia de la Corte Constitucional C-820 de 2005, 9 de agosto de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁸ Sentencia C-038 de 1995, con criterio reiterado en muchas otras sentencias, como la C-442 de 2011.

obliga a la discusión colectiva y democrática de las políticas criminales a fin de evitar la intervención penal inútil y perjudicial. El principio de legalidad es expresión no sólo del Estado de derecho, sino también de las exigencias del Estado democrático, pues gracias a su riguroso respeto pueden llegar a estar representados los intereses de todos los miembros de la comunidad en la elaboración de la política criminal.⁹

16. La política penal debe igualmente respetar el principio de lesividad, a veces conocido como de antijuridicidad material, que se encuentra desarrollado legislativamente en el artículo 11 de la Ley 599 de 2.000¹⁰ pero que tiene claro sustento constitucional, aunque no se encuentre formulado explícitamente en la Carta¹¹. Según ese principio, sólo pueden ser criminalizadas y sancionadas penalmente conductas que efectivamente vulneren o pongan en riesgo bienes jurídicos fundamentales, que tengan sustento constitucional, en la medida en que protejan los derechos y libertades de las personas o condiciones esenciales del orden social. Esto significa que no son punibles, en un Estado democrático que respeta el pluralismo, comportamientos meramente inmorales o estados de ánimo pervertidos, hostiles o incluso peligrosos, pero que no representan en sí mismos un comportamiento lesivo para terceros. Y que tampoco son punibles comportamientos que afecten bienes jurídicos de poca importancia. Este límite material del derecho penal deriva de que éste implica una afectación intensa de la libertad de las personas, por lo cual sólo es admisible cuando se trate de amparar bienes jurídicos de mayor trascendencia que la propia libertad.

17. Íntimamente ligado al principio de lesividad, el Derecho Penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual *“el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando los demás alternativas de control han fallado”*¹². En este sentido, puede concluirse que la creación de leyes penales exige la realización previa de estudios de política criminal y fundamentos empíricos adecuados sobre la efectividad de las formas de control social que han fracasado.

De este mismo postulado se deriva la consecuencia de que el derecho penal debe ser un instrumento de *última ratio* para garantizar la pacífica convivencia de las personas, *“previa evaluación de su gravedad, la cual es cambiante conforme a las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad en un momento determinado”*¹³. No es razonable ni legítimo que un Estado fundado en la libertad y los

⁹ Sentencia C-559 de 1999. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento 21. En el mismo sentido, ver muchas otras sentencias, como la C-226 de 2002.

¹⁰ Sentencia Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, proceso No. 29183 del 18 de Noviembre de 2.008. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

¹¹ Ver, entre otras, las sentencias C-221 de 1994, C-070 de 1996, C-226 de 2002 y C-442 de 2011.

¹² Sentencia de la Corte Constitucional C-636 de 2009, 16 de septiembre de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

¹³ Sentencia de la Corte Constitucional C-636 de 2009, 16 de septiembre de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo. En muy similar sentido se han pronunciado las sentencias de la Corte Constitucional: C-647 de 2001, 20 de junio de 2001. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; [C-226 de 2002](#), 2 de abril de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-762 de 2002, 17 de septiembre de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-489 de 2002, 26 de junio de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-312 de 2002, 30 de abril de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-355 de 2006, 10 de mayo de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández; C-988 de 2006, 29 de noviembre de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-370 de 2002, 14 de mayo de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett; C-897 de 2005, 30 de agosto de 2005. M.P.

derechos humanos recurra al derecho penal si cuenta con instrumentos menos restrictivos de la libertad para amparar los mismos bienes jurídicos y lograr los mismos propósitos, como pueden ser el desarrollo de formas vigorosas de política social o la adopción de medidas administrativas de control.

18. Estas consideraciones muestran que un Estado democrático fundado en los derechos humanos debe evitar los desbordamientos punitivos. Ni la idea del Estado social de derecho (CP art. 1º) ni los deberes de justicia y solidaridad que ésta impone (CP art 2º), ni el reconocimiento de los deberes de las autoridades de respetar y garantizar los derechos humanos, implican una fuga hacia el derecho penal. Por el contrario, este tipo de Estado se funda en una minimización de la intervención punitiva del Estado, pues si el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares y la garantía y protección de los derechos humanos puede ser alcanzada por vías distintas a la penal, como la política social, las políticas preventivas o el uso de mecanismos administrativos de control, entonces es ilegítimo recurrir al instrumento penal. Por ello, por su opción por la libertad y la dignidad humanas, sólo de manera excepcional la Constitución o los pactos de derechos humanos imponen deberes de penalización, lo cual sucede específicamente con conductas extremas, atentatorias de bienes constitucionales superiores, como la vida e integridad personales, como son los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra u otras violaciones muy graves a los derechos humanos, que el Estado colombiano, en desarrollo de deberes internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad (CP art. 93) tiene el deber de investigar y sancionar.

19. Un ordenamiento penal de un Estado social de derecho respetuoso de los derechos humanos está gobernado además por el principio de culpabilidad, el cual tiene las siguientes consecuencias: i) el derecho penal es de acto, por lo que se castiga a la persona *“por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente”*¹⁴. De la misma manera, dentro de los llamados *requisitos de los sistemas penales exigidos por la Convención Americana de Derechos Humanos*, encontramos la exigencia del *“nullum crimen sine conducta”*, en cuanto no se puede fundar ninguna pena en alguna característica del ser humano o que resulte discriminatoria. ii) No hay acción sin culpabilidad, que exige la configuración del elemento subjetivo del delito. De acuerdo al mismo, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción si no es el fruto de una decisión consciente¹⁵. iii) El grado de culpabilidad es uno de los criterios básicos de imposición de la pena. Al autor de una conducta punible se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad¹⁶.

20. Las penas deben estar sujetas, entre otros, a los siguientes principios: i) Proporcionalidad, que implica que debe haber una adecuación entre la conducta delictiva y el daño social causado con ella, y la medida de la pena¹⁷, principio que

Manuel José Cepeda Espinosa; C-575 de 2009, 26 de agosto de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C-239 de 1997, 20 de mayo de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz. En el mismo sentido: C-179 de 2007, 14 de marzo de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-228 de 2003, 18 de marzo de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁵ Corte Constitucional: C-239/97. En el mismo sentido: C-616/02; C-928/05

¹⁶ Corte Constitucional: C-239/97.

¹⁷ Sentencia de la Corte Constitucional C-647 de 2001, 20 de junio de 2001. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

además encuentra fundamento legal en el artículo 3 de la Ley 599 de 2.000; ii) Necesidad, conforme al cual la pena debe servir para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados¹⁸, postulado con respaldo normativo en el artículo 3 de la Ley 599 de 2.000; iii) Utilidad, por el cual las penas deben ser socialmente necesarias¹⁹, regulado por el artículo 3 de la Ley 599 de 2.000; iv) Humanidad, en virtud del cual se debe ligar el principio de dignidad humana con la imposición de la pena dentro de un Estado social de derecho. Es en virtud de lo anterior, que por mandato constitucional, quedan proscritos los tratos crueles, inhumanos o degradantes, la desaparición forzada y la pena de muerte, cuya consagración normativa se encuentra en el artículo 12 de la Constitución Política y en el artículo 1 de la Ley 599 de 2.000; v) Razonabilidad, por virtud del cual las penas deben guardar correlación con la conducta punible y ser adecuadas a los fines previstos en la ley para ellas, según lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley 599 de 2.000; vi) Legalidad²⁰ cuantitativa y cualitativa, y tipicidad²¹ de la pena.

21. Los derechos de las víctimas de los delitos, y en especial de aquellos que configuran violaciones graves a los derechos humanos, no están restringidos a la reparación económica, sino que incluyen las pretensiones de verdad, justicia y reparación integral de los daños sufridos, así como garantías de no repetición²².

b. Principios constitucionales procesales del derecho penal o garantías procesales que enmarcan la criminalización secundaria.

22. La política criminal en general y la política penal en particular se encuentran también condicionadas normativamente por las garantías procesales, esto es, por los principios constitucionales y de derechos humanos que señalan los requisitos básicos que debe reunir la investigación criminal y el proceso penal para ser legítimo constitucionalmente.

23. El proceso penal debe respetar el derecho al debido proceso, que es el conjunto de garantías regladas en la Constitución y en normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, y no puede suspenderse ni aun durante los estados de excepción²³. Como principales elementos integrantes del derecho al debido proceso judicial, además de los que han sido citados particularmente, pueden indicarse²⁴:

¹⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-647 de 2001, 20 de junio de 2001. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁹ Corte Constitucional: C-647/01

²⁰ Art. 29 de la Constitución Política de Colombia.

²¹ Art. 10 de la ley 599 de 2.000.

²² En el mismo sentido: Sentencias de la Corte Constitucional C – 516 de 2007, 11 de julio de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-370 de 2006, 18 de mayo de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Margo Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández; C-454 de 2006, 7 de junio de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-575 de 2006, 25 de julio de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²³ Sentencia de la Corte Constitucional C-925 de 2005, 6 de septiembre de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En el mismo sentido: Sentencia de la Corte Constitucional C-200 de 2002, 19 de marzo de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis

²⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C-1083 de 2005, 24 de octubre de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería

- a. El derecho a la presunción de inocencia y a ser tratado de acuerdo con ella, lo que significa que durante toda la actuación la persona investigada o procesada debe ser tenida como no responsable de la conducta punible y por ende las medidas restrictivas de sus derechos solo proceden excepcionalmente y deben estar condicionadas a estrictos requisitos para su procedencia.
- b. El derecho a no ser procesado ni juzgado dos veces por el mismo hecho o principio de *ne bis in ídem*, establecido en el artículo 29 de la Carta, desarrollado legalmente en el artículo 8 de la Ley 599 de 2.000, todo lo anterior sin excluir las excepciones legales que existen a este principio.
- c. El derecho de favor rei entendido en sus dos dimensiones: la resolución de toda duda a favor del sujeto pasivo de la ley penal y la interpretación de la ley en su favor.
- d. El derecho a no declarar contra sí mismo y sus familiares más cercanos, o principio de no autoincriminación, regulado por el artículo 33 de la Constitución Política²⁵.
- e. El derecho a obtener decisiones ceñidas exclusivamente al ordenamiento jurídico, en razón de los principios de legalidad de la función pública y de independencia funcional del juez, con prevalencia del derecho sustancial²⁶
- f. El derecho al juez natural, es decir, al “juez legalmente competente para adelantar el trámite y adoptar la decisión de fondo respectiva, con carácter definitivo”²⁷; dicho juez debe ser funcionalmente independiente e imparcial y actuar exclusivamente sometido al imperio de la ley, según el mandato de los artículos 228 y 230 de la Carta Política.
- g. El derecho a ser juzgado con la plenitud de las formas propias de cada juicio.
- h. El derecho a la defensa técnica calificada y material, que debe ser ejercido desde el momento en el cual la persona conoce la existencia de una investigación en su contra²⁸ y debe ir acompañado de garantías para que el procesado pueda contar con los medios y las oportunidades que le permitan el ejercicio efectivo de este derecho, según lo previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos y la Constitución Política. El derecho a la defensa también comprende las facultades de pedir y allegar pruebas y controvertir las que se alleguen en su

²⁵ Sentencia de la Corte Constitucional C-213 de 1994, 28 de abril de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía; C-319 de 1996, 18 de julio de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-403 de 1997, 28 de agosto de 1997. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-426 de 1997, 4 de septiembre de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía; C-422 de 2002, 28 de mayo de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-102 de 2004, 10 de febrero de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-102 de 2005, 8 de febrero de 2005. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-782 de 2005, 28 de julio de 2005. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-799 de 2005, 2 de agosto de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería y C-850 de 2005, 17 de agosto de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería.

²⁶ Arts. 6º, 121, 123, 228 y 230 de la Constitución Política.

²⁷ Sentencia de la Corte Constitucional T-954 de 2006, 17 de noviembre de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño

²⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-1260 de 2005, 5 de diciembre de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

contra; formular peticiones y alegaciones, e impugnar las decisiones que se adopten²⁹.

- i. El derecho a participar en la actividad probatoria, sujeta siempre a los principios de legalidad, contradicción y publicidad³⁰, por lo que la práctica de las pruebas tiene que ser pública y éstas deberán poder ser controvertidas en el curso de las audiencias respectivas y contar con los recursos que se consagren en la ley³¹.
- j. De la misma manera, y según lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, debe ser excluida cualquier prueba, directa o derivada, que haya sido obtenida con violación de las garantías procesales y los derechos fundamentales.³²
- k. El derecho a un proceso público que permita a la sociedad el control de las decisiones de los jueces.
- l. El derecho a que las decisiones se adopten en un término razonable, sin dilaciones injustificadas.
- m. El derecho a la interdicción de la reforma peyorativa, que consiste en la imposibilidad de agravar la pena al apelante único.

24. La Constitución Política y los tratados de derechos humanos establecen unos fundamentos esenciales para la configuración del sistema procesal penal. De ellos, sin pretensión de exhaustividad, se resaltan:

- a. El principio de juez imparcial que implica que “... *quien instruye no juzga y que la carga de la prueba de la responsabilidad penal del procesado se encuentra en cabeza de la fiscalía*”³³
- b. El principio de igualdad de armas, según el cual las partes puedan “*acudir ante el juez con las mismas herramientas, oportunidades, elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales.*”³⁴
- c. El principio de oportunidad que “*hace referencia a las razones por las cuales el Estado puede legítimamente optar por no perseguir penalmente una determinada conducta, en los casos que establezca la ley y dentro del marco de la política criminal del Estado*”³⁵.

²⁹ Sentencia de la Corte Constitucional T-954 de 2006, 17 de noviembre de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño

³⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C -591 de 2005, 9 de junio de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

³¹ Sentencia de la Corte Constitucional C -1260 de 2005, 5 de diciembre de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

³² Sentencia de la Corte Constitucional C -1154 de 2005, 15 de noviembre de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³³ Corte Constitucional: C - 144/10.

³⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C-545 de 2008, 28 de mayo de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

³⁵ Sentencia de la Corte Constitucional C-925 de 2005, 6 de septiembre de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

- d. En el sistema procesal colombiano las medidas restrictivas de la libertad, deberán ser decretadas por un juez de control de garantías, ante quien la Fiscalía o las víctimas deberán presentar la solicitud pertinente³⁶.
- e. La necesidad de realizar un descubrimiento oportuno, completo y detallado de los elementos materiales probatorios (Deber de descubrimiento).
- f. El principio de publicidad, amparado en los artículos 228 de la Constitución Política y 18 de la Ley 906 de 2.004.
- g. El principio de inmediación, en concordancia con el mandato legal del artículo 16 de la Ley 906 de 2.004, del cual se derivan a su vez los principios de publicidad, oralidad, concentración y contradicción.
- h. El principio de contradicción, según lo dispuesto en los artículos 29 y 250 de la Carta Política y 15 de la Ley 906 de 2.004.

25. La Constitución y los tratados de derechos humanos no sólo privilegian la libertad sino que también reconocen, como ya se explicó, la presunción de inocencia. Por ello las medidas de aseguramiento deben ser excepcionales y para determinar su procedencia debe atenderse a finalidades derivadas de la Constitución y relacionadas con la necesidad de *“garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria.”*³⁷

c. Principios constitucionales sobre la ejecución de la pena o la “criminalización terciaria”

26. La Constitución y los tratados de derechos humanos no regulan en detalle la ejecución de las penas, ni siquiera de aquellas privativas de la libertad. Pero existen algunas normas importantes que expresamente se refieren al cumplimiento de la pena, en especial el artículo 10 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que hace parte del bloque de constitucionalidad y establece que i) *“toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*, ii) que *“los procesados deben ser separados de los condenados”* y su régimen debe ser acorde con el hecho de que no son personas condenadas, iii) que los menores deben ser separados de las personas adultas y iv) que el *“régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”*. A su vez, la doctrina y jurisprudencia, a partir de los principios generales de derechos humanos, han desarrollado otros principios de derechos humanos relativos al régimen penitenciario, lo cual ha llevado a que las Naciones Unidas haya adoptado documentos relevantes en este campo, como las llamadas *“Reglas mínimas para el*

³⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-730 de 2005, 12 de julio de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

³⁷ Sentencia de la Corte Constitucional C-805 de 2002, 1 de octubre de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

tratamiento de los reclusos”³⁸ o los “*Principios básicos para el tratamiento de los reclusos*”³⁹. Estos textos enmarcan constitucionalmente la política penitenciaria, en la medida en que dichos documentos, a pesar de no ser tratados vinculantes sino documentos de “*Soft Law*”, son jurídicamente relevantes para interpretar el contenido de los derechos de las personas privadas de la libertad. En efecto, estos principios, que han sido reconocidos por la Corte Constitucional en numerosas sentencias como vinculantes⁴⁰, señalan que si bien las personas privadas de la libertad tienen suspendido su derecho a la libertad personal y que otros de sus derechos constitucionales, como el de la intimidad, les pueden ser restringidos, a fin de asegurar la ejecución de la pena, sin embargo conservan plenamente su dignidad y el pleno goce de otros derechos, como la vida, la salud y la integridad personal, entre otros. Por ello el régimen penitenciario debe ser digno y compatible con el pleno goce de los derechos plenos de los internos y con la restricción proporcionada de los derechos limitables.

27. A su vez, y sin que sea necesario que la Comisión se pronuncie sobre el complejo tema de la finalidad de la pena, por lo pronto es claro que, normativamente, el momento de ejecución de las penas privativas de la libertad debe estar orientado por un criterio de maximización de la resocialización de la persona condenada, o al menos de evitar que ésta tenga un impacto desocializador. Según la Corte, esta “*concepción humanista del sistema jurídico y del sistema penal, inspirada en el principio superior de la dignidad humana y sustento de una de las llamadas funciones de la pena, implica que las autoridades del Estado y en particular, las autoridades penitenciarias, estén en la obligación de desplegar una serie de conductas necesarias e idóneas para garantizar el mayor nivel de resocialización posible de los reclusos.*”⁴¹ El régimen penitenciario debe entonces ser compatible con la plena dignidad humana de las personas privadas de la libertad y debe garantizar las condiciones materiales que hagan posible su resocialización.

d. Principios transversales de derechos humanos y de racionalidad de las políticas públicas que son relevantes en materia de política criminal.

28. Además de los anteriores principios propios de la política penal, la política criminal, en tanto política pública, debe igualmente respetar, en su diseño y ejecución ciertos principios básicos comunes a los derechos humanos, que suelen ahora conocerse como “*principios transversales de derechos humanos*”⁴². Estos principios han sido reconocidos por diversas instancias internacionales de supervisión de derechos humanos, como la Oficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos como principios que son comunes a todos los derechos humanos y a todos los tratados de derechos humanos y por ello deben inspirar las políticas públicas de los Estados democráticos. Por eso son principios relevantes para la política criminal, entre los cuales conviene tener en cuenta al menos los siguientes: i) los principios de igualdad y de no

³⁸ Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977

³⁹ Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990

⁴⁰ Sobre los derechos de las personas privadas de la libertad, ver entre otras, las sentencias T-273 de 1993, T-388 de 1993, T- 437 de 1993, T-420 de 1994, T-705 de 1996, T-153 de 1998, T-1030 de 2003 y T-1190 de 2003

⁴¹ Sentencia T-1190 de 2003, Fundamento 11.

⁴² Ver Daniel Vázquez y Domitille Delaplace. 2011. “Public Policies from a Human Rights perspective: A Developing Field” en *Sur. International Journal on Human Rights*, Vol 8, No 14, pp

discriminación, según los cuales las políticas no deben ser en sí mismas discriminatorias ni deben tener efectos discriminatorios, por lo cual deben además ser respetuosas de las diferencias culturales, de género o étnicas; ii) el principio de participación y, según el cual las políticas públicas deben esforzarse por tomar en consideración las visiones de sus destinatarios y por incrementar las capacidades de las poblaciones en situaciones de vulnerabilidad; y iii) los principios de transparencia y rendición de cuentas, según los cuales las políticas públicas deben ser ejecutadas de tal manera que puedan ser monitoreadas por la propia población.

29. El deber de transparencia y rendición de cuentas, así como los principios de igualdad y no discriminación, tienen consecuencias específicas sobre el diseño y ejecución de la política criminal pues es claro que el Estado colombiano debería desarrollar un sistema de información, de indicadores y metas, que permita evaluar con claridad los avances y retrocesos en materia de política criminal. Esta información debe ser desagregada, hasta donde sea posible, por categorías adecuadas, como género, situación social y geográfica, pertenencia étnica, etc, a fin de evaluar el impacto diferenciado que puede tener la política criminal sobre las poblaciones vulnerables y discriminadas.

30. En particular, la política criminal, en desarrollo del principio de no discriminación, debe tener una perspectiva de género y de derechos humanos de las mujeres. La adopción de dicha perspectiva es igualmente una consecuencia de las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia, en especial al ratificar la “*Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*”, también conocida como la “*Convención de Belem do Pará*”, en íntima relación con la “*Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*”, también conocida como CEDAW, por su denominación en inglés, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1.979, en armonía con las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 1325 del 2.000, 1820 del 2.008, 1888 del 2.009 y 1889 del 2.009. Esta perspectiva de género debe ser incorporada no sólo en la formulación sino también en la implementación de la política criminal, y resulta particularmente importante, pues hasta muy recientemente la política criminal y el derecho penal fueron insensibles a las diferencias de género, de suerte que incluso en aquellos casos en que se pretendía proteger los intereses y necesidades de las mujeres, el problema ha radicado en que la aplicación del Derecho queda a cargo de instituciones y personas moldeadas por la ideología patriarcal, todo lo cual tiende a desfavorecer a las mujeres.

31. Igualmente, el principio de no discriminación, la adopción del Convenio OIT Número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de 1.989, y el reconocimiento constitucional del pluralismo y la multiculturalidad (CP arts 7, 8 y 70) implican no sólo que la diversidad cultural no puede ser penalizada, sino que la política criminal debe también adoptar un enfoque étnico, que no sólo evalúe los posibles impactos diferenciados de las decisiones penales sobre los pueblos indígenas y afrodescendientes sino que también incorpore los principios de autonomía de estos grupos étnicos.

32- Los enfoques diferenciales de la política criminal derivados del principio de no discriminación no se reducen obviamente a los enfoques étnicos y de género sino que también obliga a tener en cuenta los impactos diferenciados de esta política sobre otras

poblaciones tradicionalmente discriminadas o en situación de vulnerabilidad, como las personas de escasos recursos económicos, la población LGBT, las personas con discapacidad, los niños, niñas y adolescentes o los mayores adultos, entre otros. Esto muestra además la importancia de que la política criminal tome en consideración los llamados elementos mínimos de racionalidad, que la Corte Constitucional ha considerado que la Constitución exige para que una política pública pueda ser considerada un esfuerzo serio por amparar los derechos de las personas⁴³. En particular, esto significa que, como otras políticas públicas, la política criminal debe estar basada en criterios de derechos humanos, presentar objetivos y metas razonables, contar con presupuesto suficiente y contar un cronograma de implementación y seguimiento verificable.

⁴³ Ver al respecto, entre otros, Corte Constitucional, los autos 092 y 251 de 2008, 004, 005 y 006 de 2009 y las sentencias T-496 de 2008 y T-750 de 2011

CAPÍTULO II

ELEMENTOS DE DIAGNÓSTICO EMPÍRICO: UNA CARACTERIZACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL Y DE LA CRIMINALIDAD EN COLOMBIA

33. Una política criminal apropiada no sólo debe respetar los principios normativos que la enmarcan, que fueron reseñados en el capítulo precedente de este informe, sino que además debe estar sustentada empíricamente, pues su eficacia depende de que responda a las necesidades del contexto particular de cada sociedad. La Comisión sintetiza entonces en este capítulo los elementos del contexto colombiano que son más relevantes para la formulación de estos lineamientos de política criminal, para lo cual comienza por analizar cómo ha sido en la práctica el desarrollo de la política criminal en nuestro país, para luego abordar otros elementos significativos del contexto social y político colombiano que son pertinentes, en especial ciertas características de las dinámicas delincuenciales más relevantes. Para realizar este diagnóstico empírico, la Comisión tuvo en cuenta tanto fuentes primarias (como el análisis de la legislación penal o la información empírica disponible sobre sistema judicial, criminalidad y situación carcelaria) como secundarias, pues revisó sistemáticamente la bibliografía producida en Colombia relativa a la política criminal, la dinámica del sistema penal, la criminalidad y la situación carcelaria. Con todo, la Comisión aclara que este diagnóstico no pretende ser integral ni exhaustivo, pues las limitaciones de tiempo y recursos para el desarrollo de su trabajo la obligaron a enfatizar los puntos que consideró más relevantes, para poder formular recomendaciones que estuvieran sustentadas empíricamente.

a. La realidad de la “criminalización primaria”: el diseño y formulación de la política criminal en Colombia.

34. Un examen de las medidas de política criminal en Colombia en las últimas décadas muestra que carecemos de una política criminal consistente y de largo plazo, fundada empíricamente y enmarcada constitucionalmente. Por el contrario, la política criminal en Colombia se ha caracterizado por los siguientes rasgos, que distan de ser positivos.

1. Una política criminal reactiva, sin adecuada fundamentación empírica, con incoherencias y falta de perspectiva clara de derechos humanos.

35. Primero, muchas decisiones de política criminal han sido esencialmente reactivas y sin fundamentos empíricos sólidos. Muchas de estas medidas se han adoptado apresuradamente respondiendo a fenómenos de opinión pública o a los deseos de los gobiernos de mostrar que se está haciendo algo frente a la criminalidad o frente a hechos graves de crueldad o violencia, pero muy raramente estas decisiones se han basado en estudios empíricos sólidos que muestren la utilidad de, por ejemplo, recurrir al aumento (o disminución) de una pena, o a la criminalización de un cierto comportamiento.

36. Un ejemplo dramático (pero que dista de ser excepcional) de este carácter reactivo y sin sustento empírico sólido de las decisiones de política criminal fue la iniciativa de someter a referendo la instauración de la cadena perpetua para ciertos crímenes contra los niños y niñas (Proyecto de Ley 206 de 2010). La Comisión estudió ampliamente este proyecto⁴⁴, por solicitud del Gobierno y del Consejo de Política Criminal, y encontró que ni la Exposición de Motivos (que se encuentra en la *Gaceta del Congreso* No. 1001 de 2010), ni la Ponencia para primer debate (que reproduce en lo sustancial la Exposición de Motivos y se encuentra consignada en la *Gaceta del Congreso* No. 1099 de 2010) contenían argumentos sólidos que explicaran por qué la medida propuesta permitiría una mejor protección de la vida y la integridad física, sexual y síquica de los menores, o reduciría la impunidad de esos crímenes. Así, un examen de esos textos (la Exposición de Motivos y la Ponencia) muestra que ambos tienen una estructura semejante: luego de señalar el trámite de la recolección de firmas para la iniciativa y transcribir el comunicado de la Corte Constitucional relativo a la sentencia C-397 de 2010, que declaró la inexequibilidad de una iniciativa previa muy semejante, los dos documentos proceden a describir la magnitud de la violencia contra los menores en Colombia presentando, además, algunos casos particulares de indudable dramatismo incluso acompañados de fotos. Luego, señalan que muchos de esos crímenes están impunes y que los derechos de los menores son prevalentes en el ordenamiento constitucional. A continuación, ambos textos hacen un ejercicio de derecho comparado, a cuyo efecto transcriben regulaciones de otras naciones, para señalar que en los países seleccionados se admite la cadena perpetua para ciertos crímenes contra menores⁴⁵. Y, al final, advierten las posibles secuelas de estos graves atentados punibles cuando recaen sobre los menores.

Como se puede ver, a pesar de lo extenso de la Ponencia o de la Exposición de Motivos, no se expone realmente ningún argumento serio de política criminal sobre la conveniencia de la medida. Lo único que se puede encontrar son algunas referencias, muy generales y poco desarrolladas, sobre los posibles efectos que tendría la cadena perpetua en términos de prevención general tanto positiva (en términos del mensaje que la sociedad le estaría enviando a todos los asociados sobre el valor que atribuye a la protección de los menores) como negativa (el posible efecto disuasivo de la imposición de la cadena perpetua). Pero no hay ningún desarrollo del tema sobre la verdadera eficacia que tendría la medida en cuestión o las posibles inconsistencias normativas derivadas de prever la cadena perpetua automática para ciertos delitos, lo cual muestra que se quería tomar una decisión tan grave, como era introducir la cadena perpetua en la Constitución, sin siquiera un mínimo sustento empírico de la necesidad o conveniencia de la reforma, o una mínima evaluación de sus posibles efectos indeseados.

⁴⁴ Ver el documento “Observaciones de la comisión asesora para el diseño de la política criminal del estado colombiano, a la iniciativa sobre la imposición de cadena perpetua a ciertos delitos realizados contra menores”, presentado por la Comisión en julio 2011 al Ministerio del Interior y al Consejo de Política Criminal. El documento puede ser consultado en la red, por ejemplo en: www.lasillavacia.com/historia/comision-asesora-de-politica-criminal-vuelve-trizas-proyecto-de-cadena-perpetua-26323

⁴⁵ Dicho sea de paso, la Comisión destaca que en general la mayor parte de los ejemplos comparados son presentados en forma inexacta pues se presentan casos aislados de imposición de pena perpetua, pero sin aclarar que en casi todos los países, las penas son revisable después de 10, 12 o 15 años de pena. Esto es, que la cadena perpetua ni es automática (para todos los casos) ni es de forzoso cumplimiento (pues siempre hay la posibilidad de revisión si se constata la resocialización efectiva del condenado).

37. Segundo rasgo negativo de la política criminal colombiana: en la mayor parte de los casos, ni el Gobierno ni el Congreso, al adoptar las decisiones de política criminal, han evaluado previamente o han hecho un seguimiento ulterior sobre los impactos de las medidas tomadas, ya sea i) a nivel normativo sobre la coherencia del sistema penal, o ya sea a nivel empírico sobre ii) la carga de trabajo de los operadores de justicia, o iii) sobre el sistema carcelario y penitenciario, o iv) sobre la evolución misma de los fenómenos criminales.

39. De un lado, muchas decisiones de política criminal se hacen sin estudiar si la decisión de aumentar o disminuir una pena tiene o no efectos no queridos sobre el orden jurídico, que terminen introduciendo graves incoherencias entre las distintas normas del sistema penal, afectando en particular el principio de proporcionalidad penal

La ya referida iniciativa del referendo para cadena perpetua es un buen ejemplo de esa nociva práctica, pues proponía la cadena perpetua automática para toda una serie de comportamientos contra los menores, incluido el maltrato severo. Pero ¿cómo justificar la cadena perpetua para el maltrato severo a los niños y niñas mientras que las penas son menores para las llamadas masacres, esto es, para los homicidios múltiples?

Otro ejemplo de inconsistencia normativa, que desafortunadamente está vigente, es la llamada Ley 1453, más conocida como ley de seguridad ciudadana, adoptada en junio de 2011, la cual ha previsto para quien cometa el delito de tráfico de menores de edad en una de sus modalidades agravadas una pena de 90 años. Esta norma contradice lo establecido en el artículo 37 del Código Penal colombiano que desde 2004 fija en 50 años el límite máximo de la privación de libertad para un delito, y cuyo contenido no fue modificado de manera expresa por la nueva legislación. Esto no sólo genera inseguridades jurídicas (pues queda la duda de cual es la pena máxima a ser aplicada para ese delito) sino que denota además una improvisación mayor en la aprobación de las reformas penales. Además, esa disposición viola la prohibición de cadena perpetua pues como sólo puede ser penalmente responsable la persona mayor de 18 años, quien a esa edad sea condenado por este delito saldrá de prisión a los 108 años...

40. De otro lado, muchas decisiones de política criminal se han realizado sin evaluar su posible impacto empírico, ya sea sobre la carga que la criminalización de un comportamiento implica para la labor de la Fiscalía y los jueces, o sobre el sistema carcelario, en la medida en que los aumentos precipitados de penas, o las restricciones de las posibilidades de libertad provisional, aumentan tendencialmente el hacinamiento carcelario, sin que se tomen decisiones claras para prevenirlo.

Así, las decisiones de criminalizar ciertos comportamientos implican obviamente una mayor carga de trabajo para los fiscales, que en principio tendrían, suponiendo que todo el resto sigue igual, que investigar una mayor cantidad de hechos punibles, pues a los delitos que ya tenían a su cargo, se agregarían los nuevos hechos criminalizados. Igualmente, si los fiscales logran hacer su trabajo, entonces un número mayor de casos llegaría a decisión de los jueces penales. Sin embargo, a pesar de esa obvia consecuencia de que cualquier forma de criminalización aumenta potencialmente la labor de jueces y fiscales, la mayor parte de las veces esas decisiones se toman sin prever el correspondiente reforzamiento de la capacidad de los operadores de justicia para enfrentar adecuadamente estos incrementos de la demanda penal, con lo cual se aumentan los riesgos de congestión.

41. Igualmente, y como lo ha mostrado un estudio de la Universidad de los Andes⁴⁶, ciertas decisiones de política criminal de incrementar penas o de restringir las posibilidades de libertad provisional o condicional han tenido consecuencias sustantivas sobre la evolución reciente del hacinamiento carcelario en Colombia. El siguiente cuadro resume la situación de hacinamiento en los últimos 20 años:

Cuadro No 1: El hacinamiento carcelario en Colombia 1990-2000

Años	Cupo	Internos	Sobrecupo	Hacinamiento
1990	28.380	32.387	4.007	14,1%
1991	28.319	29.695	1.376	4,9%
1992	28.252	27.316	-936	-3,3%
1993	28.084	28.550	466	1,7%
1994	26.709	29.343	2.634	9,9%
1995	27.822	31.960	4.138	14,9%
1996	28.332	38.063	9.731	34,3%
1997	29.239	41.405	12.166	41,6%
1998	33.009	43.259	10.250	31,1%
1999	33.090	46.322	13.232	40,0%
2000	35.969	49.816	13.847	38,5%
2001	40.037	52.181	12.144	30,3%
2002	44.373	51.276	6.903	15,6%
2003	46.399	58.894	12.495	26,9%
2004	48.916	66.474	17.558	35,9%
2005	49.763	69.365	19.602	39,4%
2006	52.115	62.906	10.791	20,7%
2007	52.504	61.543	9.039	17,2%
2008	53.784	67.812	14.028	26,1%
2009	55.019	74.277	19.258	35,0%
2010	61.100	81.095	19.995	32,7%

Fuente: Elaboración Comisión con base en datos INPEC

Como se puede observar, el hacinamiento en Colombia ha variado notablemente en los últimos 20 años. Durante los primeros años de vigencia de la Constitución de 1991, prácticamente no hubo hacinamiento, pero luego aumentó considerablemente, en especial a partir de 1996, llegando en 1997 a una situación crítica en donde superó el 40%, lo cual provocó varios motines en las cárceles. La situación ha sido más dramática en ciertos establecimientos penitenciarios. Por ejemplo, las cárceles de Bucaramanga o Vista Hermosa en Cali tenían en 2007 tasas de hacinamiento de 152% y 142% respectivamente⁴⁷, mientras que el hacinamiento nacional era de “sólo” 17%.

Este incremento del hacinamiento desde mediados de los años noventa parece claramente asociado a las políticas del gobierno Samper, que buscaron enfrentar una

⁴⁶ Ver GDIP, Grupo de Derecho de Interés Público (2010) *Informe de Diagnóstico, Sistema penitenciario y carcelario: una perspectiva comparada desde 1998*. Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes. Bogotá, 2010. Consultado en 2011 en: http://gdip.uniandes.edu.co/archivos/SITUACION_CARCELARIA_EN_COL.pdf. Igualmente ver Libardo José Ariza, Manuel Iturralde. 2011. *Los muros de la infamia. Prisiones en Colombia y América Latina*. Bogotá, Uniandes, en especial capítulo 3.

⁴⁷ Ver GDIP. *Op-cit*, p 23.

supuesta oleada de delincuencia común con normas que endurecían las penas para los llamados delitos “callejeros”, como los llamado “raponazos” y otros, y con el establecimiento de procedimientos abreviados para sancionarlos. Esas normas fueron adoptadas primero por Conmoción Interior y convertidas en permanentes por la Ley 228 de 1995, sin que se previeran mecanismos para evitar el impacto de esas decisiones sobre el hacinamiento carcelario.

Luego se presentó una disminución del hacinamiento carcelario durante los años 2001 y 2002, que parece deberse a las acciones emprendidas por el Estado frente a las órdenes emitidas por la Corte Constitucional en la sentencia T-153 de 1998, que declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en las cárceles. Como consecuencia de esa sentencia, el Estado hizo una inversión importante de recursos en la ampliación de la oferta carcelaria, por ejemplo, en virtud del Conpes 3086 de 2000, destinado a adoptar un plan de “*ampliación de la infraestructura penitenciaria y carcelaria del orden nacional*”. Pero luego se volvieron a endurecer las políticas punitivas, verificándose un aumento del hacinamiento para los años 2004 y 2005. En ese momento se promulgó la Ley 906 de 2004, que estableció el nuevo sistema penal acusatorio, que disminuye la detención preventiva; además el Estado aumentó los cupos carcelarios y así en el año 2006 el hacinamiento vuelve más o menos al 15%. Una vez más vinieron nuevas políticas punitivas, entre ellas, la Ley 1192 del 2007 que incrementa las penas y hace más difícil la excarcelación. Esto se ve reflejado en un nuevo aumento del hacinamiento a partir de 2007 y sólo hasta ahora se intentan tomar medidas para enfrentar esta nueva oleada de hacinamiento con la ampliación de cupos carcelarios, pero la situación podría incluso agravarse con el endurecimiento punitivo asociado a la llamada Ley de Seguridad Ciudadana.

Esta evolución muestra entonces que ha existido en muchas ocasiones una falta de toma en consideración del impacto previsible de las decisiones de política criminal sobre la dinámica carcelaria.

42. Finalmente, tampoco ha existido una evaluación del impacto del uso de las distintas herramientas de política criminal, y en especial del recurso a los incrementos punitivos, sobre las dinámicas criminales. La Comisión no pudo encontrar estudios de los órganos responsables de la política criminal que evaluaran si un aumento de penas o una restricción de las posibilidades de excarcelación habían logrado efectivamente disminuir el nivel de ciertos delitos, como aparentemente se pretendía al tomar esas decisiones.

43. Directamente ligado a lo anterior, un tercer rasgo de política criminal colombiana es que ha carecido de sistemas de información sólidos, permanentes, confiables y fundados en derechos humanos, que permitan evaluar la evolución de los resultados de esas medidas. Por ejemplo, no existe ninguna medida aceptada sobre la impunidad, con lo cual no es fácil saber si en esta materia tan esencial ha habido mejoras o no. Tampoco hay seguimientos consistentes a la reincidencia, con lo cual no es posible evaluar claramente si las penas tienen o no una función resocializadora. Además, los sistemas de información de la justicia penal se encuentran desarticulados, por lo que es imposible realizar un análisis de flujos en el sistema. A pesar del avance que significó el SPOA (Base de datos del Sistema Penal Oral Acusatorio que administra la Fiscalía General de la Nación- FGN), que contiene la noticia criminal incorporada por la policía judicial y las actuaciones del proceso penal por parte de la FGN, y que permitiría entonces hacer un seguimiento del flujo de las actuaciones penales, este sistema aún se encuentra

desarticulado de las actuaciones de los jueces y del INPEC, por lo cual dicho análisis de flujos no es posible de manera integral. La información sobre violencia, delincuencia y el proceso penal presenta problemas tanto en las fuentes de información como en las unidades de análisis (quién registra y qué registra), en el seguimiento y monitoreo (capacidad de aplicar el instrumento de recolección en la periodicidad adecuada), así como en la posibilidad comparación de los tipos penales y los periodo de referencia, lo que complejiza la integración interna de registro y análisis. Finalmente, en muchos aspectos, falta incorporar en las estadísticas enfoques diferenciales, que permitan evaluar el impacto diverso que puede tener el sistema penal sobre personas y poblaciones en situación de vulnerabilidad (como mujeres, grupos étnicos, población LGBT, personas de bajos recursos o con discapacidades, etc), con el fin de poder evaluar si persisten o no discriminaciones en el sistema penal.

44. Cuarto, y como consecuencia de lo anterior, no es de extrañar que las medidas de política criminal hayan tenido serias inconsistencias e incluso contradicciones, tanto formales, por carencia de técnica jurídica, como materiales, por la coexistencia de enfoques contradictorios para enfrentar fenómenos de criminalidad. A las inconsistencias que ya han sido mencionadas en párrafos precedentes, es posible agregar una bastante recurrente: el hecho de que el Congreso ha tramitado simultáneamente proyectos opuestos pues unos tienden a incrementar la punibilidad mientras que otros tienden a reducir las penas, sin que haya claridad de las razones de esos proyectos simultáneos.

45. Quinto, en general las medidas de política criminal han carecido de un enfoque claro y explícito de derechos humanos. Y por esa misma razón, esas medidas suelen carecer de enfoques diferenciales claros, que en el diseño y ejecución de las medidas de política criminal, tomen en cuenta la situación, los intereses y los impactos distintos de esas medidas sobre poblaciones en situaciones de vulnerabilidad y tradicionalmente discriminadas, como las mujeres, los niños, los grupos étnicos, las personas con discapacidad, la población LGBT, etc.

2. Una tendencia al endurecimiento punitivo, que parece expresión de formas de “populismo punitivo”.

46. A pesar de las inconsistencias y el carácter reactivo de las decisiones de política criminal, es posible detectar una tendencia en últimos 20 años y es que las medidas penales se han vuelto más severas. Esto se puede constatar, a nivel abstracto, por la creación de nuevas figuras delictivas, y por el aumento de las penas mínimas y máximas de los delitos ya establecidos en la legislación penal. Igualmente puede verificarse por el aumento de las personas privadas de la libertad, no sólo a nivel absoluto sino también en proporción a la población.

47. La Comisión estudió las reformas que se han hecho al Código Penal de 2000 (Ley 599 de 2000), que se suponía que había sido un esfuerzo reciente de sistematización y actualización de los tipos penales y de las penas, para asegurar coherencia y proporcionalidad de la legislación penal, por lo que razonablemente podía esperarse que no fuera reformado rápidamente. Sin embargo, la Comisión constató que desde su promulgación hasta el primer semestre de 2011 fueron expedidas treinta y seis (36) leyes para modificarlo, esto es, un promedio de 3,3 leyes anuales. La mayoría de estas

leyes (20 iniciativas que equivalen al 57% del total) han provenido del propio Congreso, seguidas de las que ha impulsado el ejecutivo (11 iniciativas que equivalen al 31% del total), el gobierno en asocio con la Fiscalía (2 que equivalen al 6% del total), el gobierno junto con los congresistas (1, que equivale al 3% del total) y la Fiscalía de manera autónoma (1, que corresponde al 3% del total).

Las 36 modificaciones que se han hecho a la legislación penal tienen que ver principalmente con la tipificación de nuevas conductas (creación de delitos), el aumento de penas para delitos ya creados, la modificación de causales de agravación punitiva, la variación de las consecuencias punitivas para determinada clase de delitos, la modificación de beneficios por aceptación de cargos y la modificación de los términos de prescripción de la acción penal. En un grado mucho menor, se registran las disminuciones de pena y, en lo que respecta a la inclusión de causales de atenuación punitiva, no se registró ninguna durante el periodo de estudio.

Fueron creados cuarenta y siete (47) nuevos delitos, dos de los cuales ni siquiera quedaron en el Código Penal (la manipulación de equipos terminales móviles y la explotación de menores de edad, creados por la Ley 1453 de 2011). De acuerdo con el bien jurídico objeto de protección, la mayor cantidad de conductas punible creadas lo fueron dentro del título de los delitos contra el orden económico social (10), seguido del título de los delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia (6), la administración pública (5), y la libertad, integridad y formación sexuales (5).

En cuanto a aumentos de pena⁴⁸, durante el período analizado se incrementaron las sanciones para 80 delitos; sin embargo, como algunos de esos delitos han sufrido dos modificaciones orientadas al incremento punitivo, el total de veces que se han elevado las penas es de 87; sin contar con el incremento introducido por la ley 890 de 2004 que aumentó las penas para todos los delitos del Código. Y si se hace una revisión histórica de las penas máximas consagradas en nuestra legislación penal, se observará que en el Código Penal de 1936 era de 24 años de presidio, en el Código Penal de 1980 se aumentó a 30 años de prisión⁴⁹ y en el Código Penal de 2000 se elevó hasta 40 años. En vigencia de esta última codificación, la Ley 890 de 2004 llevó el máximo de pena aplicable hasta los 60 años de prisión, tiempo que se aproxima a la expectativa de vida en Colombia, que es de 74 años. Y pese a la existencia de ese límite, como ya se explicó, la Ley 1453, más conocida como ley de seguridad ciudadana, prevé para ciertos delitos una pena de hasta 90 años.

48. El examen de algunos casos específicos permite mostrar con mayor claridad esta tendencia punitiva.

Si se toma como ejemplo el delito de “fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones” (artículo 356) se podrá apreciar que desde cuando estuvo en vigencia el Código Penal de 1936 (que perdió vigencia en 1981) la pena mínima ha pasado de 1 a 9 años de prisión, mientras la pena máxima pasó de 4 a 12 años de prisión, lo que supone

⁴⁸ Se consideran aumentos de pena aquellas modificaciones legales que suponen una alteración en los máximos o mínimos de sanciones ya existentes en la legislación penal.

⁴⁹ Es importante advertir, sin embargo, que con la Ley 40 de 1993 la pena máxima fue elevada a sesenta (60) años de prisión, modificación legislativa que perduró hasta la expedición del Código Penal de 2000 que inicialmente la redujo a cuarenta (40) años.

variaciones del 800% en el mínimo y de 200% en el máximo, como lo muestra el siguiente gráfico.

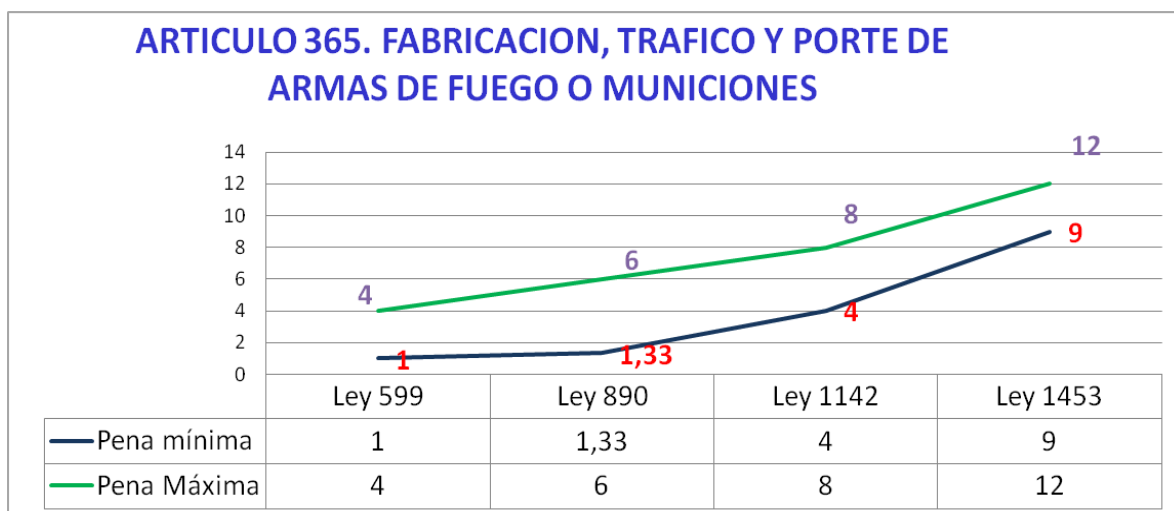


Gráfico No 1. Aumento de penas en el delito de porte de armas.

Si también a título de ejemplo se analiza el delito de homicidio imprudente en accidente de tránsito agravado por la influencia de bebidas embriagantes, se podrá apreciar que la pena mínima pasó de un poco más de 2 años a 4 y la pena máxima de 9 a 18 años de prisión, lo que representa un aumento del 72% en el mínimo y del 100% en el máximo, como lo muestra el siguiente gráfico:

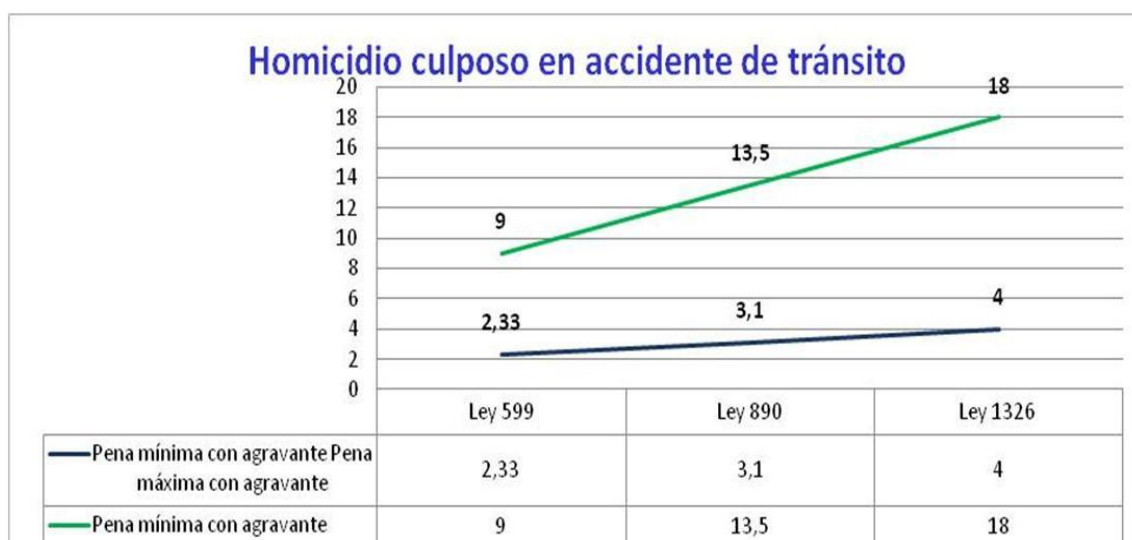


Gráfico No 2. Ejemplo del aumento de penas en el homicidio culposo en accidente de tránsito.

Uno de los delitos que suele ser emblemático en el estudio de la delincuencia es el homicidio. Analizadas las penas previstas para el homicidio simple, se tiene que en 1936 era sancionado con penas de 8 a 14 años de prisión, en el Código Penal de 1980 con penas de 10 a 15 años de prisión, en el Código Penal de 2000 con penas de 13 a 25 años y, desde la entrada en vigencia de la Ley 890 de 2004, con penas de 17,33 a 37,5 años de prisión. Esto significa una variación del 117% en el mínimo y del 168% en el máximo de la sanción, sin que por ello pueda afirmarse que el número de homicidios simples ha disminuido en el país desde 1936 a la fecha.

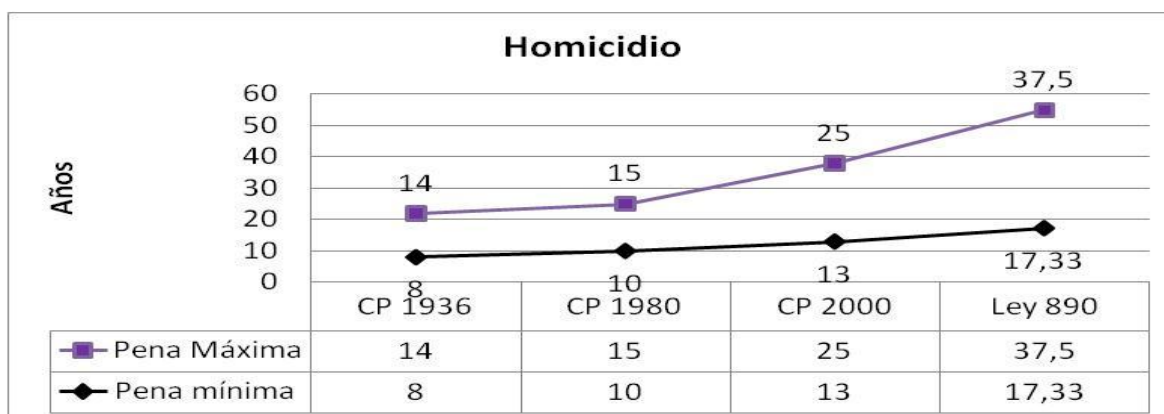
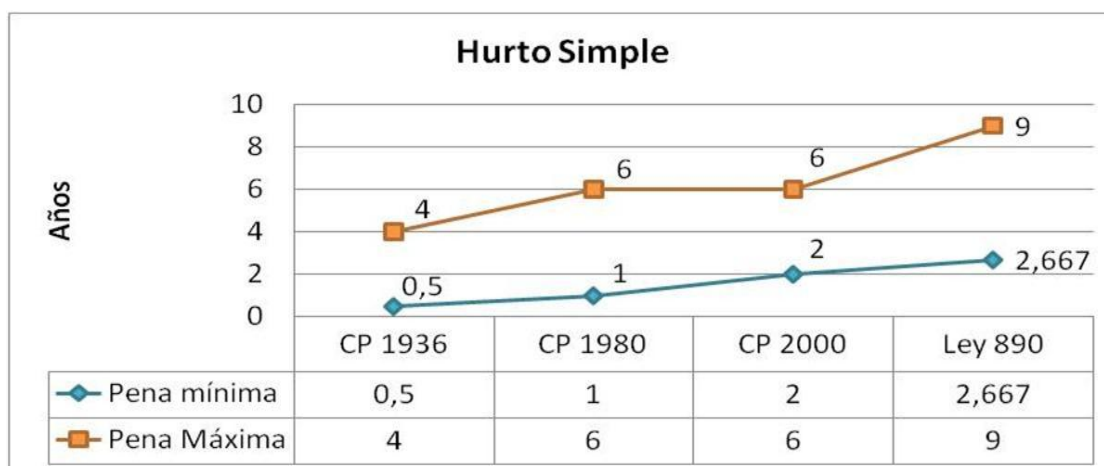


Gráfico No 3. Ejemplo del aumento de penas en el delito de homicidio

Otro de los delitos que suele ser tomado como indicador para el análisis de la delincuencia es el hurto simple, que en el Código Penal de 1936 era sancionado con penas de 6 meses a 4 años, en el Código Penal de 1980 con penas de 1 a 6 años, en el Código Penal de 2000 con penas de 2 a 6 años y, desde la entrada en vigencia de la Ley 890 de 2004, con penas de 2,6 a 9 años de prisión. Esto supone un aumento del 433% en el mínimo de la pena y del 125% en el máximo, sin que por ello pueda afirmarse que el número de hurtos simples ha disminuido en el país desde 1936 a la fecha.



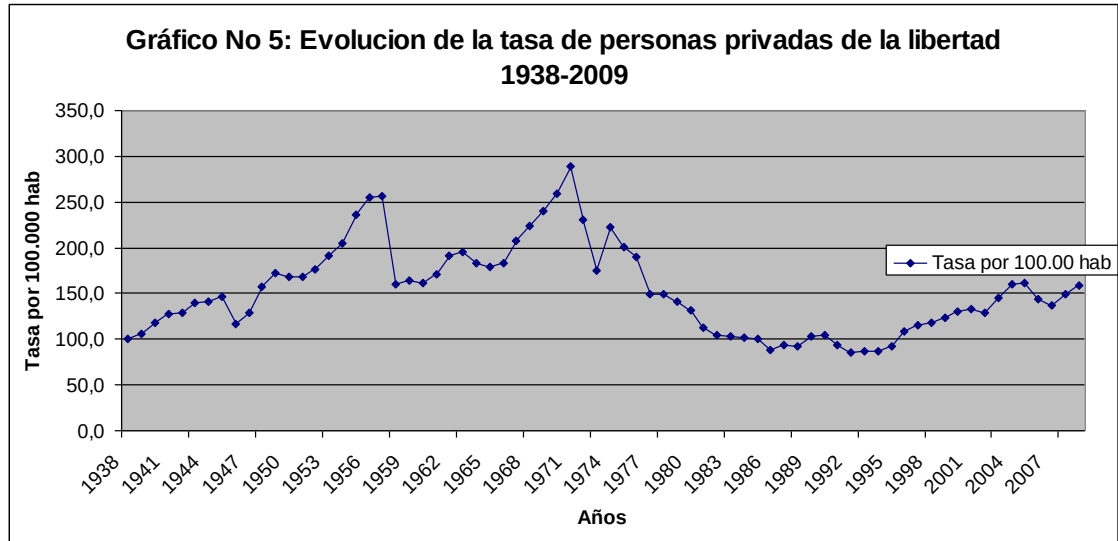
Gráfica No 4. Ejemplo del aumento de penas en el delito de hurto simple

Revisadas otras variaciones de pena en algunos de los delitos que más suelen ocupar la atención de los medios de comunicación, se observa que desde 1936 el secuestro simple ha visto incrementada la pena mínima en 3.100% y la máxima en un 900%; el secuestro extorsivo ha visto aumentada su pena mínima en 2.567% y su pena máxima en 500%; la rebelión ha visto aumentada su pena mínima en 1.500% y su pena máxima en 238%; la celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales ha visto incrementada su pena mínima en 967% y su pena máxima en 500%; el delito de peculado por apropiación ha visto incrementada su pena mínima en 700% y su pena máxima en 275%; el delito de receptación ha visto incrementada su pena mínima en 700% y su pena máxima en 140%; el delito de concierto para delinquir simple ha visto incrementada su pena mínima en 300% y su pena máxima en 200%; el delito de

terrorismo ha visto incrementada su pena mínima en 33% y su pena máxima en 13% desde 1980.

De estas variaciones punitivas ocurridas desde 1936 llama la atención que los incrementos más fuertes se hacen sobre el mínimo de la sanción y no sobre el máximo de la misma. Eso probablemente obedece a que se quiere evitar que las manifestaciones más leves de esos delitos lleven a la imposición de penas muy bajas que, a su vez, facilitan la obtención de beneficios o subrogados penales para el detenido o condenado. Respecto de los máximos de pena probablemente haya menor preocupación porque se considera que cuando se aplican esas elevadas sanciones y no se conceden beneficios como el de la libertad condicional o la prisión domiciliaria, la sensación de impunidad disminuye.

49. Este endurecimiento punitivo puede además constatar por el incremento de la población total privada de la libertad y de la tasa de privación de la libertad, en especial desde el año 1995, aunque las tasas no han llegado a los extremos que éstas mostraron a mediados de los años cincuenta o a finales de los años sesenta e inicios de los setenta. El cuadro siguiente resume, en una perspectiva de larga duración, la evolución de la tasa de personas privadas de la libertad por 100.000 habitantes.



Fuente: Cálculos de la Comisión con base en información INPEC para personas privadas de la libertad y DANE para población

Esta visión de larga duración muestra ciertos ciclos: entre 1938 y 1957 hay una tendencia bastante clara al incremento del uso de la privación de la libertad, que hace subir la tasa de 100 a 250. Luego hay un descenso abrupto, que parece asociado al inicio del Frente Nacional y la tasa baja a 160, para comenzar a crecer en forma relativamente constante hasta 1971, en donde llega a su nivel más alto. Y luego, desde esa fecha, con algunos cambios anuales, tiende a bajar hasta 1995, pero de ese año en adelante vuelve a haber una tendencia al crecimiento, que continúa hasta ahora, por lo que conviene examinar un poco más en detalle esa evolución en las últimas dos décadas, la cual se puede ver resumida en el siguiente cuadro:

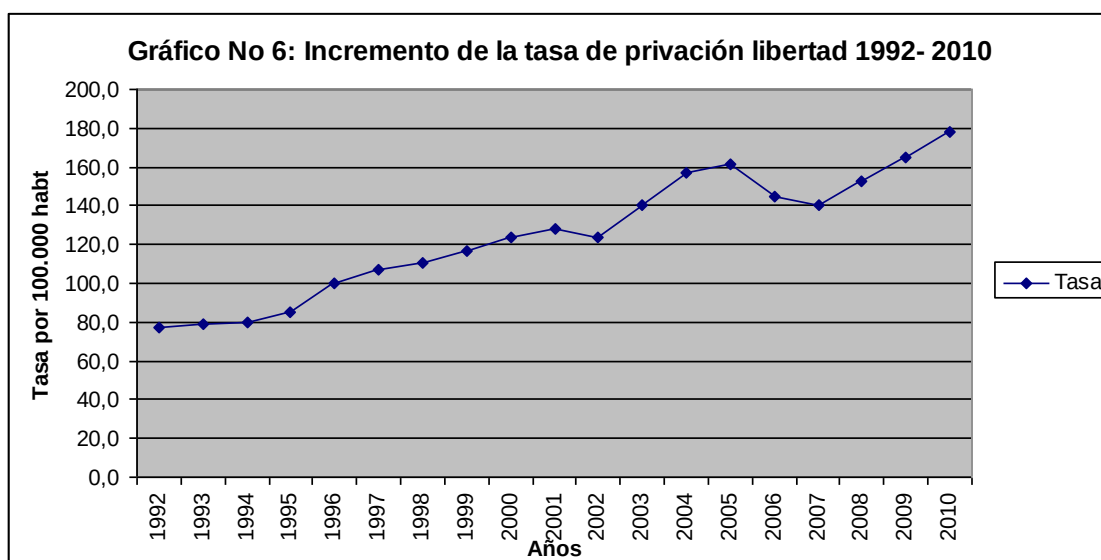
Cuadro No 2: Situación Personas Privadas de la libertad (1992-2000)

Año	Total	Tasa	Condenados	Detenidos	%
-----	-------	------	------------	-----------	---

	internos			detenidos	
1992	27.316	76,9	11.694	15.622	57
1993	28.550	78,8	12.575	15.975	56
1994	29.343	79,6	13.483	15.860	54
1995	31.960	85,2	16.468	15.492	48
1996	38.063	100,0	20.246	17.817	47
1997	41.405	107,1	22.177	19.228	46
1998	43.259	110,4	23.245	20.014	46
1999	46.322	116,5	26.591	19.731	43
2000	49.816	123,7	29.490	20.326	41
2001	52.181	127,9	30.761	21.420	41
2002	51.276	124,1	30.077	21.199	41
2003	58.894	140,7	33.623	25.271	43
2004	66.474	156,9	37.723	28.751	43
2005	69.365	161,7	40.754	28.611	41
2006	62.906	144,9	40.914	21.992	35
2007	61.543	140,1	41.263	20.280	33
2008	67.812	152,6	44.481	23.331	34
2009	74.277	165,1	48.823	25.454	34
2010	81.095	178,2	55.437	25.658	32

Fuente: Cálculos de la Comisión con base en información INPEC para personas privadas de la libertad y DANE para población

Este cuadro muestra que el número de personas privadas de la libertad se triplicó entre 1992 y 2010, pues pasó de unos 27.000 a más de 81.000, mientras que la tasa por cien mil habitantes se incrementó también considerablemente, multiplicándose por aproximadamente 2,5, pues pasó de 79,9 a 178,2, como lo muestra el siguiente gráfico:



50. Este incremento de las personas privadas de la libertad se explica esencialmente por el aumento de personas condenadas, que prácticamente se multiplicó por 5, mientras que el número de personas detenidas pero no condenadas ha crecido más levemente, al punto de que la tasa de detención por 100.000 habitantes ha aumentado en “sólo” aproximadamente 20%. Esta evolución en este aspecto tiene obviamente aspectos positivos pues implica una mayor capacidad del sistema penal para obtener sentencias condenatorias y una menor participación de las personas detenidas en el total de

personas privadas de la libertad, que cayó de 57% a 32%. Pero en todo caso, esa evolución muestra una mayor severidad del sistema penal

51. Estos aumentos punitivos podrían entenderse justificados por el incremento de los desafíos derivados de nuevos y complejos fenómenos criminales. Y eso podría cierto pues en los últimos 30 años Colombia ha enfrentado difíciles desafíos criminales, como se señalará ulteriormente (Cf Infra punto c) de este capítulo), que podrían explicar en parte un endurecimiento punitivo. Sin embargo, como ya se explicó, la Comisión no encontró que hubiera evaluaciones sistemáticas de la eficacia de dicho endurecimiento para prevenir y sancionar conductas graves atentatorias de bienes jurídicos fundamentales. Y eso no es extraño puesto que, como ya se señaló, la política criminal carece de sistemas de información confiables que permitan evaluar la eficacia de las decisiones tomadas, por lo que muchas de las decisiones de incrementar penas o de crear nuevos delitos se toman y luego no hay ninguna evaluación de su eficacia y pertinencia. Es más, cuando ha habido algunos intentos de evaluación, los resultados tienden a ser más bien pobres, pues el incremento punitivo no se ha traducido en muchas ocasiones en un aumento de la eficacia de la investigación penal, como se explicará brevemente ulteriormente al estudiar los problemas de ineficiencia de la investigación criminal en Colombia. Ahora bien, diversos estudios muestran que para enfrentar la criminalidad, en la mayor parte de los casos, es preferible y más humano esforzarse por incrementar la eficacia del sistema penal o recurrir a medidas preventivas, en vez de incrementar las penas. Un ejemplo es el reciente trabajo de 2010 de Daniel Nagin y Steven Durlauf, quienes son dos de los académicos líderes mundiales en la reflexión sobre los eventuales efectos disuasivos del encarcelamiento⁵⁰. Luego de examinar las principales investigaciones existentes sobre el tema, Nagin y Durlauf concluyen que hay muy poca evidencia de que un incremento en la severidad del castigo tenga efectos disuasivos significativos, mientras que existe evidencia sustantiva de que el incremento en la certeza del castigo es el que tiene efectos disuasivos importantes⁵¹.

52. Ha existido entonces un incremento significativo de la severidad punitiva y del recurso a la privación de la libertad, pero sin que haya habido una clara evaluación de su capacidad para prevenir los delitos o sancionar efectivamente a los responsables. La constatación de esta tensión ha llevado a la Comisión a concluir que ese incremento de la severidad penal no ha sido en Colombia una política criminal reflexiva y consistente para enfrentar desafíos criminales complejos sino que es una expresión de lo que algunos autores conocen como “populismo punitivo”, que pretende que la solución a los problemas de impunidad o de incremento de ciertos crímenes debe ser siempre el aumento drástico de las penas. Estas medidas suelen ser bastante populares a nivel de la opinión pública y dan buenos réditos políticos a quienes las defienden. Sin embargo, usualmente suelen tener una eficacia puramente simbólica pues su capacidad real para prevenir los crímenes y enfrentar problemas sociales complejos es limitada; pero esas

⁵⁰ Ver Steven Durlauf y Daniel Nagin. *The deterrent effects of imprisonment*. 2010. Accedido en mayo 2011 en www.nber.org/chapters/c12078.pdf

⁵¹ Este último argumento está desarrollado conceptual y empíricamente por David M. Kennedy y su grupo a partir de la Operación Cese al Fuego (*Operation Cease Fire*), un reconocido experimento implementado en la ciudad de Boston a mediados de los noventa y replicado en otras ciudades de Estados Unidos con un impacto considerable sobre el crimen. Ver David M. Kennedy. *Deterrence and Crime Prevention. Reconsidering the Prospect of Sanction*. 2009. Nueva York: Routledge. Sobre la evaluación de impacto ver: Anthony Braga y David Weisburn. 2012. *The effects of “pulling levers” focused strategies on crime*. The Campbell Collaboration-Campbell Systematic Reviews.

medidas pueden agravar muchas de las dificultades del sistema penal, como el hacinamiento carcelario, como ya se ha visto o la incoherencia normativa. Además, esta fuga hacia el derecho penal desconoce el carácter de *última ratio* que debe tener el uso de los instrumentos penales para enfrentar problemas sociales complejos.

53. La Comisión tiene claro que en ciertos casos un aumento de las penas puede ser necesario y que ciertos reclamos de mayor severidad penal por la población pueden ser legítimos, debido a su angustia frente a la ocurrencia y recurrencia de ciertos crímenes atroces. Además, en una democracia, esas preocupaciones ciudadanas y de las víctimas deberían ser sopesadas y tomadas en consideración por quienes tienen la responsabilidad de formular la política criminal. El problema es cuando esas legítimas preocupaciones ciudadanas y de las víctimas frente al crimen no son atendidas con políticas criminales apropiadas sino que son usadas políticamente para aumentar precipitadamente las penas y ganar popularidad, dando la impresión de que se está respondiendo al desafío criminal, al mismo tiempo que se descalifican como “suaves ante el delito” las posturas alternativas que buscan enfrentar el crimen pero preservando el carácter proporcionado y de *última ratio* de los instrumentos penales. En eso consiste el “*populismo punitivo*” que precisamente puede ser caracterizado, como lo define uno de los expertos en el tema, el profesor Julian Roberts, como la tendencia a que la consideración sobre “*las ventajas electorales de una política predomine sobre su real efectividad penal*”⁵², con todos los graves efectos que han sido reseñados.

3. Una política criminal poco reflexiva frente a los particulares desafíos del contexto colombiano.

54. Muchas de las anteriores características de las decisiones de política criminal no son exclusivas de Colombia sino que son compartidas por varios países de la región, en donde también ciertos estudios han puesto en evidencia la fuga hacia el populismo punitivo y el carácter reactivo y sin sustento empírico de gran parte de las decisiones sobre penalizar ciertos comportamientos o incrementar determinadas penas⁵³. Sin embargo, Colombia tiene ciertas particularidades sociales, institucionales y de derechos humanos, que son relevantes y que no han sido tomadas con la debida atención por la política criminal, como i) la presencia diferenciada de las instituciones a nivel territorial y social; ii) la complejidad del fenómeno criminal en nuestro país, que incluye violencias cotidianas y formas agudas de criminalidad organizada, muchas de ellas asociadas al narcotráfico; iii) la persistencia del conflicto armado y la gravedad de la situación de derechos humanos; iv) la posible incidencia de situaciones agudas de desigualdad, pobreza y discriminación sobre los fenómenos delincuenciales y la propia política criminal; y v) los complejos desafíos de seguridad derivados de los anteriores factores. La Comisión no afirma que estos cinco rasgos sean exclusivos de Colombia pues algunos de ellos se presentan en otros países pero adquieren en Colombia mayor agudeza y su combinación plantea complejos desafíos. Por ello procede la Comisión a desarrollar brevemente esos aspectos.

⁵² Ver J.V. Roberts, L.J., Stalans, D. Indermaur and M.Hough. 2003. *Penal Populism and Public Opinion: Lessons from Five Countries*. New York, NY: Oxford University Press, p 5

⁵³ Ver Lucia Dammert y Felipe Salazar. 2008. *¿Duros con el delito? Populismo e inseguridad en América Latina*. Santiago de Chile: FLACSO

55. Colombia es un país de enorme diversidad regional e institucional, en donde, por ejemplo, la presencia institucional del Estado en Bogotá no es idéntica a aquella que éste tiene en regiones rurales apartadas. En particular, y a diferencia de otros países, incluso en Latinoamérica como Chile, el Estado colombiano nunca ha tenido un control integral del territorio, ni ha logrado detentar el monopolio de la violencia legítima. Siempre han existido, desde la colonia, territorios fuera del control directo estatal o donde la presencia institucional es precaria y parcial. Esta diversa capacidad institucional del Estado ha llevado a algunos autores a hablar de una presencia diferenciada de las instituciones del Estado colombiano en el Estado y la sociedad⁵⁴, pues hay zonas y aspectos en donde el Estado colombiano funciona en forma moderna, eficiente y democrática, pero en otros espacios regionales o sociales, las instituciones prácticamente están ausentes, o se reducen a una presencia militar, o deben coexistir en forma compleja con poderes locales clientelistas o incluso con actores armados ilegales.

56. Esta diversidad regional y social de la presencia estatal es tan importante que ha intentado ser medida, por medio de indicadores como el desarrollado por Departamento Nacional de Planeación DNP con el llamado “*índice de desempeño integral*” que busca medir la capacidad real de los distintos municipios, tomando en cuenta factores como su eficacia para cumplir las metas del plan de desarrollo, la eficiencia en el uso de su dotación de recursos humanos, financieros y físicos disponibles en los sectores de salud, educación y agua potable, etc.⁵⁵. Esa evaluación confirma la enorme diversidad en la capacidad institucional de los municipios.

Sin embargo, no es usual que la formulación de la política criminal tome en consideración esa enorme diversidad regional y social de la presencia institucional del Estado colombiano, pues en cierta medida la ficción jurídica de la homogeneidad del territorio tiende a predominar en la elaboración de las políticas criminales y judiciales⁵⁶.

57. Las decisiones de política criminal, al no estar claramente fundadas empíricamente, no han sido capaces tampoco de tomar en cuenta la diversidad y complejidad de los fenómenos criminales en Colombia. En efecto, como se explica más adelante (Cf Infra el punto c) de este capítulo), nuestro país enfrenta problemas criminales complejos y diversos, con lógicas distintas, aunque se interfieran mutuamente. Así, persiste un doloroso conflicto armado, las autoridades se han visto involucradas en graves violaciones de derechos humanos, existen desafíos enormes de narcotráfico, otras formas de criminalidad organizada y corrupción, y la evidencia disponible muestra altos niveles de violencia doméstica y violencia sexual, etc. Sin embargo, en muchas ocasiones, la política criminal no toma en consideración la complejidad y diversidad de estos desafíos delincuenciales pues no prevé estrategias diferenciadas para enfrentarlos.

58. Otro elemento trascendental de la realidad colombiana que debe ser adecuadamente considerado por la política criminal es la persistencia del conflicto armado pues la política criminal no puede ignorar ese hecho, ya que el conflicto armado supone ciertas

⁵⁴ Ver Fernán González, Ingrid Bolívar y Teófilo Vásquez. 2003. *Violencia política en Colombia. De la nación fragmentada a la construcción del Estado*. Bogotá, Cinep. En sentido semejante, Mauricio Vargas et al. 2011. *Los Estados del país. Instituciones municipales y realidades locales*. Bogotá. DeJuSticia, en especial capítulo 2.

⁵⁵ Para la metodología del DNP, ver www.dnp.gov.co/Programas/DesarrolloTerritorial/Evaluaci%C3%B3nySeguimientodelaDescentralizaci%C3%B3n/DocumentosdeEvaluaci%C3%B3n.aspx

⁵⁶ Mauricio García et al. *Op-cit*, p 67.

medidas específicas. Pero tampoco la política criminal puede ser absorbida por las estrategias de seguridad o de paz que se han elaborado para enfrentar el conflicto armado.

59. Igualmente, Colombia enfrenta problemas muy agudos de pobreza, desigualdad y discriminación. El coeficiente de Gini, que mide la desigualdad en los ingresos, es en Colombia de 0.58, uno de los más altos del mundo. Como se sabe, este coeficiente varía entre 0 y 1, de manera que 0 implica absoluta igualdad y 1 total desigualdad. Coeficientes superiores a 0,5 son propios de sociedades extremadamente desiguales, lo cual muestra la intensidad de la desigualdad en Colombia. A su vez 46% de la población vive en la pobreza y 16% en la extrema pobreza⁵⁷. Igualmente, en Colombia subsisten altos niveles de discriminación en términos étnicos y de género. A nivel de género, por ejemplo, las mujeres tienen mayores niveles de desempleo y reciben salarios más bajos por el mismo tipo de trabajo que los hombres⁵⁸. La violencia contra las mujeres sigue siendo elevada. Aproximadamente 30% de las mujeres han reportado haber sido físicamente agredidas por su esposo o compañero; 11% han sido violadas⁵⁹. La situación en el contexto del conflicto armado es aún más grave. Según un informe reciente de Oxfam Internacional, entre 2001 y 2009, miles de actos de violencia sexual contra las mujeres fueron cometidos por los actores armados⁶⁰, los cuales están casi totalmente en la impunidad, pues hasta marzo de 2011, según datos de la FGN, los paramilitares desmovilizados sólo habían confesado 86 casos de violencia sexual⁶¹. A nivel de discriminación racial, todos los indicadores sociales de salud, pobreza, empleo, vivienda o acceso a la justicia son peores para los pueblos indígenas y los grupos afrodescendientes que frente al resto de la población. Por ejemplo, la mortalidad infantil entre los afros es de 44 por 1000 bebés nacidos vivos, más del doble que aquella de la población en general. La expectativa de vida de una mujer afro es 67 años mientras que en una mujer de la población en general es de 78 años⁶².

60. Estas referencias a los problemas de pobreza, desigualdad y discriminación son relevantes, pues existen al menos cuatro vínculos importantes entre esos aspectos y la política criminal.

Primero, aunque subsiste alguna polémica al respecto, existen estudios que plantean que las situaciones de desigualdad y de discriminación son un factor importante en el desarrollo de tensiones sociales que generan formas de inseguridad y delincuencia. Por ejemplo, Fajnzylber P, Lederman D, Loayza han mostrado, con suficiente solidez, que existe una relación significativa entre desigualdad y crímenes violentos, en especial

⁵⁷ Ver DNP. 2011. Bases del Plan Nacional de Desarrollo. Prosperidad para todos. Bogotá, DNP, p 13

⁵⁸ Ver Lorena Álvarez Ossa, “La discriminación tiene cara de mujer,” en *Razón Pública*, May 4, 2010,

⁵⁹ Ver Profamilia. 2005. Salud sexual y reproductiva en Colombia. Encuesta Nacional de Demografía y Salud 2005 Bogotá: Profamilia.

⁶⁰ Oxfam International. 2009. *La violencia sexual en Colombia. Un arma de guerra* Oxfam Internacional

⁶¹ “Gestión Unidad de Justicia y Paz,” PGN, información de marzo de 2001, disponible en www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Index.htm.

⁶² Ver César Rodríguez et al. 2009. *Raza y Derechos Humanos en Colombia*. Bogotá: Observatorio de Discriminación Racial, disponible en <http://odracial.org>.

violencia homicida y robo violento⁶³. Y esa relación ha sido también mostrada no sólo a nivel de países sino de regiones⁶⁴.

Segundo, puede haber un goce muy diferenciado y desigual de los beneficios de la política criminal y de las estrategias de seguridad. La segregación en las ciudades puede provocar que los sectores pudientes gocen de mayores niveles de seguridad que los estratos pobres o las poblaciones discriminadas. Por ello una cifra global de mejora en la seguridad –como podría ser la disminución de la tasa de homicidio o de delincuencia en general- sin enfoques diferenciales, puede ocultar una agudización de la discriminación en el goce de la seguridad por la población, en la medida en que la mejora global puede ser resultado de una mejora intensa y sustantiva de la seguridad para ciertos grupos sociales y un deterioro de la misma para otros grupos sociales.

Tercero, los costos de la política criminal pueden estar también muy desigualmente distribuidos y afectar desproporcionadamente a personas en situaciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, una política de mano dura para enfrentar la delincuencia puede incrementar las tasas generales de detención y privación de la libertad. Pero no basta detectar esa tendencia. Es necesario mirar si ese incremento afecta o no desproporcionadamente a ciertas poblaciones discriminadas.

Cuarto, la implementación de la política criminal puede ella misma ser discriminatoria, en la medida en que recurra a estrategias inaceptables en términos de igualdad, tanto por acción como por omisión. Así, por acción, puede ser que las autoridades recurran a formas inaceptables de lo que se conoce en la literatura sobre el tema como “*racial profiling*” o “fichaje racial” o “uso de perfiles raciales”, en donde las autoridades policiales tienden perseguir o detener en forma desproporcionada a personas con ciertos rasgos étnicos puesto que asocian la criminalidad con determinados grupos étnicos, usualmente discriminados y en situación de pobreza y marginalidad. Por omisión, por cuanto las autoridades pueden abstenerse de investigar y sancionar formas de violencia contra grupos en situación de vulnerabilidad, como puede suceder con la impunidad de la violencia doméstica o de las llamadas operaciones de limpieza social.

61. Por las razones anteriores, la política criminal, sin confundirse con la política social, ni absorberla, no debe ignorar la aguda pobreza, desigualdad y discriminación que existen en Colombia. Pero en general las decisiones de política criminal han sido bastante insensibles a estos fenómenos.

4. La tendencia a la subordinación de la política criminal por la política de seguridad.

62. Las anteriores consideraciones muestran que la persistencia del conflicto armado y la presencia del narcotráfico y de otras formas de criminalidad organizada, así como las agudas situaciones de desigualdad y discriminación, implican desafíos complejos de seguridad a la sociedad y al Estado colombiano, lo cual plantea además un problema

⁶³ Ver Fajnzylber P, Lederman D, Loayza N. Inequality and violent crime. *The Journal of Law and Economics* 2002; 45 (1): 1-40.

⁶⁴ Daly M, Wilson M, Vasdev S. Income inequality and homicide rates in Canada and the United States. *Canadian Journal of Criminology* 2001; 43: 219-36.

conceptual, que tiene consecuencias políticas, jurídicas y prácticas considerables, que es la relación que debe existir entre la política criminal y las políticas de seguridad.

63. En condiciones de normalidad interna, esto es que no existen actores armados irregulares que controvierten de manera cierta el control territorial y el monopolio de las armas por parte del Estado, la relación entre políticas de seguridad (interior) y política criminal es incontrovertible y relativamente armónica. En este contexto las políticas de seguridad representan la propuesta estratégica de los gobernantes en cuanto a las amenazas a los derechos ciudadanos y a los planes para generar espacios en los cuales éstos puedan ser ejercidos, mientras que la política criminal, cuyo núcleo duro enfatiza la triada policía – fiscales/jueces – cárceles, sería un pilar fundamental, sino el principal, de cualquier política de seguridad.

Este no ha sido el caso en Colombia debido principalmente al conflicto armado interno y su entrecruzamiento con el narcotráfico, que ha llevado a los gobiernos de turno de las últimas tres décadas a definir políticas de seguridad y paz que enfatizan el rol de los organismos de seguridad (militares-policía-inteligencia) o la solución política negociada del conflicto. De este modo, la política criminal no ha tenido el relieve que en condiciones de normalidad tendría. Su formulación estratégica en el marco de las políticas de seguridad ha estado notoriamente rezagada frente a las iniciativas en el campo de hacer la guerra o de resolverla por la vía de la negociación política.

Los documentos de política pública en materia de seguridad elaborados por los gobiernos desde la Estrategia Nacional contra la Violencia hasta la Política Integral de Seguridad y Defensa para la Prosperidad, emitidas en 1991 y 2011 respectivamente, apenas mencionan la política criminal como tal y en general, cuando hacen alusión a ésta o a elementos de la misma, se enfocan en el endurecimiento de penas y de procedimientos penales en función de enfrentar eficazmente las grandes amenazas a la seguridad. En este sentido la política criminal ha estado subordinada a los imperativos de las políticas de seguridad signados por la guerra y por la paz. Esto si bien no es la causa eficiente, ha incidido en que dicha política no haya desarrollado en la práctica una entidad propia y acorde con las definiciones que sobre la misma se encuentran en la legislación y jurisprudencia colombianas.

64. Es pues necesario formular apropiadamente las relaciones entre la política de seguridad y la política criminal, para que exista una mayor articulación entre las dos, sin que la política criminal quede subordinada a la política de seguridad.

5. Esfuerzos recientes por formular una política criminal más estable y consistente.

65. El último Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 representa un esfuerzo importante en la formulación de una política criminal más consistente y de largo plazo pues se le han señalado presupuestos y líneas generales de acción.

La política criminal, en concreto, ocupa un lugar en el mencionado Plan, en el capítulo V sobre estrategias de consolidación de la paz y se presenta como una política coherente y con pretensiones de eficacia contra el crimen, concebida como *“el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la*

protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”; esta política supone una actuación coordinada que debe mejorar sus procesos de rendición de cuentas, todo lo cual redundará en la disminución de la impunidad “y en el fortalecimiento de la convivencia, la inclusión y la seguridad”⁶⁵.

66. El Plan considera la necesidad de fortalecer los sistemas de información en función del mejoramiento de las políticas públicas –y específicamente de la política criminal– tanto en su diseño como en su seguimiento y reformulación, al establecer como propósito del componente de los sistemas de información y estudio de políticas públicas, “*facilitar el proceso de diseño, implementación, evaluación y seguimiento de políticas públicas efectivas contra el delito, la criminalidad y la violencia, las acciones de sanción y control policial y los procesos judiciales*”. Este esfuerzo debe ir además acompañado de las encuestas de victimización y auto-reporte para mejorar la formulación de políticas de seguridad y convivencia ciudadana en los diferentes niveles territoriales⁶⁶.

67. La política criminal no se concibe en el Plan como una simple unión de acciones que se deben cumplir frente al crimen, sino que demanda la construcción de ella misma y de un andamiaje institucional que la desarrolle y ponga en práctica, para lo cual es necesario considerar la implementación de acciones que comienzan con la prevención y terminan con la asistencia pos-penitenciaria, convirtiéndola en política de Estado⁶⁷.

En particular, el Plan se ocupa de establecer algunas líneas de acción que tienen fundamento en criterios de política criminal. Así, cuando se refiere a los aspectos de la criminalidad, se hace énfasis en la necesidad de procurar para los habitantes del territorio una socialización adecuada, lo que nos permitiría establecer que estas mismas consideraciones deben aplicarse a la configuración de un modelo sancionatorio que tenga como objetivo principal la finalidad de la resocialización.

El énfasis en medidas relacionadas con la recuperación para la sociedad de quienes han cometido un delito se encuentra más adelante en el mismo Plan Nacional, según el cual “*se busca incrementar el apego y adhesión de los ciudadanos a una cultura ciudadana basada en la apropiación y respeto de las normas de convivencia, que fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas, el régimen del Estado Social de Derecho y la convivencia ciudadana*”⁶⁸.

68. La lucha contra la criminalidad, según el Plan Nacional de Desarrollo, debe estar apuntalada en el fortalecimiento del sistema de administración de justicia en busca de su real eficiencia y de la lucha contra la impunidad⁶⁹.

El problema de la criminalidad no se ve exclusivamente ligado a los problemas surgidos de la criminalidad organizada (narcotráfico, bandas criminales y grupos armados

⁶⁵ DNP. 2011. Bases del Plan Nacional de Desarrollo. 2010-2014. Prosperidad para todos. Bogotá, DNP, p. 408. Consultado en marzo 2012 en

www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=CZ3Fj5uvgtg%3d&tabid=1238.

⁶⁶ *Ibidem* p. 403.

⁶⁷ *Ibidem* p. 410

⁶⁸ *Ibidem* p. 402.

⁶⁹ *Ibidem* p. 390

organizados al margen de la ley), sino que se reconoce la incidencia en la seguridad de los habitantes del territorio nacional, de lo que se ha denominado como criminalidad callejera, es decir, aquél conjunto de actividades delictivas que de ordinario pueden afectar y afectan los intereses inmediatos de los ciudadanos. El Plan reconoce que *“persisten niveles de criminalidad y conflictividad social que no pueden ser aceptados en una sociedad que avanza hacia la prosperidad y el desarrollo”*, como índices de homicidio aún muy altos o el aumento continuo que vienen registrando indicadores tales como delitos contra la familia y violencia sexual, o la *“multiplicación de fenómenos delictivos como el microtráfico, el robo de motocicletas y el hurto común, entre otros, que al presentarse con regularidad, afectan poderosamente la percepción de tranquilidad y seguridad de los ciudadanos”*⁷⁰.

69. El Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 dedica un espacio especial al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes y respecto de él establece la necesidad de promover *“la apropiación y desarrollo de la finalidad del Sistema, al igual que el fortalecimiento de una oferta pertinente, asertiva y estratégica con sus demandas, tanto a nivel nacional como territorial”*⁷¹. Los propósitos relacionados con el Sistema mencionado abarcan la construcción de una infraestructura adecuada; la garantía de los derechos de los y las jóvenes sometidos a este régimen de responsabilidad; la finalidad de evitar el desarraigo de los y las adolescentes; la regionalización del gasto y el compromiso de dirigir éste a la protección integral de la infancia y la adolescencia.

70. En general, muchas de las ideas de política criminal incorporadas al Plan Nacional de Desarrollo apuntan a la prevención más que a la represión. En este sentido, se considera que se debe dar prelación, dentro de las actuaciones del gobierno, a la reducción de los riesgos relacionados con el delito; a la prevención de la criminalidad en general, y de la delincuencia juvenil en particular. Esta estrategia de prevención está acompañada de precisos lineamientos relacionados con ella, que la Comisión estima conveniente recordar:

*“Adicionalmente, se revisarán y fortalecerán programas que han estado orientados a: (1) promover la prevención temprana del delito en establecimientos educativos e impulsar iniciativas que eviten la desescolarización; (2) facilitar la inclusión social e inserción económica de quienes han estado vinculados a grupos juveniles violentos y de accionar criminal; (3) prevenir la violencia intrafamiliar y la violencia sexual; (4) prevenir el consumo de sustancias psicoactivas y de alcohol, discriminando estrategias e intervenciones de acuerdo al tipo de consumidor; (5) priorizar acciones destinadas a la prevención de la accidentalidad vial y a la generación de una cultura de seguridad vial; (6) transformar imaginarios y prácticas culturales que valoran positivamente fenómenos violentos y criminales; (7) promover planes de desarme y fortalecer el control, registro e interdicción al mercado y tráfico ilegal de armas con impacto en la seguridad ciudadana (cita omitida); (8) promover la prevención situacional que comprende la recuperación de áreas deprimidas en las ciudades y cascos urbanos, la recuperación de espacios públicos y programas de renovación urbana; y (9) fomentar espacios y prácticas protectoras para niños, niñas y adolescentes en zonas de riesgo de utilización y reclutamiento”*⁷².

⁷⁰ ibídem p. 393

⁷¹ Ibídem p. 408.

⁷² ibídem p. 400

71. Sin lugar dudas es importante que estos lineamientos de política criminal se encuentren incorporados en un documento de la naturaleza de un Plan Nacional de Desarrollo, que está llamado a guiar la actividad de los diferentes órganos del poder ejecutivo. Es un primer paso para lograr una política criminal que vaya más allá de la utilización de medidas meramente reactivas y coyunturales. Sin embargo, la eficacia real de estos planteamientos incorporados al Plan no parece clara pues muchos pronunciamientos del propio Presidente de la República parecen alejarse de esas orientaciones. Además, muchas de las leyes aprobadas en este período no parecen tampoco seguir los lineamientos de política criminal incorporados al Plan.

72. La Comisión encontró que en desarrollo de diversas intervenciones, el Presidente de la República, Juan Manuel Santos, ha hecho pronunciamientos sobre política criminal, que en muchas ocasiones no guardan armonía con una línea definida de política criminal ni con lo formulado en el Plan Nacional de Desarrollo. Así, el gobierno anuncia medidas relacionadas con el aumento de penas o el endurecimiento de las respuestas penales a comportamientos punibles; otras que ponen el énfasis en la educación y la prevención, y otras más que plantean hacer frente a los problemas de la criminalidad a través de medidas de corte social o mejoramiento institucional.

De las primeras, podemos destacar que el Gobierno Nacional ha resaltado la necesidad de incrementar las penas a hechos punibles tales como el porte ilegal de armas, la participación de menores de edad en la comisión de hechos punibles y el microtráfico de estupefacientes; eliminar las referencias a la dosis personal del Código Penal y tipificar el delito de tráfico ilegal de precursores de drogas sintéticas (i); afrontar la lucha contra las bandas criminales con fundamentos diferentes a los que impulsan las acciones del Estado frente a los grupos armados organizados (ii); crear el delito de pertenencia a banda armada, que cobije tanto a los grupos armados organizados al margen de la ley como a las bandas criminales (iii); ampliar los términos procesales para la realización de la imputación (12 meses en el régimen ordinario y 18 cuando el delito es de competencia de los jueces penales del circuito especializado); eliminar los plazos de vigencia de las órdenes de captura, seguimientos y registros; ampliar de tres a 6 meses los plazos de interceptación de las comunicaciones; extender la aplicación de la flagrancia a eventos en que el delito sea captado por una cámara de video, o en que el individuo se encuentre en el vehículo en que se cometió el delito (iv).

En el segundo grupo de pronunciamientos hallamos el anuncio de medidas tales como dar estabilidad y sostenibilidad al proceso de desmovilización y de reintegración de los desmovilizados; impulsar la ley de tierras como una forma de pagar la deuda de la sociedad con las víctimas del conflicto armado; brindar seguridad para los más pobres, afectados con la delincuencia común; cerrar la puerta por la que los jóvenes entran a la violencia; prevención del delito fundamentada en cultura ciudadana fundada en valores éticos y morales, con sentido de solidaridad y convivencia; educación de la sociedad en el rechazo a la criminalidad; combatir la deserción escolar, y adelantar programas productivos, deportivos y académicos que promuevan la convivencia; la cultura y el deporte serán herramientas fundamentales para prevenir conductas delictivas en nuestros jóvenes; ampliación de oportunidades laborales a los jóvenes; mejor control sobre las armas de fuego a través del Registro Nacional de Salvoconductos; una respuesta coordinada a la delincuencia que implique la actividad de todas las agencias

estatales a los problemas de seguridad, que sea integral, es decir, que incluya aspectos no sólo de seguridad sino sociales, y con un enfoque preventivo más que punitivo.

En el tercer grupo de medidas se ubican las de hacer de los mecanismos de justicia transicional soluciones duraderas que garanticen los derechos de las víctimas; el Plan de investigación criminal por cuadrantes; eliminar la diferencia entre la responsabilidad de la persona y la de la sociedad frente al fenómeno criminal; el establecimiento de una Política de seguridad ciudadana fundada en dos ejes: uno preventivo y otro proactivo; el aumento del pie de fuerza de la Policía Nacional.

73. Adicionalmente a las expresiones del Presidente de la República, se encontró que en el año 2011 el Congreso expidió cuatro leyes en las que no se observaron adecuadamente los lineamientos de política criminal expresados en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 y, a pesar de ello, no fueron objetadas por el ejecutivo y algunas de ellas contaron con su decidido apoyo ante el órgano legislativo.

Estas leyes, algunas de las cuales no cuentan siquiera con un elemento empírico que justifique su contenido, fueron las números 1445 que modifica el artículo 359 del Código Penal; 1453 conocida como Estatuto de Seguridad ciudadana, en la que se reformaron los Código Penal y de Procedimiento Penal y se aumentaron penas exorbitantemente y por fuera de los límites legales; 1474 o ley anticorrupción, que reformó el Código Penal, aumentó penas, reguló inhabilidades; amplió los términos de prescripción de la acción penal y creó tipos penales, y 1482 o ley antidiscriminación, que creó nuevos tipos penales y modificó el tipo penal de genocidio.

74. Confrontados, entonces, los planteamientos de política criminal que se encuentran en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 con las declaraciones del Presidente de la República y con el desarrollo legislativo de 2011 se encuentra que la pretendida política pública coherente quedó en meras declaraciones, lo que hace necesario buscar los mecanismos idóneos para que se pueda pasar de la teoría a la práctica, para lo cual resulta muy importante adoptar los lineamientos de política criminal como política de Estado, a través de un mecanismo que garantice su aplicación.

6. Las debilidades institucionales en la formulación de la política criminal como un factor explicativo importante de su debilidad, volatilidad e incoherencia

75. Algunas preguntas surgen naturalmente del anterior diagnóstico: ¿qué explica que las decisiones de política criminal sean tan reactivas, volátiles e incoherentes que incluso muchos analistas consideran que Colombia nunca ha tenido verdaderamente una política criminal? Y ¿qué explica que cuando hay un esfuerzo por formular unos lineamientos relativamente coherentes de política criminal, como los contenidos en el Plan de Desarrollo, éstos en realidad se queden en letra muerta que no orienta realmente las decisiones de política criminal?

Esos interrogantes no son de fácil respuesta pero la Comisión considera que un elemento esencial que explica la precariedad de la formulación de la política criminal es una cierta precariedad de los diseños institucionales previstos para su formulación.

76. La Constitución y el bloque de constitucionalidad establecen un marco normativo apropiado para la formulación de una política criminal propia de un Estado

democrático. Igualmente, la Constitución prevé un sistema institucional relativamente eficaz de independencia judicial y de control constitucional, que permite asegurar una cierta eficacia a la garantía de los derechos y a los límites constitucionales a la política criminal. En efecto, la existencia de una importante tradición de independencia judicial y de un control constitucional vigoroso permiten que los anteriores límites no sean puramente teóricos y abstractos sino que tengan una cierta eficacia práctica, como lo ha mostrado, por ejemplo, a nivel general, la declaratoria de inexequibilidad de definiciones de delitos y penas que desbordaban ese marco constitucional.

77. Igualmente la Constitución prevé ciertos elementos institucionales y de repartos de competencias para la formulación de la política criminal. La Corte Constitucional ha precisado ese marco institucional de la formulación de la política criminal en algunas de sus decisiones, en especial en las sentencias C-646 de 2001 y C-936 de 2010, en donde especifica los órganos responsables de la política criminal. Así, en primer término, encontramos el Legislador, quien tiene un papel central en la política criminal pues ésta *“puede ser articulada por el Legislador a través de la expedición de normas”*⁷³. En este sentido la Corte ha precisado que *“la legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado”*, y que *“la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal”*⁷⁴. En segundo término aparece el Fiscal General, quien tiene una participación en el diseño de la política criminal del Estado, pues así lo prevé el artículo 251 de la Carta. Finalmente, por sus responsabilidades en el manejo del orden público y su iniciativa legislativa y potestad reglamentaria, el Ejecutivo juega un papel central en el diseño de la política criminal, al punto de que en la sentencia C-037 de 1996, la Corte Constitucional le atribuyó el monopolio de la formulación de la política criminal y con ese criterio declaró la inexequibilidad del artículo 123 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que definía la integración del Consejo Nacional de Política Criminal, esencialmente por cuanto consideró que *“la creación de un Consejo Superior de la Política Criminal y la asignación de sus respectivas funciones, es un asunto que resulta de competencia propia del Jefe de Estado”*, por lo que no podía ser desarrollado por una ley relativa a la administración de justicia. Esa tesis, francamente equivocada⁷⁵, fue afortunadamente abandonada por la sentencia C-646 de 2001, la cual, sin negar la enorme responsabilidad del Gobierno en el diseño de la política criminal, enfatizó que la Constitución preveía la participación de diversas instancias en su formulación. Dijo entonces la Corte en el fundamento 4 de esa sentencia que *“la definición de los elementos de política criminal, su orientación e instrumentos son el resultado de un proceso colectivo como quiera que se trata de una política estatal y participativo”* ya que *“en el marco constitucional, el Fiscal General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura, el Procurador General de la Nación, la Corte Suprema de Justicia (art. 156), el Defensor del Pueblo (art.282) y también los ciudadanos (art. 40), pueden concurrir con el Congreso y con el Gobierno (art. 154) al impulso de políticas legislativas, inclusive en el ámbito criminal”*. Y precisamente con ese cambio de

⁷³ Corte Constitucional. Sentencia C-936 de 2010. Fundamento 24,

⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia C-504 de 1993.

⁷⁵ El fundamento esencial de la sentencia C-037 de 1996 para conferir el monopolio de la formulación de la política criminal al Gobierno fue que a éste, conforme al numeral 4 del artículo 189 de la Carta, le corresponde conservar el orden público y restablecerlo en donde fuere turbado. El error de la Corte en esa ocasión consiste en confundir política criminal y política de seguridad, o al menos en subordinar totalmente la primera a la segunda, aspecto que fue correctamente reformulado ulteriormente por la Corte, en especial en la sentencia C-646 de 2001.

jurisprudencia, la Corte Constitucional consideró que era perfectamente legítimo que existiera un Consejo Superior de Política Criminal, (de ahora en adelante CSPC), que estaba regulado en ese momento por los Decretos 2062 de 1995 y 2348 de 1998, como órgano asesor del Presidente de la República para la formulación de la política estatal, y que comprendiera todas las autoridades de las diversas ramas del poder público que cumplen alguna función en materia criminal.

78. La anterior descripción parecería llevar a la conclusión de que existe un marco normativo e institucional suficientemente sólido para asegurar la consistencia, estabilidad y coherencia del diseño de la política criminal, que incluye incluso un órgano asesor del más alto nivel, como es el CSPC. Pero un examen más atento llevó a la Comisión a detectar fallas normativas e institucionales importantes que pueden explicar la volatilidad e incoherencia de las decisiones de política criminal.

Primero, la Constitución no prevé claramente que todos los tipos penales se encuentren en un mismo cuerpo legal pues establece una reserva de ley, pero no una reserva de código. Eso permite que leyes de muy diversa índole prevean normas penales, lo cual no sólo afecta la seguridad jurídica sino que posibilita la incoherencia normativa. Hubiera sido mejor una reserva de código en materia penal y procesal penal.

Segundo, la Corte, con unos argumentos muy discutibles, ha entendido que las leyes penales son ordinarias y no tienen por qué ser estatutarias, a pesar de que son normas que restringen muy gravemente un derecho fundamental como la libertad. Sería más deseable una reserva de ley estatutaria en materia penal y procesal penal, pues el control previo de la Corte Constitucional podría limitar la volatilidad e incoherencia de la política criminal. Además las leyes estatutarias requieren mayoría absoluta de los miembros de ambas cámaras, con lo cual se podría lograr una legislación penal más estable y con mayor consenso social y político, lo cual podría limitar el carácter reactivo de la legislación penal, que explicamos anteriormente.

Tercero, como se vio, existe una multiplicidad de actores que constitucionalmente participan en el diseño de la política criminal, muchos de ellos con iniciativa legislativa. Este diseño constitucional permite que surjan iniciativas dispares e incluso incoherentes, sin que exista un órgano con capacidad de otorgar una mínima coherencia a la política criminal desde su formulación inicial. La formulación de la política criminal recae principalmente sobre dos instituciones: la Fiscalía General de la Nación (Artículo 251 de la Constitución de 1991) y el Ministerio de Justicia (Decreto 215 de 1992 - Decreto 2897 de 2011). Sin embargo, en ambas instituciones se establece solo la obligación de “participar” en la formulación de la política criminal. No existe norma que establezca quién debe dirigir el proceso.

79. Podría pensarse que la institución apropiada para asegurar dicha coordinación es el propio Congreso de la República, pues muchas iniciativas de política criminal se concretan en leyes, que deben ser debatidas en esa instancia.

La Comisión tiene claro que finalmente es el Congreso, como órgano de representación popular, quien tiene que adoptar muchas de las medidas de política criminal. Sin embargo, por su carácter político y por los riesgos de “*populismo punitivo*” que fueron señalados anteriormente, que hace rentable políticamente a un congresista ser abanderado de causas particulares de endurecimiento punitivo, no parece que el

Congreso pueda lograr autónomamente la coherencia y estabilidad de la política criminal.

80. En ese contexto, adquiere una especial relevancia, el CSPC como instancia articuladora de la política criminal, a fin de asegurar su coherencia, estabilidad y consistencia.

La Comisión considera que efectivamente la creación del CSPC por el Decreto 2062 de 1995 fue una idea en principio acertada pues pretendía ser tanto una instancia técnica de evaluación y asesoría para el Gobierno, como un espacio de coordinación estatal, en la medida en que integra no solo a los organismos del poder ejecutivo, como el Ministerio de Justicia y las instancias encargadas de velar por el orden público y ejecutar la política penitenciaria (Policía Nacional, DAS e INPEC), sino también a la Rama Judicial representada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Fiscalía General de la Nación, al Poder Legislativo y a algunos órganos de control como el Procurador General de la República y el Defensor del Pueblo. Es pues un espacio institucional en el cual armónicamente podrían trabajar las instancias formuladoras de la política criminal y las ejecutoras de la misma. Sin embargo, el diseño original y el desarrollo ulterior del CSPC no ha sido el más apropiado.

No han sido muy claros los objetivos que éste debía perseguir, por tanto tampoco los productos que debía conseguir. Tampoco se le creó inicialmente una instancia técnica que le permitiera ser operativo. La inexistencia de un Subconsejo Técnico le impidió realmente ejercer muchas de sus funciones, como recopilar y evaluar anualmente las estadísticas en materia de criminalidad, realizar y promover intercambio de información, revisar anualmente el estado de hacinamiento y condiciones de resocialización del sistema penitenciario, evaluar la estructura de la justicia penal con el objeto de adecuarla para lograr una mayor eficiencia en la lucha contra la criminalidad, entre otras. Como se puede ver, el CSPC nació con varios problemas. Primero, no tenía un objetivo claro ni unos objetivos específicos a desarrollar. Segundo, no tenía un equipo técnico con el cual ejecutar los productos solicitados. Tres, los productos no tenían carácter de permanencia en el tiempo, por lo que transcurridos los primeros cuatro meses, el Consejo perdió las responsabilidades sobre las cuales se pudieran trazar metas. En las modificaciones posteriores que se le hicieron al CSPC no se arreglaron estas fallas estructurales, lo que ha dificultado su operación (Decreto 2223 de 1995, Decreto 2348 de 1998, Decreto 1980 de 1999, Decreto 2490 de 2002, Decreto 200 de 2003, Ley 888 de 2004).

81. Fuera de lo anterior, junto al CSPC, existe hoy una institucionalidad paralela que también diseña, dirige, coordina, ejecuta y evalúa la política criminal, la cual no está conectada con este órgano rector. En efecto, aparte del CSPC, existen cerca de 15 comisiones, comités o consejos, creados en su mayoría con el objetivo de diseñar políticas, articular esfuerzos institucionales y coordinar acciones para dar respuestas a la creciente comisión de un delito o fenómeno criminal particular, como el Consejo Nacional de Estupefacientes o la Comisión Intersectorial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, o las creadas para los delitos de abuso sexual, bandas y redes criminales, o reclutamiento de menores de edad. Hay otros que se crearon para coordinar la operación del Sistema de Justicia Penal o para hacer seguimiento a la implementación de una política, como la Comisión Intersectorial de

Seguimiento al Sistema Penal o la Comisión de Evaluación del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, entre varias otras.

La permanente creación de estos comités surge como respuesta a las continuas necesidades de coordinación entre las diferentes entidades del sistema penal. A pesar de ser clara esta necesidad, en la práctica se ha dado un paralelismo institucional que dificulta la coherencia de la política criminal

82. La institucionalidad actual no asegura entonces la coherencia, estabilidad y fundamentación empírica adecuada de la formulación de la política criminal.

b. La realidad de la criminalización “secundaria” y “terciaria”: diagnóstico básico sobre el proceso penal y el sistema carcelario y penitenciario.

83 La política criminal no se reduce a su formulación general, que se encuentra vinculada estrechamente a la “*criminalización primaria*”, aunque no se limita a ésta. Es obvio que los avances o problemas de la política criminal en la práctica tienen que ver igualmente con la aplicación de las decisiones de política criminal, en especial, aunque no exclusivamente, a través de los procesos de la investigación y juzgamiento de los presuntos delincuentes, en especial a través del proceso penal (“*criminalización secundaria*”) y la ejecución de las penas impuestas (“*criminalización terciaria*”), por medio del sistema carcelario y penitenciario. La Comisión, dada las limitaciones de su mandato, su período y sus recursos, centró sus esfuerzos en diagnosticar y hacer propuestas relativas a la formulación de la política criminal. Pero consideró igualmente que un diagnóstico de la política criminal era insuficiente sin tomar en consideración los problemas de su aplicación de la política criminal y por ello realizó unas breves consideraciones tanto sobre los resultados del proceso penal colombiano como sobre el sistema carcelario y penitenciario.

1. Algunas tesis básicas sobre la investigación criminal y el proceso penal colombiano

84. El sistema acusatorio, adversarial y oral, adoptado a partir del Acto Legislativo No 03 de 2002 y del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) tiene por definición múltiples ventajas procesales tales como la mayor transparencia de las diligencias, el más amplio margen estratégico de la Fiscalía, la igualdad de armas entre acusación y defensa, y la posibilidad de una controversia más vigorosa del material probatorio. Además, el nuevo sistema ofrece beneficios referidos a la gestión de los casos. Algunas evaluaciones recientes muestran la medida en la que dichos beneficios se han hecho realidad.⁷⁶

Un primer punto es que ha mejorado la velocidad con la que se tramitan las causas penales. La Corporación Excelencia en la Justicia indica que ha existido un importante esfuerzo de evacuación de procesos⁷⁷, un aumento constante de las salidas⁷⁸, y una

⁷⁶ Para un diagnóstico acerca de los primeros años de implementación del sistema acusatorio, ver Corporación Excelencia a la Justicia. 2011. *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*. Bogotá, Ed. Kimpres.

⁷⁷ Corporación Excelencia a la Justicia, *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*, op. cit, p. 20 a 24.

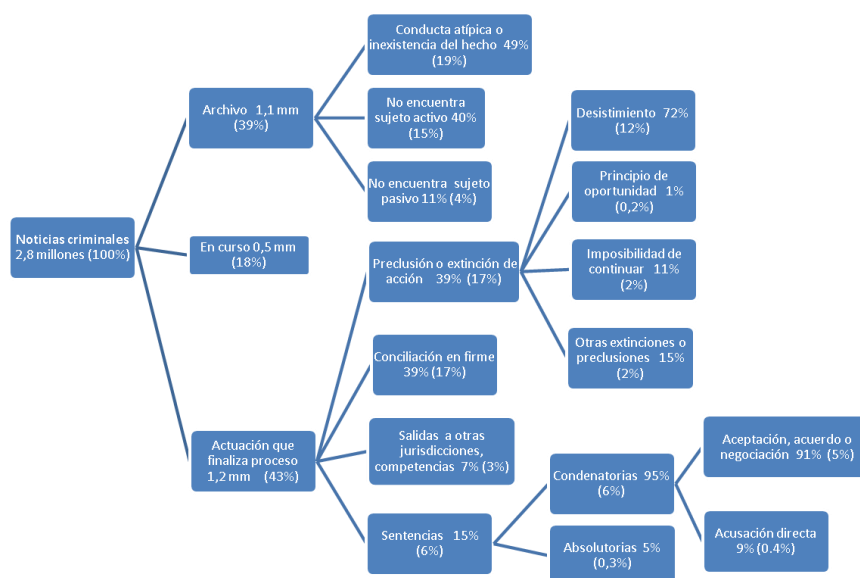
reducción de la duración de los procesos. La Corporación señala que la duración de los procesos pasó de un promedio de 875 días en el sistema mixto a 130 días en el sistema acusatorio.⁷⁹ Sin embargo, la evidencia empírica apunta a que no se han cumplido muchas de las expectativas del Sistema Acusatorio, en particular relacionadas con la mayor agilidad y efectividad que se esperaba de la Fiscalía General de la Nación.

85. Varias investigaciones y algunos datos recientes identifican la persistencia de la precariedad de los resultados de la persecución penal, y de las limitaciones y cuellos de botella del sistema penal. En breve, se constatan problemas agudos en la gestión de casos, y de estrategia de investigación penal, los cuales a su turno dificultan la persecución de crímenes que son graves o que requieren de un esfuerzo probatorio sofisticado. En consecuencia, los niveles de impunidad respecto de estos crímenes “*complejos*” no han disminuido sustancialmente.

86. Aunque la calidad y el acceso a la información acerca del desempeño del sistema penal todavía dejan mucho qué desear, ésta permite algunos análisis gruesos acerca de los agregados de evolución de las causas. En los párrafos siguientes la Comisión expone algunos de los hallazgos más relevantes.

En primer lugar, la Comisión observa el flujo de casos que han sido tramitados en virtud de la Ley 906 de 2004 desde 2005 hasta diciembre de 2010. Resulta interesante comparar el destino de las noticias criminales para todos los delitos y para un delito grave como el homicidio (ver gráficos 7 y 8)

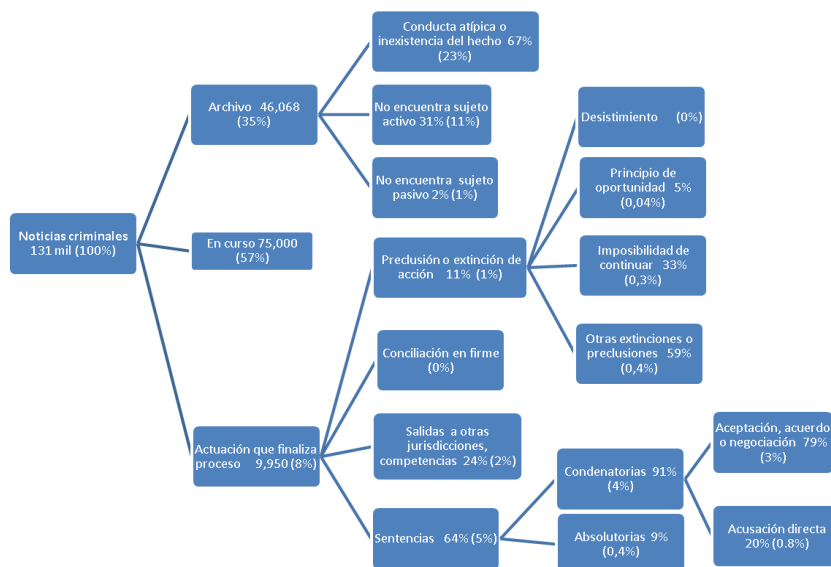
Gráfico 7. Destino de noticias criminales. Ley 906 de 2004. 2005-2010
Todos los delitos. En (paréntesis), proporción de total de noticias criminales



⁷⁸ Corporación Excelencia a la Justicia, *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*, op. cit, p. 32 y 33.

⁷⁹ Corporación Excelencia a la Justicia, *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*, op. cit, p. 34.

Gráfico 8. Destino de noticias criminales. Ley 906 de 2004. 2005-2010
Homicidios⁸⁰ En (paréntesis), proporción de total de noticias criminales



Fuentes para ambos gráficos: Cálculos de la Comisión, con base en base de datos de la Fiscalía General de la Nación entregada a Dejusticia. Datos provenientes del SPOA de la Fiscalía General de la Nación.⁸¹ Nota: el porcentaje en paréntesis es la proporción con total de noticias criminales. El porcentaje sin paréntesis es la proporción respecto de género de actuación.

El flujo de las noticias criminales por todos los delitos (gráfico 7) muestra que la Fiscalía tiene una buena capacidad de archivar procesos (39% de las noticias criminales), que en su mayoría corresponden a casos en los que no se constata un hecho criminal (19% de las noticias criminales).⁸² Casi un quinto de los ingresos no siguen en curso⁸³, mientras que para más de dos quintos se realizó alguna actuación que ponía fin al proceso.⁸⁴ La mayoría de salidas está compuesta por conciliaciones (17% de las noticias criminales) y por actuaciones que precluyen procesos o declaran la extinción de la acción (también, 17% de las noticias criminales) que a su turno están compuestas

⁸⁰ Incluye todos los homicidios dolosos, simples, agravados, calificados, o de persona protegida.

⁸¹ Nota metodológica: aunque realizamos un esfuerzo de clasificación propio, la codificación de las actuaciones proviene de la metodología utilizada por la FGN. La imposibilidad de continuar, una de las razones de preclusión o extinción, incluye la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia o la incapacidad de continuar con la acción penal. Los cálculos excluyen múltiples actuaciones que no muestran datos relevantes. Estos datos de la Fiscalía no incluyen información acerca de los casos para los que se realizó imputación o acusación.

⁸² Para el periodo 2005-2009, la Corporación Excelencia a la Justicia calcula la proporción de archivos por todos los delitos en 53% de las salidas, con base en la estadística diaria de la Fiscalía General de la Nación. Ver el *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*, op. cit, p. 33. Estas salidas equivalen al 24% de los ingresos de noticias criminales, cifra inferior a la calculada para este documento (ver gráfico 3 del mencionado documento acerca de ingresos de noticias criminales). Esto demuestra los problemas de validez que puede tener la información estadística proveniente de la Fiscalía General de la Nación. Otros datos de la Corporación Excelencia para dicho periodo son similares a los analizados por la Comisión en la presente ocasión. Según las cifras de la Corporación, las sentencias condenatorias equivalen a un 6% de los ingresos de noticias criminales; y el principio de oportunidad se aplica para el 0.4% de los ingresos..

⁸³ Contamos los archivos aparte, dado que estrictamente hablando pueden ser reabiertos, pero en la práctica corresponden a un proceso sobre el cual no se realizan más actuaciones.

⁸⁴ Estos procesos incluyen procesos que están en apelación, posteriormente a la sentencia de primera instancia.

en su mayoría por conciliaciones desistimientos (12% de las noticias criminales). Los procesos con sentencia equivalen a un 6% de las noticias criminales. Una de cada veinte de éstas es condenatoria (6% de las noticias criminales). Finalmente, 9 de diez sentencias condenatorias es proviene de alguna negociación, acuerdo o aceptación de cargos (5% de las noticias criminales) y menos de un décimo es el resultado de la confrontación entre acusación y defensa ante un juez (menos del uno por ciento de las noticias criminales).

87. Estas cifras sugieren que no se ha aprovechado el mayor margen de maniobra estratégica que otorga el sistema acusatorio -el nivel de casos en que se aplica el principio de oportunidad es muy bajo (0.2% de los casos ingresados)- y que es verdaderamente mínimo el número de casos en los que la Fiscalía vence a la defensa en juicio. A su turno, esto demuestra la necesidad de una vigorosa capacidad de gestión de los casos, que asignen los casos de acuerdo a su complejidad y expectativas procesales, para que unos fiscales específicos, con suficiente experiencia y recursos, comprueben la responsabilidad de los acusados por delitos graves.

88. Por su parte, el flujo de casos que ingresan por homicidio doloso (gráfico 8) muestra un nivel similar de procesos archivados (35% de las noticias criminales), los cuales pueden parecer excesivamente altos por tratarse de un delito grave, sin que la Comisión desconozca que hay muchas muertes que en clínicas, centros de salud y actuaciones de paramédicos son inicialmente reportadas como “muertes no naturales”, pero que ulteriores la investigación demuestra que el deceso fue natural, por lo cual el archivo por parte de la fiscalía en estos casos es totalmente apropiado; los niveles de salidas son mucho más bajos (8% de las noticias criminales) en parte debido a que no hay conciliaciones o desistimientos; y más casos en curso (57% de las noticias criminales), lo que refleja un pobre desempeño en este delito. Las sentencias condenatorias corresponden a un 4% de las entradas⁸⁵

Asumiendo que casi todos los homicidios ingresan a la Fiscalía – pues en este delito hay niveles bajos de subregistro- estas cifras sugieren que, utilizando el método del embudo, el nivel de impunidad por los homicidios que entraron al sistema acusatorio entre 2005 y 2010 es de 96%⁸⁶. Esto refleja que al menos para este delito, y de acuerdo con las limitaciones de esta medición, que el nuevo sistema no ha obtenido mejores resultados en la investigación y sanción de crímenes para los que primordialmente deben perseguirse una condena. La literatura empírica en las últimas décadas ha estimado la probabilidad de condena para delitos de gravedad como el homicidio en 3% en 1994⁸⁷, 1,1% en 2000⁸⁸, y entre 3 y 4% en 2009⁸⁹. Estas pequeñas fluctuaciones pueden

⁸⁵ Asumiendo que casi todos los homicidios ingresan a la Fiscalía – pues en este delito hay niveles bajos de subregistro- estas cifras sugieren que, utilizando el método del embudo, el nivel de impunidad por los homicidios que entraron al sistema acusatorio entre 2005 y 2010 es de 96%.

⁸⁶ Nuevamente la Comisión recuerda que pueden también existir algún sobre registros de homicidios debido a que inicialmente algún para médico puede calificar como posible homicidio lo que ulteriores resulta ser una muerte natural. Sin embargo, como la Comisión no contaba con una información que le permitiera evaluar el nivel de esos posibles “falsos homicidios”, ni tampoco los subregistros (por ejemplo de casos de desapariciones en donde no es posible establecer el paradero de la víctima, que probablemente fue asesinada, decidió calcular la impunidad a partir de las noticias criminales.

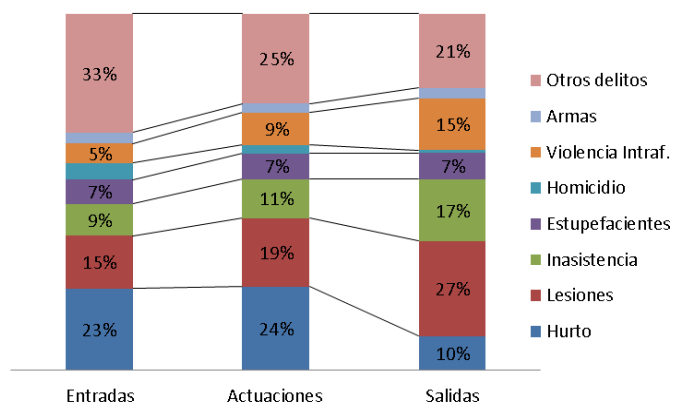
⁸⁷ Ver Armando Montenegro. 1994. *Justicia y desarrollo económico*. Bogotá, Departamento Nacional de Planeación.

⁸⁸ Ver Consejo Superior de la Judicatura. 2000. *Modelo probabilístico para cuantificar la impunidad*. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa. Unidad de Desarrollo y Análisis

deberse, no a los años en los que se ha realizado la medición correspondiente, sino a las diversas metodologías o fuentes de datos con que han contado los analistas.

89. Algunos estudios recientes amplían los elementos de este diagnóstico. En primer lugar observamos algunas diferencias el desempeño relativo de algunos delitos. Así, en el gráfico 9 Dejusticia observa que el hurto, las lesiones, la inasistencia alimentaria⁹⁰ y los crímenes relacionados con estupefacientes son los delitos que más ingresan a la Fiscalía.⁹¹

Gráfico 9. Ingresos y salidas de la Fiscalía. Delitos más comunes. Ley 906 de 2004. (2005-2010)



Fuente: Cálculos de Dejusticia, con datos de todos los procesos del país, enviados por la Fiscalía General de la Nación con base en SPOA.

Dejusticia constata que mientras que para las lesiones, la inasistencia y la violencia intrafamiliar – cuyas pruebas, en la mayoría de casos, son evidentes para el funcionario judicial- salen aproximadamente las mismas proporciones de casos que ingresan, ello no sucede para el homicidio o el hurto. Junto con otra evidencia, ello les permite concluir que los delitos que desproporcionadamente tienen mejores resultados son aquellos para los que no es necesaria una investigación profunda. Entre más sofisticación probatoria exige el delito, menos probabilidades hay de que las entradas correspondan a salidas.⁹²

Estadístico. Dicho cálculo se realiza para los delitos que son competencia de los juzgados del circuito, y no sólo respecto de homicidios.

⁸⁹ Ver Luis Barreto y Sneyder Rivera. 2009. *La impunidad en el sistema penal colombiano: Informe de consultoría para la Unión Europea, como parte del proyecto Fortalecimiento del Sector Justicia para la reducción de la impunidad en Colombia*. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura.

⁹⁰ Bernal y La Rota del Centro de Estudios Dejusticia, hacen un análisis cuantitativo de los procesos de inasistencia alimentaria; concluyen que dichos procesos no parecen representar la carga de trabajo tan abultada como otros analistas han señalado. Ver Carolina Bernal y Miguel Emilio La Rota. 2012. *El delito de inasistencia alimentaria; diagnóstico acerca de su conveniencia*. Bogotá, Dejusticia, trabajo apoyado por USAID y MSD.

⁹¹ Ver Miguel Emilio La Rota y Carolina Bernal. 2011. *Políticas de Seguridad y Desigualdad, Diagnóstico Inicial*. Bogotá, Dejusticia, Documento de política para discusión.

⁹² El bajo peso de los casos resueltos como consecuencia de la investigación judicial también se observa en los cálculos de la Corporación Excelencia en la Justicia, que muestran que las sentencias sin aceptación de cargos o preacuerdos constituyen el 7.5% del total de sentencias en el sistema acusatorio entre 2005-2009. A su vez, las condenas corresponden a un 13.1% de todas las salidas del sistema (más de la mitad de los casos son archivos), y el 5.8% de las noticias criminales. Ver *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*, op. cit. En el mismo sentido, Guzmán, Uprimny y Revelo de Dejusticia, evalúan el sistema acusatorio tras dos años de su entrada en vigencia. Concluyen que el 87% por de las condenas provienen de la confesión de los responsables. A su vez, dichas condenas corresponden al 5.6% de los casos que ingresaron al sistema. Ver Diana Guzmán,

Estas mismas debilidades del aparato investigativo se constatan en el cuadro 3, en la que la misma investigación compara la proporción de condenas para diferentes delitos.

Cuadro No 3. Noticias criminales con condena. Delitos seleccionados. Ley 906 de 2004.

	Condenas/NC
Estupefacientes	34%
Hurtos	6%
Homicidio doloso	4%
Delitos complejos (homicidio, secuestro, extorsión, cohecho y peculado)	<0.3%

Fuentes: Cálculos de Dejusticia⁹³. Para estupefacientes, hurtos y homicidios (2005-2010), cálculos de Dejusticia con base en datos aportados por FGN. Para delitos complejos (2005-2009), Hartmann con datos de la FGN⁹⁴.

La proporción de condenas es mucho mayor para los delitos de poca exigencia investigativa. Hartmann indica que los casos por homicidio doloso que culminaron en condena equivalen al 5.9% de las entradas por dicho delito en 2005, 3.8% en 2006, 3.3% en 2007 y 2.7% en 2008.⁹⁵ La autora concluye que para los delitos de homicidio doloso, secuestro, extorsión, cohecho y peculado, las condenas resultantes de juicios orales respecto de los casos ingresados es de menos del 0.3% de los casos. En comparación, dicho porcentaje equivale al 6% de los ingresos por hurto⁹⁶ y un tercio de las entradas para delitos relacionados con estupefacientes.

90. Este mismo fenómeno puede ser detectado para delitos particulares que dada su gravedad o dificultad en su investigación pueden ser catalogados como complejos, y cuya persecución ha sido estudiada en los últimos años.

Un primer ejemplo es el desplazamiento forzado. Dejusticia analizó la investigación penal y juicio de este delito con base en la respuesta de un derecho de petición de la FGN.⁹⁷ Concluyó que la enorme mayoría de los casos que han ingresado a la Fiscalía (que son una mínima proporción de los desplazamientos sufridos en el país⁹⁸) no superan la etapa investigativa.

Cuadro 4. Indicadores de resultado de procesos por desplazamiento forzado.

Rodrigo Uprimny y Javier Revelo. 2008. *Diagnóstico general del Sistema Penal Acusatorio. Proyecto: Observatorio del Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá, DeJuSticia.

⁹³ Miguel Emilio La Rota y Carolina Bernal, *Políticas de Seguridad y Desigualdad, Diagnóstico Inicial*, op. cit.

⁹⁴ Ver Mildred Hartmann. 2010. “La Capacidad del sistema judicial colombiano para dar resultados en delitos de connotación social”; en *¿Funciona la Investigación Criminal en la Región?; Sistemas Judiciales*, No. 15. Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA e Instituto de estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales.

⁹⁵ Ver Mildred Hartmann. 2010. “La Capacidad del sistema judicial colombiano para dar resultados en delitos de connotación social”, op. cit.

⁹⁶ Esto puede parecer contradictorio con el menor peso relativo de los hurtos dentro de las salidas en comparación de las entradas. Pero mientras que en el gráfico No 9 Dejusticia compara el peso de los delitos para ingresos, actuaciones y salidas, en el cuadro No 4 compara el peso de una actuación particular (las condenas) para diferentes delitos.

⁹⁷ Ver Miguel La Rota, Valentina Montoya, Andrés Páramo, y Rodrigo Uprimny. 2011. *Evaluación de la judicialización del desplazamiento forzado*. Bogotá, Dejusticia, Documento de trabajo realizado para el Consejo Noruego para Refugiados.

⁹⁸ A 2010, los ingresos por estos delitos no sumaban más de 40.000, en comparación de los millones de casos de desplazamiento forzado.

Ley 600 de 2000 (2000-2010)		Ley 906 de 2004 (2005-2010)	
<i>Casos con instrucción</i>	1.9%	<i>Casos con medida de aseguramiento</i>	0.9%
<i>Casos que entraron</i>		<i>Noticias criminales</i>	
<i>Casos con resolución de acusación</i>	33.8%	<i>Casos con audiencia de acusación</i>	54.2%
<i>Casos con instrucción</i>		<i>Casos con medida de aseguramiento</i>	
<i>Casos con resolución de acusación</i>	0.65%	<i>Casos con audiencia de acusación</i>	0.51%
<i>Casos que entraron</i>		<i>Noticias criminales</i>	

Fuente. Tabla y cálculos de Dejusticia con base en datos de Fiscalía General de la Nación.⁹⁹

La proporción de casos para los que se individualiza y se vincula a algún presunto responsable es mínima. Ya superada la instrucción o imputación, los procesos con acusación muestran proporciones menos malas. En todo caso, los altísimos niveles de impunidad observados al menos hasta 2010 eran en muy buena parte debidos a los bajos resultados de la investigación penal.

91. Otro ejemplo son los delitos contra sindicalistas y trabajadores sindicalizados. Dentro de un Proyecto de estudio de la violencia contra sindicalistas coordinado por el Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas PNUD, Dejusticia estudió los esfuerzos estatales de investigación y juicio de estos delitos.¹⁰⁰ Esta investigación se centró en el desempeño de un grupo de fiscales especializados que, dentro de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, se concentró en alrededor de mil trescientos casos prioritarios de violencia contra personas sindicalizadas. En primer lugar, con base en datos aportados por la misma Fiscalía, Dejusticia concluyó que los resultados de esta unidad son mejores que los que corresponden a otros procesos complejos como el desplazamiento forzado.

Cuadro 5. Indicadores de resultados de procesos de Subunidad OIT.

Ley 600 de 2000		Ley 906 de 2004	
<i>Casos con instrucción</i>	42.5%	<i>Casos con imputación</i>	16.9%
<i>Casos que entraron</i>		<i>Noticias criminales</i>	
<i>Casos con resolución de acusación</i>	27.7%	<i>Casos con formulación de acusación</i>	60%
<i>Casos con instrucción</i>		<i>Casos con imputación</i>	
<i>Casos con resolución de acusación</i>	11.8%	<i>Casos con formulación de acusación</i>	9.7%
<i>Casos que entraron</i>		<i>Noticias criminales</i>	
Total procesos subunidad OIT (2006 – nov2010)			
<i>Casos con medida de aseguramiento</i>	41.2%	<i>Casos con sentencias condenatoria</i>	65.1%
<i>Total ingresos</i>		<i>Casos con medida de aseguramiento</i>	
<i>Casos con sentencia condenatoria</i>	26.8%	<i>Condenados privados de la libertad</i>	36.1%
<i>Total ingresos</i>		<i>Condenados</i>	

Fuente: Cálculos y tabla de Dejusticia (**), con datos de respuesta de derecho de petición de FGN

Los casos que superan la etapa de investigación o judicialización son bastante más que para otros delitos, con 42% de las entradas con instrucción (para casos en Ley 600 de 2000), 17% de las noticias criminales con imputación (para casos en Ley 906 de 2004).

Esto lleva a niveles menos problemáticos de condenas en comparación de las entradas. Dejusticia suma los casos para los que se produjo una sentencia condenatoria y compara

⁹⁹ Ver Evaluación de la judicialización del desplazamiento forzado, op. cit

¹⁰⁰ Ver Dejusticia. 2010. “Evaluación de la judicialización de delitos contra trabajadores sindicalizados”, PNUD, Proyecto sobre violencia contra sindicalistas y trabajadores sindicalizados. Bogotá, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

dicha cifra con los procesos que entraron a la subunidad OIT: esto resulta en un nivel de efectividad de 17% de los casos.¹⁰¹ En comparación, según datos de Hartmann alrededor del 13% de las salidas del sistema acusatorio representan condenas. Según los datos públicos de la Fiscalía General de la Nación, 5.9% de los ingresos al sistema acusatorio finalizan con sentencia condenatoria.¹⁰² A su vez, vemos en el cuadro 5 en líneas anteriores que según Hartmann el porcentaje de casos por homicidio doloso que ingresaron al sistema acusatorio que terminaron en condena, ya sea por aceptación de cargos, ya sea en juicio oral, fue de alrededor de 4%. La autora también concluye que para los delitos de homicidio secuestro, extorsión, cohecho y peculado entre los años 2005 y 2008, el porcentaje de condenas resultantes de juicios orales respecto de los casos ingresados, fluctúa entre 0.13% y 0.29%.¹⁰³

Por su parte, Dejusticia compara las sentencias condenatorias por homicidios¹⁰⁴ de personas sindicalizadas con las víctimas registradas en la base de datos de la Escuela Nacional Sindical llamada SINERH, que aunque no es totalmente exhaustiva y tiene problemas tanto de inclusión como de exclusión, es la más completa acerca de crímenes contra sindicalistas. Se concluye que el porcentaje de víctimas incluidas en dicha base de datos respecto de las que no se ha proferido una sentencia condenatoria es de 94%.¹⁰⁵ Este nivel de delitos sin condena es elevado, y similar a las tasas de impunidad que obtienen estudios en Colombia para crímenes de personas no sindicalizadas y utilizando el mismo método del embudo -que compara condenas vs. delitos cometidos-.

92. En suma, los trabajos recientes citados concluyen que los resultados en la eficacia de la persecución penal de crímenes graves no son sustancialmente mejores que con el sistema anterior, y que se detectan problemas graves en la investigación penal, sobretodo en lo relacionado con fenómenos delictivos que requieren de cierta sofisticación en la recolección de evidencia.

93. Además de los ejercicios cuantitativos descritos, varios estudios han intentado indagar acerca de las razones por las que se presentan los problemas descritos. Recientemente, investigaciones de Hartmann¹⁰⁶, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas¹⁰⁷ y Dejusticia¹⁰⁸ han realizado trabajo cualitativo fundamentado

¹⁰¹ A Marzo de 2010 se habían producido 233 sentencias condenatorias desde 2007, en comparación de 1344 casos que, según las respuestas de la Fiscalía a derechos de petición de la Escuela Nacional Sindical y la Comisión Colombiana de Juristas, tenía la subunidad a finales del año 2009. Como observamos en el apartado anterior, esta proporción es de 26.8% si se tiene en cuenta la respuesta de la Fiscalía General de la Nación al derecho de petición.

¹⁰² Estadística Diaria de la Fiscalía General de la Nación a Diciembre de 2009. Estas cifras corresponden a los datos de Hartmann, según los cuales las sentencias condenatorias representan el 13% de las salidas.

¹⁰³ Hartmann, “*La Capacidad del sistema judicial colombiano para dar resultados en delitos de connotación social*” op. cit, p. 6. Los datos de Hartmann tienen como fuente a la Fiscalía General de la Nación.

¹⁰⁴ Incluye homicidios simples, calificados, agravados y en persona protegida.

¹⁰⁵ Calculamos el mismo indicador acotando los tiempos de victimización en los que se puede esperar una sentencia condenatoria. No es razonable exigir que un delito cometido en 2009 obtenga una sentencia a principios de 2010 (nuestras sentencias van hasta marzo de este año). Pero reducir el denominador para los homicidios incluidos en el SINERH hasta 2008 resulta en una tasa prácticamente igual a la observada arriba.

¹⁰⁶ Ver Mildred Hartmann, “*La Capacidad del sistema judicial colombiano para dar resultados en delitos de connotación social*”, op. cit.

¹⁰⁷ Ver Centro de Estudios de Justicia de las Américas, series acerca de *Reformas Procesales Penales en América Latina*, (Santiago de Chile, 2007), *Desafíos del Ministerio Público Penal en América Latina* (Santiago de Chile, 2006), *Persecución de delitos complejos – Capacidades de los Sistemas Penales de*

primordialmente en entrevistas y grupos focales a funcionarios judiciales en los que intenta detectar los factores que obstaculizan la persecución penal eficaz de delitos complejos.

Resumiendo, los principales obstáculos detectados en estos trabajos se refieren al nivel de la gestión de Fiscalía General de la Nación y a la estrategia de investigación penal. Estos se refieren a i) La debilidad en la aplicación de herramientas de política pública y gerencia pública en la operación de la Fiscalía, asociados con una baja capacidad para realizar diagnósticos de problemas y obstáculos, concebir alternativas de política, diseñar programas y proyectos, implementar y ejecutar dichos programas y proyectos, y finalmente, someter éstos a sistemas de monitoreo, ajuste y evaluación de impacto; ii) Relacionado con lo anterior, las carencias en la recolección, utilización y acceso de información útil para, de una parte, desarrollar investigaciones penales sofisticadas, y de otra, tomar decisiones de política judicial fundamentadas en evidencia empírica; iii) Dificultades en la capacidad de la fiscalía de asignar recursos de manera eficiente y prioritaria dependiendo de la complejidad de las causas; iv) Problemas de coordinación, tanto inter-institucional, entre la Fiscalía y otros organismos tales como la DIJIN, la SIJIN, Medicina Legal, el INPEC y el Consejo Superior de la Judicatura, como intra-institucionales, entre fiscales e investigadores de policía judiciales del CTI, y entre fiscales que manejan casos parecidos pero no comparten información; v) La existencia de esquemas de incentivos perversos para que los funcionarios judiciales se desempeñen en consistencia con los objetivos de la política criminal, a su vez concernientes a los sistemas de vinculación, promoción y evaluación del desempeño de los funcionarios; por último; vi) La baja capacidad institucional para recoger evidencia de manera analítica, que incluiría la utilización de herramientas probatorias adicionales al testimonio o provenientes de la flagrancia, la aplicación de mecanismos interdisciplinarios de estudio de fenómenos criminales, identificación de patrones delictivos y descripción de estructuras de crimen organizado, y por último, contando con suficiente poder decisorio de la estrategia a utilizar en cada caso, dependiendo de la evidencia disponible y de las expectativas procesales de la causa.

Estas carencias de tipo gerencial o estratégico no le quitan importancia a otras de tipo normativo o relativas al contexto político o social. En la primera categoría se inscriben dificultades relacionadas con la tipificación correcta de conductas punibles tales como el homicidio en persona protegida; en la segunda se incluyen las presiones indebidas, y la soledad institucional a las que se ven sometidos los funcionarios judiciales en muchas regiones del país, en donde existe poco respaldo institucional y una densa presencia de organizaciones criminales o grupos armados ilegales.

América Latina (Santiago de Chile, 2011) y en conjunto con Dejusticia, *Experiencias de los países de América Latina en la investigación de delitos complejos* (Bogotá y Santiago de Chile, 2012).

¹⁰⁸ Ver Diana Guzmán, Miguel Emilio La Rota y Rodrigo Uprimny. 2011. *Factores de impunidad frente a violaciones graves de los derechos humanos ocurridas en el contexto del conflicto armado colombiano*. Bogotá, Dejusticia, Documento de trabajo de trabajo realizado con el apoyo de la Embajada del Reino Unido. Dejusticia, “Evaluación de la judicialización de delitos contra trabajadores sindicalizados”, op. cit. Y Miguel La Rota, Valentina Montoya, Andrés Páramo, y Rodrigo Uprimny; *Evaluación de la judicialización del desplazamiento forzado*, op. cit.

2. La crisis permanente del sistema carcelario y penitenciario (de ahora en adelante SCP).

94. Al estudiar el carácter reactivo de la política criminal y la tendencia al populismo punitivo en las últimas décadas, la Comisión realizó algunas anotaciones sobre la crisis de sobrepoblación del SCP.

Esta situación de hacinamiento ya implica una violación grave de los derechos humanos de los internos pues hace imposible garantizar condiciones dignas y seguras de reclusión. Por ello si bien existen cárceles sin sobrecupo pero que por otras razones son inhumanas, lo que es imposible es que haya una cárcel hacinada pero digna.

95. Pero el hacinamiento no es el único elemento que muestra la crisis penitenciaria, que ya lleva décadas. El estudio de la Universidad de los Andes ya citado¹⁰⁹ muestra que hay numerosos aspectos del SCP que lo hacen un sistema poco respetuoso de la dignidad de las personas privadas de la libertad y que tampoco permite su reinserción social, con lo cual es razonable decir que sigue existiendo en el SCP colombiano un “*estado de cosas inconstitucional*” como el que fue constatado por la sentencia T-153 de 1998. Sin pretensión de exhaustividad, la Comisión destaca algunos aspectos de esa crítica situación penitenciaria: i) la falta de separación clara entre sindicados y condenados, ii) la falta de atención adecuada en materia de salud, iii) la falta de personal suficiente dedicado a la capacitación de las personas privadas de su libertad, lo cual obstaculiza gravemente *la participación de los internos en los programas de formación laboral* y iv) la baja proporción entre personal recluso y guardias, que dificulta el control y la seguridad al interior de los centros de reclusión.

96. Todo lo anterior muestra entonces que las condiciones que presenta la prisión en Colombia por los elevados costos de su mantenimiento, el alto índice de hacinamiento y la falta de medios para cumplir la función resocializadora, inciden negativamente en el logro del fin asignado a la pena privativa de la libertad en su fase de ejecución, y afecta gravemente derechos fundamentales de los reclusos. En efecto, los costos de funcionamiento del sistema penitenciario son muy elevados dentro del presupuesto nacional y están primordialmente orientados a sufragar gastos administrativos y de vigilancia y custodia. En materia de hacinamiento, como se ha mostrado, las cifras demuestran que éste es alto y podría aumentar, a pesar del incremento de cupos carcelarios, en razón de la previsión del aumento de la población carcelaria.

97. Los medios principales a través de los cuales se busca la resocialización en Colombia, según las normas jurídicas y la práctica penitenciaria, son el trabajo, el estudio y la enseñanza. Sin embargo, como lo demuestra el estudio citado de los Andes, las condiciones en las que se brindan impiden el acceso de todos los penados a este tipo de actividades; institucionalmente no se planifican ni se adoptan como mecanismos de resocialización y, por el contrario, se asumen como simple medio de redención de la sanción, para acortar la larga duración de las penas privativas de la libertad, y como forma de ocupar el tiempo libre de los reclusos.

¹⁰⁹ Ver GDIP, Grupo de Derecho de Interés Público. 2010. *Informe de Diagnóstico, Sistema penitenciario y carcelario: una perspectiva comparada desde 1998*. Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes. Bogotá, 2010. Consultado en 2011 en: http://gdip.uniandes.edu.co/archivos/SITUACION_CARCELARIA_EN_COL.pdf

97. En síntesis, en Colombia tradicionalmente se ha abandonado la persecución del fin resocializador de la pena y se han gobernado las cárceles como meros continentes de internos que no reciben educación formadora, entrenamiento laboral competitivo, ni formación en valores y reglas sociales. Es pues muy poco probable que el Estado colombiano logre la resocialización de un creciente número de reclusos porque carece de recursos económicos, técnicos y humanos para alcanzar este fin.

c. Una mirada a las dinámicas de violencia y criminalidad en Colombia.

98. Los lineamientos de política criminal no pueden ser ajenos a las realidades de la criminalidad en Colombia. De ahí que la Comisión haya querido hacer un análisis de la situación actual de la criminalidad en el país, esbozando aquellas variables que considera como las más importantes a la hora de caracterizar los fenómenos recientes de la criminalidad en Colombia.

99. La Comisión considera que para entender los patrones actuales de la criminalidad en Colombia es indispensable saber de dónde venimos en esta materia. Desde mediados de los ochenta hasta el primer lustro del nuevo siglo las tasas desproporcionalmente elevadas de violencia homicida y de fenómenos asociados como el secuestro, las masacres y el desplazamiento forzado fueron pieza central del escenario de criminalidad en el país. Esto en función del conflicto armado interno y su entrecruzamiento con el problema del narcotráfico.¹¹⁰ El escalamiento de la presencia de grupos guerrilleros con control territorial en zonas claves para el negocio de la producción y tráfico de drogas ilícitas, y de organizaciones paramilitares que se expandieron igualmente en dichas zonas, explican durante ese periodo el aumento de los niveles de violencia, especialmente de aquellos crímenes que caracterizan un conflicto armado por el control territorial (homicidios, desplazamiento forzado, ataques, masacres, etc.) como el padecido por Colombia.

100. Los cálculos más recientes indican que si el tamaño de los mercados de drogas ilegales no hubieran aumentado en la proporción que lo hicieron (110% entre 1994 y 2008), Colombia tendría una tasa de homicidios que sería el 64% de lo que es actualmente (es decir, una tasa de homicidios por cada 100,000 habitantes de 23 en vez de 36), una tasa de desplazamiento forzado de tan sólo el 34% del nivel actual y los ataques de grupos armados ilegales serían el 57% de su nivel actual.¹¹¹

101. Es ampliamente reconocido que durante la última década, producto del esfuerzo militar y policial impulsado en el marco del llamado Plan Colombia implementado desde el año 2000 y de la Política de Seguridad Democrática desarrollada por el gobierno de Álvaro Uribe (2002-2010), las dinámicas de los actores armados irregulares (guerrillas, paramilitares y mafias) y de los negocios ilegales asociados al narcotráfico sufrieron una transformación muy importante. Estos cambios son determinantes para

¹¹⁰Diversos estudios basados en sólida evidencia han demostrado esta relación entre altos índices de violencia, conflicto armado y narcotráfico. Ver: con Mauricio Rubio, 1999. *Crimen e impunidad. Precisiones sobre la violencia*. Bogotá, Tercer Mundo Editores-CEDE,; Fabio Sánchez y Jairo Núñez, 2001. *Determinantes del crimen violento en un país altamente violento: el caso de Colombia*, Documento CEDE No. 2. Bogotá: CEDE-Universidad de los Andes; Camilo Echandía, 2006. *Dos décadas de escalamiento del conflicto armado en Colombia 1986-2006*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Daniel Mejía y Pascual Restrepo, 2011. “Do Illegal Drug Markets Breed Violence? Evidence from Colombia”, mimeo, Bogotá: CEDE-Universidad de los Andes.

¹¹¹ Daniel Mejía y Pascual Restrepo, “Do Illegal Drug Markets Breed Violence?...” Op. Cit.

caracterizar las realidades actuales de la criminalidad en Colombia y concluir que se ha pasado de un escenario unidimensional marcado por el conflicto armado interno y su entrecruzamiento con el narcotráfico, a otro multidimensional más complejo, difuso y, por esto mismo, difícil de caracterizar. En éste último, a la vez que subsiste el conflicto con las guerrillas -aunque con efectos relativamente reducidos sobre la violencia a nivel nacional-, adquieren centralidad expresiones del crimen organizado y se visibilizan otras formas de crimen común en donde las denominadas bandas criminales (BACRIM) se convierten en actores de primer orden.

102. A continuación se describen las transformaciones más importantes observadas durante los últimos años en los principales factores de crimen y violencia del país, para enseguida delinear los escenarios de criminalidad que se desprenden de dichos cambios.

1. Debilitamiento de los grupos insurgentes

103. Uno de los efectos más palpables de la Política de Seguridad Democrática fue el debilitamiento de la insurgencia observado durante la última década. Producto de la presión militar y policial ejercida desde principios de la década pasada, los grupos guerrilleros perdieron cerca de la mitad de sus combatientes y tuvieron que replegarse hacia zonas marginadas y de frontera con lo cual su capacidad ofensiva se redujo ostensiblemente.

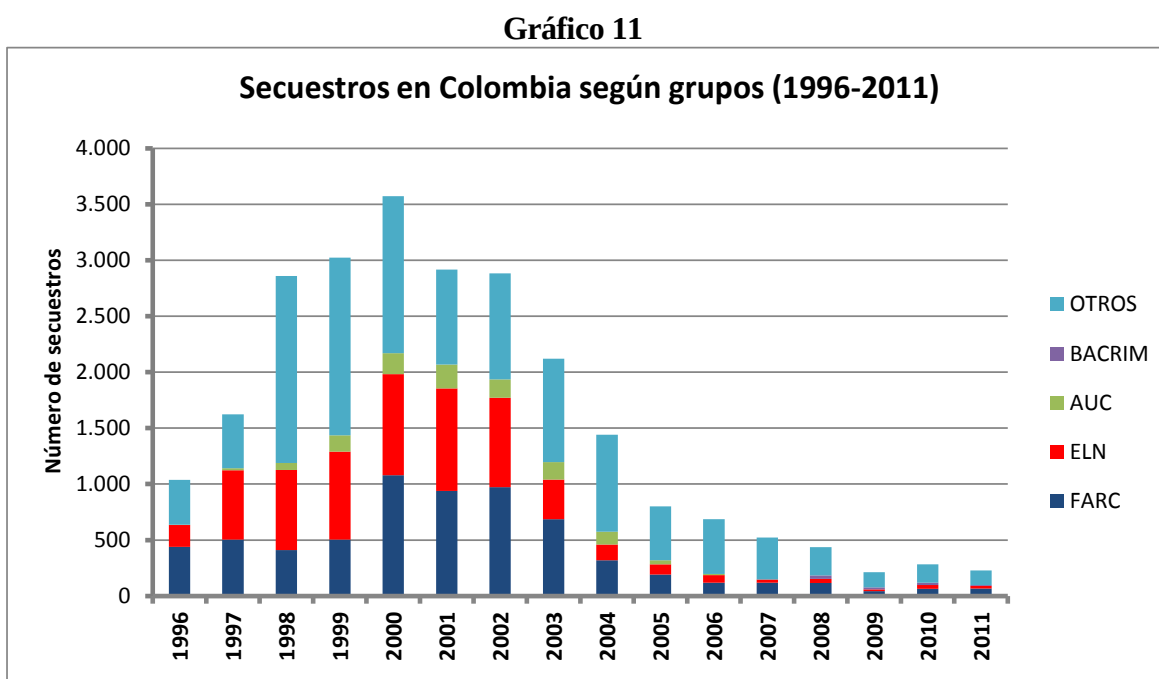
Sin duda, estas acciones tuvieron un impacto importante en la caída del peso del conflicto armado interno en los niveles de violencia en el país, especialmente en el descenso en la tasa de homicidios y del número de secuestros, las cuales cayeron en más del 50% y del 90% entre el 2002-2011 respectivamente (ver Gráficos 10 y 11).¹¹²

Gráfico 10

¹¹² Para más información sobre la evolución del impacto del conflicto armado sobre los indicadores de violencia en Colombia ver Soledad Granada, Jorge A. Restrepo y Andrés R. Vargas, 2009. “El agotamiento de la política de seguridad: evolución y transformaciones recientes en el conflicto armado colombiano”, en *Guerra y violencias en Colombia. Herramientas e interpretaciones*, ed. Jorge A. Restrepo y David Aponte. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, pp. 71-76).



Fuente: Policía Nacional



Fuente: Fondelibertad

104. Las FARC, el grupo insurgente más relevante y el principal objetivo en la mira de la Seguridad Democrática, sufrió un retroceso estratégico considerable cuando se le compara con el posicionamiento que alcanzó en la segunda mitad de los noventa. Por un lado, el grupo vio afectado su eje de poder histórico construido en el centro y sur-oriente del país, siendo forzado a replegarse hacia las zonas de frontera con Venezuela y Ecuador y al litoral pacífico. Por otro lado, su capacidad ofensiva se redujo ostensiblemente, haciéndolas retroceder al estadio de la llamada “guerra de guerrillas”, lo cual se ha visto reflejado en la inversión del balance de la iniciativa de combate entre las FARC y las Fuerzas Militares.¹¹³ Por último, este grupo también se vio afectado en términos de recursos humanos, no sólo por la reducción de su pie de fuerza a niveles similares a los que ostentaba a principios de los noventa,¹¹⁴ sino por las deserciones masivas de tropa (desmovilizados) y de combatientes con años de experiencia en la organización, especialmente mandos medios que eran cruciales para mantener la iniciativa de ataques y su poder militar.¹¹⁵

105. A pesar de los resultados obtenidos tras la puesta en marcha de la Política de Seguridad Democrática, no se logró el tan anunciado “fin del fin” de las FARC.¹¹⁶ Algunos analistas del conflicto armado interno empezaron, desde el año 2008, a hablar de la adaptación de este grupo a la realidad estratégica impuesta por las políticas de seguridad de ese momento, algo que ya había sido detectado por el propio gobierno de Álvaro Uribe.

Esta adaptación -materializada en el “Plan Renacer”, emitido desde mediados de 2008, y en el Plan 2010 publicado por el entonces comandante de las FARC “Alfonso Cano” a finales del 2009-, está representada en el uso extensivo de campos minados y minas anti-persona ya no solo en campo abierto sino también en zonas de mayor riesgo para la población como al borde de carreteras y caminos, de francotiradores, de carros-bomba, de unidades pequeñas de combate para facilitar la huida (las llamadas “operaciones avispa”), de ataques más sistemáticos contra la infraestructura civil y militar y de golpes de

¹¹³ Entre 1998-2002 la iniciativa de las FARC superaba a la de las fuerzas militares en el 68% de los municipios donde tenían presencia activa, mientras que en el período 2006-2010 esto sucede en un exiguo 15% de las localidades en las que estaba presente este grupo guerrillero. De manera inversa, entre 1998-2002 la iniciativa de las fuerzas militares superaba a la de las FARC en tan solo el 30% de municipios en donde éstas se encontraban, para el período 2006-2010 las zonas en las que las fuerzas del estado aventajaban a las FARC ascendieron al 78%. Al respecto ver: Camilo Echandía, 2011. *Situación actual de las FARC: Un análisis de los cambios en las estrategias y la territorialidad (1990-2011)*, Informe FIP No. 13. Bogotá: Fundación Ideas para la Paz.

¹¹⁴ Según estimaciones del Ejército Nacional, el pie de fuerza de las FARC en 2011 era de un poco menos de 9,000 combatientes, igual al pie de fuerza que tenían en 1990 y considerablemente inferior a los cerca de 17,000 efectivos que se calculaba tenían en el año 2002.

¹¹⁵ Según datos del Programa de Atención Humanitaria al Desmovilizado (PAHD) del Ministerio de Defensa, entre 2003 y 2010 más de 15,000 guerrilleros de las FARC se entregaron a las fuerzas estatales e ingresaron al programa oficial de reintegración de excombatientes. Alrededor del 30% de estos desmovilizados correspondía a mandos medios y combatientes con más de 5 años en las filas. Muchos de estos desmovilizados aportaron información clave para operaciones contra la organización. Ver: Gerson Arias. 2010 *Mandos medios de las FARC y su proceso de desmovilización en el conflicto colombiano*, Informe FIP No. 10. Bogotá: Fundación Ideas para la Paz.

¹¹⁶ El “fin del fin de las FARC” fue la frase acuñada por el Comandante General de las Fuerzas Militares, General Freddy Padilla de León, y propagada por múltiples medios de comunicación en 2008, año de célebres triunfos militares contra las FARC.

oportunidad que aprovechan flaquezas y debilidades de las fuerzas estatales.¹¹⁷ Adicionalmente, se observa una sustitución de la práctica del secuestro, que era una fuente importante de financiación para muchos de los frentes de las FARC, por la de la extorsión, delito que ha mostrado un repunte a nivel nacional durante los últimos años.

Cabe anotar, sin embargo, que esta adaptación es netamente reactiva y las FARC están lejos del posicionamiento que tuvieron al final de los años noventa.¹¹⁸ Aun así, es evidente que mantienen una importante capacidad ofensiva y de hacer daño a la población y a la fuerza pública, especialmente en aquellas zonas en las cuales se han replegado. Este es el caso, por ejemplo, de los departamentos del litoral pacífico (Cauca, Nariño, Chocó), de las zonas fronterizas con Venezuela y Ecuador (Putumayo, Arauca, Norte de Santander) y del corredor estratégico en el Bajo Cauca Antioqueño. En estos territorios, donde la presencia histórica de instituciones del Estado ha sido particularmente débil, se concentra una proporción alta de las acciones armadas de los grupos guerrilleros observadas durante los últimos tres años. Estas zonas son, además, las de mayor crecimiento de cultivos ilícitos en los últimos años, a la vez que tienen presencia muy importante de actividades de minería ilegal, especialmente de explotación de oro y otros minerales cuyo precio ha aumentado notablemente como consecuencia de la crisis en los mercados internacionales observada desde 2008.

Finalmente, y en términos de su afectación a la población civil, organismos internacionales como la ONU responsabilizan a las FARC particularmente de homicidios en persona protegida, desplazamientos forzados masivos – como el presentado en Anorí (Antioquia) en donde fueron desplazados 5.000 habitantes en enero del 2011-, reclutamiento de menores, restricciones de movimiento, ataques indiscriminados y secuestros.¹¹⁹

2. Del paramilitarismo a la atomización del crimen organizado

106. Es un hecho que el proceso de negociación adelantado con los grupos paramilitares por el gobierno de Álvaro Uribe entre 2003 y 2005 se tradujo en un descenso muy marcado en los homicidios y las masacres (ver Gráficos 10 y 12), así como en una sensible baja del desplazamiento forzado de población. Varios estudios han comprobado el impacto directo que esta estrategia de pacificación tuvo sobre el quiebre de la tendencia creciente de los homicidios que venía observándose desde 1998, así como

¹¹⁷ Ver, entre otros, los análisis de Ariel F. Ávila, 2008. “FARC: Dinámica reciente de la guerra”, en Revista Arcanos No. 14. Bogotá: Corporación Nuevo Arco Iris, pp. 4-23); Ariel F. Ávila. 2010. “La guerra contra las FARC y la guerra de las FARC”, en Revista Arcanos No. 15. Bogotá: Corporación Nuevo Arco Iris, pp. 4-21; Ariel F. Ávila. 2011. “De la guerra de Jojoy a la guerra de Cano”, en Revista Arcanos No. 16. Bogotá: Corporación Nuevo Arco Iris, pp. 28-45; Ariel F. Ávila. 2012. “Las FARC: la guerra que el país no quiere ver”, en *Informe Anual de la Corporación Nuevo Arco Iris: Política y violencia en el 2011, La cuentas no son tan alegres*. Bogotá: Corporación Nuevo Arco Iris, pp. 17-28; Fundación Ideas para la Paz, 2009. *Las FARC: un año después de ‘Jaque’*, Siguiendo el Conflicto No. 55, Bogotá: FIP,; Camilo Echandía, *Situación actual de las FARC...*, Op. Cit.

¹¹⁸ Camilo Echandía, *Situación actual de las FARC...*, Op. Cit.

¹¹⁹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario en Colombia* (Bogotá: AHRC enero de 2012).

sobre el descenso marcado de los mismos entre el 2003-2005.¹²⁰ Este período coincide precisamente con la declaratoria de cese al fuego de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) en diciembre de 2002 y la desmovilización de buena parte de estos grupos armados ilegales.

Gráfico 12.



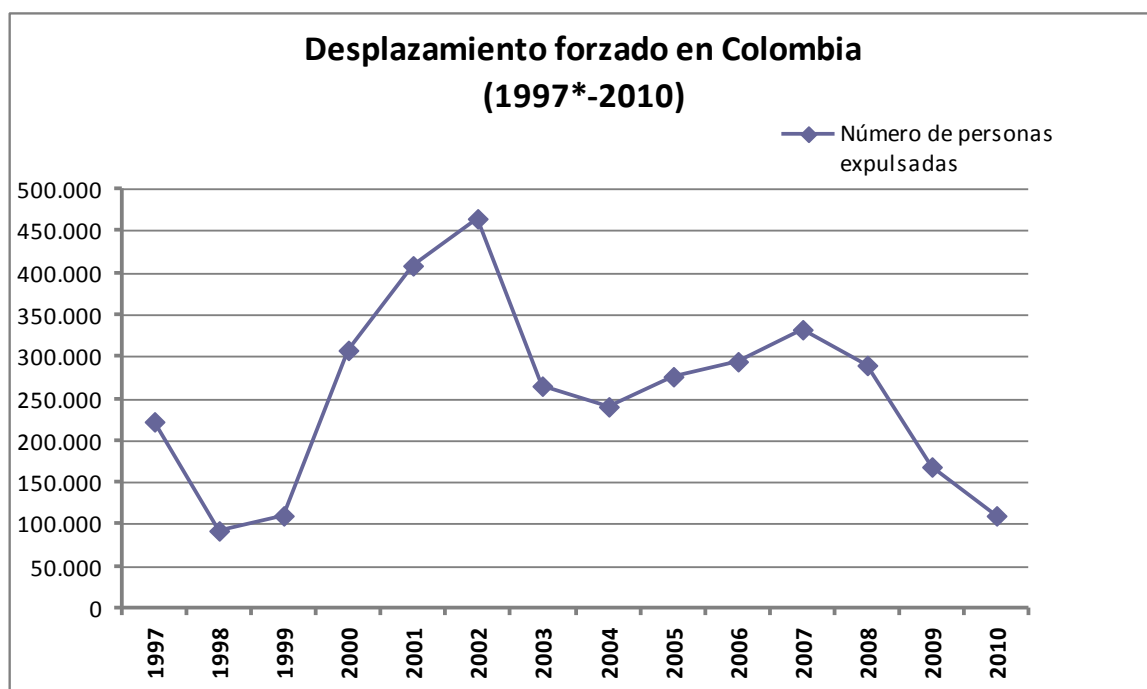
Fuente: Observatorio del Programa Presidencial de DH y DIH, Vicepresidencia de la República

Sin embargo, el impacto de la desmovilización de los paramilitares sobre el descenso de la violencia homicida estuvo acotado al período en el cual se realizó dicho proceso.¹²¹ En el caso del desplazamiento forzado, el efecto sólo se tuvo hasta el 2005, año en el cual volvió a repuntar la expulsión forzada de población, aunque nunca a los niveles observados entre 2001 y 2002, los dos años record de este fenómeno ilegal (ver Gráfico 13).

Gráfico 13.

¹²⁰ John Jay College y Fundación Ideas para la Paz. 2008. *“Understanding Colombia’s Paramilitary Demobilization: The Impact of State Efforts to Control Right Wing Violence in Colombia since 2002”*, mimeo. Bogotá: Fundación Ideas para la Paz; Jorge A. Restrepo y Robert Muggah. 2009. “Colombia’s quiet demobilization. A security dividend?”, en *Security and Post-Conflict Reconstruction. Dealing with Fighters in the Aftermath of War*, ed. Robert Muggah. Londres: Routledge, pp. 30-46.

¹²¹ Jorge A. Restrepo y Robert Muggah “Colombia’s quiet demobilization...”, Op. Cit.



Fuente: Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.

*El dato de 1997 corresponde al acumulado de personas expulsadas hasta ese año.
(<http://www.accionsocial.gov.co/EstadisticasDesplazados/>).

107. El retroceso observado después de 2005 no es de extrañar, pues el desmonte de estos grupos fue apenas parcial. Ya desde el año 2006 la Misión de Apoyo al Proceso de Paz de la OEA (MAPP-OEA) reportaba que en las zonas donde los grupos desmovilizados habían ejercido influencia se presentaban tres tipos de dinámicas: 1) combatientes desmovilizados se estaban reagrupando en bandas criminales que estaban ejerciendo control sobre comunidades específicas y actividades económicas ilegales; 2) los grupos que no se habían desmovilizado permanecían intactos; 3) nuevos actores armados habían aparecido y otros se habían fortalecido en las zonas donde los grupos desmovilizados se habían retirado.¹²²

Por otra parte, desde el año 2008 algunas organizaciones sociales empezaron a denunciar que las redes de poder local y regional asociadas a los paramilitares no habían sido desarticuladas y que, por el contrario, se estaban recomponiendo de la mano de las llamadas bandas criminales (BACRIM), las cuales aparecieron al poco tiempo de haberse culminado la desmovilización de las AUC en distintas zonas del país y bajo diversas nomenclaturas y modalidades.¹²³

108. Sin duda, en medio de aquel proceso de negociación se empezó a gestar un nuevo escenario de inseguridad en Colombia marcado por el auge de las llamadas Bandas Criminales - BACRIM. Si bien algunas de estas bandas correspondían a grupos armados al servicio del narcotráfico que no hicieron parte del proceso de desmovilización, la

¹²² MAPP-OEA. 2006. *Sexto Informe Trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia*. Bogotá: MAPP-OEA, consultado en <http://www.mapp-oea.net/documentos/informes/Trimestrales%20MAPP/6to%20inf-colombia-MAPP.pdf>

¹²³ Mauricio Romero y Angélica Arias, “Bandas Criminales”, Seguridad Democrática y corrupción”, en *Revista Arcanos* No. 14 (Bogotá: Corporación Nuevo Arco Iris, 2008, pp. 40-51).

mayoría son herederas directas del paramilitarismo, aunque sin la fachada contrainsurgente y aparentemente ideológica que detentaban los grupos paramilitares y que luego les permitiría acogerse a un proceso de negociación con el gobierno colombiano. Esto último no es inocuo pues, dada la ausencia de objetivos y reivindicaciones de corte político, queda al descubierto su naturaleza de grupos directamente ligados al narcotráfico y, con ese argumento, se cierra cualquier posibilidad de tratar a sus integrantes como delincuentes políticos, evitando así la confusión y las suspicacias que han rodeado al complejo e inacabado proceso con los grupos paramilitares.

En efecto, mucho se ha discutido en el país en torno a la naturaleza de las BACRIM: que si son “neoparamilitares” en virtud de las continuidades evidentes con el paramilitarismo de antaño, como lo han sostenido algunos analistas,¹²⁴ o si, por el contrario, son nuevas expresiones de crimen organizado como lo sostuvo el gobierno Uribe y por lo cual inicialmente se les denominó “*bandas criminales emergentes*”. Lo cierto del caso es que, aun cuando son innegables los nexos entre estas bandas con los anteriores grupos paramilitares, el desmonte parcial del paramilitarismo abrió un nuevo capítulo del narcotráfico y del crimen organizado en Colombia, caracterizado por redes de grupos más pequeños, atomizados y en pugna por el control de rutas del narcotráfico y otros negocios ilegales como la explotación ilegal de oro.¹²⁵

109. Pese a la creciente operatividad contra estos grupos (particularmente por parte de la Policía Nacional), se ha avanzado poco en la desarticulación de las BACRIM. En términos operativos, durante los últimos años se obtuvieron resultados significativos en tres frentes de acción. En primer lugar, según reportes de la Policía, entre 2006 y 2011 se redujo el número de estructuras de 33 a 6. En segundo lugar, se logró la captura de 10,994 miembros de estas organizaciones (de 689 capturas en 2006 se pasó a 3,054 en 2011).¹²⁶ Y, en el último frente, se dio de baja o capturó a varias de las cabezas visibles de estos grupos: al menos siete grandes jefes de estos grupos que estaban en las listas de los más buscados en Colombia y Estados Unidos fueron capturados o dados de baja entre 2007 y 2011.¹²⁷

¹²⁴ La noción de “neoparamilitares” fue acuñada por analistas del Centro de Recursos para el Análisis del Conflicto (CERAC) y de la Corporación Nuevo Arco Iris. Ver Soledad Granada, Jorge A. Restrepo y Alonso Tobón, 2009. “Neoparamilitarismo en Colombia: una herramienta conceptual para la interpretación de dinámicas recientes del conflicto armado colombiano”, en *Guerra y violencias en Colombia. Herramientas e interpretaciones*, eds. Jorge Restrepo y David Aponte. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, pp. 467-499; Mauricio Romero y Angélica Arias. 2009, “Sobre paramilitares, neoparamilitares y afines: crecen sus acciones ¿qué dice el gobierno?”, en *Revista Arcanos* No. 15 Bogotá: Corporación Nuevo Arco Iris, pp. 35-45.

¹²⁵ Jeremy McDermott, 2009. “Desmovilización de las AUC: Nuevo capítulo del narcotráfico en Colombia”, en *Conflicto armado e iniciativas de paz en Colombia*, eds. Cynthia J. Arnson y María V. Llorente. Bogotá: Fundación Ideas para la Paz-Woodrow Wilson International Center for Scholars-Latin American Program, pp. 70-74; Fundación Ideas para la Paz. 2010. *¿Para dónde va el paramilitarismo en Colombia?*, Siguiendo el Conflicto No. 58. Bogotá: FIP.

¹²⁶ Estadísticas del Grupo de Seguimiento a Grupos Armados Ilegales de la Dirección de Carabineros y Seguridad Rural de la Policía Nacional de Colombia.

¹²⁷ “Don Diego” último jefe del Cartel del Norte del Valle fue capturado en 2007 y extraditado; los “Mellizos Mejía” uno capturado y extraditado y el otro dado de baja en 2008; “Don Mario” jefe de BACRIM con presencia en toda la costa norte, “el hombre más buscado” hasta que fue capturado en 2009; “Cuchillo” reconocido narcotraficante, jefe del Ejército Revolucionario Popular Antisubversivo (ERPAC) una de las BACRIM más poderosas que aparece después de la desmovilización de los paramilitares, es dado de baja en 2010; ‘Pablo’, jefe de la denominada BACRIM de la Alta Guajira

Con todo, y de acuerdo con la información de los organismos de seguridad del Estado, el panorama actual de las BACRIM es preocupante ya que una parte importante del repunte observado en los índices de violencia y criminalidad desde 2009 está asociado al accionar de estos grupos criminales. Si bien el número de estructuras armadas se ha reducido a 6 (Urabeños, Rastrojos, Paisas, Ejército Revolucionario Popular Anticomunista Colombiano –ERPAC-, Renacer y Los Machos), el número de municipios en los que hacen presencia aumentó de 110 en 2006 a 164 en 2011.¹²⁸

Adicionalmente, y muy a pesar de las casi 11 mil capturas logradas hasta 2011, el conteo de miembros de estas organizaciones se ha elevado de 4 mil integrantes en 2006 a casi 7 mil en 2011. De igual forma, en términos de “objetivos de alto valor”, si bien se han neutralizado jefes importantes de estas estructuras, también es evidente la capacidad de recomposición del mando que poseen estas organizaciones criminales.

En síntesis, habría un aparente proceso de fortalecimiento de las BACRIM, en donde un número menor de grupos ha terminado concentrando mayor poder y capacidad de afectación regional con énfasis en centros urbanos.

110. Actualmente podría plantearse un diagnóstico de las BACRIM en cuatro dimensiones. La primera se refiere a su composición y modo de operar, en donde según los análisis de los organismos de seguridad se distingue, por un lado, el componente estructural que por lo general es militarizado e integrado por capos del narcotráfico, jefes militares y jefes regionales - muchos de los cuales se desmovilizaron de los grupos paramilitares.¹²⁹

Por otro lado, están las redes criminales que operan a nivel regional y local y que se articulan de manera diversa al componente estructural. Estas redes actúan por lo general en las zonas urbanas cumpliendo tareas por encargo, en lo que bien puede considerarse como un especie de subcontratación o *outsourcing*. Dentro de estas redes criminales se encuentran desde organizaciones delincuenciales menores (pandillas, bandas, combos), hasta proveedores de armas e insumos químicos para el procesamiento de cocaína, así como los llamados brokers encargados de conectar todos los eslabones de la producción y tráfico de cocaína con redes de distribución de insumos y de los materiales necesarios en el procesamiento de cocaína.

Un aspecto particularmente problemático de este modo de operar, es que puede potenciar la capacidad delictiva de las organizaciones menores, abriéndoles el camino

capturado en 2010; y ‘Valenciano’, una de las cabezas visibles de la organización ‘Los Paisas’ con alta incidencia en Medellín y la Costa Caribe, capturado en Venezuela en 2011.

¹²⁸ Estadísticas del Grupo de Seguimiento a Grupos Armados Ilegales de la Dirección de Carabineros y Seguridad Rural de la Policía Nacional de Colombia. Hay que decir que estas cifras de la Policía contrastan notablemente con las presentadas por el Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz (INDEPAZ), organización de la sociedad civil que le ha hecho seguimiento al fenómeno de las BACRIM. Según este Instituto en 2008 habían 53 grupos con 5,300 miembros afectando 266 municipios y en 2010 habían 15 grupos operando en 360 municipios con un pie de fuerza de 7,100 integrantes a 14,500 contando sus redes de apoyo. Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz, 2011, *V Informe sobre narcoparamilitares en 2010*. Bogotá: INDEPAZ.

¹²⁹ Según la Policía el 53% de los mandos de estos grupos capturados o muertos a diciembre del 2011 eran paramilitares desmovilizados. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, *Informe de la Alta Comisionada...*, Op. Cit. p. 9.

para que incursionen en nuevas fuentes de ingresos, como se ha observado en el caso de la extorsión y micro-extorsión, el control de actividades del “bajo mundo” (prostitución, juegos de maquinitas y juegos de azar) y la oferta de servicios de seguridad privada -- con lo cual adquieren visos de organizaciones mafiosas¹³⁰.

Asociado con su modo de operar se encuentra la segunda dimensión del diagnóstico actual de las BACRIM que tiene que ver con sus actividades rentistas. Éstas se enfocan principalmente en negocios ilegales empezando por el narcotráfico (desde la construcción de redes internacionales y de alianzas estratégicas con otros grupos armados), que como veremos más adelante ha sufrido importantes transformaciones en los últimos años. Paralelamente emerge con fuerza el fenómeno del micro-tráfico, esto es el tráfico de estupefacientes a pequeña escala asociado a los mercados de consumo en zonas urbanas, el cual se ha agravado como consecuencia del considerable aumento en el consumo de drogas en Colombia¹³¹ y de la penalización de la dosis personal que hace que estos mercados se vuelvan más violentos. También están el contrabando de gasolina, armas y bienes de consumo y la minería criminal --particularmente la extracción ilegal de oro sobre lo que nos referiremos más adelante. Finalmente está la extracción de rentas a negocios legales e informales a través de la extorsión y la llamada micro-extorsión que según los organismos de seguridad se han incrementado notablemente en los últimos años¹³².

En una tercera dimensión se identifica el tipo de afectación que tienen las BACRIM sobre la población. Se destacan las expresiones de violencia asociadas al control territorial y a la disputa por corredores de movilidad estratégicos para sus negocios ilegales. Entre estas expresiones se encuentran homicidios, masacres, asesinatos y atentados contra líderes sociales, sindicalistas y funcionarios del Estado, amenazas, restricciones a la libertad de movimiento de la población, numerosos casos de desplazamiento forzado y reclutamiento de menores.¹³³

La cuarta dimensión del diagnóstico se refiere al problema de corrupción asociado con estas bandas en donde, por un lado, se encuentra la penetración en el plano local y regional de estos grupos - práctica que aprendieron de sus antecesores paramilitares- y, por el otro, su considerable infiltración en los organismos de seguridad y justicia, tal y

¹³⁰ Estas observaciones se derivan del trabajo de campo realizado por investigadores de la Fundación Ideas para la Paz durante el 2011 en las ocho principales ciudades del país, el Bajo Cauca y La Guajira.

¹³¹ Ver Adriana Camacho, Alejandro Gaviria, Catherine Rodríguez. 2011. “El consumo de droga en Colombia” en Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos, comp. Alejandro Gaviria y Daniel Mejía. Bogotá: Ediciones Uniandes, pp. 41-65.

¹³² Este incremento también es reconocido por la Fundación País Libre, aun cuando las estadísticas oficiales no la muestran. Según País Libre esto se debe al alto nivel de no denuncia de este delito (estimado en 70% o más), el cual se incrementa cuando están de por medio las BACRIM y las guerrillas.

Ver Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, Informe de la Alta Comisionada..., Op. Cit., p. 9 y Angélica Arias, “Las BACRIM retan a Santos” en Informe Anual de la Corporación Nuevo Arco Iris: Política y violencia en el 2011, la cuentas no son tan alegres (Bogotá: Corporación Nuevo Arco Iris, 2012, pp. 5-16.

¹³³ Ver Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, Informe de la Alta Comisionada..., Op. Cit., p. 9 y Angélica Arias. 2012. “Las BACRIM retan a Santos” en Informe Anual de la Corporación Nuevo Arco Iris: Política y violencia en el 2011, la cuentas no son tan alegres. Bogotá: Corporación Nuevo Arco Iris, pp. 5-16.

como lo demuestran los múltiples casos que se han develado en los últimos años de funcionarios de estas instituciones al servicio de las bandas.¹³⁴

111. Actualmente el gobierno identifica a las BACRIM como la principal amenaza a la seguridad de los colombianos y señala que estos grupos criminales están detrás del repunte en los últimos dos años de muchos de los delitos anteriormente mencionados. Frente a este escenario, el gobierno ha planteado una estrategia de judicialización de las BACRIM, focalizada regionalmente y que incluye mecanismos concretos para lograr una coordinación más eficaz entre estamentos militares, policiales y de justicia.¹³⁵ Esta estrategia empezó a implementarse hace un año y sus resultados están por determinarse en el futuro inmediato.

3. Reducción del narcotráfico

112.. En un comienzo, el componente anti-narcóticos del Plan Colombia se enfocó principalmente en la erradicación (aérea y manual) masiva de cultivos de coca. Fue así como entre 2000 y 2006 el área cultivada con coca pasó de 163,000 hectáreas en el año 2000 a 80,000 en el 2006.¹³⁶ Sin embargo, según la Oficina de Naciones Unidas para las Drogas y el Delito (UNODC por su nombre en inglés), la producción potencial de cocaína durante este mismo período disminuyó mucho menos que el área cultivada, en aproximadamente 15%. En otras palabras, en 2006 se producía casi la misma cantidad de cocaína que en el año 2000 pero en la mitad de las hectáreas. Los aumentos en productividad son el principal factor que explica esta aparente paradoja. Según la misma fuente, de una hectárea cultivada con coca en el año 2000, los productores de cocaína podían procesar aproximadamente 4.4 kilogramos de cocaína al año; a 2006 esta cifra de productividad era de aproximadamente 7.7 kilogramos de cocaína al año.

A partir de 2007, la estrategia anti-drogas en Colombia tuvo un cambio de enfoque, dejándose de concentrar tanto en la aspersión aérea y la erradicación manual de los cultivos ilícitos, y más en la detección y destrucción de laboratorios, la incautación de envíos de cocaína al exterior y el control de los precursores químicos necesarios para el procesamiento de hoja de coca en clorhidrato de cocaína (ver Gráficos 14 y 15). Fue así como, a partir de 2008, las cifras de producción potencial de cocaína muestran un cambio estructural en su tendencia temporal. Mientras que entre 2000 y 2007 la producción potencial de cocaína fluctuó a niveles cercanos a las 550,000 – 600,000 toneladas métricas de cocaína al año, en el 2010 esta cifra cayó a 330,000 toneladas métricas¹³⁷.

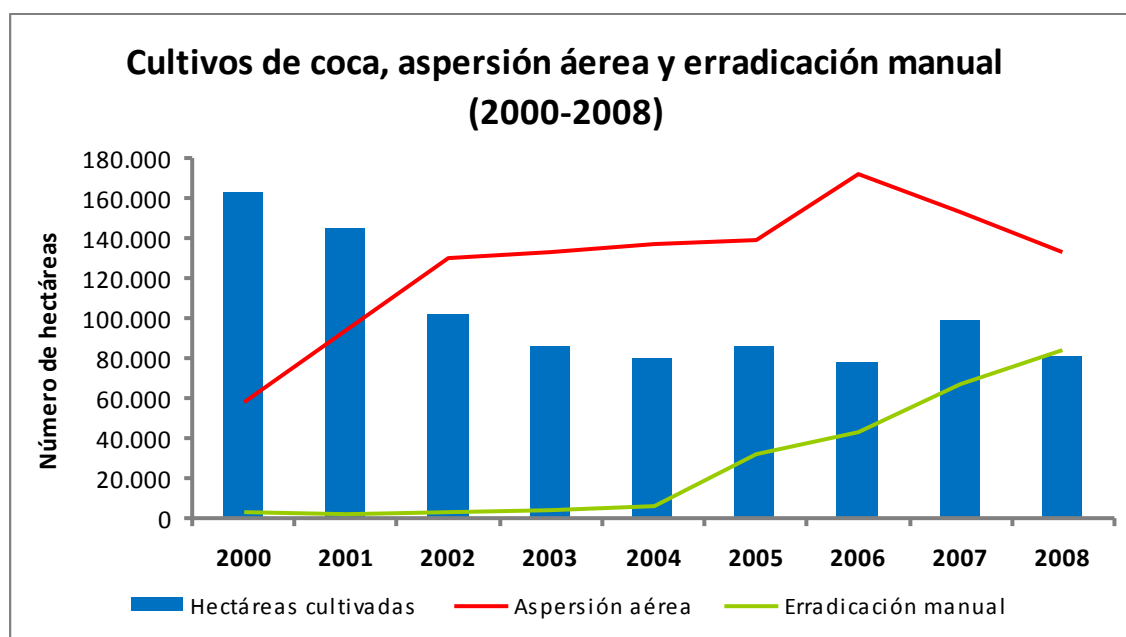
Gráfico 14

¹³⁴ Ver por ejemplo, Fundación Ideas para la Paz, 2010. *¿Para dónde va el paramilitarismo en Colombia?*, Siguiendo el Conflicto No. 58. Bogotá: FIP..

¹³⁵ Se trata de la Estrategia Multidimensional de Lucha Integral contra las BACRIM la cual fue definida en el primer Consejo de Seguridad Nacional realizado durante su administración (febrero 7 de 2011) que se dedicó precisamente al problema de las BACRIM.

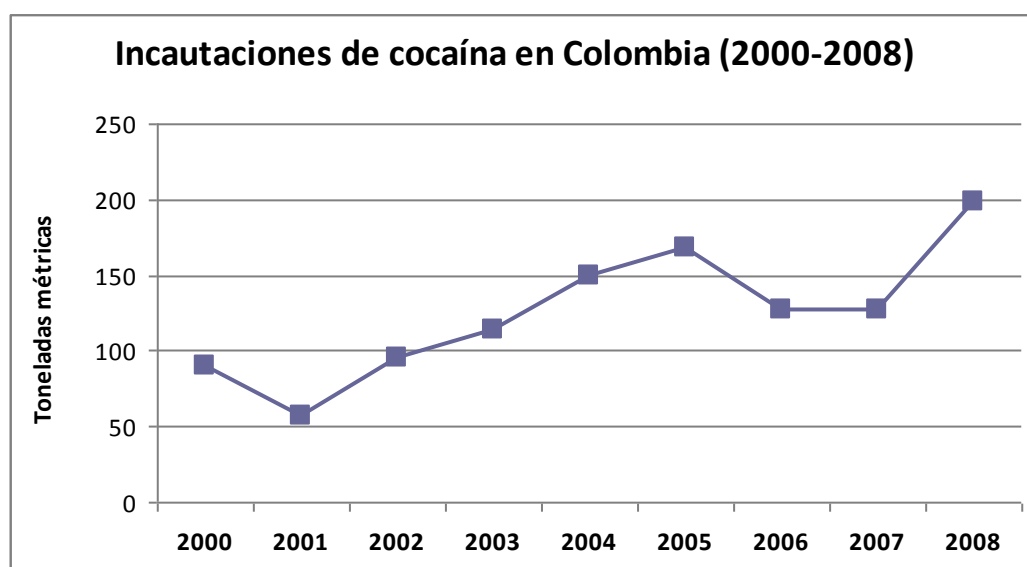
¹³⁶ Las estadísticas de la última década sobre las actividades de erradicación, destrucción de laboratorios e interdicción se encuentran en Ministerio de Defensa, 2012. *Logros de la Política Integral de Seguridad y Defensa para la Prosperidad*. Bogotá: Ministerio de Defensa Nacional, pp. 43-53.

¹³⁷ Cifras de UNODC, 2011. *Colombia: Monitoreo de cultivos de coca 2010*. Bogotá: UNODC-Sistema Integrado de Monitoreo de Cultivos Ilícitos (SIMCI), pp. 17-19.



Fuente: UNODC

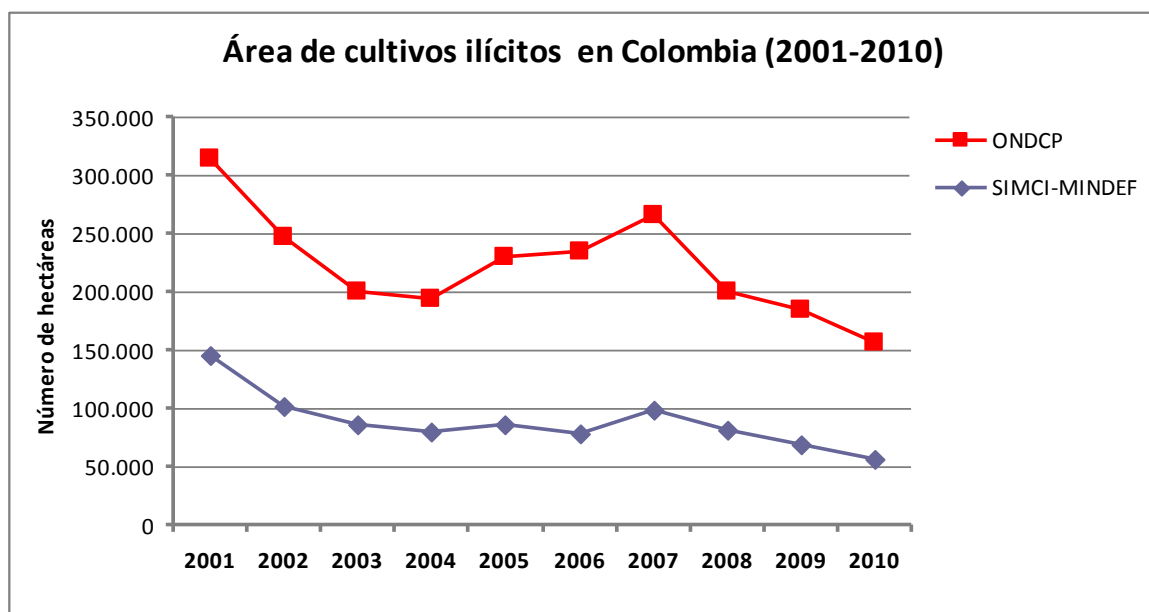
Gráfico 15



Fuente: UNODC

113. Estas cifras no están exentas de problemas que van desde las condiciones geográficas y climáticas que dificultan el monitoreo aéreo de ciertas zonas claves del país,¹³⁸ hasta los ajustes metodológicos que se hacen de cara a cambios en las estrategias de los cultivadores.¹³⁹ De hecho, las mediciones de la UNODC en cuanto a cultivos ilícitos difieren de las que presenta el Office of National Drug Control Policy (ONDCP) -las cuales se realizan por vía satelital y también tienen sus problemas.¹⁴⁰ De este modo, en 2010 la ONDCP reportó 100,000 hectáreas cultivadas con coca,¹⁴¹ esto es 38,000 hectáreas más de las registradas por UNODC para ese año (ver Gráfico 16).¹⁴²

Gráfico 16



Fuente: Ministerio de Defensa Nacional y Office of National Drug Control Policy (ONDCP).

Pero, independientemente de estas diferencias en el número de hectáreas cultivadas que difícilmente se pueden aclarar, hay que destacar que ambas fuentes reportan una caída sustancial de los cultivos de coca¹⁴³ y de la producción potencial de cocaína durante la última década, en Colombia, aunque en el mercado internacional global no hay

¹³⁸ Es el caso por ejemplo del Chocó, departamento del litoral pacífico que se ha convertido en los últimos años en una de las grandes zonas cocaleras del país.

¹³⁹ Ver por ejemplo, Daniel Mejía y Pascual Restrepo, “*Do Illegal Drug Markets Breed Violence?...*” Op. Cit. y Daniel Mejía, “Políticas antidroga en el Plan Colombia: costos, efectividad y eficiencia”, en *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos, comp.* Alejandro Gaviria y Daniel Mejía (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011, pp. 69-90).

¹⁴⁰ Daniel Mejía y Pascual Restrepo, “*Do Illegal Drug Markets Breed Violence?...*” Op. Cit.

¹⁴¹ Datos disponibles en: <http://www.whitehouse.gov/ondcp/targeting-cocaine-at-the-source> (revisado en marzo 10 de 2012).

¹⁴² Esta diferencia equivale a los registros anuales de áreas cultivadas tanto en Perú, como en Bolivia según datos de ONDCP.

¹⁴³ La caída en los cultivos reportada por UNODC es del 60% entre 2001 y 2010, mientras que según los datos de ONDCP la reducción de los cultivos en el mismo período sería apenas del 40%.

reducciones significativas de la oferta de cocaína.¹⁴⁴ Con todo, la reducción de la oferta en Colombia respresenta , sin lugar a dudas, un avance considerable en lo que tiene que ver con restarle fuentes de financiamiento a grupos armados ilegales que operan dentro de las fronteras del país.

114. Como se explicó antes, dicho avance se dio a partir de 2007, cuando las fuerzas del estado reconocieron la ineffectividad de la aspersión aérea y dejaron de concentrarse en las campañas de erradicación de cultivos ilícitos como eje principal de las políticas anti-narcóticos y comenzaron a enfocarse en eslabones de la cadena mucho más importantes y que producen mayor valor agregado (la detección y destrucción de los cristalizaderos y laboratorios para la producción de cocaína, el control de precursores químicos y la detección e incautación de envíos de droga hacia el exterior). Particularmente relevante es la reducción en las actividades de producción y tráfico de cocaína en la región sur oriental del país que, como se ha dicho, era la región con mayor presencia de cultivos ilícitos y retaguardia estratégica de las FARC a principios de la década del 2000.¹⁴⁵

La reducción en las actividades de producción y tráfico de cocaína ha estado jalonada por el marcado descenso en los cultivos en el departamento de Meta, que históricamente tuvo la mayor extensión de hectáreas cultivadas en la región. Tal evolución se ha asociado en un primer momento (2004-2007) al despliegue militar del Plan Patriota y a la creciente actividad policial y, en un segundo momento (2008-2010), al Plan de Consolidación Integral de la Macarena (PCIM).¹⁴⁶ En la zona de la Macarena, en donde se concentra alrededor de la mitad del área de cultivos de coca de Meta, se registra un desplome del 77% de las hectáreas cultivadas entre el 2007 y el 2010, lo cual se ha interpretado como un resultado directo del desarrollo del PCIM.¹⁴⁷ Adicionalmente, la intervención integral en el marco del PCIM ha aumentado de manera notoria los indicadores sociales, la presencia activa de instituciones del Estado y ha mejorado sustancialmente los indicadores básicos de seguridad como la tasa de homicidios, desplazamiento forzado, secuestros y masacres.¹⁴⁸

Este resultado sin embargo, puede deberse a que mucha de la población cocalera de esta zona se replegó hacia otras regiones de producción del país en respuesta a la presión militar que se dio con antelación a la implementación PCIM. En este sentido, el éxito del PCIM podría entenderse más en términos de darle sostenibilidad a la caída de los cultivos en una determinada zona y de empezar a crear condiciones para el desarrollo de una economía legal en la misma. Con esto se quiere llamar la atención sobre los posibles efectos colaterales que intervenciones como el PCIM pueda tener en áreas vecinas no intervenidas.

¹⁴⁴ En cuanto a la producción estimada de cocaína las cifras de UNODC y ONDCP son más coincidentes: a principios de 2000 ambas fuentes registraban una producción potencial de 700 toneladas métricas de cocaína y para 2010 el UNODC marcaba 330 toneladas métricas frente a 270 que registraba ONDCP.

¹⁴⁵ UNODC, *Colombia: Monitoreo de cultivos de coca 2010*, Op. Cit, p. 33.

¹⁴⁶ Para una evaluación de impacto del Plan de Consolidación Integral de la Macarena – PCIM, ver Daniel Mejía, María José Uribe y Ana María Ibáñez. 2011. *Una evaluación del Plan de Consolidación Integral de la Macarena (PCIM)*, Documento CEDE No. 13. Bogotá: CEDE-Universidad de los Andes.

¹⁴⁷ UNODC, *Colombia: Monitoreo de cultivos de coca 2010*, Op. Cit, p. 79.

¹⁴⁸ Ver Daniel Mejía, María José Uribe y Ana María Ibáñez, *Una evaluación del Plan de Consolidación Integral de la Macarena...*, Op. Cit.

La mala noticia es que la mayoría de los cultivos siguen concentrados en las mismas áreas identificadas desde el año 2001¹⁴⁹ y que hay una persistencia preocupante del área cultivada en la región central y en departamentos de la región oriental, claramente asociadas a las bandas criminales.¹⁵⁰ Sumado a esto, se observa desde 2005 un crecimiento sostenido de los cultivos en el litoral pacífico –especialmente marcado en el Chocó departamento que tradicionalmente no era cocalero–, zona que es el actual eje de poder de las FARC y que cuenta con presencia ostensible de las BACRIM.¹⁵¹ Un hecho adicional que dificulta el control de actividades ilegales como el narcotráfico y la minería ilegal en el departamento del Chocó es su difícil acceso y sus condiciones climáticas, que impiden operaciones militares y el monitoreo satelital por parte de las autoridades.

114. Diversos estudios nacionales e internacionales señalan las limitaciones de centrar la lucha antidroga en la erradicación de cultivos ilícitos.¹⁵² Esto, en primer lugar, porque la erradicación golpea al eslabón socialmente más vulnerable (los campesinos cultivadores) e intensivo en mano de obra, lo cual afecta negativamente el capital político del Estado y de manera inversamente proporcional favorece el capital político de los grupos armados irregulares que controlan el negocio.¹⁵³ Esto se ha observado históricamente en el caso colombiano, aun cuando hay que reconocer que intervenciones como la realizada a través del mencionado PCIM, tienen un potencial para reducir dicho riesgo si se tienen en cuenta los resultados iniciales de este plan en materia de gobernabilidad y de mejora de condiciones socioeconómicas.¹⁵⁴

En segundo lugar, juiciosos análisis de costo-beneficio de los esfuerzos antinarcóticos en el marco del Plan Colombia sugieren que la lucha centrada en la interdicción del tráfico -que incluye la destrucción de laboratorios y cristalizaderos, la incautación de droga y medios de transporte y el bloqueo de rutas de circulación-, ha sido más costo-efectiva que la guerra contra la producción enfocada en la erradicación de cultivos ilícitos.¹⁵⁵ Por lo demás, las rutas y laboratorios no solo tienen un mayor valor en el proceso del narcotráfico, sino que en ese eslabón de la cadena del narcotráfico la capacidad de las organizaciones para neutralizar los efectos de las operaciones de la fuerza pública es inferior al que tienen los cultivadores de hoja de coca. Finalmente, se destaca que los organismos de seguridad colombianos han desarrollado en la última década una ejemplar capacidad, basada principalmente en labores de inteligencia, para detectar rutas y redes utilizadas por los narcotraficantes para transportar las drogas hacia

¹⁴⁹ UNODC, *Colombia: Monitoreo de cultivos de coca 2010*, Op. Cit.

¹⁵⁰ Mauricio Romero y Angélica Arias, “A diez años del inicio del Plan Colombia: Los herederos de las AUC, la geografía del narcotráfico y la amenaza de nuevos carteles”, en *Revista Arcanos* No. 16, (Bogotá: Corporación Nuevo Arco Iris, 2011, pp. 19-20).

¹⁵¹ UNODC, *Colombia: Monitoreo de cultivos de coca 2010*, Op. Cit.

¹⁵² Ver por ejemplo, Daniel Mejía y Pascual Restrepo, “*Do Illegal Drug Markets Breed Violence?...*” Op. Cit. y Cabra, Mejía y Restrepo, “*On the (in) effectiveness of aerial spraying campaigns in reducing coca cultivation: Evidence from a quasi-natural experiment in the Colombia-Ecuador border*”, mimeo (Bogotá: CEDE-Universidad de los Andes, 2011).

¹⁵³ Vanda, Felbab-Brown. 2009. *Shooting up: Counterinsurgency and the War on Drugs*,. Washington DC: Brookings Institution Press y Miguel García. 2011. “*Cultivos ilícitos, participación política y confianza institucional*” en *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*, comp. Alejandro Gaviria y Daniel Mejía. Bogotá: Ediciones Uniandes, pp. 357-386.

¹⁵⁴ Al respecto, ver Daniel Mejía, María José Uribe y Ana María Ibáñez, *Una evaluación del Plan de Consolidación Integral de la Macarena*, Op. Cit., estudio que muestra resultados alentadores de corto plazo, aunque retos grandes en el largo plazo.

¹⁵⁵ Daniel Mejía y Pascual Restrepo, “*Do Illegal Drug Markets Breed Violence?...*” Op. Cit.

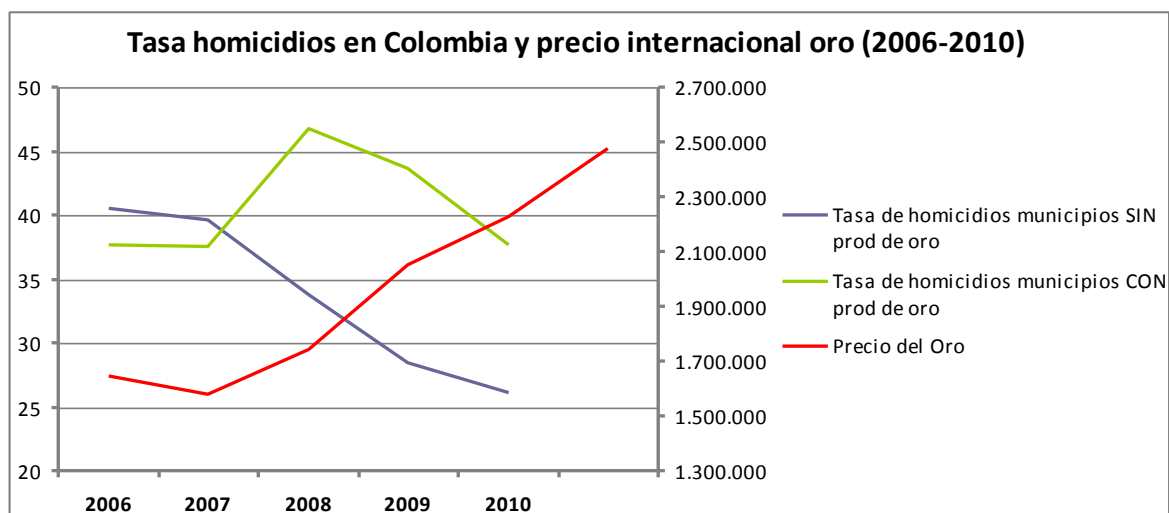
el exterior, lo cual marcó el punto de quiebre en la tendencia de los indicadores de producción potencial de cocaína a partir del año 2008.

4. Futuros negocios ilegales

115. Hay que destacar un fenómeno reciente observado en algunas zonas del país y que tiene que ver con la extracción ilegal de oro. A partir del año 2008, año en el cual se desata la crisis financiera internacional, el precio internacional del oro aumentó de manera drástica. Esto hizo que, producto de un análisis costo-beneficio básico, algunos grupos criminales sustituyeran actividades asociadas al narcotráfico por actividades de extracción ilegal de oro.

Como consecuencia, a partir de 2008 la tasa de homicidio en aquellos municipios de Colombia en donde hay oro ha aumentado desproporcionadamente cuando se le compara con aquella de municipios donde no hay oro. El Gráfico 17 muestra la evolución del precio internacional del oro y la de la tasa de homicidios en aquellos municipios caracterizados por alta producción de oro vis-à-vis la de aquellos municipios con baja o nula producción histórica de oro. Como se puede apreciar, la tasa de homicidios entre los dos grupos de municipios era muy similar antes de que el precio internacional del oro aumentara producto de la crisis económica internacional; a partir de 2008 el precio del oro se dispara y, con esto, la tasa de homicidios de aquellos municipios con alta producción de oro, mientras que en el otro grupo de municipios la tasa de homicidios continúa con una tendencia decreciente.¹⁵⁶ Este fenómeno, sin lugar a dudas, es uno de los principales retos que en la actualidad están teniendo que enfrentar las autoridades de seguridad, con el agravante que el bien transado (oro) no es ilegal.

Gráfico 17



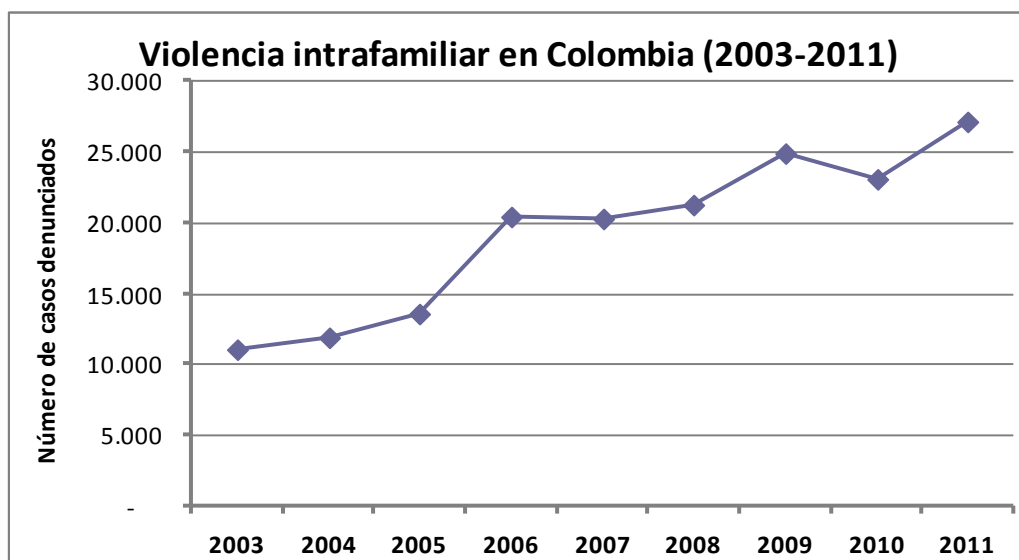
Fuente: Nicolás Idrobo, Daniel Mejía y Ana María Tribn, “Illegal gold mining...”, Op. Cit.

¹⁵⁶ Ver Nicolás Idrobo, Daniel Mejía y Ana María Tribin. 2012. “Illegal gold mining and violence in Colombia”, mimeo, Bogotá: CEDE-Universidad de los Andes.

5. Criminalidad común difusa

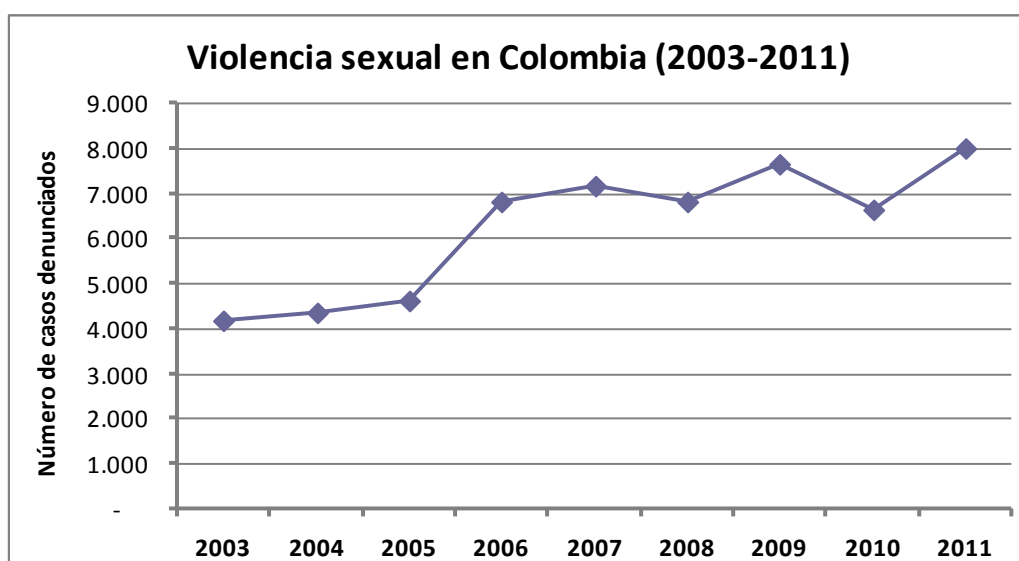
116. Hacer un balance sobre la situación actual de la criminalidad común en Colombia, es decir aquella que no se deriva del conflicto armado ni está asociada directamente al crimen organizado, es una tarea que desborda el objetivo de esta sección debido a la gran heterogeneidad regional y local que presentan los delitos en este campo. No obstante vale anotar que las cifras oficiales sobre delitos de mayor impacto a nivel nacional sugieren un preocupante crecimiento durante la última década en tres comportamientos. Por un lado, están la violencia intrafamiliar y la violencia sexual cuyos registros basados en las denuncias ciudadanas, han aumentado ininterrumpidamente en los últimos años según se observa en los gráficos 18 y 19.

Gráfico 18



Fuente: Ministerio de Defensa Nacional

Gráfico 19



Fuente: Ministerio de Defensa Nacional

Por otro lado, se encuentra el hurto a personas cuyos registros también se han incrementado particularmente desde el 2005 (Gráfico 20). Este delito que por lo general ocurre en el espacio público y en muchas ocasiones va acompañado de violencia como es el caso del atraco, tiene un gran impacto sobre la sensación de inseguridad de los ciudadanos.

Gráfico 20



Fuente: Ministerio de Defensa Nacional

117. Finalmente, hay que señalar que es notable la escasez de estudios criminológicos en Colombia sobre este tipo de delitos difusos – salvo quizás por el tema de la violencia intrafamiliar-, lo cual contrasta con la abultada literatura sobre el conflicto armado y el crimen organizado asociado al narcotráfico. Estos estudios resultan indispensables para, en primer lugar clarificar, las estadísticas sobre estos comportamientos delictivos ya que los registros oficiales basados en las denuncias ciudadanas adolecen de múltiples problemas, para empezar la no denuncia que tiende a ser la regla en estos casos.¹⁵⁷ A partir de ello se podrían hacer diagnósticos más pertinentes para las políticas públicas que permitan identificar patrones y factores de riesgo y que sirvan de insumo para evaluar los efectos de dichas políticas.

6. Escenarios actuales de criminalidad en Colombia

118. Las transformaciones de los principales factores de crimen y violencia descritos anteriormente permiten identificar dos grandes escenarios dentro de la situación actual de criminalidad en el país.

El primer escenario es el del conflicto armado con las guerrillas, en el cual se observa una reducción del impacto del mismo en la criminalidad violenta y los atentados contra las libertades ciudadanas a nivel nacional. Igualmente se tiene la posible apertura de un proceso de negociación política del conflicto conducente a un eventual escenario de cierre del mismo. Frente a este escenario se requerirá de una política criminal con

¹⁵⁷ Según los datos de la Cámara de Comercio de Bogotá que lleva haciendo la encuesta de victimización en la ciudad de Bogotá desde 1998, el promedio histórico de denuncia es del 35%.

lineamientos excepcionales respecto del tratamiento judicial que se les daría a los excombatientes y al abordaje de los derechos de las víctimas.

El segundo escenario es el de la criminalidad común, marcado por el predominio de redes del crimen organizado asociadas a diversos negocios ilegales y articulados de una u otra forma a las denominadas BACRIM, las cuales, como se explicó antes, son identificadas por el gobierno como la principal amenaza a la seguridad de los colombianos. Simultáneamente dentro de este escenario se hacen visibles otras formas de criminalidad más difusa, esto es que no están articuladas o potenciadas por estructuras del crimen organizado. Por ello es necesario no desestimar la importancia de que la política criminal enfrente otros comportamientos violentos, que afectan a amplios sectores de la población, aunque no estén articulados a formas de criminalidad organizada, como son la violencia intrafamiliar y otras formas de ataque a la dignidad de poblaciones en situaciones de vulnerabilidad.

119. De cara a este escenario se requiere de estrategias de política criminal especializadas para contener las expresiones de crimen organizado, a la vez que es indispensable abrirle paso a intervenciones en el campo de la prevención. Sin duda, en la medida en que se reduce la violencia homicida en el país producto de la contención de los grandes factores de violencia, y que el Estado se encuentra menos asediado por estas amenazas, se abre espacio para el desarrollo de políticas menos reactivas y más preventivas para reducir la criminalidad de manera sostenible en el largo plazo.

120. Frente a la criminalidad común más difusa se destacan las intervenciones con enfoque local que involucren la iniciativa de las autoridades político-administrativas a ese nivel. Igualmente, se impone la acción policial preventiva y focalizada en la resolución de problemas, donde vale destacar la nueva estrategia iniciada por la Policía Nacional en el 2010 en los ocho principales centros urbanos del país. Se trata del Plan Nacional de Vigilancia Comunitaria por Cuadrantes (PNVCC) el cual enfatiza componentes de trabajo con la comunidad, prevención y planeación para evitar que algunas expresiones de crimen común y urbano se materialicen. La evaluación, monitoreo y seguimiento que se le ha venido haciendo a este Plan muestra que ha tenido resultados positivos, especialmente en aquellas zonas de las ciudades en las cuales los niveles de crimen inicial eran elevados.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Esta evaluación la ha venido haciendo la Fundación Ideas para la Paz desde el inicio de la implementación del PNVCC y representa un caso pionero en América Latina de monitoreo sistemático y evaluación de impacto con estándares rigurosos de una estrategia policial de gran envergadura por parte de una organización independiente. Al respecto ver: María Victoria Llorente, Patricia Bulla y Jerónimo Castillo. 2011. “Seguimiento y evaluación del Plan Nacional de Vigilancia Comunitaria por Cuadrantes de la Policía Nacional de Colombia”, en *Experiencias en América Latina: El desafío de evaluar programas de seguridad ciudadana*, ed. Jorge Araya (Santiago de Chile: CESC-Universidad de Chile, pp. 23-30.

SEGUNDA PARTE: LINEAMIENTOS Y RECOMENDACIONES

121. La Comisión ha precisado los principios normativos de la política criminal (capítulo 1) y analizado el contexto empírico colombiano (capítulo 2), con lo cual procede en esta segunda parte a formular unos lineamientos y recomendaciones para una política criminal de Estado en Colombia, que esté al mismo tiempo enmarcada normativamente y se encuentre sustentada empíricamente. La Comisión comenzará entonces por presentar, en el capítulo III las bases o lineamientos generales para una política criminal de Estado, de largo plazo, que sea democrática, garantista y al mismo tiempo eficaz, mientras que el capítulo IV desarrolla algunos componentes específicos o temas particulares de la política criminal. La Comisión precisa que esta distinción entre lineamientos generales y específicos es fluida y no debe ser absolutizada; su función es puramente organizadora de las recomendaciones.

CAPITULO III

LAS BASES GENERALES PARA UNA POLÍTICA CRIMINAL DE ESTADO: LINEAMIENTOS SUSTANTIVOS Y DISEÑOS INSTITUCIONALES

122. En este capítulo, la Comisión desarrolla cuáles son las características sustantivas que debería tener la política criminal del Estado colombiano, con el fin de corregir los defectos sustantivos que fueron constatados en el capítulo precedente. Igualmente la Comisión propone varias reformas normativas e institucionales que parecen necesarias para corregir los defectos de la institucionalidad encargada de la formulación de dicha política y que fueron también reseñados en el diagnóstico empírico de este informe, desarrollado en el capítulo anterior.

123. Algunas de las características sustantivas que, según la Comisión, debería tener la política criminal del Estado colombiano pueden parecer simples reiteraciones de muchos de los principios normativos que enmarcan dicha política criminal y que fueron reseñados en el primer capítulo de este informe. Pero no es así. El trabajo de la Comisión consistió no sólo en recordar esos principios normativos sino además en contrastar su relevancia frente a la realidad colombiana. Y es a partir de ese diálogo entre los principios normativos y el estudio de la realidad empírica que la Comisión reitera ciertos rasgos sustantivos que debería tener la política criminal. Para presentar dichos rasgos, la Comisión recordará la importancia de algunos principios normativos de derechos humanos, que son de especial relevancia para dotar de coherencia, garantismo y eficacia a la política criminal, para luego examinar ciertos rasgos de coherencia, estabilidad, racionalidad y sustento empírico que debe tener toda política criminal si quiere ser una buena política pública.

a. La política criminal y el respeto de los principios penales constitucionales y de derechos humanos.

124. Es claro que la política criminal debe respetar los principios constitucionales y de derechos humanos que la enmarcan y que en especial gobiernan el ejercicio de la función punitiva en un Estado democrático respetuoso de la dignidad humana. La Comisión no encontró en la realidad empírica colombiana ninguna razón para pensar en que dichos principios no deben ser aplicados y por ello reitera que dicha política debe respetarlos, sin que sea necesario que en este capítulo deban ser nuevamente explicados. Basta mencionar que la política criminal debe respetar las garantías penales (como los principios de legalidad, lesividad y culpabilidad, entre otros), las garantías procesales (como el debido proceso o el principio de juez natural) o los principios que gobiernan la ejecución penitenciaria, como el fin resocializador que la pena privativa de la libertad debe tener en esa fase. Remitimos entonces al lector a todos estos principios que fueron sistematizados en el capítulo I de este documento.

125. Con todo, existen algunos principios que la Comisión desea enfatizar debido a su importancia estratégica en la formulación y ejecución de una política criminal coherente

y propia de un Estado democrático: i) la idea del derecho penal como *ratio última* para la protección de bienes jurídicos y ii) el principio de no discriminación.

b. La importancia de la idea del derecho penal como ratio última de protección de bienes jurídicos en la política criminal.

126. Como se señaló en el capítulo I, al estudiar el principio del derecho penal como *última ratio*, un Estado democrático debe minimizar la intervención punitiva, pues si la garantía y protección de los derechos humanos y de los bienes jurídicos fundamentales pueden ser alcanzadas por vías distintas a la penal, como la política social, las políticas preventivas o el uso de mecanismos administrativos de control, entonces es ilegítimo recurrir al instrumento penal. Sin embargo, como se constató en el diagnóstico empírico del capítulo II, en las últimas dos décadas hay signos claros de que Colombia entró en una suerte de “populismo punitivo”, pues ha habido claros aumentos de las penas y de la población privada de la libertad, sin que sea claro que dichos incrementos punitivos hayan sido factores para un incremento de la seguridad y una mejor protección de los derechos fundamentales de los habitantes. Dadas esas circunstancias, es clave que Colombia tome en serio el principio del derecho penal como *última ratio*, de lo cual se siguen varias consecuencias, que la Comisión entra a desarrollar: i) la importancia de enfatizar la prevención, ii) el uso de penas alternativas a la privación de la libertad en armonía con estrategias para enfrentar la crisis humanitaria en el SCP, y iii) la forma como deben ser considerados los derechos de las víctimas en la política criminal y iv) las potencialidades que tienen los mecanismos de justicia restaurativa.

1. La prevención en serio.

127. La política criminal debe ser una política pública estructurada de prevención y lucha contra la criminalidad¹⁵⁹, basada en principios y reglas que impidan la fuga al derecho penal en búsqueda de soluciones que podrían lograrse por otros medios.

Para que la política criminal pueda desarrollarse adecuadamente y logre los efectos buscados, es importante que en su diseño e implementación se establezca una efectiva coordinación entre las diferentes entidades e instituciones que deben intervenir en la prevención, reacción, investigación, procesamiento y sanción de la criminalidad, así como en la fase de ejecución de las penas y en la aplicación de medidas no penales que tiendan a la prevención de conductas lesivas de los derechos ciudadanos.

128. La prevención y la lucha contra la criminalidad no pueden basarse exclusivamente en el sistema penal. Los factores que inciden en la delincuencia tienen mucha relación con las condiciones de desigualdad, discriminación y exclusión que rigen en las sociedades modernas. Por ello, es indispensable que al lado de las medidas de estricta política penal, se establezcan otras estrategias y acciones dirigidas a eliminar los factores mencionados y a mejorar las condiciones de vida de quienes están más expuestos a las situaciones favorables al crimen.

Las estrategias y acciones de la política criminal deben orientarse a lograr los efectos buscados, con los medios menos lesivos de los derechos fundamentales. En una

¹⁵⁹ La Comisión adoptó un concepto amplio de criminalidad con sustento en la definición de política criminal acogida y bajo el concepto de que en ella se incluyen las “conductas que atenten contra los derechos de los ciudadanos y aquellos bienes jurídicos que articulen la defensa de los mismos”.

perspectiva de protección de los derechos humanos, la política criminal debe privilegiar la prevención frente a la represión y el respeto de los derechos sobre el eficientismo, considerando, además, que cuando sea necesario acudir a los mecanismos de represión, se deben establecer salvaguardas para que se afecten lo menos posible los derechos fundamentales tanto de los responsables de los hechos punibles, como de las víctimas de los mismos.

129. Entre las varias opciones que tiene el Estado para elaborar su política criminal, la configuración de un derecho penal mínimo, con sus notas de subsidiariedad y fragmentariedad, es quizás el sistema que tiene mayor vocación de éxito en la prevención del delito, en la lucha contra la criminalidad y en la protección de los derechos humanos, en tanto que respeta en mayor medida la libertad de las personas, conservando dentro de los límites constitucionales el poder punitivo del Estado.

Es importante abandonar la idea de que el delito se combate esencialmente con el incremento de las penas. La política criminal debe prever instancias adecuadas para que el Estado diseñe e implemente tratamientos del delito desde perspectivas diversas al derecho penal, para lo cual se deben estructurar instituciones de alto nivel técnico con expertos de otras disciplinas, según sea el tema objeto de estudio, quienes se encargarán de diseñar tales respuestas diferentes.

130. La regulación del sistema penal en general, y de las penas en particular, necesita un cambio de perspectiva, de la represión a la prevención. Fundamentar el sistema penal en criterios represivos lleva, por regla general, a que la sociedad eleve cada vez más sus demandas punitivas y a que el poder legislativo incremente exorbitantemente los niveles de las penas, en particular de las privativas de la libertad, en una espiral expansionista.

Este modelo ha sido tradicionalmente impulsado en Colombia, de forma que en la actualidad se ha expandido el derecho penal para elevar a la categoría de delitos conductas de escaso daño social y para aumentar las penas más allá de cualquier fundamentación teórica. Para contrarrestar esta situación, se vuelve imperativo cambiar de perspectiva tanto jurídica como social, abandonando la idea de que la justicia solamente se logra mediante la represión, y poniendo como fundamento del sistema la prevención del delito, por medio de políticas públicas eficaces e incluyentes que conserven para el derecho penal su carácter subsidiario y de *ultima ratio*.

2. Las medidas alternativas a las penas privativas de la libertad y el enfrentamiento de la crisis del sistema carcelario y penitenciario (SCP).

131. Como el Estado no puede renunciar a su compromiso de respetar los derechos fundamentales de los condenados, ni a garantizar la seguridad para la sociedad y el respeto de los derechos de las víctimas, la Comisión considera urgente y necesario implementar un proyecto amplio de penas y medidas alternativas a la prisión que permita avanzar en el cumplimiento de las obligaciones del Estado en esta materia y, paralelamente, crear instituciones y estrategias que permitan a la cárcel el cumplimiento de la función resocializadora legalmente asignado a ella en la fase de ejecución penal.

132. La prisión y las penas privativas de la libertad son instrumentos utilizados por todos los Estados en la lucha contra el delito y constituyen la respuesta generalizada,

pero no la única, a las conductas punibles, con lo que se evidencia la posibilidad de reaccionar frente al delito con penas alternativas.

No obstante el uso generalizado de la prisión, las legislaciones de la mayoría de los Estados prevén sanciones distintas a la prisión para algunas conductas punibles o para remplazarla en casos debidamente reglados, y establecen regímenes especiales que permiten a los condenados reducir el tiempo de ejecución de las penas privativas de la libertad que se les haya impuesto, constituyéndose estas formas en alternativas a la ejecución de la pena privativa de la libertad.

Las medidas alternativas así implementadas, de acuerdo con los informes que sobre ellas se han elaborado, han incidido positivamente en la reducción de la reincidencia, en la prevención del delito y en el mejoramiento de las condiciones de funcionamiento de los sistemas carcelarios, con efectos positivos palpables sobre los derechos fundamentales de los reclusos. Ante esta evidencia, y dadas las condiciones de la prisión en Colombia, la política criminal para el Estado colombiano debe prever respuestas a las conductas criminales que sean verdaderas alternativas al encarcelamiento, de forma que se avance en la protección de los derechos fundamentales de los reclusos, pero, adicionalmente, en el logro de los objetivos de seguridad ciudadana, al establecer mecanismos de reacción que tiendan más efectivamente a la resocialización de los delincuentes.

133. Las penas privativas de la libertad, como forma de reacción estatal contra el delito, están legitimadas en razón del fin resocializador que se le asigna como principal, tanto en las legislaciones internas como en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

La comunidad internacional, a través de distintos instrumentos, ha definido el fin de resocialización como el que debe prevalecer en la fase de ejecución de la pena privativa de la libertad.

La jurisprudencia nacional, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, ha resaltado igualmente que las penas pueden tener diversos fines pero que la fase de ejecución de la pena privativa de la libertad debe estar orientada esencialmente por un esfuerzo de resocialización del delincuente, a fin de que éste pueda reincorporarse, una vez cumplido el castigo, a la vida social, como una persona que respeta los derechos de los demás y puede contribuir a la comunidad con base en sus preferencias y capacidades .

Supuesta esta finalidad, la política criminal debe considerar el tratamiento resocializador como un fin de la pena, pero también debe tomar en consideración que la privación de la libertad de la persona declarada responsable busca que el Estado con sus obligaciones de proteger a la sociedad contra el delito y de garantizar a las víctimas los derechos vulnerados con la conducta punible y, en lo que atañe con la pena de prisión, de los derechos de los condenados.

134. Se deben racionalizar las penas, tanto en su fase legislativa, como judicial y penitenciaria. Para ello es necesario: i) revisar concienzudamente las penas legalmente establecidas, que carecen de sistematicidad y en ocasiones se han incrementado inusitadamente sin tener en cuenta el principio de proporcionalidad; ii) establecer

criterios adecuados que permitan a la ley regular las penas de acuerdo con los bienes jurídicamente tutelados y las distintas modalidades de afectación a los mismos, de forma que no resulten sanciones exageradas frente a bienes jurídicos de menor importancia, o se entrecrucen los criterios de gravedad en función de la modalidad de ataque al bien jurídico; iii) tener como principio de la asignación de penas el hecho de que las penas máximas no solo deben ser acordes con la expectativa de vida en Colombia, sino que deben guardar coherencia con las finalidades de la pena que establezca el Consejo de Política Criminal. Cualquiera que fuese el fin de la pena, que el legislador defina, se debe destacar que este fin tiene que permear todos los proyectos legislativos en materia punitiva, ya que se debe ser consecuente en su tratamiento; iv) considerar condiciones especiales para la ejecución de la pena respecto de los grupos sociales que las exigen, en especial de las mujeres, con la finalidad de evitar resultados de mayor drasticidad en la ejecución de las penas por los integrantes de tales grupos y mejorar las condiciones de respeto y garantía de sus derechos fundamentales; v) reducir el uso de la prisión en el Sistema de Responsabilidad Adolescente en Colombia, que hace un uso excesivo de la privación de libertad, pese al hecho de contar con mecanismos alternativos al uso de la prisión para los y las jóvenes en conflicto con la ley; vi) establecer políticas públicas enfocadas al post-penado, de forma tal que se asuma el compromiso de reinserción social no solamente con el tratamiento penitenciario, sino también con la orientación y ayuda a la reubicación social.

135. Una respuesta racional de política criminal al problema de las prisiones en Colombia debe contemplar medidas alternativas para evitar la desocialización que produce la cárcel; reducción de las penas legalmente asignadas; medidas complementarias diseñadas sobre principios de racionalidad, última ratio y proporcionalidad, y cambios profundos en el tratamiento resocializador.

La cárcel como institución y debido a las peculiaridades que rodean su uso, genera condiciones altamente desocializadoras porque: i) aísla al penado de su contacto con la sociedad en la que vive, de forma que le impide adecuar su comportamiento para resistir los factores que inciden en la producción del delito; ii) aparta al condenado de su familia –que habitualmente es destruida por la pena de prisión-, con lo que reduce las expectativas de una vida en libertad respetuosa de los derechos de los demás; iii) rompe las redes sociales a las que pertenece el condenado, extrañándolo y obligándolo a buscar refugio en la subcultura penitenciaria, caracterizada por la violencia y la corrupción; iv) estigmatiza al condenado, impidiéndole, después de la condena, su reubicación dentro de la sociedad, etc.

Las penas alternativas, al edificarse sobre principios diferentes al aislamiento y la violencia, tienen la virtualidad de minimizar los efectos desocializadores de las sanciones penales y pueden brindar mejores condiciones para alcanzar el fin de la pena establecido en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales, así como para proteger en mejor forma los derechos de los condenados y de las víctimas de la criminalidad, y la seguridad de la sociedad.

136. Las directrices de política criminal en materia del uso de la prisión deben propender por reducir el hacinamiento carcelario; la mejora en las condiciones de ejecución de las penas privativas de la libertad y las medidas cautelares; la racionalización del uso de las instalaciones penitenciarias y carcelarias, y la creación de

conciencia pública sobre las medidas alternativas como respuesta sancionatoria válida del Estado a la criminalidad.

En relación con la medida legal de las sanciones penales, se evidencia que éstas han alcanzado topes que, por sí mismos, atentan gravemente contra la finalidad resocializadora de la pena, especialmente de la privativa de la libertad. Por principio, un tratamiento resocializador podría requerir un tiempo mínimo para ser ejecutado, pero también un plazo máximo que brinde al detenido expectativas serias de vida en libertad y estos plazos deben ser determinados a través de una investigación empírica.

Cuando el sistema jurídico colombiano establezca penas alternativas como respuesta a la conducta punible, es necesario además exigir al juez que justifique detalladamente el uso de la prisión en el caso concreto en el que la imponga, pero, a su turno, que cuente con una certificación del sistema penitenciario en la que se le informe al juez sobre la capacidad de las cárceles y las posibilidades de dar al penado un tratamiento resocializador. Con el fin de evitar traumatismos, podría pensarse en una forma de implantación progresiva de esas certificaciones.

137. El sistema penitenciario y carcelario no ofrece suficientes ni adecuados esquemas de ejecución de los medios a través de los cuales se persigue la resocialización del condenado, por lo que es necesario reestructurar los modelos de trabajo, estudio y enseñanza.

En este sentido, es necesario que dentro de la política criminal del Estado colombiano i) se reestructuren el trabajo, el estudio y la enseñanza como vehículos de resocialización, no como simples factores de redención de pena o de ocupación del tiempo libre, acercándolos a las condiciones que estas estrategias tienen en la vida en libertad; ii) se redistribuyan las cargas presupuestales y administrativas del sistema penitenciario, orientándolas más a la atención de los reclusos que a la vigilancia y custodia, y iii) se readecuen las competencias de la fuerza pública en la materia y se confíe a funcionarios civiles el control de las cárceles y la Dirección de la entidad rectora del sistema, reservando para la Policía Nacional las funciones de control externo, cuando sea necesario y a petición expresa del Director de la respectiva penitenciaría.

138. El sistema jurídico colombiano, si bien contempla algunas penas que pueden tener carácter alternativo, no las prevé como tales ni existe para los jueces una opción viable a aplicar entre la severidad de la pena privativa de la libertad y la condena de ejecución condicional. Es necesario, entonces, configurar el sistema de penas y medidas alternativas a la privación de la libertad.

El Código Penal no habla de penas alternativas. Clasifica las sanciones en principales, sustitutivas y accesorias, por lo que cierra al sistema judicial los espacios para acudir a otras modalidades de sanción como alternativa a la prisión e impide que por razones relacionadas con el tipo de delito, las características del delincuente, la afectación al bien jurídico, las medidas de reparación y otros factores, se pueda decretar una pena adecuada a las necesidades del castigo.

El Código Penal, en consecuencia, debe ser reformado en sus partes general y especial, para que penas distintas a la prisión sean asignadas como respuestas a la conducta punible por vía general o de asignación específica, y puedan ser aplicadas por los jueces

en función de las condiciones del autor del delito, los bienes jurídicos afectados, la protección de los derechos de las víctimas y los fines que se persiguen con el sistema penal.

139. Las medidas alternativas a la prisión como medida cautelar y como sanción, preservan la dignidad humana y otros derechos fundamentales de quienes están sometidos al proceso penal y deben soportar la respuesta punitiva del Estado.

Las medidas alternativas a la prisión amplían el abanico de posibilidades para graduar proporcionalmente la respuesta punitiva del Estado, según la gravedad de los delitos y la culpabilidad del imputado o sentenciado.

Sin descuidar las exigencias de la seguridad ciudadana ni las expectativas de las víctimas de los delitos, las medidas y penas alternativas tienen la virtualidad de permitir salidas menos drásticas a la infracción de la ley penal, con el consecuente mejoramiento de la situación de los derechos humanos de los autores de delitos.

140. La detención preventiva debe recuperar su condición de medida excepcional y, por consiguiente, se debe establecer la posibilidad de libertad bajo fianza o bajo palabra durante todo el proceso y hasta la sentencia definitiva, para todos los delitos.

La detención preventiva es, de acuerdo con el sistema jurídico colombiano e internacional, una medida que se puede tomar excepcionalmente en el curso del proceso. No obstante, el sistema jurídico colombiano y la práctica judicial parecen no respetar este principio, y por ello si bien ha habido una tendencia a la reducción del porcentaje de personas privadas de la libertad que están bajo detención preventiva, dicho porcentaje, que tiene a ser superior al 30%, sigue siendo muy alto.

Más allá de las “verdades estadísticas”, la Comisión considera que se deben incrementar los esfuerzos para reducir la prisión preventiva, por los efectos estigmatizadores y de conformación de carreras criminales que tiene el hecho de ingresar a la cárcel antes de la declaración de responsabilidad, y porque una medida de detención preventiva tiene efectos –que es preciso medir- en el principio de presunción de inocencia y puede mover a los jueces a dictar sentencias condenatorias contra quienes se encuentran privados de la libertad anticipadamente.

El principio de excepcionalidad de la detención preventiva ha venido perdiendo terreno y por ello es necesario revisar concienzudamente el tema con el fin de reducir los casos en los que la medida cautelar de internamiento carcelario sea la única admisible.

141. Para adecuar el sistema de penas a la introducción de sanciones alternativas, es preciso diferenciar la naturaleza del delito y la fase de ejecución de la sanción.

Al acoger un conjunto de penas y medidas alternativas, el sistema jurídico penal debe ser reestructurado con el fin de que las nuevas sanciones puedan ser efectivamente aplicadas y se respeten los principios que rigen todo el esquema sancionatorio.

La prisión, como respuesta a la criminalidad, debe conservarse para lo que algunos doctrinantes llaman criminalidad grave y muy grave, como es el caso de las graves

violaciones a los derechos humanos y los delitos que afectan la vida humana, la libertad y el pudor sexuales, la hacienda pública, entre otros.

A esos delitos debe corresponder, debidamente tasada con fundamento en criterios de proporcionalidad, la pena de prisión de mayor duración y su ejecución debe ser efectiva por un tiempo mínimo. Superado el plazo que se fije de acuerdo con criterios objetivos, la pena de prisión podrá ser sustituida por una pena alternativa durante el tiempo que falte para su cumplimiento total.

Respecto de los delitos leves, es necesario configurar el sistema de forma tal que el juez tenga como primer recurso sancionatorio el conjunto de penas alternativas que se contemplen en la ley, y solo por excepción debidamente justificada sobre criterios constitucionales y legales objetivos, se podrá acudir al uso de la prisión.

Para los delitos muy leves, el sistema debe establecer la aplicación de sanciones alternativas para todos los casos, proscribiendo el recurso a la cárcel.

142. Existe una amplia gama de penas alternativas que se pueden diseñar e implementar en el sistema jurídico colombiano.

Dentro de estas penas y medidas alternativas se encuentran: i) reparación a las víctimas del delito (i); internamiento voluntario en establecimientos de terapia sico-social; ii) trabajo en medio rural; iii) libertad asistida por el juez u otra autoridad o persona; iv) trabajo a favor de la comunidad; v) prisión abierta; vi) pérdida de la licencia de conducción o inhabilitación para el ejercicio de una profesión, arte oficio, industria o comercio; vii) arresto domiciliario; viii) reserva del fallo; ix) arresto durante el tiempo libre o en el fin de semana; x) amonestación o apercibimiento; xi) liberación anticipada con fines laborales o educativos; xii) permisos o reclusión en centros de transición; xiv) asistencia a cursos de formación, a cursos de manejo del tiempo libre o la rabia o la intolerancia, o a cualquier curso que se proponga con fines preventivos del delito.

143. Como se vio en el capítulo II de este informe, uno de los factores que ha incidido en el hacinamiento carcelario ha sido el incremento de penas sin analizar su impacto sobre el SCP. Por eso, así como se exige a todo funcionario que va a ordenar un gasto que obtenga primero un “*certificado de disponibilidad presupuestal*”, para obligarlo a verificar si hay o no recursos para lo que piensa hacer, algo semejante debería operar en el SCP. Debería pensarse seriamente en una especie de “*certificado de disponibilidad carcelaria*”, según el cual no podría un juez ordenar la reclusión de una persona, salvo que se certifique que hay un cupo carcelario digno. Y no debería admitirse la aprobación de una ley que incremente la población carcelaria, salvo que se asegure que existirán los cupos para recluir dignamente a más personas. Sería pues una especie de “*regla penitenciaria*” semejante a la “*regla fiscal*” que ha sido incorporada en nuestro ordenamiento jurídico.

Algunos pueden temer que esa “*regla penitenciaria*” permitiría que queden libres personas comprometidas en crímenes graves. Pero no es así si se regula adecuadamente. Por ejemplo, podría pensarse que en caso de que una persona deba ser privada de la libertad y no haya cupo carcelario, entonces que exista un término breve para que el Gobierno cree el cupo carcelario, por ejemplo, liberando temporalmente o dando casa por cárcel a personas que ya están cercanas a obtener su libertad. Esos ajustes, que existen en otros países, pueden preverse. Pero si uno toma en serio los derechos

humanos de los reclusos y la función resocializadora de la pena, alguna forma de “*regla penitenciara*” es necesaria para enfrentar el hacinamiento carcelario.

3. Víctimas, política criminal y principio de última ratio.

144. Un desarrollo trascendental de la filosofía ética y de los derechos humanos en las últimas décadas ha sido el progresivo reconocimiento de los derechos de las víctimas. Este es un avance esencial, que debe ser defendido. Pero tiene el riesgo de que pueda estimular formas de punitivismo. En efecto, por la particular simpatía que en la actualidad se siente por las víctimas, no es raro que propuestas punitivistas sin mayor sustento encuentren eco cuando se presentan como solución a los conflictos de las víctimas o como mecanismos de protección de sus derechos.

Por ello la Comisión entiende que la política criminal de la víctima debe estar limitada por el principio de *última ratio*. En este sentido, se debe evitar la huída al derecho penal en pro de la víctima real o potencial, prestando especial cuidado a los aumentos punitivos y a las reformas intempestivas apoyadas en casos o delitos concretos que se abanderan con la víctima o su situación.

Como toda propuesta legislativa penal, las que invoquen a la víctima deben aparecer precedidas o acompañadas de la verificación de la necesidad empírica, el análisis de su impacto y la utilidad de las medidas legislativas, sean sustanciales o procesales.

145. Una política criminal orientada a las víctimas, debe atender las diferencias que las particularizan.

Aun cuando la política pública de la víctima se debe referir a ellas en general, la política criminal debe atender a criterios diferenciados, en especial a lo que hace a las víctimas de graves violaciones a derechos humanos y derecho internacional humanitario y a las víctimas de lo que se podría denominar criminalidad ordinaria. Por lo mismo, si la política criminal incluye políticas penales, éstas deben ser diferenciadas.

146. La política criminal de la víctima debe coordinar a las víctimas reales y a quienes las representan.

Las políticas públicas dirigidas a la atención de víctimas deben servir de enlace entre la institucionalidad y las organizaciones que velan por sus derechos. Se recomienda tener especial cuidado en el trabajo con víctimas reales y con los grupos que efectivamente sean garantes de sus derechos y no de intereses ocultos tras la seductora identificación de ‘todos’ como inocentes y potenciales víctimas. De hecho la Comisión considera que aquellos que se presentan como representantes, oficiosos o no, de las víctimas que trabajan solo desde el dolor del drama generado por el delito, pretendiendo reacciones penales amparadas en una prevención sin sustento, solo contribuyen a la insatisfacción de las necesidades, al resentimiento, al agravamiento del conflicto y a la desconfianza en la justicia.

147. So pretexto de lograr los derechos de las víctimas no pueden desconocerse sus reales necesidades.

No pocas veces las víctimas de delitos se ven envueltas, con su propio drama, en un sentimiento de necesidad colectiva que propende la reacción en contra del victimario impidiéndole siquiera escudriñar sobre la posibilidad de preferir los derechos antagónicos o inversos a los tradicionalmente propuestos para las víctimas.

Debe procurarse, diferencial y regionalmente, el descubrimiento de las necesidades de quienes realmente sean víctimas o las representen, en pro de sus derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la garantía de no repetición, pero sin olvidar que los derechos a ignorar, a no participar, a no querer saber más o simplemente a olvidar, también son derechos.

148. El principal garante de los derechos de las víctimas en el proceso penal es el Estado a través de la Fiscalía General de la Nación.

La participación de la víctima en el proceso penal debe estar limitada por el contenido de sus derechos individuales, la presunción de inocencia y la igualdad de armas entre las partes. La Fiscalía General de la Nación es el vehículo a través del cual la víctima puede pretender y acceder a los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación en el proceso penal. Tales derechos no pueden depender de la capacidad de acceso que se tenga a ellos en el proceso penal y sí de la actuación proactiva de quienes son garantes de los mismos, esto es, de las autoridades competentes en cada uno de los escenarios diferenciados.

Así las cosas debe velarse por una relación estrecha entre la víctima y el Fiscal, en especial en aquellos casos en que aquella no tenga representación letrada en el proceso penal.

149. Es recomendable determinar aquellos delitos en que el interés estatal cede ante el particular en aras del establecimiento de mecanismos que le pongan fin al proceso en consideración a los derechos de las víctimas.

No puede desconocerse que el Estado tiene, como representante de la colectividad, un interés legítimo en el esclarecimiento de la verdad y en la obtención de justicia en un gran número de delitos. Pero tampoco puede desconocerse que en muchas ocasiones el interés del Estado resulta menor que el interés de la víctima en el fin del conflicto surgido con el delito a través de la satisfacción de sus derechos individuales. Incluso en ocasiones, se percibe que el interés estatal subsiste cuando en realidad la drasticidad del derecho penal es innecesaria aun cuando coincida con lo que quiere la víctima.

Ampliando el número de los delitos en los que se reconoce un exclusivo interés particular o un menor interés estatal, deben incrementarse e incluirse en la legislación mecanismos que permitan terminar el proceso penal o reducir la pena a imponer en consideración a la víctima, por su consentimiento e incluso considerándola pero sin su aprobación.

Estos mecanismos, político criminalmente aconsejables siempre que se trate de delitos en los que el Estado pueda ceder, no solo traen consecuencias positivas frente al conflicto surgido con el delito particular, sino que tienen efectos de descongestión judicial y carcelaria.

4. Las potencialidades de la justicia restaurativa

150. Directamente vinculado al problema de cómo armonizar el reconocimiento de los derechos de las víctimas y el principio del derecho penal como *última ratio*, encontramos los mecanismos de justicia restaurativa, pues éstos precisamente buscan satisfacer las necesidades reales de las víctimas, evitando una huida al punitivismo. Por ello la Comisión enfatiza las potencialidades de tales mecanismos.

151. Los criterios y principios de la Justicia Restaurativa deben hacer parte del Derecho Penal y del Proceso Penal.

Es un camino de apertura de la justicia penal que pone énfasis en reparar las consecuencias del delito, entendido como una violación de la comunidad, de las relaciones y una destrucción de la paz social. El principal propósito de la intervención social es restaurar la paz social, remediar el daño causado, arreglar la puesta en peligro de los bienes jurídicos, evitar la revictimización, bajo un paradigma construido sobre la base de elementos de la mediación, reconciliación, restitución y compensación.

152. Los instrumentos de Justicia Restaurativa deben contener compromisos razonables, proporcionados y respetuosos de la dignidad humana.

Los instrumentos de Justicia Restaurativa pueden introducirse antes y después de la sentencia condenatoria (cada una tiene exigencias y manifestaciones diferentes). En uno y otro casos son necesarias estructuras de seguimiento y responsabilización, y aplicarse en casos en los cuales las partes (víctima-victimario) estén en posición de equilibrio, de conformidad con el caso concreto, y con predisposición al sometimiento de su conflicto a estos mecanismos.

En los casos de varios denunciados, imputados o acusados cuando solo algunos acceden a someterse al procedimiento de mediación, debe romperse la solidaridad generada en el delito, posibilitar el rompimiento de unidad procesal y enjuiciar a unos acusados con independencia de otros, asegurando la independencia del procedimiento restaurativo, es decir, que el reconocimiento de los hechos de unos no perjudique los derechos de defensa de los demás (Por ejemplo, no permitir la asistencia de quien medió como testigo de cargo de quienes no lo hicieron).

153. La víctima y el imputado o acusado deben poder decidir libremente su participación en un proceso de mediación.

La conciliación y la mediación son instrumentos de examen y transformación personal, con lo cual sólo si existe plena libertad existe una verdadera posibilidad de que el infractor se responsabilice de su conducta y la víctima esté dispuesta a asumir un proceso que permita la superación de la situación traumática.

Al imputado o acusado se le debe garantizar la posibilidad de abandonar en cualquier momento el proceso de conciliación o mediación. Esta posibilidad requiere la implementación de instrumentos que aseguren la presunción de inocencia y las garantías fundamentales del imputado o acusado, tales como: i) aseguramiento de la confidencialidad de la información utilizada y obtenida en el proceso de mediación; ii) impedir la posibilidad de que el mediador intervenga o sea llamado como testigo; iii)

privar de la información del proceso de mediación al juez (salvo los acuerdos finales; iv) no exigir en el acta de acuerdo el reconocimiento de los hechos por parte del imputado o acusado; v) prohibir al juez utilizar cualquier manifestación realizada por los abogados o por otras partes en el proceso de mediación cuando el imputado o acusado decida abandonar el proceso; vi) garantizar la presencia del abogado durante el proceso de mediación.

154. La ley deberá establecer incentivos que estimulen la disposición de los victimarios a buscar acuerdos restaurativos con sus víctimas en el marco de los procesos penales, siempre y cuando se trate de delitos que no comprometan valores que trasciendan la relación directa entre víctima y victimario. Por ejemplo, podría establecerse una atenuante específica contemplando la circunstancia de que el responsable llegue a un acuerdo el culpable con la víctima. Este atenuante debe funcionar de conformidad con las circunstancias concretas del caso; podría igualmente regularse la figura de la suspensión de la pena privativa de la libertad para algunos casos de mediación, siempre que no se proceda al archivo de la actuación.

155. En términos de justicia restaurativa, la reparación puede ser tenida, en algunos casos, como pena o parte de ella. También en consideración al menor interés del Estado, pero en aquellos casos en que no resulta lo suficientemente determinante como para terminar el proceso por tal razón pero que la imposición de la pena privativa de la libertad no resulte aconsejable, y sí en cambio la satisfacción de los derechos de la víctimas que muchas veces se ve truncada por la ejecución de la pena, podrían explorarse las propuestas que consideran que la reparación de la víctima puede ser tenida como pena y como tal cumplir con los fines que a ella se le asignan en la fase de ejecución penitenciaria, que es la resocialización del infractor. En algunos otros casos, en que aquella no sea suficiente, podría permitir reformar favorablemente la pena legal.

c. La importancia del principio de no discriminación y de los enfoques diferenciales.

156. En sociedades caracterizadas por altos niveles de desigualdad y exclusión como la colombiana, el principio de no discriminación debe ser una de las guías fundamentales de la política criminal, de forma que sus distintos componentes (instituciones, estrategias y acciones) sean diseñados y desarrollados teniendo en cuenta las necesidades específicas de los grupos especialmente vulnerables. Por ello la Comisión enfatiza la importancia de los enfoques diferenciales que, como se señaló en el capítulo I, son una forma de evaluar los impactos diferenciados de la política criminal sobre grupos y personas en situación de vulnerabilidad

157. La Comisión tiene claro que los enfoques diferenciales son diversos e incluyen la perspectiva de género, étnica, por edad, por vulnerabilidad económica, por personas con discapacidad, etc. Una política criminal apropiada debe incorporar todos esos enfoques diferenciales. Por ejemplo, es claro que una política criminal en un Estado multiétnico y multicultural como el colombiano debe hacer especial énfasis en que exista una adecuada articulación entre la justicia penal ordinaria y la jurisdicción indígena, y que las decisiones de política criminal no desconozcan la diversidad étnica y cultural ni la autonomía de los pueblos indígenas ni de las comunidades afrodescendientes. Igualmente, la política criminal debe tomar en cuenta la situación de vulnerabilidad de las personas con discapacidades o de los grupos económicamente desaventajados. Sin embargo, infortunadamente, por restricciones de tiempo y recursos, la Comisión no

pudo desarrollar sistemáticamente en sus trabajos estos enfoques diferenciales, lo cual es una limitación de este informe, que debería ser corregido en el futuro próximo. Este documento se limita entonces a desarrollar únicamente el enfoque de género, cuya relevancia es obvia.

d. Política criminal y género.

158. La incorporación del enfoque diferencial de género en la política criminal es importante como una forma de visibilizar las situaciones de discriminación de las mujeres y una posibilidad de implementar las medidas correspondientes para prevenir y contribuir a la erradicación de esa situación discriminatoria. La Comisión procedió entonces a desarrollar los elementos básicos de lo que podría ser un enfoque de género en la política criminal, para luego examinar dos aspectos que tienen especial relevancia en este campo para los derechos de las mujeres: la violencia sexual y la penalización del aborto.

1. Elementos básicos de una perspectiva de género en la política criminal.

159. Aplicar una perspectiva de género en la política criminal implica, a la vez, un reto y un aporte. Reto porque –más allá de algunas medidas puntuales- lo cierto es que los desarrollos en política criminal no han sido diseñados ni implementados considerando el enfoque de género como una perspectiva básica o fundamental. Y aporte, porque la aplicación de este enfoque permite dar una nueva y mejor dimensión a la política criminal, su diseño y sus objetivos. En este sentido, es fundamental considerar este análisis a fin de que se reconozca la situación diferenciada entre las personas y, asimismo, instituir las reformas necesarias para que una neutralidad aparente de las medidas adoptadas no contribuya a la violación de sus derechos.

159. Para desarrollar este enfoque de género, es fundamental tener claro el significado del concepto de género, debido a que su uso ha variado a lo largo del tiempo y dependiendo de las disciplinas que lo utilicen. El concepto de género permite entonces entender que cada sociedad define lo que considera como “*lo propio*” de hombres y de mujeres y cómo, a partir de esas clasificaciones, se establecen relaciones de poder. El concepto de “*género*” no es sinónimo de “*mujeres*” pero permite visibilizar la situación de discriminación y subordinación que las mujeres sufren.

160. La aplicación de la perspectiva de género al derecho penal ha sido una tarea relativamente reciente y que implica reconocer que esta disciplina no ha sido concebida ni desarrollada desde un enfoque diferencial de género. En efecto, el derecho penal ha sido construido desde el punto de vista masculino, de forma tal que incluso en aquellos casos en que se pretenda proteger los intereses y necesidades de las mujeres, el problema radica en que la aplicación del derecho queda a cargo de instituciones e individuos moldeados por la ideología patriarcal, todo lo cual tiende a desfavorecer a las mujeres.

Además, existen situaciones complejas y que afectan directamente a las mujeres y ante las cuales el derecho no ha tenido la respuesta adecuada como, por ejemplo, la violencia contra las mujeres.

161. La violencia contra las mujeres debe ser entendida como una forma de discriminación, que se da contra las mujeres por el hecho de serlo y que incluye formas de violencia física, psicológica y sexual.

El caso de las mujeres como víctimas de violencia se enmarca en una situación extendida, que tiene consecuencias específicas y particulares (por ejemplo, el embarazo producto de violación sexual) y que es causa y consecuencia de otro tipo de discriminaciones, por ejemplo, cuando las mujeres pretenden acceder a la justicia u obtener reparación por los hechos violatorios a sus derechos.

De otro lado, el que numéricamente sean las mujeres las víctimas mayoritarias de un hecho nos está hablando de un fenómeno más amplio que agresiones ocasionales y que involucran elementos de poder y dominación que no necesariamente se encuentran en las agresiones a los hombres. La violencia contra las mujeres, por tanto, es un ejemplo de violencia de género que ha sido tardíamente reconocida por el derecho y que necesita una respuesta integral por parte del Estado lo cual, sin duda, debe ser considerado como un elemento básico y una preocupación específica en el diseño de una política criminal.

162. El derecho penal se sigue viendo como una herramienta necesaria y reclamada por muchos sectores de las organizaciones de mujeres, que consideran que la tipificación de algunas conductas como delitos contribuye a una mayor protección de sus derechos. En este contexto, se ubica la figura del feminicidio, incorporado en Colombia como un agravante a la figura del homicidio, mediante la Ley 1257. La respuesta ante crímenes de este tipo no debe centrarse solo en el derecho penal. Siendo el caso de que en Colombia la figura ya existe como un agravante, es fundamental complementarla con otras medidas tales como estadísticas y los registros de estos hechos, los cuales serán útiles no solo para conocer las dimensiones reales de estos casos sino además para la adopción de políticas públicas para su prevención. Asimismo, es importante que estos registros puedan incluir información sobre temas relacionados al delito, tales como las medidas de protección solicitadas por las víctimas con anterioridad, si hubo denuncias previas sobre violencia intrafamiliar, si hubo una respuesta adecuada por parte de las autoridades, por ejemplo. Adicionalmente, es fundamental que el tema se vincule a los debates existentes sobre seguridad ciudadana.

En general, un aspecto fundamental es no analizar estos hechos de una forma aislada sino como parte de una situación general de violencia contra las mujeres afectadas, ya que en muchos casos los agresores han estado vinculados sentimentalmente con ellas y la agresión con ácido es el corolario de una serie de hechos previos de violencia.

163. Uno de los ámbitos donde la incorporación de la perspectiva de género resulta necesaria es la situación carcelaria. En este sentido, hay que recordar que estadísticamente el número de mujeres en prisión es inferior al de los hombres, lo cual tiene como una de las consecuencias principales que las prisiones no hayan sido diseñadas pensando en las diferencias de género ni en las particularidades de las mujeres para temas como las visitas conyugales, la situación de niños y niñas que deben vivir en prisión con sus madres, las necesidades particulares de las mujeres en materia de salud, especialmente salud reproductiva, por citar algunos temas.

En este punto, es fundamental incorporar medidas específicas relativas a la situación de las mujeres embarazadas que están encarceladas, especialmente en cuanto a nutrición y

atención de salud, incluyendo los controles prenatales. Lo propio puede decirse para las mujeres en situación de postparto que deben hacerse cargo de sus hijos, quienes deben recibir controles adecuados de su desarrollo y crecimiento, por ejemplo. Es necesario verificar que este tipo de medidas sean establecidas de manera formal en todos los centros de reclusión donde se encuentren mujeres reclusas.

Una perspectiva de género permitirá incorporar las necesidades específicas de las mujeres tanto en la selección y capacitación del personal involucrado, como en el tratamiento penitenciario y en el diseño y distribución de los espacios de los centros de reclusión. Entre estos espacios serán de fundamental importancia los de servicios sanitarios, espacios adecuados para recibir las visitas íntimas, atención ginecológica y guarderías para sus hijos e hijas.

164. Otro elemento fundamental es garantizar acceso a mecanismos efectivos de reclamo a nivel administrativo que no sean diseñados desde perspectivas neutrales sino que incorporen aspectos específicos, como es el caso –por ejemplo- de la violencia sexual, que es tan difícil de denunciar y probar. Estos mecanismos pasan por considerar el establecimiento de sanciones ejemplares a funcionarios y funcionarias que no contemplen los lineamientos de género.

165. Por todo lo anterior, la Comisión plantea las siguientes recomendaciones para la incorporación de una perspectiva de género en la política criminal:

i) La política criminal debe enmarcarse en la normatividad interna ya existente relativa a los derechos de las mujeres como la ley 1257 de 2008, mediante la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres por un lado y la ley 581 de 2000, mediante la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público. Estas normas deben ser difundidas entre funcionarios y funcionarias a cargo de la política criminal pero, además, se debe hacer un esfuerzo serio por aplicar sus disposiciones a todos los ámbitos y elementos de la política criminal;

ii) A nivel institucional, es fundamental mejorar los sistemas de registros de información estadística y cualitativa, desagregando siempre con un enfoque diferencial de género y estableciendo mecanismos de coordinación entre las diferentes fuentes de registro existente. Adicionalmente, es importante establecer líneas de análisis que permitan obtener información diferenciada. Asimismo, este registro de información estadística no se refiere solo a los hechos delictivos sino que deben incorporar los elementos necesarios para evaluar la respuesta estatal en situaciones de violencia basada en género como la violencia intrafamiliar, la violencia sexual y el feminicidio, por ejemplo. De esta manera, se podrá establecer un diagnóstico adecuado del vínculo que puede existir entre una mujer víctima de agresión intrafamiliar que presenta una denuncia la cual no es atendida adecuadamente lo cual, eventualmente, puede llevar a su muerte.

iii) Es fundamental desarrollar un sistema de educación y capacitación permanente en género para los funcionarios y funcionarias que estén involucrados en la implementación de la política criminal, incluyendo no solo información técnica sino el

desarrollo de capacidades para reconocer los casos de discriminación y el perjuicio que generan las ideas y valoraciones estereotipadas de género.

iv) Es necesario establecer que la discriminación por género constituya una falta disciplinaria para los funcionarios y funcionarias encargados del diseño y aplicación de la política criminal. En este punto, sirve de ejemplo el artículo 179, 5 de la Ley 1448 que establece como tal el hecho de discriminar por razón de victimización.

v) A nivel de las instituciones que tendrán a cargo la política criminal, se hace necesario crear mecanismos para incrementar la participación de las mujeres en todas las entidades vinculadas, considerando que estadísticamente su participación es limitada.

vi) En ámbitos como la situación carcelaria, adicionalmente al establecimiento de medidas diferenciadas para responder a las necesidades de las mujeres en reclusión, es fundamental garantizar el acceso a mecanismos efectivos de reclamo a nivel administrativo que no sean diseñados desde perspectivas neutrales sino que incorporen aspectos específicos, como es el caso –por ejemplo- de la violencia sexual, que es tan difícil de denunciar y probar. Estos mecanismos también pasan por considerar el establecimiento de sanciones ejemplares a funcionarios y funcionarias que no contemplen los lineamientos de género.

vii) Resulta fundamental promover la cooperación internacional para el intercambio de ideas y experiencias en cuanto al diseño de medidas de política criminal que hayan incorporado una perspectiva de género. Por ejemplo, los avances en cuanto a la discusión sobre el feminicidio de México o las medidas contra la violencia intrafamiliar de España, son ejemplos que deberían conocerse a profundidad para el caso colombiano. Y esto implica que el Estado ubique como prioridad el conocimiento sobre género y política criminal al momento de solicitar el apoyo internacional.

2. Política criminal, derecho penal y violencia sexual.

166. El desarrollo del derecho penal demuestra la necesidad de incorporar una perspectiva de género en esta disciplina. Un ámbito en el cual el análisis de género permite evidenciar las dificultades y limitaciones de una perspectiva que no tome en cuenta el impacto diferenciado del sistema penal sobre las mujeres se ubica en los procesos penales por violencia sexual, fundamentalmente –pero no únicamente- en cuanto a la determinación del consentimiento de las presuntas víctimas y en materia probatoria, aspectos que son parte de una línea discriminatoria en la aplicación de las normas penales que tienen entre sus consecuencias la falta de denuncia de los hechos por parte de las víctimas así como su desistimiento.

El problema fundamental se encuentra en los estereotipos de género que guían las resoluciones de jueces y juezas, y que tienen como consecuencia el desistimiento de la víctima, las sentencias absolutorias y, en suma, una desprotección general de sus derechos.

Siendo el caso que el mayor número de víctimas de estos hechos son mujeres, se presenta claramente una situación de violencia de género y de discriminación, que

requiere medidas específicas de respuesta estatal a todo nivel incluyendo, obviamente, la política criminal.

167. La política criminal debe entonces tener medidas específicas frente a la violencia sexual que es una forma de violencia de género y que debe considerarse no solo como un delito sino además como una violación a los derechos humanos. En este punto, se plantea una discusión importante: ¿Es necesaria una política criminal específica sobre violencia sexual? ¿O resulta más conveniente incorporar aspectos puntuales sobre violencia sexual en el diseño de la política criminal? Aunque parezca lo contrario, ambas posiciones no son opuestas. Por un lado, ambas parten del reconocimiento de la existencia de una grave situación de discriminación contra las mujeres que las sitúa en una mayor vulnerabilidad ante ciertos delitos, como es la violencia sexual, convirtiéndolas en víctimas mayoritarias. La mayor diferencia entre ambas posturas se ubicaría en cómo hacer frente a esta situación, es decir, si bastaría con remover los obstáculos discriminatorios y de género en la política criminal en vez de elaborar una política específica, considerando además que otras situaciones específicas contra otro tipo de poblaciones demandarían similar atención y especificidad. Pero precisamente en esta diferencia se tienden los puntos de concertación. Es decir, si la política criminal – desde su diseño mismo- se elabora con un enfoque diferencial de género, es evidente que tendrá que incorporar respuestas específicas y, para ello, abrir un debate participativo con propuestas de solución. Consentimiento, posibilidades de denuncia para las víctimas, estándar probatorio, medidas de reparación, situación de niños y niñas nacidos a consecuencia de la violencia sexual, VIH y enfermedades de transmisión sexual, son todos temas relacionados a los casos de violencia sexual. ¿La política criminal deberá incluir absolutamente todos estos temas en sus instituciones y en su diseño? Quizás no. Pero sí tendrá que darse la discusión sobre cuáles temas deberá incluir, de qué manera y con qué fundamentos. Lo que no podrá suceder es que no se haga el esfuerzo por desarrollar un análisis sobre estos puntos ya que no hablamos de una situación esporádica sino de hechos reconocidos como un fenómeno de suma gravedad en Colombia.

167. Tomando en consideración lo anterior, la Comisión recomienda para el caso de la violencia sexual las siguientes medidas específicas:

- La consolidación de la normatividad vigente en la materia, tanto a nivel de fondo como de los aspectos procesales de la investigación. Un ejemplo de lo dicho se verifica en la Ley de Víctimas y Restitución de tierras, Ley 1448, la cual establece una serie de normas referidas a la prueba y el consentimiento para los casos de violencia sexual cuyo conocimiento debe ser promovido por los y las responsables de la política criminal.
- El establecimiento de un registro específico para estos incidentes, no solo en el ámbito jurídico sino además con la participación coordinada de entidades de salud –tanto física como mental- por ejemplo, tanto para el registro de los hechos como para la respuesta en materia de atención.
- La estandarización de los protocolos, criterios ministeriales de investigación y de servicios periciales que se aplican a los casos de violencia sexual.
- La implementación de medidas de protección efectiva y diferenciada para las víctimas de violencia sexual, entendiendo que sin protección no puede darse acceso a la justicia.

- La aproximación interdisciplinaria para la atención de estos casos, brindando atención médica y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación. Esta atención debe brindarse por parte de personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea.
- La vigilancia del cumplimiento de medidas específicas en cuanto a la declaración de las víctimas, a fin de que estas se brinden en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza, evitando además su repetición innecesaria.
- La exclusión de los hechos de violencia sexual de la jurisdicción militar ya que estos hechos no guardan relación, en ningún caso, con la disciplina o la misión castrense.

3. Política criminal y aborto.

168. La despenalización de hechos que redundan en afectaciones de los derechos de las mujeres, como la interrupción voluntaria del embarazo, es otro ámbito en el cual el análisis de género resulta importante. En efecto, si en relación con la violencia sexual, la política criminal colombiana ha tendido históricamente a desproteger penalmente a las mujeres, consagrando en el pasado incluso exoneraciones de pena o formas atenuadas de punibilidad para los casos de agresiones sexuales de los maridos frente a sus esposas, en cambio frente a la interrupción voluntaria del embarazo, la política criminal ha sido la opuesta pues se ha caracterizado por una sobrecriminalización de las mujeres pues hasta la sentencia C-355 de 2006, todo aborto voluntario era en principio sancionado, incluso en aquellos casos en que el embarazo derivaba de una violación.

169. En esa sentencia, y siguiendo las tendencias de derecho constitucional comparado y los desarrollos internacionales sobre derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, la Corte consideró que la penalización en tres casos extremos era inconstitucional, pues implicaba una afectación desproporcionada de la dignidad, la autonomía y otros derechos fundamentales de las mujeres, a saber, i) cuando está en riesgo la vida o salud física o síquica de la mujer gestante, ii) cuando el feto es inviable pues presenta malformaciones que hacen imposible la vida extrauterina, o iii) cuando el embarazo es producto de una violación.

170. La Comisión considera que esa decisión de la Corte Constitucional es jurídicamente razonable pues logra, en sede judicial, un equilibrio entre el compromiso del Estado colombiano con la vida y su deber de proteger los derechos fundamentales de la mujer, en especial sus derechos sexuales y reproductivos, pues la penalización del aborto en toda circunstancia afecta desproporcionadamente la dignidad, la libertad y la vida de las mujeres, por lo cual es incompatible con la Constitución y con los compromisos internacionales de Colombia en este campo. En efecto, aunque dentro de los tratados ratificados por Colombia no existe la obligación expresa de despenalizar el aborto, lo cierto es que los estándares internacionales se orientan a la eliminación de las disposiciones legales y prácticas que impidan el pleno ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos y generen situaciones discriminatorias. Tal como ha sucedido con otros temas de derechos humanos, la jurisprudencia y las recomendaciones generales de los órganos creados por los tratados de derechos humanos son de extrema relevancia. Así

por ejemplo, la Recomendación Número 24 del Comité creado por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), señala que los Estados deberían “*dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual y reducir las tasas de mortalidad derivada de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal*”. Igualmente esa recomendación señala que, “*en la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos*”¹⁶⁰. En esta línea, el Comité de la CEDAW en el caso L.C. Vs. Perú¹⁶¹, señaló que la víctima “*no tuvo acceso a un procedimiento eficaz y accesible que le permitiese establecer su derecho a los servicios de atención médica que su estado de salud física y mental requería. Estos servicios comprendían [...] el aborto terapéutico. Ello resulta tanto más grave si se tiene en cuenta que se trataba de una menor, víctima de abusos sexuales*”. El Comité de la CEDAW consideró también que en este caso hubo “*una violación del artículo 5 de la Convención, ya que la decisión de aplazar la intervención quirúrgica debido al embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre*”.

171. La sentencia C-355 de 2006 representa entonces la protección mínima de los derechos de la mujer dentro del marco de una política de penalización severa del aborto, que es la que ha sido adoptada históricamente como política criminal por Colombia. Es entonces incompatible con la Constitución y con los estándares internacionales relativos a los derechos sexuales y reproductivos que Colombia opte por una mayor penalización del aborto e intente retornar a la criminalización de la interrupción voluntaria del embarazo en todos los casos que existía antes de la sentencia C-355 de 2006. Sin embargo, que la doctrina de la Corte Constitucional sea el piso mínimo de protección de los derechos de la mujer frente a la penalización del aborto, no quiere decir que, en términos de política criminal, el Estado colombiano no pueda ni deba avanzar a una más vigorosa despenalización del aborto. Esa despenalización es constitucionalmente posible y la Comisión considera que es recomendable, puesto que en este campo, la experiencia comparada y los estudios de la realidad colombiana muestran que es mejor, tanto para reducir los abortos como para proteger los derechos de las mujeres, adoptar una perspectiva de salud pública, que combine campañas vigorosas para promover la salud sexual y reproductiva y para prevenir el embarazo no deseado, con una despenalización amplia de la interrupción voluntaria del embarazo, que permita a las mujeres acceder a un aborto seguro en los casos en que tengan legalmente derecho a interrumpir el embarazo. Por el contrario, la penalización severa del aborto, sobre todo cuando no se acompaña de campañas para prevenir el embarazo no deseado, no evita los abortos y en cambio genera prácticas clandestinas de aborto que afectan la salud de las mujeres, en especial de aquellas más pobres, que son las que sufren más embarazos no deseados y tienen que abortar en las peores condiciones de salubridad.

172. En efecto, los datos comparados muestran que las leyes altamente restrictivas contra el aborto no están asociadas con bajos índices de abortos efectuados. Y es que la prohibición absoluta del aborto no los evita. Por el contrario, hace que estos se realicen

¹⁶⁰ Comité de la CEDAW. Recomendación General N° 24 sobre “La mujer y la salud - Artículo 12”.

¹⁶¹ Comunicación CEDAW/C/50/D/22/2009 presentada por el Centro de Derechos Reproductivos y el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos, en representación de L. C. Estado parte: Perú. Fecha de la comunicación: 18 de junio de 2009. En: http://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-50-D-22-2009_sp.pdf

en condiciones precarias de clandestinidad. Por ejemplo, la tasa de abortos es de 29 por cada 1,000 mujeres en edad de gestación en África y de 32 por cada 1,000 en América Latina, donde el aborto tiende a estar fuertemente penalizado en la mayor parte de países. En cambio, esta tasa es de 12 por 1,000 mujeres en Europa Occidental donde el aborto es generalmente permitido en la mayor parte de países¹⁶². La razón explicativa de esa diferencia es la amplitud de las políticas de salud sexual y reproductiva en Europa Occidental, con un amplio uso de métodos contraceptivos en esos países, que tiene como consecuencia que el número de embarazos no deseados es más bajo que en América Latina y África.

A su vez, la penalización severa del aborto conduce a abortos clandestinos, que afectan gravemente la salud de las mujeres, ocasionando en no pocas ocasiones su muerte. Por ello, en todos los países en donde ha habido una despenalización más amplia del aborto, el resultado ha sido una reducción significativa de las graves complicaciones de salud asociadas a las prácticas clandestinas. Por ejemplo, en Sudáfrica, el número de muertes ligadas al aborto cayó en 91% luego de una liberalización de las leyes que regulaban la interrupción voluntaria del embarazo¹⁶³.

Finalmente, la penalización severa del aborto tiene consecuencias discriminatorias pues la evidencia en Colombia y en otros países muestra que las mujeres de pocos recursos económicos sufren mayoritariamente embarazos no deseados y son quienes acceden a abortos en peores condiciones. En efecto, en Colombia, según un reciente informe del Instituto Guttmacher, que desde 2009 es colaborador oficial en salud reproductiva de la OMS (Organización Mundial de la Salud), cada año, un total estimado de 132.000 mujeres sufren complicaciones que pueden ser muy riesgosas debido al aborto clandestino. Esto representa un 30% de las mujeres que abortan en esas condiciones, pero ese porcentaje llega a 53% en el caso de las mujeres rurales pobres y es menor (“sólo” 24%) en el caso de las mujeres de las ciudades que no son pobres¹⁶⁴.

173. Por todo lo anterior, la Comisión considera que una política criminal frente al aborto debe despenalizarlo mucho más ampliamente que lo previsto por la sentencia C-355 de 2006, puesto que el marco normativo derivado de esa sentencia es aún muy restrictivo y sigue provocando abortos clandestinos y afectaciones graves a los derechos de las mujeres. Pero la despenalización del aborto no debe verse como un hecho aislado sino como un tema relativo a la salud pública y a la protección de los derechos de las mujeres. En este sentido, es importante apuntar hacia políticas estatales de anticoncepción y prevención de embarazos no deseados. En efecto, si el Estado pretende proteger la vida desde la concepción, debería razonablemente optar por adoptar medidas de gran impacto en el objetivo perseguido. Es el caso de las campañas de salud para prevenir embarazos no deseados, capacitación en materia de salud sexual y reproductiva, servicios gratuitos de salud y asesoría en materia de planificación familiar como medios para prevenir embarazos no deseados.

162 Los datos son de un artículo publicado en la prestigiosa revista *Lancet*. Ver Sedgh G et al., “Induced abortion worldwide in 2008: levels and trends”, *Lancet*, 2012, La Comisión accedió a ellos en Guttmacher Institute. *In Brief: Facts on Induced Abortion Worldwide*. January 2012. Consultado en marzo 2012: http://www.guttmacher.org/pubs/fb_IAW.html#1

163 Ver Jewkes R and Rees H, “Dramatic decline in abortion mortality due to the Choice on Termination of Pregnancy Act”, *South African Medical Journal*, 2005, 95[4]:250.

164 Ver Elena Prada, Susheela Singh, Lisa Remez y Cristina Villarreal. 2011 Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia. Nueva York: Guttmacher Institute, pp 17 y 18

Ahora bien, pueden adoptarse diversas estrategias para realizar esa ampliación de la despenalización del aborto, sin que la Comisión considere necesario recomendar alguna específica. Por ejemplo, algunos países optan por permitirlo por simple petición de la mujer, antes de cierto número de semanas de gestación, mientras que otros escogen un sistema de causales de aborto legal, que es obviamente mucho más amplio que el previsto por la sentencia C-355 de 2006. Pero en todos los casos, el número de semanas de gestación tiene una gran importancia pues en la medida en que ésta aumenta, se incrementa el interés legítimo del Estado de proteger esa vida en formación. Por ello, en el caso de los países donde se permite el aborto sin mayores restricciones, el plazo gestacional durante el cual se puede abortar es de 12 semanas, tal como sucede en Bélgica, Estados Unidos, Italia o Dinamarca. Otros regímenes jurídicos extienden este plazo a 14 semanas, como España, Francia o Alemania; 18 semanas, para el caso de Suecia o a 24 semanas para el caso de Holanda o Singapur.¹⁶⁵ En este punto, se sugiere un debate amplio que aborde el tema desde una perspectiva jurídica pero también de salud pública, con miras a determinar el régimen jurídico adoptado y el plazo correspondiente. Pero es indudable que para evitar los abortos clandestinos y amparar los derechos de las mujeres, Colombia requiere una despenalización mucho más amplia que la que actualmente existe de la interrupción voluntaria del embarazo.

e. La necesidad de una política criminal estable, coherente, fundamentada empíricamente y evaluada sistemáticamente.

174. Una política criminal apropiada no sólo debe estar enmarcada normativamente y respetar en particular los principios de última ratio y no discriminación, como se ha desarrollado anteriormente. Debe también ser una política adecuada en términos de racionalidad instrumental. Ahora bien, el diagnóstico empírico del capítulo II mostró que existen una serie de fallas graves en la formulación de la política criminal. Esos defectos deben ser superados pues todo sistema de política criminal debe construirse con la finalidad de lograr unos objetivos determinados. Estos objetivos, además de asegurar el respeto de los derechos humanos, prevenir y reprimir la criminalidad, deben incorporar medidas y estrategias que reduzcan al máximo el fenómeno de la impunidad.

Además, las políticas públicas son, ante todo, políticas de Estado que persiguen la aplicación de medidas y estrategias de largo alcance en la búsqueda de objetivos futuros acordes con los fines del Estado. Por esta razón, la política criminal debe concebirse con carácter de permanencia, sin sentido de respuestas coyunturales, y buscando que las medidas que se adopten y desarrollen puedan ser probadas temporalmente en sus efectos.

175. La política criminal debe propender, entre otras cosas, por la racionalización del sistema penal, ocupándose, por ejemplo, de la diferenciación de procedimientos para las llamadas pequeñas causas; la reglamentación del principio de oportunidad; la coherencia de los fines de la pena con los medios disponibles para su cumplimiento; la revisión de la legislación para asegurar su compatibilidad con las normas constitucionales y las condiciones sociales, etc.

¹⁶⁵ http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas_Informativas/05_Bergallo.pdf

176. La política criminal deberá entonces siempre contemplarse desde dos perspectivas: la primera como la política desarrollada por el Estado referente a las medidas, estrategias y acciones encargadas de la prevención y represión del fenómeno criminal, y la segunda como el conjunto de conocimientos respecto de dichas medidas, estrategias y acciones implementadas por el Estado. Las funciones de las entidades responsables y del CSPC se deberán desarrollar sobre estas dos perspectivas.

Esto significa además, por oposición al diagnóstico ampliamente desarrollado en el capítulo II, y que por ello no es necesario reiterar en este aparte, que la política criminal, para que sea eficaz y coherente: i) debe estar fundamentada empíricamente, de suerte que toda reforma penal, para ser aprobada, debería contar con una clara justificación de su necesidad; ii) igualmente debe evaluarse previamente el potencial impacto de las medidas penales tanto sobre el sistema normativo, como sobre los operadores de justicia y el sistema carcelario; iii) se debe hacer un seguimiento a las reformas penales, para evaluar su impacto; iv) todo lo anterior implica obviamente la existencia de un sólido y transparente sistema de información criminal.

177. La Comisión reitera que la política criminal es dinámica y debe ser evaluada y reformulada según la variación de las condiciones que influyen en ella. Por ello se debe efectuar un diagnóstico por áreas de problemáticas sociales y de las instituciones que gobiernan y ejecutan la política criminal. Este diagnóstico se convierte en la línea de base a partir de la cual se plantean las metas o situación deseable que se quiera alcanzar. De allí surge los pasos para la planificación y posterior ejecución de las diferentes políticas.

En la actualidad no se le mide el impacto a las propuestas ni a las normas. Es necesario en concordancia con el modelo de toma de decisiones mejor informadas montar un esquema de evaluación e impacto de las reformas. Es muy limitado el apoyo que tiene el sistema de política criminal en los centros de investigación. No hay tampoco comunicación con los actores interesados en el tema. Se debe articular el sistema con los centros de pensamiento e investigación y con la sociedad civil. Deben promoverse los estudios, discusión y debate.

178. La investigación empírica y la decisión informada son elementos indispensables para el diseño, ejecución y evaluación de la política criminal. Esta visión implica dar un paso del diseño de políticas ideológicas hacia un proceso de política basado en evidencia, preferiblemente de la investigación científica, frente a lo que se ha probado ha sido efectivo para abordar los problemas sociales y alcanzar los objetivos esperados. Se debe garantizar la disponibilidad a la mejor información y evidencia empírica para hacer una bien pensada y adecuada política criminal.

Para mejorar la base de evidencia empírica para la toma de decisiones de política y su implementación, se requiere identificar las brechas en la investigación y el proceso de generación de conocimiento, desarrollar y aprobar metodologías de investigación y evaluación, e incrementar el uso sistemático de métodos de síntesis y acumulación que asistan el proceso de generación de conocimiento. Esta metodología se debe concretar en la formulación de proyectos y evaluación y monitoreo de políticas.

Todo eso permite mejorar la política criminal y enfrentar a veces discusiones, que sin base empírica se tornan oposiciones puramente abstractas y teóricas, por no decir

ideológicas, pero que, en ciertas ocasiones, una sólida información empírica permite avanzar en el diagnóstico y el debate¹⁶⁶.

179. La política criminal no debe basarse exclusiva ni fundamentalmente en la reacción inmediata a los actos criminales o a las demandas de seguridad ciudadana, sino en la adecuada planeación de respuestas a estos fenómenos, de conformidad con las evidencias empíricas y los fines del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos, asegurar la convivencia dentro de un orden social justo, y preservar las condiciones necesarias para el ejercicio de las libertades públicas.

Este presupuesto no obsta para que, en casos excepcionales, el Estado tenga que acudir a reacciones inmediatas ante situaciones emergentes perturbadoras del orden social, excepcionalidad que, en todo caso, debe tener en cuenta los principios de proporcionalidad y razonabilidad constitucional.

180. La política criminal debe ser coherente. Esto significa no solamente que las diversas medidas que se tomen deben estar relacionadas lógicamente en función de los fines perseguidos con ellas, sino, además, que tanto las estrategias como las medidas se desarrollen de conformidad con los principios y normas constitucionales y tengan como fundamento esencial la finalidad de respetar y garantizar los derechos humanos.

181. Para garantizar su permanencia y coherencia, debe desarrollarse un esfuerzo por blindar jurídicamente y dotar de alguna fuerza normativa los lineamientos de política criminal de Estado, para que sirvan como un elemento racionalizador de la política criminal que permita resistir a las presiones de opinión pública a favor de populismo punitivo.

182. Los lineamientos de política criminal debe estar diseñados con fundamento en los principios de proporcionalidad y razonabilidad constitucional. El primero, apunta a establecer condiciones que procuren poner en equilibrio las medidas restrictivas de derechos que el Estado debe adoptar, con el ejercicio de las libertades públicas y la garantía de los derechos constitucionales, de manera que ni se produzcan afectaciones desmesuradas a los derechos fundamentales, ni se dejen de lado las necesidades del orden social justo.

El segundo, implica que el diseño de la política criminal debe ajustarse a lo que es constitucionalmente admitido y necesario para controlar los factores que inciden en la criminalidad, obstaculizan el ejercicio de los derechos fundamentales a los habitantes del territorio, y atentan contra el establecimiento de un orden social justo.

¹⁶⁶ Un ejemplo es el debate sobre la inasistencia alimentaria pues algunos analistas proponen su despenalización, por considerar que este delito sobrecarga el sistema judicial y penitenciario y genera más problemas que los que soluciona. Otros en cambio argumentan que no es así y que es una protección necesaria, en especial de los niños y las mujeres frente a la irresponsabilidad, usualmente paterna, debido a la ineficacia de los remedios civiles o administrativos. Esa discusión puede ser interminable en abstracto. Pero es posible avanzar en ese debate con información empírica sustentada, que evalúe la magnitud relativa de la inasistencia alimentaria, su peso relativo en el sistema penal colombiano, los problemas que surgen en su trámite procesal, y su eficacia en la resolución de los conflictos y en la protección de las víctimas. Al respecto ver Miguel Larota, Carolina Bernal. 2012. *La inasistencia alimentaria: diagnóstico acerca de su conveniencia*. Bogotá. Dejusticia, consultado en http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=1190

183. En síntesis, en el diseño, implementación y desarrollo de la política criminal para el Estado colombiano deben observarse los siguientes postulados:

- Fundamentos empíricos: i) investigaciones criminológicas y sociológicas relacionadas con las causas y factores que inciden en la criminalidad; ii) recopilación, análisis y procesamiento de estadísticas policiales, judiciales, penitenciarias, etc.; iii) documentos e investigaciones históricas; iv) análisis de la legislación y evaluación de ella; v) investigaciones sobre el funcionamiento y efectos del sistema penal, y vi) revisión, análisis y actualización de la política trazada, de conformidad con indicadores desarrollados específicamente para estos fines.

- Mejoramiento institucional: El mejoramiento de las instituciones en función de sus objetivos misionales es un instrumento necesario para perfeccionar las respuestas institucionales frente a las conductas reprochables o lesivas de los derechos de los habitantes del territorio. Es imperioso diseñar políticas enderezadas a aumentar, de verdad, la fortaleza de todas las instituciones, pues como indican los estudios sobre la materia, existe un consenso internacional en cuanto a que una buena gobernabilidad es esencial para lograr un desarrollo sostenible y positivo, así como sociedades seguras. A tales efectos, es vital empezar con la administración de justicia, seguir con el Congreso y terminar con el ejecutivo en sus diversos niveles centrales y regionales.

- Racionalización institucional: Tanto en la fase de formulación como en la de desarrollo de la política criminal, es necesario que el Consejo Superior de Política Criminal esté acompañado de toda la institucionalidad que está prevista para ayudar en el diseño, dirección, coordinación, ejecución y evaluación de la política criminal.

- Vinculación con la sociedad: Para establecer cabalmente las estrategias y medidas de política criminal, pero también para alcanzar los logros que con ella se persiguen y evaluar su desempeño, es necesario que en la formulación y evaluación de la política criminal se abran espacios de participación de la sociedad a través de sus organizaciones.

- Evaluación continua: En materia de respuestas frente a las conductas reprochables y que causan grave daño social, es necesario revisar periódicamente las estrategias y medidas adoptadas; la legislación expedida; la eficacia de los mecanismos de prevención y represión; las consecuencias que las medidas aplicadas puedan tener en el respeto y goce de los derechos y libertades públicas; los costos económicos para el Estado y las variaciones que se presenten en el seno de la sociedad frente a las conductas objeto de las medidas.

- Planeación: La política criminal en Colombia, tradicionalmente ha sido reactiva, lo que impide su elaboración con fundamentos empíricos; su diseño con criterios de política predeterminados; su implementación teniendo en cuenta las instituciones y recursos disponibles; su supervivencia y evaluación de su efectividad, y una adecuada reformulación con base en resultados debidamente demostrados. Para solucionar estos problemas, el principio de planeación debe orientar todos los contenidos de política criminal.

- Diferenciación y coordinación: Una política criminal efectiva depende, en gran medida, de la diferenciación que se logre establecer entre las competencias y funciones

de las distintas entidades que participen en la ejecución de las medidas dispuestas, y en la coordinación que se pueda establecer entre ellas, en particular entre el sistema judicial y los órganos de control, la policía nacional, los organismos de policía administrativa y otras entidades que se encargan de la supervisión, vigilancia y control de sectores específicos de la actividad estatal.

184. Ahora bien, para lograr los anteriores propósitos, es necesario corregir los defectos normativos y de debilidades institucionales y de sistemas de información que la Comisión reseñó en el capítulo II como un factor explicativo esencial de la debilidad y la incoherencia de la formulación de la política criminal.

f. Las necesarias reformas normativas, de sistemas de información e institucionales para mejorar la formulación de la política criminal

185. Dos reformas normativas ya fueron sugeridas en el diagnóstico y la Comisión las reitera: es necesario establecer la reserva de código y la reserva de ley estatutaria en materia penal. Esto significa que i) las modificaciones a la legislación penal deben ser incorporadas en los Códigos respectivos, por obvias razones de coherencia y seguridad jurídica; y ii) las leyes penales deben ser consideradas estatutarias pues obviamente restringen un derecho fundamental, como la libertad. Esas modificaciones pueden ser planteadas por vía de reforma constitucional o por vía de un cambio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que parece equivocada en esta materia.

186. Además de esa reforma normativa, son necesarias ciertas reformas institucionales pues, como se explicó, la institucionalidad de la política criminal se ha caracterizado por su incoherencia y debilidad lo que contrasta con la relativa coherencia y fortaleza de la institucionalidad económica. En la política económica existen varias instituciones económicas como los son el Conpes, el CONFIS, el MGFM, el requisito previo de impacto fiscal, entre otros. Adicionalmente el Congreso está limitado para tomar ciertas decisiones económicas. En materia de política criminal podrían retomarse de la institucionalidad económica ciertas semejanzas.

187. Sin desconocer que la política criminal es un asunto de Estado, se requiere de un responsable político que la dirija y procure su revisión y actualización permanente, que en principio debería ser el gobierno. Pero sin perjuicio de que exista un ente responsable que lidere la formulación y diseño de la política criminal, con el fin de que la misma sea racional, proporcional y coherente se requiere también de un ente rector de la política criminal. Este ente debe tener funciones claras e instancias de coordinación, que permita hacer de la política criminal una política de Estado.

Dicho ente debe ser el Consejo Superior de Política Criminal (CSPC), como organismo asesor para la formulación de la Política Criminal y Penitenciaria del Estado. El CPSC debe ser el rector de la política criminal y coordinador del sistema penal. Debe ser la máxima autoridad encargada de la gestión de los asuntos públicos de la política criminal y se desempeñará como organismo asesor del Gobierno Nacional y del Estado. Debe ser un organismo de conducción del más alto nivel (científico y funcional) y con instrumentos de evaluación para analizar los resultados y corregir las desviaciones de la política criminal y penitenciaria. Debe contar con una infraestructura lo suficientemente fuerte para respaldar sus decisiones y para garantizar que se sigan las políticas en

materia político criminal. Esta autoridad deberá ser capaz de velar por los intereses colectivos, siendo esta instancia la única fuerza capaz de solucionar las controversias que se den entre sus miembros.

188. El CSPC debe entonces ser la instancia responsable de la planeación estratégica y dirección de la política criminal así como del monitoreo y evaluación del funcionamiento de la justicia penal. Además deberá adelantar tareas en relación con la prevención del crimen, -es decir, el desarrollo y promoción de estrategias para la prevención, monitoreo y evaluación de los programas nacionales-, y adelantar acciones de cooperación internacional en la lucha contra la criminalidad. Por otro lado, también deberá tener funciones respecto del diseño de estrategias para el correcto funcionamiento de la justicia penal y la implementación de la política penitenciaria así como la post-penitenciaria, como también la preparación de la legislación para la modernización de la justicia penal e implementación de las penas.

Debe velar además porque la política criminal esté articulada a la política de seguridad, entendida ésta como la protección que el Estado debe generar a través del mantenimiento de la paz pública, mediante acciones de prevención y represión de la criminalidad y de faltas administrativas que vulneran la seguridad, a través de los sistemas de impartición de justicia y de los sistemas policiales, así como mediante los mecanismos de control penal.

189. El CSPC deberá superar su papel reactivo, para pasar a participar en el diseño de la política criminal de forma proactiva. La política criminal debe tener carácter estructural y no coyuntural.

190. Junto con el Consejo Superior de Política Criminal existe hoy una institucionalidad paralela que también diseña, dirige, coordina, ejecuta y evalúa la política criminal, la cual no está conectada con este órgano rector. Es necesario iniciar un proceso de racionalización institucional. Es necesario pasar a un esquema en el cual se vinculen las comisiones, consejos y comités existentes con el CSPC y que las futuras instancias se creen con el concepto de viabilidad del propio CSPC, como ocurrió con la Comisión Interinstitucional contra las Bandas y Redes Criminales, que se crea prácticamente como un apéndice del CSPC quien no solo decide su permanencia en el tiempo sino a quién se le debe rendir un informe bimensual sobre su operación. El vínculo con el CSPC debe ser expreso y si de esas comisiones, consejos o comités surgen recomendaciones de política criminal, estas deberán ser avaladas por este órgano rector, en particular aquellas que involucren modificaciones sustantivas o procesales al Sistema de Justicia Penal.

191. Es necesario establecer la relación que juegan los territorios con el sistema de política criminal.

Se debe conservar y perfeccionar la función que obliga a cada representante legal de los entes territoriales, en coordinación con las autoridades militares y de policía de su jurisdicción, a presentar un informe semestral al CSPC sobre las actividades delincuenciales, modalidad de delitos y factores que influyen en el aumento o disminución de la criminalidad. Esta información deberá ser sistematizada y consolidada, por ejemplo, por la Secretaría Técnica, y analizada por la Subcomisión Técnica antes de ser llevada para su presentación al CSPC.

192. El CSPC deberá velar por la integralidad de la política criminal. Desde ese punto de vista será competencia del CSPC formular el conjunto de medidas de intervención penal que tienen por finalidad exclusiva o al menos parcial, limitar la posibilidad de aparición de actividades criminales, haciéndolas más difíciles o menos probables. También lo será formular las medidas para aumentar la confianza y desempeño del sistema penal.

No es necesario ampliar la composición del Consejo, pero sí debe éste intermediar con el Gobierno Nacional cuando se identifiquen causales de la criminalidad que deban ser removidas y que se salgan de la órbita del sistema penal. Es decir, cuando se requieran políticas que se inclinen a la prevención, políticas de carácter social que buscan mejorar las condiciones de vida de ciertos grupos sociales, atendiendo factores como la educación, el empleo, la salud, la vivienda, para que los factores descendentes de conductas desviadas no desemboquen en actos criminales. Se debe evaluar la composición del CSPC respecto a las funciones que ejercerá. Para que el CSPC realmente sea operativo es necesario pensar en un diseño más liviano, flexible y que obedezca realmente a las funciones del mismo.

La composición se debe también evaluar a la luz de la necesidad de generar un sistema de votación al interior del CSPC para poder llegar a consensos respecto al diseño, operación y evaluación de la política criminal y penitenciaria.

Se propone que solo hagan parte del CSPC: (i) El Ministro de Justicia y del Derecho, (ii) el Director de la Policía Nacional, (iii) el Fiscal General de la Nación, (iv) el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, (v) el Defensor del Pueblo, y (vi) un representante del Senado y uno de la Cámara de Representantes. Como invitados permanentes permanecería el DNP y un enlace que determine el Presidente de la República que sirva de enlace con la Política de Seguridad.

193. El CSPC deberá concentrarse principalmente en diseñar políticas de prevención secundaria y terciaria.

Entiéndase la prevención secundaria como el conjunto de políticas que se ejercen sobre personas de las que se puede afirmar la posibilidad o la probabilidad de cometer delitos o de adoptar un género de vida que pueda ser especialmente peligroso. Y por prevención terciaria, la que propone evitar que personas que ya han delinquido o incurrido en actividades especialmente peligrosas persistan en su conducta nociva. Se refiere principalmente a reinsertar a los delincuentes a la sociedad.

También deberá diseñar políticas de prevención relativas a la pena cuyo fin no se presenta sólo como retribución del delito, sino también con un efecto preventivo de nuevos delitos, configurándose de tal forma lo que es la prevención especial y la prevención general, respectivamente.

194. El CSPC debe pasar a un modelo donde la toma de decisiones de política criminal esté mejor informada, el cual se debe principalmente fundamentar en evidencia empírica.

Debe incluir un análisis racional de la evidencia que muestre qué es lo que sirve y qué es lo que no. Esto requiere hacer inversiones en investigación, replantear el proceso de toma de decisiones –policy process-, y desarrollar mecanismos para cerrar la brecha entre la investigación y la política pública. Se sugiere que en la agenda de modernización se promueva una apertura en el proceso de toma de decisiones y formulación de política, para que sea más consultivo e inclusivo con los intereses de los stakeholders, siendo este un vehículo más potente para aumentar el impacto de la investigación.

195. El CSPC debe trabajar para lograr mayor confianza en las instituciones penales así como en el sistema penal como tal.

Ello requerirá liderazgo respecto a la generación de información primaria para conocer la percepción de la población respecto al crimen y el delito, las instituciones penales y las expectativas que se tienen del sistema. La asistencia en el Consejo de todas las instituciones participantes en el sistema penal facilitará la generación de acuerdos de mejora institucional, así como la rendición de cuentas sobre los mismos. Debe buscarse mejorar la confianza, aumentar el acceso y la calidad de los servicios penales.

196. Deberá el CSPC emitir obligatoriamente concepto previo para la aprobación de reformas en el Congreso, sin que exista la obligación de acatamiento.

No solo el CSPC debe dar concepto técnico respecto a las reformas o propuestas de política respecto a su impacto sobre la delincuencia o funcionamiento del sistema penal, con base en evidencia empírica, sino que también deberá hacerlo respecto a la factibilidad. Se deben adelantar obligatoriamente estudios de impacto fiscal, para evitar que se aprueben normas sin presupuesto, para lo cual contará con el apoyo del Departamento Nacional de Planeación. No deben aprobarse reformas legislativas sin estos dos conceptos.

197. El CSPC debe gestionar acuerdos interadministrativos para lograr interconectar los sistemas y poder dar cuenta del flujo completo del proceso penal y penitenciario.

Los sistemas de información de la justicia penal se encuentran desarticulados, por lo que es imposible realizar un análisis de flujos en el sistema. A pesar de los avances del SPOA (Sistema Penal Oral Acusatorio que administra la FGN), que contiene la noticia criminal incorporada por la policía judicial y las actuaciones del proceso penal por parte de la FGN, aún se encuentran desarticuladas las actuaciones de los jueces y el INPEC.

Adicionalmente, la información sobre violencia y delincuencia, el proceso penal presenta problemas tanto en las fuentes de información como en las unidades de análisis (quién registra y qué registra), en el seguimiento y monitoreo (capacidad de aplicar el instrumento de recolección en la periodicidad adecuada), así como de comparatividad de tipos penales y periodo de referencia, lo que complejiza la integración interna de registro y análisis. Deberá el CSPC emitir los lineamientos que permitan superar estos inconvenientes y lograr acuerdos así como la aprobación de convenios interadministrativos entre las entidades del sistema penal. Solo a través de esta instancia podrá lograrse unidad y calidad en la información delincencial y penal.

Debe igualmente el CSPC velar por el desarrollo de un Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal. Es necesario contar con un depositario de información, que además de reportar las cifras sobre el delito contenga las características de su comisión (edad, profesión, nivel de escolaridad, antecedentes, relación víctima/ victimario, etc.) y los antecedentes como las medidas de protección solicitadas por las víctimas, si hubo denuncias previas, si hubo una respuesta adecuada por parte de las autoridades, etc. Esta información debe ser recogida de la Policía, las Fuerzas de Seguridad, la Fiscalía y el Sector Jurisdiccional, el INPEC, Defensoría, Procuraduría, etc. Deberá ser función del CSPC realizar la recolección, sistematización y difusión de la información mediante una publicación anual sobre las estadísticas del sistema de justicia penal que de cuenta del todo el proceso -desde la denuncia hasta el cumplimiento de los fines de la pena-. La administración del sistema de información, el análisis y realización del documento podrían ser realizados por la Secretaría Técnica. Los lineamientos de esta publicación los dará el CSPC (ejemplo, como unidad de análisis, la selección de los 10 delitos más graves o relevantes por su connotación respecto a los derechos humanos).

198. El CSPC tiene un reto importante respecto a la generación de información primaria. Por ejemplo, deberá realizar encuestas de factores de riesgo de violencia, victimización y eficacia institucional, al menos bianualmente. Esta información permitirá: i) dar cuenta del fenómeno delictual y violencia; ii) conocer de la gestión de las políticas públicas e instituciones del sector; iii) indicar la efectividad de la oferta pública en materia de seguridad ciudadana. Como mínimo se deberán conocer las características socioeconómicas del hogar y sus miembros, la percepción de seguridad, identificación de delitos, relación de seguridad y justicia, victimización por delitos, tasas de denuncia y razones para denunciar o para no hacerlo, etc. La realización de esta encuesta debe depender directamente del Ministerio de Justicia en colaboración con el DANE.

199. El desafío del CSPC es lograr un abordaje sistémico e integrado de la información que reúna la información sobre actos delictivos y violentos (delincuencia, victimización e inseguridad y penitenciaria) y los factores institucionales (indicadores de gestión, indicadores sectoriales, indicadores judiciales).

En un futuro sería óptimo pensar en crear una institución independiente para la investigación, evaluación y desarrollo y cuya función sea mejorar el conocimiento y el entendimiento de los fenómenos criminales y los asuntos de la justicia penal a través de la ciencia. Se debería buscar que fuera un instituto que proveyera conceptos independientes y objetivos así como herramientas para la reducción del crimen y promoción de la justicia. Una entidad de esta naturaleza, al ser autónoma del Gobierno y de la Rama Judicial, podría garantizar la legitimidad y la objetividad que se requiere en este frente.

Deberá el CSPC dictar los lineamientos respecto a la captura de la información con el objeto de evaluar la política criminal en sus diferentes dimensiones de derechos atendiendo criterios de análisis que permitan tener en cuenta necesidades y circunstancias específicas por razones de género, edad, grupo étnico, nivel de educación, discapacidad, y cualquier otra variable relevante según el contexto.

Es deber del CSPC dictar los lineamientos para la construcción de indicadores para la evaluación y monitoreo tanto de la política criminal como de la gestión del CSPC, como por ejemplo índices de criminalidad, índices de impunidad, índice de denuncia, índice de condena, índice de reincidencia, etc.

No solo se debe llegar a un acuerdo sobre cómo evaluar la política y la gestión del sistema, sino que se deberán generar los compromisos para poderlo hacer con la periodicidad necesaria.

g. Algunas recomendaciones frente a la llamada “criminalización secundaria”: recomendaciones básicas de investigación criminal y el problema del fuero militar..

200. Como ya se explicó, por la particularidad de su mandato, la Comisión centró sus diagnósticos y propuestas en los problemas de la formulación general de la política criminal, que está asociada esencialmente aunque no exclusivamente con la llamada “criminalización primaria”, esto es, con la definición de los delitos y las penas. Pero obviamente, como se dijo al realizar el diagnóstico de la situación colombiana en el capítulo II, es igualmente importante tomar en consideración las fases de “criminalización secundaria”, asociadas la investigación criminal y al juzgamiento de los presuntos infractores, y a la llamada “criminalización terciaria”. Ligada ejecución de las penas, a su vez vinculada a la dinámica del SPC. Ahora bien, en párrafos precedentes, en especial al estudiar las propuestas de penas alternativas, la Comisión realizó varias recomendaciones relativas al SPC y a la criminalización terciaria, por lo cual en este punto sus consideraciones se limitan a la criminalización secundaria. Y en este campo, la Comisión en manera alguna pretende ser exhaustiva pues por las restricciones de tiempo y recursos, sus análisis tocaron únicamente dos puntos, que son de obvia importancia pero que no cubren toda la problemática de la investigación y juzgamiento de los presuntos infractores de la ley penal: i) el problema del fuero militar y ii) algunas posibles recomendaciones sobre estrategias de investigación criminal para superar el cuello de botella, que ésta hoy representa en el sistema penal.

1. Algunas reflexiones y recomendaciones sobre fuero militar.

201. El fuero militar es una institución de rango constitucional que permite que los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo que tengan relación con el servicio constitucional que están llamados a prestar, sean conocidos por las autoridades de una jurisdicción especialmente prevista y de conformidad con las reglas sustanciales y procesales propias del fuero castrense.

El sistema adoptado por la Constitución Política respecto del fuero militar ha sido definido como intermedio, en razón de que: i) consagra tipos de delitos sobre los que nunca las cortes marciales pueden adquirir competencia para su investigación y juzgamiento (artículo 3 de la Ley 1407 de 2010); ii) se aplica a los miembros de la fuerza pública el contenido del Código Penal ordinario y éstos, en consecuencia, pueden ser juzgados de conformidad con el Código de Procedimiento Penal ordinario; iii) la Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, tiene competencia para el juzgamiento de los altos oficiales de la fuerza pública y para conocer de las demandas de casación que se presenten contra las sentencias de segunda instancia proferidas por el Tribunal Superior Militar.

202. La naturaleza y consecuencias del fuero militar han sido fuente permanente de tensión entre las autoridades judiciales y entre éstas y la fuerza pública. Tales tensiones, particularmente, se derivan i) de la situación de conflicto armado por la que atraviesa Colombia ii) por la participación de varios miembros de la fuerza pública en delitos cometidos por estructuras organizadas de poder, ya por acción ora por omisión, iii) de la comisión, por parte de policías y militares, de delitos que configuran graves violaciones a los derechos humanos o crímenes contra la humanidad.

203. Frente a esta situación, en los estamentos militares se ha adoptado una estrategia que consiste en proponer ante el Congreso la necesidad de expedir una reforma constitucional en la que se haga una radical diferencia entre la situación de normalidad del orden constitucional, que implica el reconocimiento de la aplicación del derecho penal ordinario a los delitos que dentro de tal contexto se cometan por los miembros de la fuerza pública, y la situación de conflicto armado, para lo que reclaman la aplicación de las normas del derecho internacional humanitario por parte de la jurisdicción castrense especializada. Este planteamiento se justifica, además, con el argumento de que las normas jurídicas internas limitan la capacidad operativa de la fuerza pública, ya que a la luz de las disposiciones comunes, actos propios del combate son subsumidos por descripciones típicas que resultan incompatibles con la misión constitucional de la fuerza pública.

204. A través de una nutrida jurisprudencia, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han decantado una tesis según la cual la norma constitucional que estatuye el fuero militar debe tener una interpretación restrictiva y, en todo caso, excepcional, lo que implica que respecto de los delitos que no son típicamente militares, el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública solo puede ser asumido por las cortes castrenses cuando se haya establecido con claridad la relación que el hecho punible tiene con las funciones propias del servicio que se ha confiado al agente de la fuerza pública que esté siendo procesado.

Sobre esta base, se tiene que el fuero militar es una excepción a la competencia general de la jurisdicción ordinaria y por lo tanto sus alcances deben ser determinados en forma *“estricta y rigurosa, no sólo por la ley sino también por el intérprete, como quiera que acorde con la hermenéutica constitucional las excepciones, para evitar que se conviertan en la regla general, deben ser interpretadas de forma restrictiva”* (Corte Constitucional, C-1184/08).

205. El fuero militar, de conformidad con la reiterada jurisprudencia, se legitima por la necesidad de amparar a los miembros de la fuerza pública cuando desempeñan las funciones propias de su cargo, con un régimen jurídico especial que guarde relación y permita incorporar al juzgamiento las particularidades de la función atribuida por la Constitución y la ley a las fuerzas militares y de policía, con independencia de criterios y con estricto apego a las normas que se imponen en dicho régimen especial.

El principal problema que surge en la aplicación del fuero castrense en la actualidad es, entonces, la delimitación de lo que significa la expresión *“en relación con el mismo servicio”*, que permite ligar las obligaciones legalmente definidas con los hechos efectivamente realizados por los aforados.

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional dijo en la sentencia C-358 de agosto 5 de 1997, que:

“La expresión ‘relación con el mismo servicio’, a la vez que describe el campo de la jurisdicción penal militar, lo acota de manera inequívoca. Los delitos que se investigan y sancionan a través de esta jurisdicción no pueden ser ajenos a la esfera funcional de la fuerza pública. Los justiciables son únicamente los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando cometan delitos que tengan relación con el mismo servicio’. El término ‘servicio’ alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares -defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional- y de la policía nacional -mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica.”

206. Quiere esto decir que, con miras a delimitar el campo de la aplicación del fuero militar, se pueden adoptar varios parámetros que pueden ayudar a definir el alcance del fuero constitucional: i) las normas de derecho internacional de los derechos humanos, de derecho internacional humanitario y de derecho penal internacional, han definido cierta clase de delitos que no pueden ser conocidos por tribunales castrenses, tales como genocidio, desaparición forzada, tortura, y, en general, aquellos que configuran graves violaciones a los derechos humanos o crímenes contra la humanidad; ii) los delitos típicamente militares, dada su especial configuración y su estricto apego a las reglas que rigen la función de la fuerza pública, deben quedar excluidos del conocimiento de las autoridades judiciales ordinarias, en tanto que constituyen la base del control disciplinario de la fuerza pública; iii) los delitos ordinarios que lleguen a cometer los miembros de la fuerza pública y se encuentren descritos en el Código Penal Militar, en tanto que no configuren una especie de los mencionados en el numeral primero, deben ser conocidos por los tribunales militares, en razón de la especialidad de su descripción y la asignación de competencia; iv) los delitos no funcionales descritos en el Código Penal ordinario, deben ser conocidos por la jurisdicción ordinaria, siempre que no constituyan extralimitación o abuso de la función encomendada a los miembros de la fuerza pública pues, en tales casos, su relación con el servicio lleva a asignar la competencia a las cortes marciales; v) las conductas objetivamente típicas que son cometidas en acciones operativas por miembros de la fuerza pública, ciñéndose a las reglas de los manuales operacionales y que no configuren infracciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes contra la humanidad ni genocidio, deben ser juzgadas por la justicia castrense, en tanto configuran actos relacionados con el servicio.

206. No obstante estos criterios, seguirá subsistiendo el problema de determinar cuando un hecho en concreto, realizado por un miembro de la fuerza pública se compadece con el fuero militar, en tanto que surgirán problemas probatorios para determinar si, por ejemplo, una muerte se produjo en desarrollo de operaciones legítimas desplegadas por la fuerza pública, o se realizó por fuera de ellas mas se ampara con un contexto en el que puede resultar difícil la determinación exacta de lo acontecido.

Estas dificultades –que no son en realidad sustanciales sino probatorias- deben resolverse a partir del principio de interpretación de las normas jurídicas *pro personae*, a fin de brindar una mayor protección a los habitantes del territorio nacional ante eventuales infracciones de los agentes del Estado, tal como, además, lo ha venido

haciendo la jurisprudencia nacional. Quiere decir lo anterior que, en todo caso en el que pueda surgir alguna duda acerca de la relación que el hecho investigado tiene con el servicio, debe entregarse la investigación y el juzgamiento de la conducta a la jurisdicción ordinaria que tendrá la obligación de esclarecer las dudas que se le presenten. Esta solución respeta el carácter excepcional del fuero militar, pero también constituye una salvaguarda importante para los derechos de los habitantes del territorio, quienes pueden tener mayor confianza en la imparcialidad del investigador o del juzgador en la determinación de los factores condicionantes del fuero castrense.

207. Otro tipo de conflictos se relacionan con los aspectos sustanciales, es decir, con la determinación del alcance de las normas aplicables, en particular aquellas contenidas en el derecho internacional humanitario que deben regir en el marco del conflicto armado que vive Colombia y su relación con las disposiciones del derecho interno, tanto del Código Penal como de los manuales operacionales.

La Comisión recuerda que las reglas del derecho internacional humanitario establecen las prohibiciones extremas para las partes dentro de un contexto de conflicto armado, razón por lo que es válido afirmar que no todo lo que es válido a la luz del derecho internacional humanitario es válido en la particular situación de conflicto armado colombiano, en donde si bien se producen muchas de las acciones propias de una guerra y se viven sus nefastas consecuencias, el estado del conflicto, la vigencia del derecho penal ordinario y del poder constitucional, así como las condiciones en las que se desarrolla el conflicto armado no permiten, por ejemplo, las emboscadas con fines letales ni el ejercicio de funciones de policía judicial por los miembros de la fuerza pública.

En Colombia no existe una normatividad clara que permita determinar el alcance de las reglas del derecho internacional humanitario y sus relaciones con el derecho penal militar y el derecho operacional, razón por la que la Comisión recomienda que se emprenda, a través de una ley estatutaria, una labor de armonización ente estos grupos de normas y se determinen con claridad los contornos de lo que resulta legítimo y válido para los miembros de la fuerza pública en el contexto particular del conflicto armado.

208. Como complemento de esta medida sugerida, el Estado debe emprender seriamente la formación de jueces, fiscales y personal del cuerpo técnico de investigación en materias tales como derecho internacional humanitario, derecho penal militar y derecho operacional, con el fin de que pueda contar con funcionarios capacitados en el conocimiento y alcance de la normatividad, así como con personal idóneo para la investigación de las conductas que deban resolverse a la luz de estas normas especiales.

209. Los conflictos de competencia que ante estas situaciones se pueden presentar, deben ser resueltos de conformidad con las reglas generales establecidas para ello, ya que carece de sentido conformar una estructura particular para definir los conflictos de jurisdicción. La Comisión, por consiguiente, no considera adecuado que el proyecto de Acto Legislativo –inciso 4 de la reforma propuesta al artículo 221 de la Constitución Política- que actualmente hace trámite en el Congreso Nacional, se altere el principio general de definición de competencias, mediante el establecimiento de una “comisión mixta” extraña a la estructura misma de la administración de justicia y cuyas funciones aún están por definir.

210. Sobre tema en particular es preciso, además, reiterar lo que se dice en otras partes de este documento: es preciso defender el fortalecimiento de las garantías judiciales dentro de la justicia penal militar, ya que allí se ven algunas situaciones que afectan no solo la situación procesal de las personas que están siendo procesadas, sino también el derecho a la verdad de las víctimas y las garantías de no repetición, porque en algunos casos los subalternos terminan recibiendo las sanciones como si hubieran actuado *motu proprio* e inconsultamente debido al reconocimiento de las acciones exclusivamente en cabeza suya, guiados por criterios mal entendidos de solidaridad de cuerpo o en obediencia las órdenes recibidas de sus superiores.

211. Finalmente, la Comisión –ante la actual coyuntura en la que se está adelantando el trámite de un Acto Legislativo relacionado con el fuero militar- considera innecesario e inconveniente ampliar el fuero de los miembros de la fuerza pública, en razón de que desbordar los límites de lo que actualmente ha sido definido por la jurisprudencia constitucional con estricto apego a las normas de derecho internacional sobre derechos humanos puede llevar a situaciones críticas en materia de violación a los derechos humanos y a condiciones en las que al Estado le resulte imposible juzgar adecuadamente este tipo de comportamientos.

El estado actual del conflicto armado colombiano puede admitirse como un estado de asimetría, en el que la fuerza pública se encuentra en una situación de supremacía estratégica y, por consiguiente, cuenta con todos los medios –operativos, jurídicos y materiales- para controlar el desarrollo de las operaciones, el comportamiento de sus integrantes y, en cierta medida, el alcance del conflicto armado, con lo que le resulta también relativamente fácil el control de las actividades de las partes enfrentadas. Ante esta situación, no es procedente la ampliación del fuero militar para liberar a los miembros de la fuerza regular de restricciones comportamentales que puedan desembocar en una escalada incontrolada de violaciones a los derechos humanos, so pretexto de la realización de actividades admitidas en el derecho de la guerra.

2. Algunas consideraciones y recomendaciones básicas sobre investigación criminal.

212. Para la Comisión, el diagnóstico descrito en el capítulo II respecto de las falencias de la investigación penal de crímenes concretos requiere de respuestas estatales urgentes. En tanto no existen estudios detallados acerca de las diferentes alternativas de política para superar las falencias de la investigación, la Comisión se limita a elevar recomendaciones con un nivel alto de generalidad, que concuerdan con las soluciones encaminadas a mejorar la efectividad de la persecución penal.

213. Dentro de las múltiples alternativas de política relevantes, actualmente la actuación prioritaria debe enfocarse en el asunto fundamental de la gestión y la estrategia de la investigación. De una parte, los elementos de la política de investigación penal, que incluyen la formulación de pautas para la investigación penal, la selección y aplicación de prioridades, la implementación y ejecución de programas, proyectos e iniciativas, y su correspondiente monitoreo y evaluación, han de tener un mayor contenido de herramientas de política pública. Esto implica que la gestión de la política de investigación contenga un mayor trabajo interdisciplinario que, junto con el derecho, haga protagonistas habilidades de análisis de información, gerencia pública e ingeniería.

214. La toma de decisiones acerca de la dirección de la investigación penal, debe ser realizada contando con muchos más elementos de juicio que los jurídicos.

Lo mismo sucede en lo concreto de las investigaciones. La Fiscalía General de la Nación, y los organismos de policía judicial deben aplicar metodologías que van más allá del análisis jurídico: la estrategia criminalística, la coordinación entre diferentes grupos de trabajo, el análisis de patrones entre distintos casos, y el estudio de pruebas técnicas, son tareas y actividades que superan la cotidianeidad de un funcionario judicial tradicional. Las personas encargadas de la investigación deben tener y aplicar estas nuevas habilidades.

215. Para la Comisión, no es claro qué tanto de estas modificaciones es posible realizar con los recursos humanos actuales de la Fiscalía y de la policía judicial. El cambio de visión descrito acerca de la investigación penal seguramente requerirá de i) la divulgación de protocolos de investigación y capacitación de funcionarios, ii) estrategias más estructurales dirigidas a cambiar la cultura institucional de algunos sectores de la Fiscalía, la policía judicial y la judicatura, y iii) la complementación, y el remplazo paulatino de funcionarios encargados de la toma de decisiones respecto de la política de investigación y de la investigación de casos concretos.

216. En particular, el éxito de muchas de estas estrategias investigativas requiere del fortalecimiento de la prueba técnica, que debe jugar un rol más preponderante en los desarrollos investigativos, a fin de que éstas no dependan casi exclusivamente de pruebas testimoniales o de aceptación de cargos. A su vez, este fortalecimiento de la prueba técnica supone una mayor profesionalización en ciencias forenses de los investigadores judiciales, por lo cual el Estado debe tomar las determinaciones necesarias avanzar en dicha profesionalización.

CAPITULO IV

ALGUNOS DESAFÍOS Y TEMAS ESTRATEGICOS PARA LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO COLOMBIANO

217. El capítulo anterior sentó las bases sustantivas e institucionales para una política criminal de Estado en Colombia, que sea al mismo tiempo garantista, eficaz, consistente y se encuentre sustentada en evidencias empíricas. Pero es necesario ir más lejos pues la política criminal, en un país como Colombia debe enfrentar ciertos desafíos básicos. Por ello la Comisión, además de hacer recomendaciones para sentar las bases generales de política criminal, que ya fueron incorporadas en el capítulo anterior, decidió avanzar en algunos temas que consideró estratégicos. Con todo, la Comisión tiene claro que, por la vastedad del tema y las limitaciones de tiempos y recursos para realizar su tarea, era necesaria una selección y priorización, por lo cual este examen temático no tiene pretensiones de exhaustividad. La Comisión encontró que dados los desafíos de seguridad y la persistencia del conflicto armado era importante avanzar no sólo en la discusión de lineamientos específicos sobre la relación entre política de seguridad y política criminal sino también sobre justicia transicional. Igualmente que los temas de drogas, corrupción, sistema penal adolescente y criminalidad económica eran

relevantes. Procede entonces la Comisión a presentar sus reflexiones sobre esos temas específicos.

a. Sobre la relación entre políticas de seguridad y criminal.

218. Es necesario que la política criminal cobre entidad propia en el marco de las políticas de seguridad. La relevancia que está cobrando la política criminal en el actual escenario de seguridad, es terreno propicio para que dicha política desarrolle su propia identidad. Un punto de partida importante para ello es el ejercicio realizado por la Comisión Asesora de Política Criminal, de definir un marco coherente de principios y lineamientos que le den una racionalidad propia.

La autonomía de la política criminal debe darse en función de equilibrar su relación con los ejes militar y policial en el marco de las políticas de seguridad.

El que la política criminal desarrolle su propia identidad no implica que se desconozca la interacción que debe darse entre ésta y los demás componentes de las políticas de seguridad, en particular los que tienen que ver con los aspectos militares y policiales de la lucha contra los grupos armados irregulares. Lo deseable es que se apalanque esta política de modo que se logre un diálogo más equilibrado con estos componentes en el marco de las políticas de seguridad.

Esto sin duda facilitaría la coordinación que se requiere de los aparatos militar, policial y de justicia para alcanzar el fin de la política criminal: “*garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y los derechos de los residentes del territorio bajo su jurisdicción*” (sentencia C-646 de 2001). Este fin por lo demás, es coincidente con el expresado de diversa manera en los documentos política pública de seguridad.

219. La autonomía de la política criminal debe darse en función de armonizar el enfoque garantista de ésta con el de eficacia de las políticas de seguridad.

Una política criminal completamente autónoma de las políticas de seguridad puede llevarla a ser irrelevante de cara a los imperativos de las políticas de seguridad, lo cual sería un contrasentido tomando en cuenta la afinidad que existe en los fines que persiguen ambas políticas. Por otra parte, una política criminal con identidad propia podría servir de muro de contención de eventuales escapes punitivos de las políticas de seguridad sobre todo en contextos de amenazas internas como las que aún vive Colombia.

Al final lo que se pretende es armonizar el enfoque predominante de la política criminal: la protección de derechos y garantías, frente al que prevalece en las políticas de seguridad emitidas por los gobiernos de turno: la eficacia para combatir las amenazas a la seguridad del Estado y de los ciudadanos. Por supuesto que esto no eliminará las tensiones que surgen de la coexistencia de estos dos enfoques, pero sí pone de presente la pregunta de fondo: ¿Cómo combatir eficazmente el crimen sin lesionar mayormente derechos y garantías?

220. Frente a la situación actual de seguridad en Colombia se requiere de una política criminal que de manera diferenciada aborde las lógicas de cierre del conflicto armado por un lado y las del crimen común y organizado por el otro.

La situación actual de seguridad en Colombia está marcada por dos escenarios: uno el de reducción del conflicto armado con las guerrillas y su eventual cierre por la vía de la solución política negociada y otro, el de la criminalidad común, en el que predominan redes del crimen organizado asociadas a diversos mercados ilegales. Esta situación indica la necesidad de que se distinga entre una política criminal excepcional con lineamientos propios para abordar el conflicto armado con las guerrillas y otra que se corresponda con las lógicas de contención de la criminalidad común y organizada.

221. Los lineamientos correspondientes al escenario excepcional, se encuentran definidos en la sección sobre justicia transicional.

En cuanto al segundo escenario, aplican los lineamientos generales planteados por la Comisión Asesora de Política Criminal, aun cuando es claro que se requieren estrategias especializadas en materia de política criminal particularmente para tratar la criminalidad organizada. Esto tomando en cuenta la prioridad que actualmente le da el gobierno dentro de su política de seguridad a la amenaza que representan las estructuras de crimen organizado, y a su enfoque de judicialización como principal medio para desarticularlas.

En este contexto, debe propenderse por mantener los principios y lineamientos propios de la política criminal, a la vez que se desarrollan estrategias en este campo tales como: la integración de esfuerzos de la fuerza pública, la inteligencia y el aparato judicial; la especialización de magistrados, jueces, fiscales y personal de policía judicial; criterios para el traslado de competencias por motivos de seguridad; programas de protección de jueces, fiscales, víctimas, testigos e informantes y criterios para el traslado de individuos privados de la libertad por cuestiones de seguridad.

En síntesis, lo que se propone es que la política criminal tenga una perspectiva de largo plazo en cuanto a sus principios y lineamientos, y a la vez, que sea dinámica y diferenciada en cuanto a sus estrategias a fin de responder a los imperativos de las políticas de seguridad, los cuales son por definición de más corto plazo ya que pueden cambiar dependiendo del gobierno de turno o de las transformaciones en la situación de seguridad interna.

222. Es indispensable lograr una integración de esfuerzos entre el Consejo de Seguridad Nacional y el Consejo de Política Criminal

En el marco del recientemente reformado Consejo de Seguridad Nacional (Decreto 4748 de 2010), se vienen discutiendo intervenciones que implican de manera importante medidas en el campo de la política criminal como por ejemplo, la denominada Estrategia Multidimensional de Lucha Integral contra las BACRIM presentada por el Presidente Santos en febrero de 2011. Sin embargo, contrariamente a lo esperado no se dieron mayores desarrollos de esta Estrategia en el Consejo de Política Criminal. Seguramente esto tiene que ver con las debilidades que ya se han mencionado de este Consejo que lo hacen inoperante en términos estratégicos. Dentro de los elementos de reforma del Consejo de Política Criminal que se propone en la sección correspondiente

de este informe, debe tenerse en cuenta la necesidad de conectarlo o generar algún tipo de dinámica de trabajo con el Consejo de Seguridad Nacional.

b. Sobre la política criminal en materia de justicia transicional.

223. Los debates sobre justicia transicional deben partir de reconocer que el Estado colombiano, conforme al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho penal internacional, que en Colombia en general hacen parte del bloque de constitucionalidad, tiene el deber de investigar y esclarecer las graves violaciones de derechos humanos y al derecho internacional humanitario, y castigar en forma proporcionada a los responsables de estos crímenes. Este “*deber de investigación y sanción*” no es ya un principio emergente del derecho internacional, como pudo serlo en los años ochenta del siglo pasado. Es una clara obligación internacional y constitucional del Estado colombiano

Sin embargo, a pesar de que es claro que la obligación existe, subsisten discusiones sobre su contenido y alcance. En particular, es posible distinguir entre quienes miran ese deber como una regla estricta y quienes lo conciben como un principio ponderable. Para los primeros, que tienen la posición más estricta, este deber siempre existe y tiene la estructura de una regla; por consiguiente las autoridades tienen una obligación de, en todos los casos, intentar sancionar a todos los responsables de todas las violaciones graves a los derechos humanos. Para otros, en cambio, ese deber es un principio, que los Estados deben esforzarse seriamente por cumplir, pero que es “ponderable” frente a otros principios, como la paz o el debido proceso, y su alcance también puede ser modulado para tomar en cuenta las limitaciones derivadas de las realidades fácticas.

224. La Comisión considera que ese deber de investigación y sanción debe entenderse como un principio, y que por ello es ponderable, y que dicha ponderación puede permitir en contextos transicionales, la priorización y selección de la investigación judicial incluso de las violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. La idea de la selección podría implicar no sólo la posibilidad de establecer para algunos de estos crímenes y sus responsables penas alternativas que no sean privativas de la libertad sino también la posibilidad de renunciar, en forma condicionada, a la investigación penal de ciertos casos y ciertos responsables. La legitimidad de recurrir a alguna de esas opciones dependerá de los contextos particulares e implicará el uso de instrumentos complementarios de justicia transicional para realizar los derechos de las víctimas, como la previsión de mecanismos de verdad extrajudicial tipo comisiones de verdad, el diseño de políticas extraordinarias de reparación y la consagración de mecanismos no estrictamente penales para la rendición de cuentas de los victimarios.

225. La razón esencial para entender que ese deber de investigación y sanción es un principio y no una regla estricta es la imposibilidad de aplicar ese deber como una regla inflexible en contextos transicionales, pues colisionaría radicalmente con la realidad y con otros principios también muy valiosos, como el logro de la paz y la preservación de la estabilidad democrática. En efecto, el estándar de que hay que juzgar todos los responsables de todos los crímenes de lesa humanidad o de guerra y condenarlos a todos a una pena privativa de la libertad es insostenible fáctica y normativamente, después de violaciones masivas a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario,

sobre todo cuando la transición es reciente o está en curso. Esto es así porque a nivel fáctico es imposible juzgar todos los casos pues los sistemas judiciales salen debilitados y son demasiados los crímenes y los responsables. Y entonces, o uno hace la priorización y selectividad en forma explícita, o ésta se da en forma encubierta. Y a nivel normativo, por la siguiente razón: aunque siempre los Estados deben esforzarse por armonizar justicia y paz, o justicia y transición a la democracia, es necesario reconocer que las tensiones entre justicia y paz subsisten y que las ponderaciones son entonces necesarias, por lo cual es posible que sea indispensable reducir el imperativo de castigo en beneficio de otros valores como la paz o la transición democrática. Y eso obliga a la selectividad (sin que baste la priorización) pues la paz exige brindar unos mínimos de seguridad jurídica a una gran masa de combatientes. En esos contextos, no es realista simplemente priorizar y dejar la posibilidad abierta de que las personas cuya investigación no fue priorizada podrían ser investigadas y sancionadas 20 años después, pues esa perspectiva hace inviable cualquier paz negociada.

226. En síntesis, es necesario asumir que el deber de evitar la impunidad no es una regla inflexible sino un principio, en términos de ciertas teorías contemporáneas de las normas, y que está entonces sujeto a restricciones fácticas y a colisiones con otros valores, que obligan a ponderaciones. Estas ponderaciones pueden hacer llegar a una priorización y selectividad concreta, que tome en cuenta las particularidades del contexto nacional, a pesar del universalismo del estándar. Ahora bien, que pueda existir selección de casos y de responsables no significa que ésta pueda hacerse de cualquier forma ni que cualquier diseño sea admisible. Los criterios de selección serán constitucionalmente admisibles si son mecanismos necesarios y proporcionales a la búsqueda de la paz y deberán basarse, entre otros, en los principios de gravedad y representatividad de los casos, y deberán asegurar, en todo caso, la investigación y sanción de los máximos responsables de los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

226. Por las consideraciones anteriores, la Comisión considera que para el diseño de su política para la justicia transicional, el Estado colombiano deberá orientarse por los principios de Chicago para la justicia post-conflicto. La llamada “Herencia de Nüremberg” -con su premisa implícita de una separación tajante entre los campos del victimario y la víctima y con su corolario en un marcado punitivismo-, se cristalizó en los principios de Naciones Unidas del mismo nombre y que fueron adoptados poco después de terminada la Segunda Guerra Mundial y que han servido de referente normativo para todos los tribunales *ad hoc* que se han establecido después del fin del conflicto Este-Oeste, y aún para la Corte Penal Internacional. De forma marcadamente congruente con la “*Herencia de Nüremberg*”, la dogmática de la “*justicia de transición*” se desarrolló sobre todo de cara a las transiciones de la dictadura a la democracia que tuvieron lugar en el Cono Sur americano en la década de los ochenta y con ello sobre el trasfondo de modelos muy verticales de victimización y que implicaban por ello una fuerte separación de los campos del victimario y la víctima, la cual favoreció, sin duda y por lo menos en el mediano plazo, un tratamiento muy punitivo de los crímenes del pasado.

Así las cosas, la inercia doctrinal y jurisprudencial acumuladas fueron determinantes para que al amparo de la Convención Americana de Derechos Humanos las transiciones de la guerra a la paz que han tenido lugar en Centroamérica, pero también en Perú y en Colombia a partir de la década de los noventa, hayan sido interpretadas –a pesar de haber tenido lugar sobre el complejo trasfondo de modelos de barbarie con

algún grado de horizontalidad- en la “*analogía de la dictadura*” y con ello como modelos dobles de victimización vertical, y hayan recibido tratamientos igualmente punitivos.

Apenas ahora, después de quince o veinte años de refinadas elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales -pero con muy poco fundamento en estudios empíricos- en torno a los principios y las categorías básicas que deben orientar la justicia de transición, empiezan a surgir voces internacionalmente reconocidas como la del jurista estadounidense Cherif Bassiouni quien, con base en un estudio comparado a escala global sobre el comportamiento de las transiciones, concluye, de forma muy cuidadosa y en relación con la distinción -hasta ahora en sus efectos prácticos muy ignorada- entre transiciones desde la guerra y desde la dictadura, que se trata de experiencias política y moralmente distintas y que demandan tratamientos jurídicos por lo menos parcialmente diferentes¹⁶⁷.

227. En el trabajo realizado bajo su dirección y que sirve de sustento a la enunciación de los llamados “principios de Chicago”, Bassiouni deja claro que después del fin de la Segunda Guerra Mundial pero sobre todo después del fin de la Guerra Fría, ha habido a escala mundial un incremento importante en la utilización de mecanismos de justicia penal para encarar los crímenes del pasado, pero así mismo que la mayor apelación a la justicia ha estado acompañada, sobre todo en las transiciones que han tenido lugar después de conflictos armados intestinos, de dispositivos de “*amnistía condicional*”¹⁶⁸. De cara a la tozuda realidad de una comunidad de Estados que sigue haciendo uso de la amnistía –aunque de forma crecientemente modulada- una práctica reiterada y consuetudinaria, reconoce Bassiouni, sin renegar de su compromiso con las víctimas ni con la lucha contra la impunidad, que la amnistía condicionada –aún para crímenes graves- puede ser, bien concebida, ya no como un dispositivo de impunidad sino, por el contrario, como un verdadero mecanismo de justicia. Supuesto que la transición colombiana deberá ser, en lo fundamental, una transición de la guerra a la paz y solamente de manera subsidiaria hacia una democracia más profunda, el Estado deberá adoptar los principios de Chicago como marco para la orientación de la política de transición.

228. En un horizonte de cierre negociado del conflicto armado, el Estado deberá adoptar criterios de selectividad, inclusive en relación con los crímenes de guerra y de lesa humanidad. El deber estatal de perseguir y castigar los crímenes más graves, pero sobre todo los crímenes de lesa humanidad es un principio establecido en el derecho internacional. Pero el reconocimiento de ese principio general no debe hacer olvidar las diferencias contextuales fundamentales entre las transiciones desde la dictadura y las transiciones desde la guerra.

Si bien –y a pesar de las limitaciones arriba aludidas- son importantes las razones que en nombre de los derechos de las víctimas justifican la lucha contra la impunidad en materia de crímenes de lesa humanidad, también es cierto que dicha orientación de política está fundada, en parte, en una sobreestimación de la capacidad del derecho penal para dar una respuesta a la vez eficiente y justa a los retos que plantea la criminalidad de masas en contextos de transición de la guerra a la paz.

¹⁶⁷ BASSIOUNI, M. Cherif. “The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice”. Intersentia. Oxford 2010. Pág. 814-816.

¹⁶⁸ Bassiouni encuentra que en el intervalo entre 1945 y 2008 se desarrollaron 313 conflictos armados en el mundo

Bajo condiciones de alta diseminación de las responsabilidades entre la partes enfrentadas, pero así mismo de fuerte asimetría entre las capacidades y los recursos disponibles por parte del Estado y la sociedad, y el número, la magnitud, la gravedad, la complejidad y la dispersión espacio-temporal de los crímenes que se enfrentan, la paz negociada solamente resulta posible, por lo menos en un caso como el colombiano, si el principio de la selectividad se aplica inclusive a los crímenes de lesa humanidad.

Y lo que es igualmente importante y debe quedar claro en aras de la transparencia y la legitimidad de los criterios que se adopten, en contextos de alta horizontalidad en la barbarie practicada por las distintas partes en conflicto, como el colombiano, la selectividad en materia de crímenes de lesa humanidad además de ser diferencial según la naturaleza de los distintos actores involucrados, debe estar referida no solamente a los grados de responsabilidad de los autores y partícipes, sino inclusive a la escogencia misma de los casos que deben ser juzgados.

229. En un horizonte axiológico de sopesamiento entre los valores de la justicia y de la paz, la selectividad, además de estar soportada en una visión y en una utilización holística de los mecanismos de la justicia transicional que garantice que las concesiones que se hagan en materia de castigo se compensen adecuadamente en los ámbitos de la verdad y la reparación, debe estar orientada, en último término, hacia la realización de la garantía de no repetición. En ese sentido, por ejemplo, los casos seleccionados para su juzgamiento deben ser tales que permitan el desvelamiento y el desmonte de grandes estructuras criminales capaces de reproducir la violencia.

Es preocupante observar cómo si bien nuestros jueces dicen entender, en abstracto, los beneficios de la paz negociada, a la hora de tomar decisiones jurisprudenciales concretas tratan los derechos de las víctimas como cartas de triunfo que no admiten ningún tipo de sopesamiento, ni siquiera de cara al establecimiento de criterios de selectividad para los crímenes menos graves y para los responsables de más bajo rango.

La extrema precariedad de la mayoría que en la Corte Constitucional decidió a favor de la exequibilidad de la ley 1424 del 2010 no resulta tranquilizadora. Los colombianos solamente podremos acceder al camino de la paz y de la reconciliación si nos atrevemos a pensar lo impensable, si nos abrimos a que acaezca lo imposible: el perdón jurídico – condicionado- de lo jurídicamente imperdonable.

230. Los criterios de selectividad que adopte el Estado deberán ser concebidos como figuras morales y no como simples concesiones a la realidad. En un horizonte de reconciliación los mecanismos de selectividad no deben ser concebidos como la expresión de una pura necesidad pragmática, sino como figuras de índole moral y ético-jurídica. En general, siguiendo el camino señalado por la sentencia C-370 del 2006 que juzgó la constitucionalidad de la ley de Justicia y Paz, la política de paz y de justicia transicional deberán construirse no solamente como un reflejo de los límites que le impone la facticidad de las relaciones de poder a la justicia, sino también y acaso sobre todo como la expresión de un balance entre los valores de la justicia y de la paz.

231. De conformidad con las recomendaciones de Naciones Unidas, el modelo de paz negociada y de justicia post-conflicto que se establezca, deberá ser un modelo holístico. Después de que en el proceso de construcción de la institucionalidad de la justicia

transicional se hubo ensayado el uso individualizado y sustitutivo de mecanismos, durante los últimos años ha venido madurando la idea de que si bien puede haber entre los distintos dispositivos desarrollados compensaciones parciales, así por ejemplo, importantes concesiones en materia penal a cambio de mayor compromiso con la verdad y con la reparación, el ideal, para efectos de garantizar un mayor éxito en términos de estabilización de la paz y de consolidación de la democracia, es en cualquier caso, que se establezcan modelos holísticos, que integren múltiples mecanismos, de manera que se favorezcan sinergias entre ellos. Mediante Informe del Secretario General, Cofi Annan, del año 2004, dirigido al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en torno a la justicia transicional se recomienda, en efecto, el uso complementario de sus dispositivos. Así las cosas y teniendo en cuenta las concesiones importantes que en materia de castigo deberán hacerse en el caso colombiano, habida cuenta de la magnitud y complejidad del problema por resolver después de casi cincuenta años de conflicto armado interno, así como de la ponderación necesaria entre los valores de la justicia y la paz, entendemos que el modelo de justicia post-conflicto que deberá acompañar eventuales negociaciones futuras entre el Estado y las guerrillas, deberá ser un modelo holístico que integre, entre otros, dispositivos de castigo, verdad y memoria, reparación integral y aun, reformas institucionales.

232. Para hacer posible una salida negociada al conflicto armado, aun en condiciones de victoria estratégica, el Estado deberá rescatar y resignificar el delito político. En el marco de la nueva conciencia humanitaria y bajo la premisa que en nuestro país se ha venido imponiendo una fuerte tendencia hacia la proscripción generalizada de mecanismos de selectividad y de priorización, de manera que se ha vuelto muy difícil establecer los términos de una paz negociada, la vieja distinción entre delincuentes políticos y comunes pero sobre todo el tratamiento privilegiado de los primeros, constituye una matriz conceptual importante para la definición de criterios de selectividad y de priorización. Habida cuenta de que la figura del tratamiento privilegiado del delincuente político disfruta de un arraigo profundo en nuestra tradición jurídico-política, favorece la visibilización de la dimensión política del conflicto armado, y ha sido preservada en nuestra Constitución, y teniendo en cuenta, así mismo, que en el pasado reciente cumplió una función importante tanto en lo que atañe a la identificación de los actores y los procedimientos, así como de los favorecimientos jurídico-políticos de los partícipes en negociaciones de paz con el Estado, el Gobierno deberá propender por su restauración.

De acuerdo con lo establecido en la Constitución, el tratamiento privilegiado del delito político deberá contribuir a hacer más exitosos los procesos de desarme, desmovilización y reconciliación (DDR). En el plano de la política comparada en torno a procesos recientes de paz en Europa, se observa cómo los modelos de negociación que en Irlanda del Norte y en España dieron lugar a la desmovilización del IRA y de ETA, se edificaron ambos sobre el relevo y en último término sobre la transformación de los grupos armados desmovilizados en partidos políticos orientados a defender idénticas banderas pero por medios no violentos.

233. De otro lado, de acuerdo con los pocos estudios disponibles en el ámbito doméstico, si bien es cierto que el programa de DDR adscrito a la Presidencia de la República parece haber obtenido importantes logros en lo que atañe al incremento de las tasas educativas y al mejoramiento de las condiciones económicas de vida de los desmovilizados, hay serias dudas sobre su sostenibilidad. En particular llaman la

atención sus pobres resultados en lo que atañe al fortalecimiento del grado de compromiso de los desmovilizados, tanto de las guerrillas como de los paramilitares, con la democracia. Con miras a reforzar los procesos de DDR, La “favorabilidad política”, ínsita en el tratamiento privilegiado del delincuente político y orientada como debe estar, no hacia la simple fractura de la relación de mando y control entre líderes y tropa sino hacia la preservación –transformada- de la pertenencia colectiva, deberá ser reintroducida en los programas correspondientes. Su reimplantación podría contribuir a favorecer la lealtad de los reinsertados al sistema político democrático.

El hecho que la Constitución, en su artículo 122 haya introducido la muerte política para quienes hayan “pertenecido” a grupos armados al margen de la ley podría hacer necesario que el restablecimiento de la capacidad regulatoria de la figura se produzca a través de una reforma constitucional.

234. El marco jurídico para la paz debe negociarse en frío y de manera anticipada, para favorecer la colaboración de los poderes públicos y en general, el carácter concertado de las políticas de paz y de justicia transicional. La Constitución de 1991, a través del establecimiento de múltiples organismos de cúpula en la judicatura, pero sobre todo a través de la creación de la Corte Constitucional¹⁶⁹, cambió de forma sustancial la correlación de fuerzas entre las ramas del Estado, de manera que el Poder Judicial se convirtió por primera vez en nuestra historia en un verdadero “órgano de soberanía”, en pie de igualdad con los órganos políticos propiamente dichos, a saber: el Gobierno y el Congreso. La “colaboración armónica”¹⁷⁰ entre los poderes públicos ordenada por la nueva Constitución se volvió con ello sin duda más necesaria pero así mismo más difícil que en el pasado.

Pero la nueva Carta Constitucional estableció, además, una mayor apertura del Estado y la sociedad colombianos a los vientos de la política y de la normatividad internacionales, lo cual, sobre todo a través del reconocimiento del carácter vinculante en el ámbito interno de los tratados internacionales sobre derechos humanos y de la interpretación que hizo de dicha vinculación la Corte Constitucional en los términos del “*bloque de constitucionalidad*”¹⁷¹ impactó profundamente el principio de la soberanía doméstica, de forma que creó el espacio para que actores supra- e internacionales de naturaleza privada y pública influyan por derecho propio en los procesos de toma de decisiones que acompañan las dinámicas de la paz negociada y de la justicia transicional. Debido al incremento sustancial del número de los actores relevantes y de la mayor complejidad que acompaña a los procesos de toma de decisiones, pero también del carácter tremendamente difícil de los dilemas morales que deben ser enfrentados, resulta prudente pensar que el marco jurídico-político para la paz negociada y para la justicia post-conflicto deben ser negociados, por lo menos parcialmente, en frío y de manera anticipada.

235. Las políticas de paz y de justicia transicional, como expresión que deben ser de la ponderación cambiante de los valores constitucionales correspondientes, deberán estar

¹⁶⁹ Constitución Política de Colombia. Art. 239 y ss.

¹⁷⁰ *Ibidem*. Art. 113.

¹⁷¹ Constitución Política de Colombia. Arts. 93 y 94. En relación con el bloque de constitucionalidad se puede ver la siguiente línea jurisprudencial: Sentencia C 225 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero; Posición reiterada en Sentencias C 578 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C 358 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y; Sentencia C 191 de 1998.

mutuamente coordinadas. Por lo pronto, ambas deben estructurarse, con énfasis variable según las etapas del doble y parcialmente traslapado proceso, en torno a un balance entre las exigencias derivadas del derecho a la paz y de los derechos de las víctimas a la verdad, el castigo, la reparación y la garantía de no-repetición. En el corto plazo debe cobrar un mayor peso el derecho a la paz, en cuanto precondition para la plena realización de la justicia, en el largo plazo debe, en cambio, tener un mayor peso el derecho a la justicia como garantía de una paz sostenible. Sobre la base de equilibrios axiológicos variables para los distintos momentos, los programas de DDR deben responder, tanto a las lógicas de la paz como a las lógicas de la justicia. Siguiendo esta lógica y a manera de ejemplo, los procesos de DDR deberán ser concebidos no solamente como dispositivos orientados hacia la obtención de una paz negativa, sino también y sobre todo hacia la garantía de no repetición.

La racionalidad de la paz negociada y la de la justicia post-conflicto deben soportar fuertes tensiones. Mientras esta última se orienta cada vez más, siguiendo la “Herencia de Nüremberg”, hacia el juzgamiento de las cúpulas, la primera, en cambio, recomienda el otorgamiento de inmunidad a esas mismas cúpulas por cuanto suelen ser sus miembros quienes lideran las negociaciones. En ese sentido, resulta importante tener en cuenta, por lo pronto, que el “máximo responsable” no necesariamente coincide con aquellos que ocupan el lugar más alto en la jerarquía de dichas organizaciones.

236. En el cumplimiento de su obligación de reconocer y de honrar a las víctimas del conflicto armado, el Estado no debe dejar por fuera a las víctimas políticas complejas. La mayor parte de las víctimas que resultan de las confrontaciones armadas no-internacionales son víctimas inocentes, personas sin ninguna responsabilidad política en los hechos que condujeron a su victimización y que estaban en el momento y en el lugar equivocados cuando las máquinas de guerra, inmersas en luchas por territorios, las sorprendieron en desarrollo de su vida cotidiana y las sometieron a toda suerte de maltratos. El caso colombiano no constituye, en este sentido, una excepción. Suele presentarse, sin embargo, un porcentaje variable de víctimas de los conflictos armados no-internacionales, que puede ser calificado como integrado por figuras de “zona gris”, personas en quienes de distintas maneras se colapsan los roles del victimario y de la víctima, y que incluye lo que podemos llamar “víctimas políticas complejas”. Tampoco bajo este respecto constituye el caso colombiano una excepción.

Los grandes discursos humanitarios están básicamente orientados a la protección de las víctimas inocentes que integran el grupo mayoritario. Está bien que así sea. Las víctimas inocentes tienen el derecho y el Estado tiene el deber de reconocerlas y de repararlas de manera integral de conformidad con los estándares que el derecho ha ido consolidando para ello. A ello se orienta, por lo pronto, la llamada “Ley de Víctimas”, recientemente expedida por el Congreso de la República y que deberá ser implementada en el curso de los años por venir. Las víctimas políticas complejas, en cambio, no pueden ser reconocidas como tales y no gozan de protección alguna frente al derecho, a menos que se las haga pasar por víctimas inocentes.

La invisibilización sistemática de la existencia de víctimas políticas complejas y en general, de figuras de zona gris, propia de los discursos humanitarios hegemónicos pero sobre todo de los procesos judiciales de construcción de verdad implica –por lo menos en la medida en que no se establezcan escenarios complementarios de construcción de verdad- graves distorsiones representacionales en torno a la naturaleza del conflicto. La

supresión coactiva de la memoria colectiva en torno a las “razones de los victimarios” y a las “culpas políticas de las víctimas” en los escenarios judiciales, implica el ocultamiento de las dimensiones más horizontales y políticas de la confrontación armada, la vuelve incomprensible en sus dinámicas y en sus motivaciones, aleja la verdad judicial de la verdad histórica y favorece la polarización.

237. De la misma manera que el conocimiento de la verdad de la violencia en blanco y negro, también el conocimiento de la verdad sobre los grises de la guerra es un derecho de la sociedad y no satisfacerlo implica impunidad en lo que atañe al deber estatal de establecer la verdad y la memoria de lo sucedido. Sin una adecuada comprensión de lo que pasó, con todas sus complejidades, no quedan garantizados plenamente los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición.

Ignorar los grises es, además, contrario al derecho a la paz en cabeza de la sociedad. La búsqueda de la paz, a manera de fin superior, adecuadamente sopesado con los derechos de las víctimas –incluidos los derechos de las víctimas políticas complejas a ser reconocidas como tales y sin necesidad de mentir sobre su identidad-, debe orientar, en el desarrollo de la transición, los diseños y las prácticas estatales de la llamada justicia post-conflicto.

La satisfacción del derecho colectivo a la verdad y del deber estatal de recordar implican que la verdad de los grises sea establecida, preservada y difundida en forma adecuada, siguiendo normas, pautas y criterios similares a los previstos para la verdad y la memoria en su conjunto. En este sentido, la ley deberá definir, mediante el uso del principio de oportunidad o de cualquier otra fórmula jurídica adecuada, mecanismos que le garanticen inmunidad judicial, seguridad y aun un escenario público, a aquellas víctimas políticas complejas que quieran y estén dispuestas a contar la verdad y aun a pedir perdón.

238. En el ámbito de la justicia transicional se deben reforzar especialmente los derechos procesales de las víctimas, pero tratando de evitar que se rompa el equilibrio de derechos que haga posible la paz negociada. En el marco de un Estado democrático de derecho como el colombiano, la política criminal, tanto la ordinaria como la extraordinaria si la hay, no puede estar sensatamente concebida sino como transversalmente atravesada por un difícil balance entre los derechos del reo y los derechos de las víctimas. Hay buenas razones, sin embargo, para pensar que mientras en el ámbito de la política y del derecho penal ordinarios, sobre todo en lo que atañe a desviaciones conductuales individuales, dicho balance debe implicar un equilibrio a favor de los derechos del reo; en el ámbito del crimen organizado, pero más en general en el de lo extraordinario y transicional, el mismo balance debe implicar un equilibrio a favor de los derechos de las víctimas. Y es que mientras en el ámbito de lo ordinario el hecho –axiomatizado- de fuerza más protuberante es la infinita asimetría de poder entre el Estado y el individuo presuntamente desviado; en el ámbito de la delincuencia organizada pero también y acaso sobre todo en el de la guerra y de lo extraordinario, en cambio, el hecho de fuerza más protuberante y que sirve de premisa al derecho es la asimetría de poder entre las máquinas de guerra –incluida la del Estado- y la población civil por ellas victimizada. Lo anterior no significa, por supuesto, que los derechos del reo y del sentenciado puedan ser tirados por la borda. El equilibrio entre los derechos del reo y los de las víctimas es extremadamente delicado en el mundo de la paz negociada. Cualquier debilitamiento procesal de los derechos del reo constituye una

amenaza para la estabilidad de las negociaciones y para la disponibilidad de los guerreros a someterse a los dispositivos de una justicia post-conflicto.

239. Las política de paz y de justicia post-conflicto son políticas extraordinarias. A pesar de que las fronteras entre el conflicto armado y la paz son porosas tanto en el espacio como en el tiempo, el reconocimiento de la existencia del primero debe ser – como lo ha entendido el Gobierno actual- el eje de la distinción entre una política extraordinaria y transicional, y una política ordinaria y estable en materia criminal.

Para evitar que concesiones extraordinarias en el ámbito de la paz negociada y de la justicia transicional favorezcan la desestructuración de la justicia ordinaria es importante diseñar mecanismos que permitan separar los dos ámbitos. En una sociedad como la colombiana en la cual coexisten y mutan en el espacio y en el tiempo, zonas de conflicto armado y zonas de paz y de relativa tranquilidad ciudadana, resulta de la mayor importancia establecer mecanismos para evitar que en su inevitable convergencia y simultaneidad, las respuestas estatales extraordinarias y ordinarias se permeen y se desestructuren recíprocamente. Se trataría, con ello, de evitar tanto la ordinarización de lo extraordinario como la extraordinarización de lo ordinario.

En el Gobierno anterior se optó –acaso sobre todo por razones político-simbólicas- por confundir terminológicamente lo ordinario y lo extraordinario en desarrollo de una política de seguridad y criminal orientadas a hacer la guerra mientras simultáneamente se negaba discursivamente su existencia. A pesar de que el compromiso del pasado Gobierno con una política de “Seguridad Democrática” dejó como saldo unos resultados operacionales importantes en materia de debilitamiento de las guerrillas, los costos de esa confusión conceptual en términos de claridad diagnóstica e inseguridad regulatoria han sido desastrosos. Sobre la premisa de que coexisten en nuestro país zonas de conflicto y zonas de paz, la política criminal debe diseñarse de manera que podamos distinguir entre tratamientos ordinarios y extraordinarios según las circunstancias. Para el efecto resulta fundamental, además, inmunizar el derecho penal ordinario, de forma tal que el derecho penal extraordinario y transicional, regulatorios del conflicto y de la transición, recuperen su capacidad para nombrar y para regular la difícil realidad que les atañe, pero sin permear y sacrificar la racionalidad del derecho penal ordinario.

240. Las leyes que desarrollen el marco normativo para la paz deberán someterse a una condición suspensiva para su aplicación. Para evitar que los criterios extraordinarios de selectividad que resulten de los desarrollos legales del proyecto de acto legislativo para la paz que se discute en el Congreso de la República, se trasladen de manera socialmente y políticamente inconsulta a otros ámbitos de la justicia como son el de la ley de justicia y paz, y el de la justicia penal militar, y aun al de la justicia ordinaria, pero así mismo, para reforzar el liderazgo presidencial en la conducción de la paz negociada, las leyes que se expidan en ese sentido, deberán quedar suspendidas en su aplicación hasta cuando el Presidente de la República, mediante decreto, determine que están dadas las condiciones para iniciar una negociación de paz.

Para favorecer la congruencia mínima que debe existir entre los campos de lo extraordinario y lo ordinario, el derecho penal ordinario debe preservar su apego a los principios de un derecho penal mínimo. Distinguir entre lo transicional y lo permanente plantea serios problemas de legitimidad en la medida en que implica el reconocimiento de dobles estándares de tratamiento de lo delincencial que pueden resultar ofensivos

del sentido de justicia en cuanto apuntalado sobre el principio de igualdad. Supuesta la necesidad de preservar la distinción, resulta necesario, sin embargo, tratar de reducir hasta donde sea posible la altura de la diferencia entre lo ordinario y lo extraordinario. Al fin y al cabo, mientras mayor sea la inclinación del terreno que separa los dos ámbitos a lo largo de su extensa y abrupta zona de frontera, mayor va a ser la propensión a que aquí o allá y con direcciones variables los contenidos de un ámbito fluyan hacia el otro.

Bajo el entendido de que en un horizonte de paz negociada la justicia post-conflicto debe implicar importantes concesiones en materia de castigo, para poder reducir hasta el mínimo posible la altura de la diferencia entre lo extraordinario y transicional, y lo ordinario y permanente, se deberá propender por una política criminal ordinaria comprometida con los principios de un derecho penal mínimo. Por lo pronto, resulta absurdo que mientras la política post-conflicto busque ponerle fuertes límites al punitivismo humanitario la política ordinaria se oriente en cambio en la dirección de un punitivismo excesivo.

241. En el tratamiento del crimen organizado y en la medida de lo posible, deberá darse prioridad a los instrumentos de policía y de inteligencia antes que a los instrumentos militares. El crimen organizado, sobre todo bajo la modalidad del narcotráfico, es sin duda un puente entre los mundos de la criminalidad común y la criminalidad del conflicto armado. Está articulado y ejerce con frecuencia su violencia también en ambos. Así por ejemplo, en su informe sobre la masacre de “La Rochela” (1989), el grupo de Memoria Histórica de la CNRR, para poder entender adecuadamente el caso y en general, para poder entender la violencia bélica contra los jueces durante las tres décadas transcurridas entre 1979 y 2009, debió catalogar al narcotráfico como un actor vinculado al conflicto¹⁷². Otra cosa bien distinta es, por supuesto, que el hecho de que el narcotráfico –y aun organizaciones asimiladas a él como las BACRIM- actúe más horizontalmente y a manera de red que a la manera vertical de los aparatos jerarquizados y burocratizados de guerra, pueda ser determinante para que se prefiera perseguirlo, independientemente de que esté o no presente en el mundo de la guerra como aliado de una u otra máquina militar, con los recursos de inteligencia de la policía, de la policía judicial y del sistema judicial ordinario, en general.

c. Corrupción

242. La corrupción es la intromisión de intereses privados en la lógica de lo público.

La corrupción es un fenómeno que afecta a los Estados contemporáneos y que tiene unos efectos considerables en los presupuestos de los países y en los índices de desarrollo humano. La corrupción puede ser definida como la intromisión de intereses privados en la lógica de lo público que se basa en el interés común y en el bienestar de todas las personas.

La corrupción también puede darse en las empresas privadas, pero ello se da cuando se violan las reglas del mercado, esto es, cuando se usa como incentivo para violar el libre

¹⁷² En el informe de “La Rochela” se evidencia la necesidad de incorporar a los narcotraficantes como determinadores de la masacre, siendo esto condición de posibilidad para determinar los móviles de crímenes de sistema. *Ibidem*. Páginas 57 y ss.

desarrollo del mercado. Sin embargo, para los efectos de una política criminal solo interesa el problema de la corrupción del sector público.

El informe de Desarrollo Humano para América Central 2009-2010 la define como “*la apropiación indebida del patrimonio colectivo o público*” y la considera como un delito silenciado, pues no es alto el nivel de denuncia y suele darse con la complicidad o autoría de los agentes estatales.

242. La política criminal se ha concentrado en los grandes acontecimientos y se ha olvidado de la llamada corrupción gris.

La política criminal tradicionalmente ha operado de manera reactiva frente a los grandes desfalcos y ha concentrado la actividad del Estado en la prevención de este tipo de hechos. Sin embargo, los pequeños actos de corrupción cotidiana, que afectan la transparencia del Estado y la legitimidad de las relaciones de la ciudadanía con el mismo, son silenciados y, en muchos casos, legitimados. Los pequeños cohechos y los actos de clientelismo no son considerados por la ciudadanía como actos de corrupción y son pasados por alto por las políticas tendientes a prevenirlas. No es suficiente con una política de eliminación de trámites, también es necesario un proceso estricto de depuración.

243. La corrupción produce daños a la confianza ciudadana y a la efectividad del Estado.

La literatura sobre la fragilidad estatal destaca dos elementos para determinar la fortaleza de un Estado: la legitimidad y la eficiencia. La corrupción es el resultado y la causa de la fragilidad del Estado. Al afectar la confianza de la ciudadanía hace del Estado un ente con problemas de legitimidad y de aceptación en la ciudadanía, con el consiguiente efecto de pérdida de cumplimiento de las normas. Los efectos económicos de la corrupción hacen que el Estado sea más ineficiente en la prestación de servicios y que pierda alcance en zonas de periferia.

244. Existen diversos factores que hacen posible la corrupción, como son los culturales, los institucionales y los políticos.

La corrupción es el resultado de múltiples factores y, por tanto, una política criminal que busque prevenirla no se puede concentrar en uno solo de ellos. Así la corrupción es el resultado de problemas de cultura ciudadana y de cultura política, como la cultura del vivo; de instituciones débiles que son incapaces de aplicar la ley, en especial en el sector justicia; de fallas de regulación, con normatividades complejas que permiten que surja la oportunidad para corromper o para que el agente estatal se corrompa; ausencia de un sistema transparente de accountability de manera que la ciudadanía se apropie del control de la gestión pública y los agentes estatales se sientan responsables frente a la ciudadanía; existencia de incentivos perversos producto de normatividades complejas y de inadecuadas situaciones laborales.

245. La macro-corrupción y el crimen organizado están íntimamente ligados y es necesario abordar los dos problemas de manera conjunta.

La corrupción a menor escala es un problema individual que es resultado de diversos factores. La corrupción se asocia con frecuencia al narcotráfico como el resultado de procesos de pérdida de legitimidad estatal. En todo caso, tanto uno como otra son el resultado de procesos políticos más profundos. Cada sociedad tiene diferentes tipos de corrupción y solo algunos de ellos tienen la potencialidad de generar industrias ilegales. Cuando esto sucede, como en el caso colombiano, es necesario el desarrollo de una política integral que ataque los diferentes problemas conectados a la corrupción estatal.

246. El sistema penal debe ser ajustado para permitir la sanción a las personas jurídicas involucradas en casos de corrupción.

La responsabilidad penal ha sido tradicionalmente considerada de manera individual. Es necesario adaptar las estructuras legales del país para permitir la sanción de las personas jurídicas. Sin embargo, debe abrirse la discusión respecto a la necesidad de un derecho sancionatorio de las empresas que no sea necesariamente penal.

247. La corrupción tradicionalmente produce procesos de captura del Estado. En casos como el colombiano, de fragilidad estatal, se producen situaciones de reconfiguración cooptada del Estado.

La corrupción se suele ver como parte de procesos de cooptación del Estado, en donde los agentes económicos particulares introducen lógicas privadas en el manejo de lo público. Un extremo de esta situación se da cuando el Estado carece de la capacidad para controlar su territorio y para imponer las normas en todo el territorio nacional. En tales contextos de fragilidad surgen actores que controlan la producción de normas del Estado. En estos casos los actores privados no cooptan al Estado sino que lo reemplazan en la prestación de ciertos servicios, especialmente seguridad, y para ello se valen de recursos públicos. La reconfiguración cooptada garantiza la supervivencia del grupo y el desarrollo de su actividad criminal. En un estado avanzado el grupo criminal se confunde con el Estado hasta alcanzar una reconfiguración que se puede llamar criminal.

d. Sobre la delincuencia económica y su incidencia en la política criminal.

248. El Derecho penal económico tutela los fundamentos económicos del Estado Social de Derecho: la libertad económica, la libertad sindical y la libre iniciativa privada; la protección del Derecho a la propiedad limitada por el interés general y orientada por su función social y ecológica; la protección del medio ambiente y de los recursos naturales; y la intervención del Estado en la economía por razones de interés público.

249. La tipificación de los delitos económicos se ha concentrado en el Código penal y no en leyes especiales. En todo caso, no todos los delitos económicos se encuentran entre los llamados delitos contra el orden económico social, pues existen algunas conductas punibles como los delitos contra los derechos de autor o los delitos contra la hacienda pública que se encuentran en otras secciones del Código penal.

250. La criminalidad económica tiene por objeto la obtención de un beneficio económico, por ello, los mecanismos político criminales para su prevención y represión

deben estar dirigidos a identificar y eliminar cualquier rendimiento económico que pueda derivarse de la misma.

251. La criminalidad económica es profesional y organizada, por ello las autoridades instituidas para su represión deben ser igualmente entidades constituidas por profesionales especializados y las herramientas para la lucha contra este fenómeno deben ser las adoptadas para la lucha contra la criminalidad organizada siempre y cuando sean compatibles con las garantías constitucionales.

252. El principio de oportunidad es una herramienta muy importante para la política criminal en materia de delitos económicos que permite a la fiscalía seleccionar los casos de mayor relevancia para el ejercicio de la acción penal y frente a los demás posibilita que exista una indemnización a las víctimas. Desafortunadamente, tal como señala la Corporación Excelencia en la Justicia, el principio de oportunidad en Colombia no se está utilizando suficientemente y ello genera múltiples problemas de política criminal.

253. Se debe procurar establecer, a nivel legislativo, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia de delitos económicos. En todo caso, la imposición de responsabilidad penal a las personas jurídicas debe estar precedida de un análisis detallado sobre sus consecuencias económicas, sociales y, especialmente, laborales.

254. Debe evitarse la doble imputación de los delitos económicos: penal y administrativo sancionatoria.

En este sentido, se deben buscar mecanismos para evitar la doble imputación, penal y administrativo sancionatoria, de una misma conducta, bien sea a través de la delimitación de las conductas sancionadas o mediante criterios como la gravedad del daño, la calificación del sujeto activo o la existencia de elementos subjetivos especiales.

255. La ausencia de una delimitación clara entre los delitos y las faltas administrativas en materia económica ha generado que muchos de aquellos tengan un carácter netamente simbólico y escasa aplicación, pues si se emplearan masivamente sería imposible judicializarlos. Por ello, sería más efectivo que las conductas cuantitativamente menos graves fueran sancionadas por el Derecho administrativo sancionador, siempre y cuando se garanticen dentro del mismo las garantías del derecho de defensa, el debido proceso y la doble instancia.

e. Sobre la política de drogas y su incidencia en la política criminal.

256. La formulación de las políticas antidroga debería estar basada en la información disponible sobre qué funciona, qué no y a qué costo.

En otras palabras, la evidencia científica, y no la ideología, debería guiar el diseño de las políticas antidroga. Las políticas basadas en la evidencia no solo son, en general, más eficaces: estimulan al mismo tiempo un debate más abierto sobre la mejor manera de enfrentar un problema complejo, en cierta medida irresoluble. Para lograr este objetivo el gobierno colombiano debe redoblar los esfuerzos, tanto al interior del gobierno como con el apoyo de centros independientes que monitoreen los mercados ilegales de drogas y hagan un seguimiento pormenorizado a la efectividad de la lucha antidroga.

257. La guerra contra la producción y tráfico de cocaína debe reorientarse.

La evidencia disponible señala de manera casi definitiva que la aspersión aérea y la erradicación manual de cultivos ilícitos han sido muy costosas y poco eficaces en reducir la producción de cocaína. Las campañas de aspersión aérea de cultivos ilícitos no sólo son extremadamente costosas e ineficaces en reducir los cultivos de coca y la producción de cocaína, sino que también generan daños colaterales sobre el medio ambiente, la salud humana y crean inestabilidad social asociada con niveles muy bajos de apoyo y aceptación de las instituciones del Estado. Por el contrario, la interdicción de envíos de cocaína al exterior, así como la detección y destrucción de laboratorios y cristalizaderos para el procesamiento de hoja de coca en clorhidrato de cocaína, parecen mucho más eficaces como estrategias antinarcóticos, pues golpean aquellos eslabones de la cadena que mayor valor agregado producen (en Colombia) y se enfocan en grupos que realmente se benefician de este negocio ilegal.

258. El control de precursores químicos es operacionalmente muy difícil de implementar. Si se va a hacer, éste debe enfocarse en aquellos precursores que son difícilmente sustituibles por otros químicos en el proceso de transformación de hoja de coca en pasta, base y clorhidrato de cocaína.

La Policía Nacional cuenta con información muy detallada del proceso químico que se emplea para la producción de clorhidrato de cocaína; el gobierno nacional debería utilizar este amplio conocimiento para priorizar las labores de control de precursores químicos que son difícilmente sustituibles. Para lograrlo, la Fiscalía General de la Nación debe ampliar la capacidad de la organización para apoyar las incautaciones y darle mayor movilidad a los fiscales encargados de apoyar las labores de interdicción que llevan a cabo las Fuerzas Armadas.

259. La lucha contra el micro tráfico y el tráfico al por mayor debe estar enfocada principalmente en aquellos jugadores (eslabones) que más violencia y daños colaterales generan.

Este es un tema de priorización de los recursos y de eficiencia en la lucha contra la producción y tráfico de drogas, y no simplemente una renuncia a perseguir ciertos tipos de actividades ilegales y delitos. Las penas para estos delitos deberían guardar proporcionalidad con el tamaño del tráfico y los daños colaterales causados. Esto es de vital importancia, especialmente cuando el gobierno colombiano está preparando un nuevo Estatuto Nacional de Drogas que será presentado al Congreso de la República.

260. Los controles en contra del lavado de activos en Colombia son cada vez más severos y sofisticados. Los resultados en lo que tiene que ver con lavado de activos a través del sistema financiero son incuestionables. Sin embargo, hay algunos canales que han recibido menor atención y deberían ser el foco de atención de las políticas en contra de este delito hacia el futuro, como son el contrabando y la sobre (sub) facturación de exportaciones (importaciones).

261. La ausencia de políticas encaminadas a prevenir el consumo de drogas y a tratar a los adictos, es preocupante. La responsabilidad no solo recae en el Gobierno. En muchos de los países líderes en el diseño de políticas preventivas, las organizaciones no

gubernamentales y la sociedad civil desempeñan un papel preponderante. Una de las prioridades del gobierno debería ser la de acompañar el trabajo de las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil, y financiar parcialmente sus actividades.

262. El consumo personal no problemático no debería estar penalizado ni criminalizado.

A pesar de ser un tema muy difícil de definir operacionalmente, la ley se puede basar en experiencias internacionales para definir unos niveles críticos de porte de drogas (diferenciados por tipo de droga) por debajo de los cuales el tema se trata como un tema de porte para el consumo personal (dosis mínima).

263. El consumo adictivo de drogas debe ser tratado como un problema de salud pública y deben crearse los mecanismos adecuados para proveer programas de tratamiento solamente cuando ya se han intentado otros mecanismos.

En este punto debería enfatizarse más el trabajo en conjunto con organizaciones no gubernamentales y organizaciones de la sociedad civil que tienen experiencia en el tratamiento y control del consumo de drogas. Uno de los grandes “cuellos de botella” para la efectividad de los programas de tratamiento para el consumo crónico de drogas no es de oferta (i.e. la falta de centros de atención o de profesionales especializados), sino de demanda: los adictos, en muchas ocasiones, simplemente no quieren acceder a los tratamientos. Existen experiencias internacionales como el programa HOPE (en Hawaii) que podrían ser tenidos en cuenta a la hora de diseñar políticas de reducción del consumo para personas recurrentes (con problemas crónicos de consumo) que además infringen reiteradamente la ley.

264. En materia internacional, el gobierno colombiano tiene el conocimiento y la autoridad para promover un amplio debate sobre la efectividad de la actual postura prohibicionista. La coyuntura actual en países como México y Brasil, donde la violencia relacionada con actividades del narcotráfico ha crecido sustancialmente, debería servir para promover un diálogo global sobre las políticas antidroga y para buscar nuevos aliados estratégicos en este empeño. A pesar de que el actual gobierno ha dado señales claras de estar abierto a discutir la efectividad de la actual postura prohibicionista, a nuestro juicio, éste debería jugar un papel más activo, y promover un debate amplio e informado, que esté basado en la evidencia y que logre trascender las posturas ideológicas y las opiniones preconcebidas. En efecto, la evidencia disponible muestra que el prohibicionismo ha fracasado como estrategia para enfrentar el abuso de sustancias psicoactivas pues no ha reducido la producción ni el abuso de estas drogas, pero en cambio ha inducido terribles sufrimientos y ocasionado enormes daños. En particular, por su gran rentabilidad, el mercado ilícito de las drogas ha atraído y alimentado mafias con una terrible capacidad de corrupción y violencia, como bien lo sabemos los latinoamericanos. Y además existen alternativas concretas, factibles y relativamente comprobadas. Pero el statu quo internacional no se modificará hasta que un actor clave como Colombia no dé el primer paso. Y de allí la enorme responsabilidad del Gobierno colombiano de impulsar ese debate internacional.

265. En materia de política exterior, el gobierno colombiano debe centrar la atención en los efectos positivos sobre las políticas anti-droga implementadas en Colombia de las políticas de reducción de demanda en los países consumidores.

Hay razones de fondo para pensar que el gran beneficio para Colombia en el largo plazo en materia de política anti-drogas interna proviene de estos programas de prevención y tratamiento y de campañas educativas que busquen disminuir el consumo de drogas en los países consumidores. Si bien Colombia ha hecho un esfuerzo enorme por conseguir financiación para los diferentes frentes de la guerra contra las drogas, en el mediano plazo la única solución al problema del narcotráfico en Colombia es aquella que disminuya los incentivos a involucrarse en este negocio ilegal de manera permanente. Las campañas enfocadas en disminuir la demanda, si son implementadas de manera efectiva, pueden quitar presión sobre los precios de las drogas ilícitas, bajar los márgenes de rentabilidad de este negocio y desincentivar a productores y traficantes locales a involucrarse en estas actividades.

f. Sobre el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente y la política criminal.

266. Se deben desarrollar políticas de prevención de la violencia entre y contra jóvenes y niñas/os que tengan como finalidad la plena inclusión y participación en el desarrollo de su entorno.

Niñas, niños, adolescentes y jóvenes encuentran factores de violencia en todos los espacios de su vida cotidiana: familia y hogar, escuela y otras instituciones, trabajo y entorno comunitario, es clave que las políticas públicas de prevención contemplen también todos esos escenarios, y apunten a fenómenos múltiples desde factores más materiales hasta la transformación de imaginarios.

Las políticas públicas de juventud y de prevención de violencia deben responder a los derechos, necesidades y expectativas de las niñas, niños, adolescentes y jóvenes y garantizar así el pleno ejercicio de los derechos humanos y de los derechos sociales (salud con especial énfasis en salud sexual y reproductiva, vivienda digna, educación, etc.), económicos (empleo, oportunidades), culturales (libertad, desarrollo pleno y respeto por sus identidades y posibilidad de expresión de las mismas) así como los derechos civiles y políticos que permitan la plena inclusión y participación en el desarrollo de su entorno. Estas políticas persiguen por lo tanto un escenario con menores riesgos para la incorporación de la juventud en la violencia. En ese sentido, la traducción de estas políticas en programas de emprendimiento, salud sexual y reproductiva, fortalecimiento de organizaciones indígenas, etc. pueden considerarse, por tanto, iniciativas de prevención de las violencias. Es importante también desarrollar políticas de prevención del consumo de drogas y alcohol, en tanto uno de los factores de exclusión y violencia es el abuso de las drogas por parte de jóvenes y adolescentes.

267. El Sistema de Responsabilidad Adolescente en Colombia hace un uso excesivo de la privación de libertad, pese al hecho de contar con mecanismos alternativos al uso de la prisión para los y las jóvenes en conflicto con la ley.

El Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente lleva casi 40 meses de existencia. En esos cuarenta meses se observa que la libertad asistida y la imposición de reglas de conducta son las principales sanciones a las que él acude. Sin embargo, se observa que en el mismo período de tiempo el internamiento en medio semicerrado y la privación de la libertad han ido en aumento, lo que muestra una mayor preferencia por las medidas privativas de la libertad. Las propuestas de reforma que se han insinuado en el segundo

semestre de 2011 apuntan a un aumento del uso de la privación o de la restricción de la libertad, por considerar que la criminalidad de los y de las jóvenes afectan las condiciones de seguridad de la ciudadanía. Las cifras recogidas por el PNUD para el Informe de Desarrollo Humano para América Central, que trata precisamente sobre seguridad ciudadana, no muestran una incidencia importante de la criminalidad de los adolescentes menores de edad en las tasas de criminalidad, pese a ello existe el mito que los y las jóvenes son los/las mayores responsables de la criminalidad urbana.

Si bien se ha hecho un uso del principio de oportunidad, lo cierto es que en el 93% de los casos se ha autorizado la privación o la restricción de la libertad de los o de las adolescentes. Los datos existentes muestran la poca importancia que tiene el principio de oportunidad en el sistema pese a que en la doctrina internacional se aconseja tomar todas las medidas necesarias para evitar la intervención del sistema y para evitar el uso de la pena privativa de la libertad.

268. El modelo del SRPA desarrollado por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño se basa en el respeto y protección de derechos. Sin embargo, en América Latina, y en Colombia, se observa una involución autoritaria y el desarrollo de un modelo de restricción de derechos que ha sido denominado neomenorismo.

El reconocimiento de la responsabilidad penal de los y de las adolescentes no puede conducir a una política que abogue por la eliminación de las diferencias que existen entre el SRPA y el sistema penal para personas adultas. Igualmente, es importante no caer en políticas de populismo punitivo que buscan la maximización de la intervención penal a través de la reducción de la edad de imputabilidad penal de los y de las adolescentes.

A partir del año 1997 se da un proceso de involución autoritaria que se caracteriza por el desmantelamiento de los derechos que protegen a los y a las adolescentes dentro del proceso penal, con fuertes impulsos por la reducción de la edad de responsabilidad penal. Como lo señala García Méndez, “se trata ahora, no tanto del aumento de la verborragia represiva, sino mucho más sutilmente del desmantelamiento sistemático, jurisprudencial, normativo y fáctico de todo tipo de garantías destinado a facilitar la utilización de la privación de la libertad, como una forma reforzada de política social, muy especialmente para los adolescentes pobres de las periferias de los grandes conglomerados urbanos”. Esta nueva forma de populismo punitivo se caracteriza por una retórica en la que se utilizan los derechos de la infancia y de la adolescencia precisamente para pasar a su recorte y para adoptar políticas de mano dura.

La involución autoritaria se ha caracterizado por el surgimiento de una concepción de los derechos de los y de las adolescentes como necesitados de una suerte de tutela por parte de los jueces. Esta concepción, calificada como neomenorismo, sugiere recuperar los aspectos positivos del modelo tutelar para un mejor control de los y de las adolescentes.

En contra del neomenorismo es importante destacar que a la luz de la CIDN los niños y las niñas son sujetos de derechos y, por tanto, la intervención estatal solo es posible para la protección efectiva de tales derechos. En el caso de la responsabilidad penal de los y de las adolescentes es necesario señalar que su investigación y juzgamiento se debe dar

en el marco de un sistema de garantías que les protege y que limita la acción del Estado. En suma, se trata ahora de protección de derechos y no de un modelo tutelar.

269. El reconocimiento de los niños y las niñas como sujetos de derechos conduce al desarrollo de mecanismos que hagan efectivos tales derechos, en especial mediante políticas sociales, y no sólo con mecanismos individuales de protección.

La consideración de los niños y las niñas como sujetos de derechos es la gran transformación que se consigue con la CIDN y con los otros instrumentos internacionales. El modelo tutelar es reemplazado por un modelo garantista y fundamentado en los derechos. Los rasgos centrales de la doctrina de la protección integral son los siguientes: consideración de los niños y de las niñas como sujetos plenos de derechos; reconocimiento de todos los derechos para todos los niños y todas las niñas y adolescentes; la diferenciación entre niñas, niños y adolescentes víctimas de violaciones y adolescentes acusados de delitos; y, el establecimiento de una diferenciación entre protección social y protección jurídica.

El reconocimiento de los niños y de las niñas como sujetos de derechos y la distinción entre víctimas y victimarios supone que se establezcan mecanismos para la efectividad de los derechos declarados, pues no se trata de una cuestión de caridad o de buena voluntad de las instituciones, sino de un reconocimiento de los derechos como límite a la acción del Estado, pero también entendidos como fundamento para la acción del mismo. Ello supone la promoción de políticas sociales de inclusión y no solo mecanismos individuales de protección individual de los derechos.

La condición de sujeto de derechos limita la actuación de los jueces, pues ahora se ven limitados por el principio de legalidad y por otros derechos fundamentales de las personas, tales como las reglas del debido proceso. Dado el carácter del derecho penal y de sus sanciones, se trata de que la privación de la libertad sea limitada y sea la última medida, en todo caso que sea excepcional, alternativa y por un tiempo breve.

270. El principio del interés superior del niño supone que el Estado no puede limitarse a las meras declaraciones normativas sino que debe asegurar la efectiva protección de los derechos de los niños y de las niñas.

El principio del interés superior del niño apunta a la satisfacción de sus derechos fundamentales. No se puede aducir ningún interés superior a la garantía y protección de tales derechos. Esto se relaciona directamente con el principio de efectividad de los derechos. Esto es, no basta con que los derechos sean reconocidos por las constituciones o las leyes, además es necesario que el Estado asegure la existencia de instituciones eficaces que garanticen el libre y pleno ejercicio de los derechos de los niños y de las niñas.

271. El SRPA debe garantizar en todo momento y en todas sus etapas los derechos de los y las adolescentes a un proceso justo y dentro del marco establecido por las reglas del debido proceso.

El proceso judicial debe ser justo, esto es, deber reunir ciertas condiciones para que de él se pueda predicar su validez. En el juicio se debe garantizar a la persona procesada

su derecho a ser oída y su derecho a contar con asistencia técnica para así procurar un equilibrio de posibilidades con respecto al acusador.

El proceso penal en el sistema penal adolescente se debe caracterizar por ser garantista, asegurar el interés superior del niño o de la niña, ser rápido y ágil, basado en un derecho penal de acto y en el principio de culpabilidad, guiado por el principio de mínima intervención, y por ello la pena de prisión no es la medida principal sino que se trata de una medida que se reserva para los casos más graves.

Uno de los elementos fundamentales de todo proceso penal es la demostración de todos los elementos que permitan la imputación objetiva y subjetiva del hecho a la persona. Estos elementos también deben ser demostrados en el proceso penal de los adolescentes. Por ello, las condiciones personales del o de la adolescente no justifican la intervención penal. Actos como el uso de tatuajes o la pertenencia a pandillas, en tanto no son actos delictivos por sí mismos, no pueden justificar la intervención penal en contra de los o de las adolescentes.

272. Dentro del SRPA se debe garantizar que los y las adolescente no sean sometidos/as a restricciones innecesarias y no razonables de su libertad.

El principio de presunción de inocencia es uno de los principios fundamentales del proceso penal. Esto es aún más evidente en el sistema de responsabilidad penal adolescente. Teniendo en cuenta la finalidad educativa y de inclusión social que tiene el sistema, se trata de garantizar que los menores no sean sometidos, a menos que sea estrictamente necesario, a penas restrictivas o privativas de la libertad. En todo caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH registra que pese a la existencia normativa de medidas como la libertad asistida, la vigilancia por una institución no penal, o algunas restricciones a abandonar el país, en la mayor parte de los países se hace uso de la detención preventiva, asumiendo que el o la adolescente no comparecerán al proceso o haciendo de la detención preventiva una pena anticipada dentro del proceso penal.

En todo caso, la detención preventiva dentro del sistema de responsabilidad penal adolescente debe ser una medida excepcional, debe ser lo más breve posible –lo que supone que la investigación y el juzgamiento deben ser justos y rápidos–, y debe ser revisada periódicamente. En cuanto a su ejecución debe garantizarse la separación entre detenidos y condenados y entre adolescentes y adultos.

