

COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL

RESUMEN EJECUTIVO

Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano

Junio de 2012



MinJusticia
Ministerio de Justicia
y del Derecho

APC Colombia
Agencia
Presidencial
de Cooperación
Internacional
de Colombia



UNIÓN EUROPEA



RESUMEN EJECUTIVO

Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano

COMISIONADOS

Iván González Amado, Presidente

Yesid Reyes Alvarado, Vicepresidente

Camilo Sampedro Arrubla

Carlos Guillermo Castro Cuenca

Daniel Mejía Londoño

Farid Benavides Vanegas

Iván Orozco Abad

Julio Andrés Sampedro Arrubla

Julissa Mantilla Falcón

María Victoria Llorente Sardi

Mariana Martínez Cuéllar

Rodrigo Uprimny Yepes

Carlos Augusto Gálvez Bermúdez, Secretario Académico

Junio de 2012



MinJusticia
Ministerio de Justicia
y del Derecho

APC
Colombia | Agencia
Presidencial
de Cooperación
Internacional
de Colombia



UNIÓN EUROPEA

Tabla de contenido

Agradecimientos	4
1. Presentación	6
2. Introducción	7
3. Enfoque y perspectiva	8
4. Primera Parte: El Diagnóstico	9
4.1. El marco normativo	9
4.2. Los problemas en la formulación de la política criminal colombiana	9
4.3. La tendencia al “populismo punitivo”	9
4.4. La política criminal y ciertas particularidades colombianas	10
4.5. Las debilidades institucionales en la formulación de la política criminal	11
4.6. Los problemas de la ejecución de la política criminal	11
5. Segunda parte: Las recomendaciones generales	12
5.1. Principios para una nueva política criminal del Estado colombiano	12
5.2. El derecho penal como <i>ultima ratio</i> de la política criminal	12
5.3. El principio de no discriminación y la política criminal	14
5.4. Política criminal y género	15
5.5. Dos temas trascendentales frente a los derechos de las mujeres: violencia sexual y aborto	16
5.6. Reformas normativas e institucionales para una política criminal estable, coherente, fundamentada empíricamente y evaluada sistemáticamente	17
5.7. Política criminal e investigación criminal	19
5.8. Política criminal y fuero militar	20
6. Tercera Parte: Recomendaciones especiales frente a algunos temas estratégicos de la política criminal	21
6.1. Política criminal y política de seguridad: relaciones sin subordinación	21
6.2. Política criminal y justicia transicional	21
6.3. Corrupción	23
6.4. Delincuencia económica	24
6.5. Política criminal, narcotráfico y drogas	24
6.6. Política criminal y responsabilidad penal del adolescente	25

Agradecimientos

Bogotá D.C., martes 9 de octubre de 2012

Señores
COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL
Ciudad

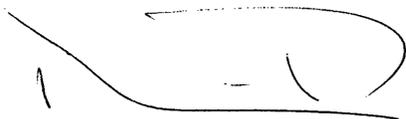
Estimados Señores:

El trabajo que realizó la *Comisión Asesora de Política Criminal* en el último año contó con total independencia en sus perspectivas académicas y tendencias políticas, dado que implicó la conjunción de expertos y expertas quienes desde diferentes ópticas expusieron sus conocimientos teóricos y prácticos sobre las condiciones estructurales y micro-sociales de cada uno de los campos abordados, para extraer de esta dinámica lineamientos político criminales que cuentan a la vez con los elementos teóricos adecuados y con la experticia sobre la práctica cotidiana, dotando así las consideraciones y conclusiones aquí presentes de validez contextual y aplicabilidad real.

Estas dinámicas de investigación permitieron que el informe final de trabajo de la *Comisión Asesora de Política Criminal* presentase de manera sintética, comprensiva y asequible el estado actual de la cuestión criminal colombiana, las normas nacionales e internacionales que modulan la formulación de políticas criminales estatales, los desafíos más importantes que deben afrontar las políticas públicas que toquen el tema y como resultado del análisis sistemático de estos tópicos, los lineamientos y recomendaciones de política criminal.

Felicito por ello a todos los miembros de la *Comisión* que participaron en la construcción del informe que estoy segura se constituye en un buen insumo para el trabajo que realiza el Ministerio de Justicia y del Derecho con miras a delinear y construir una política criminal coherente, racional y eficaz en el marco de un Estado social y democrático de derecho.

Cordialmente



RUTH STELLA CORREA PALACIO
Ministra de Justicia y del Derecho

1. Presentación

La Unión Europea se complace muy especialmente con la publicación del diagnóstico y lineamientos de política criminal para el Estado colombiano, realizado por una Comisión Asesora conformada por expertos independientes y nombrados para tal efecto. Esta es una apuesta que la propia UE ya venía defendiendo desde el arranque del proyecto *Fortalecimiento del sector justicia para la reducción de la impunidad en Colombia* (Convenio ALA/2004/16831) y que afortunadamente, ha logrado materializarse a través del proyecto *Apoyo Institucional al Sistema Penal Colombiano* (Convenio DCI-ALA/2010/022-250), el cual se encuentra actualmente en curso. Estos dos proyectos constituyen el aporte más significativo que ha hecho la Unión Europea en los años recientes en materia de Justicia a través de las instituciones responsables de dicha rama, dando respuesta así a los objetivos propuestos en nuestro Documento de Estrategia País 2007-2013* el cual define las áreas prioritarias y de interés común establecidas por la República de Colombia y la Unión Europea.

La política criminal y la lucha contra la impunidad son dos elementos íntimamente ligados. Por un lado, la reducción de la impunidad está en el punto de mira de la mayor parte de las iniciativas de reformas jurídicas y judiciales de los estados y de los programas de cooperación en materia de justicia de las Agencias Internacionales. No es una casualidad.

La impunidad, entendida como la incapacidad del Estado para dar una respuesta de justicia material, sujeta a la legalidad vigente, ante las trasgresiones del orden social consideradas como delitos, supone el fracaso del Estado de Derecho. Cuando hay impunidad (en cierto grado) el Estado manifiesta su debilidad para hacer cumplir sus propias normas y eso puede llegar a cuestionar su propia razón de ser, pues cuando no se respeta la legalidad lo que se impone es el poder del más fuerte frente a los más débiles. Asimismo, los estados afectados por altos índices de impunidad tienen que resignarse a prescindir de su propio y muy valioso recurso humano, al tiempo que disuade, por no decir que ahuyenta, la inversión económica extranjera, viendo así seriamente afectada su propia viabilidad económica.

Dos señalamientos importantes en relación con lo anterior:

1. Cuando se habla de la debilidad de un Estado vinculada a

la impunidad no se está refiriendo necesariamente a la debilidad o a disfunciones de las instituciones o del Sistema de Administración de Justicia, aunque sea lo habitual culpar a los jueces y a la “justicia”, entendida como sistema judicial. Es lo propio de un Estado de Derecho que cada uno de los poderes asuma las competencias y responsabilidades que le incumben. Por ello, cuando se reflexiona sobre la impunidad y su comportamiento es necesario adoptar una visión más amplia, que incluya al conjunto de las instituciones y de la sociedad, para buscar en las interacciones entre unas y otras las causas y las soluciones del problema.

2. La respuesta al problema de la impunidad ha de tener de manera indefectible una dimensión de justicia material. Contra lo que muchos piensan, la impunidad no es un problema de cifras, aunque de alguna manera haya que medirla. Para conjurarla no son suficientes los mecanismos de gestión; no se trata, simplemente, de implementar procesos judiciales más cortos o establecer “vías de escape” que permitan la descongestión del sistema y su consecuente agilización. Aunque estas medidas son necesarias y valiosas, si a través de ellas no se consigue llegar al esclarecimiento de la verdad material sobre hechos delictivos y a la depuración de la responsabilidad criminal de su autor o autores, el número de casos cerrados, por alto que sea, no dejará satisfechos al Estado de Derecho ni la sed de justicia de sus ciudadanos.

En un reciente estudio financiado por la UE, se argumenta lo siguiente *“Colombia es un país que hace décadas está sumergido en un conflicto armado. Esta constante violencia y convulsión social ha inducido a que el Estado haya hecho una construcción social de la realidad en donde la incertidumbre, lo accidental y lo imprevisto cobran fuerte relevancia. Esta forma de pensar y abordar los problemas de la sociedad ha otorgado a los gobiernos un carácter reactivo frente a las políticas que ejecutan, toda vez que han estado dirigidas no tanto a evitar sino a conjurar coyuntura/mente los efectos críticos”*** . Es así que, en ocasiones, nos encontramos ante una serie de políticas públicas fragmentadas, desarticuladas y atomizadas en múltiples objetivos, lo que se traduce necesariamente en una falta de estrategia del Estado para reducir la conflictividad social y, por ende, buscar mayores y mejores niveles de convivencia. Es aquí cuando nos encontramos ante la necesidad por contar con una política criminal.

* http://eeas.europa.eu/colombia!csp/07_13_es.pdf

** Comparar Barreto Nieto, Luis Hernando y Rivera, Sneider, *Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia, 2009.*

Se considera que el mejor recurso de cooperación internacional, el más útil y el más cualificado es el que propicia un ejercicio de reflexión sobre la realidad nacional, tomando como referencia las experiencias y las lecciones aprendidas, buenas o malas, de otros entornos nacionales, sociales y culturales. Desde este punto de vista, el apoyo técnico de la UE constituye un componente importante e imprescindible en las dinámicas de cooperación internacional con sus países socios. Eso no significa, sin embargo, que la UE o esta Delegación tengan que compartir de manera necesaria las tesis y las valoraciones elaboradas desde la subjetividad de los autores a partir de la información por ellos recibida y procesada y de ninguna manera puede afirmarse que dichas tesis y consideraciones tengan la condición de posicionamientos oficiales de la UE. Sin embargo, sí creemos que desde el debate y la construcción de políticas elaboradas por expertos en la materia, se puede perfeccionar el marco normativo vigente y adaptarlo a la realidad social colombiana.

Por último, quisiera agradecer el trabajo de los expertos de la Comisión Asesora de Política Criminal, así como el de los funcionarios y operadores que facilitaron información y prestaron su apoyo a los miembros responsables de este informe, con el cual se pretende propiciar el análisis desde criterios técnicos y objetivos, sobre cuestiones básicas, no sólo relacionadas con un sistema procesal o un modelo de respuesta penal concreto, sino con todo un modelo de organización social que permita avanzar a Colombia hacia la convivencia pacífica. Asimismo, quisiéramos recalcar el más absoluto respeto por parte de la UE en el apoyo a este tipo de procesos de elaboración de políticas públicas, así como nuestra disposición por mantener dicho fortalecimiento institucional, siempre y cuando el valor agregado y la impronta de la UE se requieran como necesarios.



M.W.J.A. (Tanya Van Gool)
Embajadora
Delegación de la Unión Europea en Colombia y Ecuador

2. Introducción

La Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal (de ahora en adelante la Comisión) fue creada en febrero de 2011, por el entonces Ministro del Interior y de Justicia, Germán Vargas Lleras con el propósito esencial de formular unos lineamientos de política criminal. La Comisión fue ratificada en sus funciones por el Ministro de Justicia y del Derecho, Juan Carlos Esguerra Portocarrero, y contó con el auspicio de la Unión Europea en el marco del Proyecto Apoyo Institucional al Sistema Penal Colombiano, Convenio DCI-ALA/2010/022-250*.

La Comisión estuvo integrada por Iván González Amado, quien fue designado presidente de la Comisión, por Yesid Reyes Alvarado, vicepresidente de la Comisión, y por María Victoria Llorente, Julissa Mantilla, Mariana Martínez Cuéllar, Camilo Sampedro Arrubla, Rodrigo Uprimny Yepes, Iván Orozco Abad, Farid Samir Benavides Vanegas, Julio Andrés Sampedro Arrubla, y Daniel Mejía Londoño. También formaron parte de la Comisión, pero por razones personales no pudieron participar en las discusiones finales, Fernando Velásquez Velásquez y Carlos Guillermo Castro Cuenca. Como relator de la Comisión fue designado Carlos Augusto Galvez Bérmez. La secretaría técnica fue ejercida por Giovanna Vanessa Prieto Cubillos, Directora de Política Criminal y Política Penitenciaria del Ministerio de Justicia y del Derecho.

La Comisión se reunió semanalmente durante más de un año con el fin de discutir los diferentes documentos y propuestas presentadas por sus miembros. También recibió valiosos insumos de otras instituciones del Estado, como la Corte Suprema de Justicia, y algunas universidades y organizaciones no gubernamentales.

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 sus recomendaciones, que propone al país con total independencia académica.

El documento final de “Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano” fue entregado al Gobierno Nacional en ceremonia privada con el señor Ministro de Justicia y del Derecho y la Embajadora de la UE. Se hizo público el 9 de julio de 2012

y puede ser consultado en la página web del Ministerio de Justicia y del Derecho. Igualmente fueron presentados ese día dos anexos: uno con los estudios específicos elaborados por los comisionados y las comisionadas sobre temas específicos y otro con las actas de las discusiones, los cuales serán publicados ulteriormente.

Este resumen ejecutivo sintetiza el enfoque y los hallazgos de la Comisión.

* Los contenidos de este informe representan la opinión de cada uno de los autores y no comprometen la opinión de la Delegación de la Unión Europea para Colombia y Ecuador, ni del Ministerio de Justicia y del Derecho.

3. Enfoque y perspectiva

La Comisión parte de una visión amplia de la política criminal, que corresponde a la planteada por la Corte Constitucional en varias sentencias, según la cual ésta consiste en el conjunto de las respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas lesivas de los derechos de las personas y de las condiciones básicas de convivencia social. El uso del derecho penal es el elemento distintivo de la política criminal, que la diferencia de otras políticas vecinas como las políticas de seguridad, pero de ninguna manera la política criminal se identifica con la respuesta penal. Esta visión amplia de la política evita entonces reducir la política criminal a la política represiva penal, 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.

Una buena política criminal no sólo debe estar enmarcada normativamente en los principios establecidos en la Constitución y en los tratados de derechos humanos sino que, además, debe estar sólidamente sustentada empíricamente, pues debe responder a los desafíos 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 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, y con altos niveles de desigualdad y exclusión social.

Las anteriores consideraciones explican la estructura del informe: la primera parte es un diagnóstico tanto del marco normativo de la política criminal como de la realidad de la política criminal y el contexto de la criminalidad en Colombia. Este diagnóstico permitió entonces que la Comisión realizara recomendaciones de política criminal que estuvieran al mismo tiempo enmarcadas normativamente y sustentadas empíricamente, que son presentadas en la segunda parte del documento. Estas recomendaciones tienen entonces, en cierta medida, un doble fundamento: son expresión de los principios constitucionales y de derechos humanos pero a su vez su relevancia y viabilidad han sido empíricamente contrastadas. Para clarificar su presentación, la Comisión distinguió entre las bases o lineamientos generales para una política criminal de Estado de largo plazo, y las recomendaciones relativas a

componentes específicos o temas particulares de la política criminal. Esto explica las tres partes de este resumen ejecutivo: una primera parte de diagnóstico, una segunda de recomendaciones generales y una tercera de recomendaciones específicas.

4. Primera Parte: El Diagnóstico

4.1. El marco normativo

A pesar de que la política criminal no se reduce a la política penal, el recurso al instrumento penal es su elemento distintivo. Es natural que los principios normativos que enmarcan la política criminal se encuentren a su vez estrechamente vinculados a los principios constitucionales propios del derecho penal.

El capítulo I del informe sintetiza entonces los principios constitucionales y de derechos humanos que enmarcan el derecho penal y la política criminal, tanto en el momento de definición legislativa de los delitos y las penas, como en la investigación de los delitos y en la ejecución de las penas. Igualmente este capítulo incorpora 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.

Todos estos principios, como el de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, etc., son de obvia importancia pues enmarcan el ejercicio legítimo del poder punitivo del Estado. Todos deben ser tenidos en cuenta en la formulación y ejecución de la política criminal, sin que sea necesario recordarlos en este resumen ejecutivo.

4.2. Los problemas en la formulación de la política criminal colombiana

En Colombia carecemos de una política criminal consistente y de largo plazo. Por el contrario, la política criminal se ha caracterizado por ser esencialmente reactiva, sin adecuada fundamentación empírica, con incoherencias y falta de perspectiva clara de derechos humanos.

Muchas de las decisiones de política criminal 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 ni el Gobierno ni el Congreso, al adoptar las decisiones de política criminal, han evaluado 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.

Por ejemplo, casi nunca se evalúa el posible impacto de las decisiones de criminalizar ciertas conductas sobre la

mayor carga de trabajo de los fiscales y jueces, por lo cual 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. Igualmente, ciertas decisiones de política criminal de incrementar penas o de restringir las posibilidades de libertad provisional o condicional han incrementado la población carcelaria y la tendencia al hacinamiento.

La política criminal colombiana 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.

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.

4.3. La tendencia al “populismo punitivo”

A pesar de las inconsistencias y el carácter reactivo de las decisiones de política criminal, es posible detectar una tendencia en los 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.

Por ejemplo, desde la promulgación del Código Penal de 2000 (Ley 599 de 2000) 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 tienen que ver principalmente con

la creación de nuevos 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.

Igualmente, 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 80 a 178 en ese período.

Estos aumentos punitivos podrían entenderse justificados por los complejos desafíos criminales que en los últimos 30 años Colombia ha enfrentado. Sin embargo, la Comisión no encontró que hubiera evaluaciones sistemáticas de la eficacia de dicho endurecimiento punitivo para prevenir y sancionar conductas graves atentatorias de bienes jurídicos fundamentales. Y eso no es extraño puesto que 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.

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 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 *ultima ratio* que debe tener el uso de los instrumentos penales para enfrentar problemas sociales complejos.

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 *ultima ratio* de los instrumentos penales. En eso consiste el “populismo punitivo” que precisamente puede ser caracterizado como la tendencia a que la consideración sobre las ventajas electorales de una política predomine sobre su real efectividad penal.

4.4. La política criminal y ciertas particularidades colombianas

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 penas. 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. Y sin embargo la política criminal no suele tomar en consideración esas especificidades.

Un punto importante es que debido a la agudeza de los problemas de seguridad, la política criminal ha estado subordinada a los imperativos de las políticas de seguridad signados por la guerra y por la paz, lo cual ha incidido en que dicha política no haya desarrollado en la práctica una entidad propia.

4.5. Las debilidades institucionales en la formulación de la política criminal

Son muchos los factores que inciden en que Colombia tenga una política criminal reactiva, volátil e incoherente, al punto de que muchos analistas consideran que nuestro país nunca ha tenido verdaderamente una política criminal. Pero sin lugar a dudas, 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.

La Constitución establece 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. Igualmente existe un Consejo Superior de Política Criminal (de ahora en adelante CSPC) como órgano asesor para la formulación de la política criminal. Pareciera existir un marco normativo e institucional suficientemente sólido para asegurar la consistencia, estabilidad y coherencia del diseño de la política criminal. Pero un examen más atento muestra que existen 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, una multiplicidad de actores institucionales 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 y el Ministerio de Justicia y del Derecho. Sin embargo, en ambas instituciones se establece sólo la obligación de “participar” en la formulación de la política criminal. No existe norma que establezca quién debe dirigir el proceso.

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 sólo a los organismos del poder ejecutivo sino también a la Rama Judicial 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 pues no son claros los objetivos que éste debía perseguir ni tampoco se lo dotó de la capacidad técnica que le permitiera ser operativo. 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.

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

4.6. Los problemas de la ejecución de la política criminal

La Comisión, dada las limitaciones de su mandato, su período y sus recursos, centró sus esfuerzos en diagnos-

ticar 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 y por ello realizó unas breves consideraciones tanto sobre los resultados del proceso penal colombiano como sobre el sistema carcelario y penitenciario.

La creación del sistema adversarial y oral, adoptado a partir del Acto Legislativo No. 03 de 2002 y del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) ha implicado ciertos avances en transparencia del sistema penal y debido proceso. Igualmente ha mejorado la velocidad con la que se tramitan las causas penales que llegan a imputación pues la duración de los procesos pasó de un promedio de 875 días en el sistema mixto a 130 días en el sistema acusatorio. Pero subsisten serios problemas para que los casos lleguen a imputación. Esto igualmente dificulta 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 y graves no han disminuido sustancialmente.

Por su parte, el sistema carcelario y penitenciario ha vivido una permanente situación de crisis, uno de cuyos indicadores, no el único, ha sido el hacinamiento.

El hacinamiento implica per se 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. Además, existen otros factores que hacen crítica la 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.

En Colombia tradicionalmente se ha abandonado el fin resocializador que debe tener la pena, al menos en su fase de ejecución penitenciaria, 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.

5. Segunda parte: Las recomendaciones generales

El diagnóstico precedente permitió a la Comisión formular unos principios y rediseños institucionales para una política criminal de Estado, de largo plazo, que sea democrática, garantista y al mismo tiempo eficaz.

5.1. Principios para una nueva política criminal del Estado colombiano

Algunos de estos principios pueden parecer simples reiteraciones de muchos de los principios normativos que enmarcan dicha política criminal y que fueron reseñados en el primer capítulo del informe de la Comisión. 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.

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 deban ser aplicados. 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.

Con todo, la Comisión resalta dos principios, 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 *ultima ratio* para la protección de bienes jurídicos y ii) el principio de no discriminación y su vínculo con la política criminal.

5.2. El derecho penal como *ultima ratio* de la política criminal

Conforme al llamado principio de lesividad, en un Estado democrático 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 pu-

nibles, en un Estado democrático que respeta el pluralismo, comportamientos meramente inmorales o estados de ánimo perversos, hostiles o incluso peligrosos, pero que no representan en sí mismos un comportamiento lesivo para terceros. Pero además, este ejercicio de la facultad sancionatoria debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado, lo cual 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. Y por ello, el derecho penal debe ser un instrumento de *ultima ratio* para garantizar la pacífica convivencia de las personas. No es razonable ni legítimo que un Estado fundado en la libertad y los 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.

Un Estado democrático debe evitar los desbordamientos punitivos. Ni la idea del Estado social de derecho ni los deberes de justicia y solidaridad que ésta impone, 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 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 su opción por la libertad y la dignidad humana, 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 tiene el deber de investigar y sancionar.

La tendencia al “populismo punitivo” de la política criminal hace aún más imperioso que Colombia tome en serio el principio del derecho penal como *ultima ratio*, de lo cual se siguen varias consecuencias: i) la importancia de enfatizar la prevención, ii) el uso de penas alternativas a la privación de la libertad en armonía iii) con estrategias para enfrentar la crisis humanitaria en el sistema

carcelario, iv) la forma como deben ser considerados los derechos de las víctimas en la política criminal y v) las potencialidades que tienen los mecanismos de justicia restaurativa.

Hay que tomar la prevención en serio, para lo cual deben estudiarse los factores que pueden generar comportamientos problemáticos a fin de tratar de removerlos. La regulación del sistema penal en general, y de las penas en particular, necesita un cambio de perspectiva, de la represión a la prevención. 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.

Hay que impulsar penas alternativas a la privación de la libertad, las cuales, según 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. Dentro de estas penas y medidas alternativas se encuentran: i) reparación a las víctimas del delito i); internamiento voluntario en establecimientos de terapia psico-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.

Hay que enfrentar la crisis carcelaria, para lo cual, entre otras cosas, debería pensarse en: 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) evitar sanciones exageradas frente a bienes jurídicos de menor importancia; iii) considerar condiciones especiales para la ejecución de la pena respecto de los grupos sociales que las exigen, en especial de las mu-

jeros, 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; iv) reducir el peso 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; v) 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.

Igualmente, y teniendo en cuenta que uno de los factores que ha incidido en el hacinamiento carcelario ha sido el incremento de penas sin analizar su impacto sobre dicho sistema, podría pensarse en lo siguiente: 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 penitenciaria” es necesaria para enfrentar el hacinamiento carcelario.

El reconocimiento de los derechos de las víctimas de los delitos y las violaciones a los derechos humanos representa un avance jurídico y humanista, que debe ser defendido. Pero tiene el riesgo de que pueda estimular formas de punitivismo. Por ello la política criminal de la víctima

debe estar limitada por el principio de *ultima 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.

Hay que aprovechar las potencialidades que pueden tener los mecanismos de justicia restaurativa, pues éstos precisamente buscan satisfacer las necesidades reales de las víctimas, evitando una huída al punitivismo, por el recurso a mecanismos como la mediación, la conciliación, etc. Estos instrumentos pueden introducirse antes y después de la sentencia condenatoria (cada una tiene exigencias y manifestaciones diferentes). En uno y otro caso 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. 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.

5.3. El principio de no discriminación y la política criminal

El principio de igualdad y no discriminación implica que el Estado debe tener en cuenta los impactos diferenciados de la política criminal y del derecho penal sobre poblaciones tradicionalmente discriminadas o en situación de vulnerabilidad, como las personas de escasos recursos económicos, las mujeres, la población LGBT, los grupos étnicos, las personas con discapacidad, los niños, niñas y adolescentes o los mayores adultos, entre otros. Por consiguiente el Estado colombiano debe 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.

En sociedades caracterizadas por altos niveles de desigualdad y exclusión como la colombiana, este principio adquiere más fuerza y 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.

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. La Comisión sólo pudo desarrollar el enfoque de género, cuya relevancia es obvia, haciendo un énfasis en los derechos de las mujeres.

5.4. Política criminal y género

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. Las siguientes son algunas recomendaciones mínimas para incorporar esta perspectiva de género en la política criminal: i) la política criminal debe enmarcarse en la normatividad internacional e interna ya existente relativa a los derechos de las mujeres, como la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”, también conocida como la “Convención de Belem do Pará”, la “Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, también conocida como CEDAW, por su denominación en inglés, y las leyes 1257 de 2008 y 581 de 2000, entre otras.

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. Este registro de información estadística no se refiere sólo 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 sólo 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. 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. 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.

5.5. Dos temas trascendentales frente a los derechos de las mujeres: violencia sexual y aborto

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. Por eso ambos aspectos requieren especial atención de la política criminal.

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 sólo como un delito sino además como una violación a los derechos humanos. La Comisión recomienda entonces en este campo al menos las siguientes medidas específicas: i) 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; ii) el establecimiento de un registro específico para estos incidentes, no sólo 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. iii) La estandarización de los protocolos, criterios ministeriales de investigación y de servicios periciales que se aplican a los casos de violencia sexual; iv) 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; v) 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; vi) la vigilancia del cumplimiento de medidas es-

pecíficas 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; vii) 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.

Frente a la interrupción voluntaria del embarazo, la Comisión partió del análisis de la decisión de la Corte Constitucional, en la sentencia C-355 de 2006, de despenalizar el aborto en tres casos extremos, 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. La Comisión considera que esta sentencia 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. Pero en términos de política criminal, la Comisión considera que el Estado colombiano debe avanzar a una más vigorosa despenalización del aborto, la cual es constitucionalmente posible. 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 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. Los datos comparados muestran que las leyes altamente restrictivas contra el aborto no están asociadas con bajos índices de abortos efectuados. La prohibición absoluta del aborto no los evita. Por el contrario, hace que estos se realicen 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 cambio, esta tasa es de 12 por 1,000 mujeres en Europa Occidental donde el aborto es generalmente permitido en la mayor parte de países¹. 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.

Pueden adoptarse diversas estrategias para realizar esa ampliación de la despenalización del aborto. 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.

Es necesario 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.

5.6. Reformas normativas e institucionales para una política criminal estable, coherente, fundamentada empíricamente y evaluada sistemáticamente

Una política criminal apropiada no sólo debe estar enmarcada normativamente y respetar los principios constitucionales y de derechos humanos, y en particular los principios de *ultima ratio* y no discriminación, como ya se ha explicado. Debe también ser una política técnicamente adecuada, lo cual implica que: i) debe estar fundamentada empíricamente, de suerte que toda reforma penal 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.

La investigación empírica y la decisión informada son elementos indispensables para el diseño, ejecución y evaluación de una política criminal técnica y racional, lo cual 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.

El diseño, implementación y desarrollo de la política criminal debe entonces observar los siguientes postulados:

- Fundamentos empíricos: i) investigaciones criminológicas y sociológicas relacionadas con las causas y factores que inciden en la criminalidad, las cuales deben elaborarse considerando una perspectiva diferenciada; 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, especialmente de su impacto en los diferentes grupos sociales; 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 y racionalización institucional: es imperioso diseñar políticas enderezadas a aumentar, de verdad, la fortaleza de todas las instituciones vinculadas a la política criminal tanto en la fase de formulación como en la de desarrollo de la política criminal. Es necesario que el CSPC 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: 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, adoptándose medidas para garantizar la presencia de grupos en situación de discriminación o vulnerabilidad.

¹ Los datos son de un artículo publicado en la prestigiosa revista Lancet. Ver Gilda Sedgh, Susheela Singh, Iqbal Shah, Elisabeth Ahman, Stanley Henshaw y Akinrinola Bankole. 2012. "Induced abortion worldwide in 2008: levels and trends". En *Lancet*, Vol 379, No 9816: pp. 625-632. La Comisión accedió a ellos en Guttmacher Institute. 2012. In *Brief: Facts on Induced Abortion Worldwide*. Consultado en marzo de 2012 en: http://www.guttmacher.org/pubs/fb_IAW.html#1

- Evaluación continua: es necesario evaluar y 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: el principio de planeación debe orientar la política criminal para evitar que ésta sea puramente reactiva.
- 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.

Para lograr estos propósitos, es necesario corregir los defectos normativos y de debilidades institucionales y de sistemas de información que fueron diagnosticados.

Dos reformas normativas ya fueron sugeridas: 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 razones de coherencia y seguridad jurídica; y ii) las leyes penales deben ser 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.

Son necesarias igualmente ciertas reformas para corregir la incoherencia y debilidad del sistema institucional encargado de la política criminal, que contrasta con la relativa coherencia y fortaleza de la institucionalidad económica. Se requiere un ente rector de la política criminal, que debería ser el Consejo Superior de Política Criminal (CSPC), pero con los ajustes necesarios para evitar su debilidad actual y para que supere su papel reactivo y pase a participar en el diseño de la política criminal de forma

proactiva. La política criminal debe tener carácter estructural y no coyuntural.

Para que el CSPC realmente sea operativo es necesario pensar en un diseño más liviano, flexible y que obedezca realmente a sus funciones.

Su composición se debe evaluar a la luz de la necesidad de generar un sistema de votación que permita llegar a consensos respecto al diseño, operación y evaluación de la política criminal y penitenciaria. Se propone que sólo 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. Adicionalmente, es fundamental garantizar la equidad de género en la composición del CSPC.

Es igualmente necesario fortalecer la capacidad técnica del CSPC, para lo cual debe dotársele de un subconsejo técnico, que incremente su capacidad de análisis riguroso de las medidas de política criminal. 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 de la política criminal 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. Pero por ahora es necesario fortalecer la capacidad técnica del CSPC.

El CSPC deberá enfatizar las políticas de prevención y pasar a un modelo donde la toma de decisiones de política criminal esté mejor informada y basada en evidencia empírica, lo cual requiere hacer inversiones en investigación, replantear el proceso de toma de decisiones y desarrollar mecanismos para cerrar la brecha entre la investigación y la política pública.

El CSPC debe gestionar acuerdos interadministrativos para lograr interconectar los sistemas de información, que se encuentran hoy desarticulados, y poder dar cuenta del flujo completo del proceso penal y penitenciario. Debe igualmente el CSPC velar por el desarrollo de un Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal. Deberá igualmente 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. Estos lineamientos deben permitir avanzar en 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.

El CSPC tiene también 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 cada dos años. 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.

Finalmente, y para que su labor sea más relevante y evitarse la tendencia al populismo punitivo, deberá reformarse el Reglamento del Congreso para que el CSPC emita obligatoriamente concepto previo antes de la aprobación de cualquier reforma penal. Este concepto previo debe ser obligatorio, antes de que las cámaras aprueben cualquier reforma penal, aunque no es vinculante para el Congreso. Este concepto debe evaluar el impacto posible de la medida sobre la delincuencia o funcionamiento del sistema penal, con base en evidencia empírica; también deberá hacerlo evaluar la factibilidad y el impacto fiscal de las reformas.

5.7. Política criminal e investigación criminal

La Comisión, como se explicó, centro sus esfuerzos en los problemas de diseño de la política criminal. Por ello no examinó en detalle aspectos relativos a su implemen-

tación, pero consideró necesario realizar algunas breves recomendaciones sobre investigación criminal y fuero militar.

La falencia de la investigación penal de crímenes concretos requiere de respuestas estatales urgentes. En tanto no existen estudios detallados en este campo, 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. 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.

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 cotidianidad de un funcionario judicial tradicional. Las personas encargadas de la investigación deben tener y aplicar estas nuevas habilidades.

El cambio de visión descrito acerca de la investigación penal seguramente requerirá de i) la divulgación de protocolos de investigación y capacitación de funcionarios y funcionarias, 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 los funcionarios y funcionarias encargados de la toma de decisiones respecto de la política de investigación y de la investigación de casos concretos.

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 para avanzar en dicha profesionalización.

5.8. Política criminal y fuero militar

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.

La Comisión considera que, desde el punto de vista procesal e institucional, la jurisprudencia constitucional, ha definido apropiadamente los alcances de la jurisdicción militar, por lo cual es innecesario e inconveniente pensar en 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 argumento de que los jueces penales ordinarios y los fiscales carecen de la formación suficiente para analizar las complejidades de las operaciones militares no justifica la ampliación del fuero militar sino que conduce a otra conclusión: 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.

Los conflictos de competencia que se pueden presentar entre la jurisdicción militar y la ordinaria 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, me-

dante el establecimiento de una “comisión mixta” extraña a la estructura misma de la administración de justicia y cuyas funciones aún están por definir.

Al mismo tiempo que debe mantenerse el alcance actual del fuero militar, es preciso fortalecer las garantías judiciales dentro de la justicia penal militar, ya que allí se ven algunas situaciones que afectan no solo la situación procesal de los miembros de la Fuerza Pública que están siendo procesados, 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.

La Comisión considera que el debate de fuero militar ha sido indebidamente confundido con un tema sustantivo, que tiene que ver con la determinación del alcance de las normas aplicables en las operaciones militares, 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.

Las reglas del derecho internacional humanitario establecen las prohibiciones extremas para las partes dentro de un contexto de conflicto armado. No todo lo que es válido a la luz del derecho internacional humanitario es válido en la particular situación de conflicto armado colombiano, pues por ejemplo, ciertos comportamientos legítimos frente al derecho humanitario, como que la Fuerza Pública activamente embosque a la guerrilla, incluso ocasionándole muertes, pueden ser considerados ilegítimos frente al Código Penal, al menos en ciertas interpretaciones. En Colombia no existe entonces 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. Pero esa necesaria armonización sustantiva no justifica la ampliación procesal del fuero militar.

6. Tercera Parte: Recomendaciones especiales frente a algunos temas estratégicos de la política criminal

Los puntos anteriores sientan las bases sustantivas e institucionales para una política criminal, que sea al mismo tiempo garantista, eficaz, consistente y se encuentre sustentada en evidencias empíricas. Pero la política criminal, en un país como Colombia, debe enfrentar ciertos desafíos básicos. Por ello la Comisión 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.

6.1. Política criminal y política de seguridad: relaciones sin subordinación

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.

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, lo cual supone una integración de esfuerzos entre el Consejo de Seguridad Nacional y el Consejo de Política Criminal

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. 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.

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

6.2. Política criminal y justicia transicional

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.

La Comisión considera que ese deber de investigación y sanción debe entenderse como un principio, y que por ello 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. Esta 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.

La razón esencial para entender que ese deber de investigación y sanción como un principio 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. 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 se 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.

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 admi-

bles 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.

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, elaborados por el jurista estadounidense Cherif Bassiouni quien, con base en un estudio comparado a escala global sobre el comportamiento de las transiciones, concluye que las transiciones desde la guerra y desde la dictadura son experiencias política y moralmente distintas, y que demandan tratamientos jurídicos por lo menos parcialmente diferentes. 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. Esto supone admitir criterios de priorización y selectividad de violaciones graves a los derechos humanos, según la naturaleza de los distintos actores involucrados y que 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. 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. Asimismo, bajo ninguna circunstancia se pueden dejar fuera del ámbito de la persecución penal y juzgamiento aquellos casos que respondan a patrones discriminatorios como, por ejemplo, la violencia sexual.

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. Y esto supone, en caso de

un eventual proceso de paz, asumir un modelo holístico de justicia transicional, en el cual, las concesiones en materia penal sólo se justifican a cambio de mayor compromiso con la verdad y con la reparación, y con garantías efectivas de no repetición, por lo cual debe integrar, entre otros, dispositivos de castigo, verdad y memoria, reparación integral y aun, reformas institucionales.

Una eventual solución negociada al conflicto armado implica recuperar y resignificar el delito político pues éste favorece la visibilización de la dimensión política del conflicto armado. 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.

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 en los hechos que condujeron a su victimización. 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. Pero no deben olvidarse las víctimas complejas y las zonas grises. 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.

El caso colombiano no constituye, en este sentido, una excepción. Suele presentarse, sin embargo, un porcentaje variable de víctimas de los conflictos armados 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 se podría llamar “víctimas políticas complejas”. Tampoco bajo este respecto constituye el caso colombiano una excepción.

Las políticas de paz y de justicia post-conflicto son políticas extraordinarias. El conflicto armado debe ser el eje de la distinción entre una política extraordinaria y transicional, y una política ordinaria y estable en materia criminal, para evitar que las concesiones extraordinarias en el ámbito de la paz negociada y de la justicia transicional favorezcan la desestructuración de la justicia ordinaria. 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. Se trataría, con ello, de evitar tanto la ordinarización de lo extraordinario como la extraordinarización de lo ordinario. Por ello las leyes que desarrollen el marco normativo para la paz deberán someterse a una condición suspensiva para su aplicación.

6.3. Corrupción

La corrupción, que puede ser definida como la intromisión indebida de intereses privados en la lógica de lo público, tiene impactos graves sobre el desarrollo y la democracia pues produce daños a la confianza ciudadana y a la efectividad del Estado.

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 rendición de cuentas 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.

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.

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.

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.

6.4. Delincuencia económica

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.

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.

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, el principio de oportunidad en Colombia no se está utilizando suficientemente y ello genera múltiples problemas de política criminal.

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.

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.

6.5. Política criminal, narcotráfico y drogas

La lucha 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.

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.

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). La ausencia de políticas encaminadas a prevenir el abuso de drogas y a tratar a los adictos, es preocupante. La responsabilidad no sólo 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.

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). 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 interna-

cionales 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.

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.

6.6. Política criminal y responsabilidad penal del adolescente

El Sistema de Responsabilidad Adolescente (SRPA) 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.

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.

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.

En contra del neomenorismo es importante destacar que 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.

La consideración de los niños y las niñas como sujetos de derechos es la gran transformación que se consigue con la Convención de los derechos del niño 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.

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 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 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.

Dentro del SRPA se debe garantizar que los y las adolescente no sean sometidos/as a restricciones innecesarias y no razonables de su libertad. 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.

Diseño y Diagramación

David Rendón

davidantoniorendon@yahoo.com

Foto portada

PROCESOS VICIADOS

Técnica mixta / Tela y madera

6,76 m x 9,11 m

2008 - 2009

La obra pertenece al artista plástico mexicano Rafael Cauduro, que permanece expuesta en la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México.

