

## Documento para la discusión

### Mesa 2: ¿Habría penas diferentes a las privativas de libertad para desmovilizados de Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley?

Por: Iván Meini<sup>1</sup>

I

En lo que aquí interesa, el actual contexto jurídico colombiano puede ser descrito como transicional. Con esta referencia pretendo llamar la atención de que se *transita*, jurídicamente hablando, pero también en términos sociales, desde una situación de conflicto, caracterizada por la existencia de Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley (GAOML), hacia una de tolerancia y convivencia pacífica. El camino transicional que se ha decidido seguir tiene, con seguridad, altos costos y puntos de tensión. Uno de ellos, tal vez el más crítico, es pergeñar una oferta que resulte lo suficientemente atractiva para que los miembros de los GAOML se desmovilicen y reinserten en sociedad, pero que al mismo tiempo no represente una claudicación estatal en su obligación de reprimir delitos y fomente la impunidad.

El panorama descrito invita a la alternatividad penal. Alternatividad penal que, con independencia de las concretas características legales que pueda tener [Ley 975 de 2005, Ley de Justicia y Paz = (LJP)], viene impuesta por cuestiones de necesidad práctica: la experiencia demuestra que el marco jurídico *regular* no es idóneo para alcanzar la paz deseada y se hace necesario pensar en uno modelo *alternativo* y *excepcional*. Hasta qué punto esta necesidad justifica los beneficios propios de la alternatividad penal de la LJP es algo que, hasta donde alcanzo a ver, tiene que ser analizado sin perder de vista: *a)* que la alternatividad penal debe seguir siendo una reacción penal de un Estado de Derecho; *b)* que la alternatividad penal es eminentemente política, aunque tenga claros rasgos jurídicos; y, *c)* que se ha de ponderar los intereses en conflicto (derecho a la paz, a la verdad, reparación de las víctimas, naturaleza del *ius puniendi*, etc.).

Que la alternatividad penal, y con ella el proceso de desmovilización de miembros de los GAOML, sea un asunto preponderantemente político, no implica que los delitos que éstos cometen sean políticos. No solo porque el tratamiento (alternatividad penal) no determina la naturaleza política de aquello que debe ser tratado (el delito), sino, fundamente, porque –y esto con independencia de las grandes dificultades que existen para conceptualizar al delito político– el delito político evoca la idea de que existirían ciertas

---

<sup>1</sup> Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Doctor en Derecho por la Universidad de Cádiz. Actualmente se desempeña como profesor y Coordinador del área de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Universidad Católica del Perú.

circunstancias que si bien no llegan a justificar su comisión, el delito pretendería oponerse a un sistema jurídico arbitrario. Tal es el caso de los gobiernos *de facto*. Y por eso, precisamente, en estos delitos se admite la amnistía y el indulto y se rechaza la extradición. Sin embargo, aquí parto de un supuesto distinto: por más imperfecta que sea la forma de gobierno, si el sistema democrático ofrece mecanismos pacíficos y democráticos para que los insatisfechos con él participen en la vida política, postulen sus ideas y, si tienen eco, las lleven a la práctica, el delito no puede ser admitido como un mecanismo legítimo de participación en la vida política. No otra cosa se puede exigir en un Estado de Derecho.

De ahí que la razón de ser del beneficio de la alternatividad penal para los desmovilizados no radique en circunstancias que tengan que ver con el delito cometido. La alternatividad penal no es una causa de atipicidad o justificación que afecte o atenúe el injusto cometido, ni tampoco una circunstancia que exculpe al sujeto o atenúe su culpabilidad. Su razón de ser, como ya se ha dicho, se encuentra en *consideraciones políticas* que son, por un lado, ajenas al delito cometido y, por otro, son más importantes que la obligación de reprimirlo según el marco penal regular, pero que, sin embargo, no autorizan al Estado a dejar de sancionarlo. Sin embargo, todo ello no debe llevar a pensar que la alternatividad penal es una herramienta que pueda ser utilizada arbitrariamente por el poder político. Por el contrario, desde que se encuentra regulada (LJP) está sujeta a la verificación de ciertos presupuestos y al respeto de determinados límites que pretenden que siga siendo una respuesta penal a los delitos cometidos, pero que resulte atractiva para los desmovilizados y justa para las víctimas y la sociedad.

Expresado en otras palabras, el beneficio de la alternatividad penal es, precisamente eso, un *beneficio*; es decir, una concesión que hace el Estado hacia el desmovilizado en pos de asegurar la paz social, y no una respuesta proporcional al delito cometido (frente al delito es, por defecto, desproporcional). Esta idea es de suma importancia, pues altera los elementos que la proporcionalidad ha de relacionar: ya no se trata de buscar una respuesta penal proporcional al delito cometido por el desmovilizado, sino de alcanzar una que sea proporcional a los fines de justicia y paz: por un lado, derecho a la verdad, justicia y reparación y, por otro, desmovilización de miembros de GAOML.

Así, en la medida en que la alternatividad penal tiene una justificación política, pero ha de ceñirse a los postulados de un Estado de Derecho, me atrevo a modificar la pregunta de si habría penas diferentes a las privativas de libertad para desmovilizados de GAOML por una fórmula que, estimo, grafica mejor lo que quiero decir: ¿sí y bajo qué condiciones es *legítimo* imponer a los desmovilizados de GAOML una pena distinta a la privativa de libertad y si, además, sería legítimo no sancionar?

## II

Sin entrar al debate de los fines de la pena, es necesario postular una premisa: la pena es una reacción estatal frente a un comportamiento que se encuentra prohibido por ser altamente dañino para la convivencia pacífica. Su imposición desencadena (o debería desencadenar) una serie de procesos sociales que contribuyen a justificarla, como la prevención general, y repercute directamente en el infractor, exigiéndole aprender a hacer un uso responsable de su libertad (prevención especial). Con todo, más allá de cuál sea en realidad el fin de la pena, parece claro que la imposición de una pena satisface expectativas sociales. Pero no solo de la sociedad, que tiene legítimo interés en que se sancionen los delitos, sino también de la víctima, pues una *reparación justa* supone no solamente una indemnización patrimonial sino que se impongan todas las consecuencias jurídicas previstas para el delito; pero también para el propio infractor, ya que la reinserción social no opera automáticamente con la condena, sino que supone estar sometido a ciertas condiciones que le enseñen al sujeto que el delito no es un medio lícito para satisfacer necesidades.

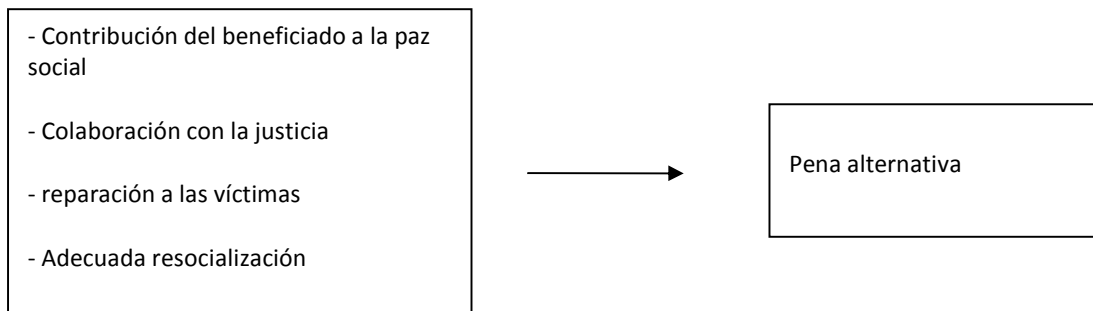
Lo dicho en el párrafo anterior, sin embargo, podrá variar dependiendo de la pena que se trate. En efecto, parece claro que la pena privativa de libertad puede cumplir las finalidades de prevención general y especial con más *intensidad* que un arresto domiciliario o una multa. De ahí que deba reservarse para los casos que requieran una reacción penal de tal intensidad. Se trata, de nuevo, de acudir al criterio de la proporcionalidad en los términos anteriormente señalados: buscar una *pena proporcional* a los fines de justicia y paz sin que ello desnaturalice a la pena. Lo que supone identificar las particularidades de cada tipo de pena (privativa de libertad, multa, arresto domiciliario, etc.) y las diferencias que tienen entre sí, de manera que se pueda elegir la más idónea al fin perseguido.

### III

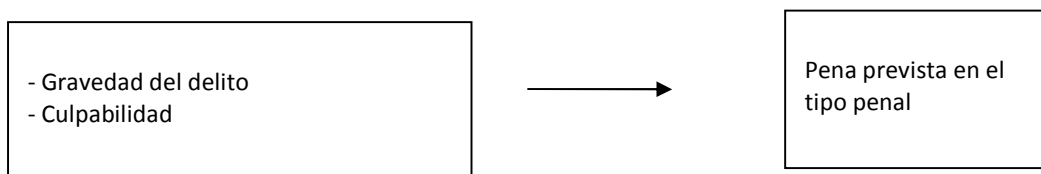
La propia LJP se ha encargado de explicitar el objetivo a perseguir que ha de ser tenido en cuenta en el juicio de proporcionalidad: “facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación” (art. 1 LJP). Se ha encargado además de señalar que por el beneficio de la alternatividad penal se reemplaza la pena del delito “por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización”. Queda así, entonces, suficientemente claro que la pena determinada cuya ejecución se suspende expresa la culpabilidad del sujeto, y que la pena alternativa que se impone, que fluctúa entre 5 y 8 años, el reproche por el acto cometido atenuado por la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas la resocialización (art. 29 LJP).

En este nivel del análisis, se tienen los siguientes esquemas:

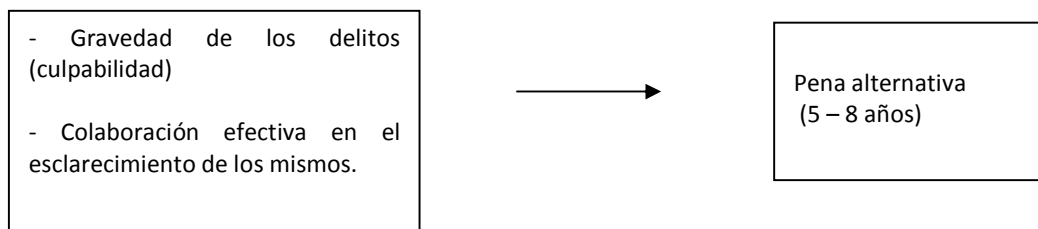
a) Justificación de pena alternativa:



b) Determinación de pena determinada (suspendida):



c) Determinación de pena alternativa (pena efectiva)



IV

A partir de lo dicho en los párrafos anteriores, es posible pensar en algunos criterios que *legitimen* la aplicación de una pena distinta a la privativa de libertad para los desmovilizados. Esto supone, en primer lugar, reconocer que dicha posibilidad no está contemplada por la LJP, pues ésta prevé que la pena alternativa será siempre una privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años. Pero, por lo mismo, y reconociendo que la pena alternativa en la LJP no es la que corresponde a la gravedad del delito y culpabilidad del sujeto, una pena distinta a la privativa de libertad para los miembros de los GAOML bien podría respetar la razón de ser de la pena alternativa. En efecto, si la pena alternativa se justifica en la contribución del beneficiado a la paz social, en su colaboración con la justicia, reparación a las víctimas y en su adecuada resocialización, parece razonable que si una pena distinta a la privación de libertad cumple con dichos requisitos podría admitirse, en principio, como pena alternativa, al menos *de lege ferenda*. Cuestión distinta es qué tipo de pena distinta a la privación de libertad podría imponerse en el caso en concreto, algo que, estimo, debe analizarse de conformidad con los criterios de colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos por parte del desmovilizado y, a partir de ahí, con la gravedad de los delitos cometidos.

En todo caso, el primer criterio a tener en cuenta podría ser descartar la posibilidad de no aplicar una pena. Pues en tal caso, y aun cuando el desmovilizado colabore certeramente en el esclarecimiento de los hechos y de la verdad, y contribuya de manera decisiva a la reparación de las víctimas, ello no logra neutralizar por completo su culpabilidad por el delito cometido. La no imposición de una pena sería, en estos casos, impunidad. Una medida que por desproporcionada debe rechazarse. Además, la no imposición de una pena difícilmente contribuiría a la justicia (art. 4 LJP).

Un segundo criterio que regulase la aplicación de una pena alternativa distinta a la privación de libertad sería restringir esta posibilidad a aquellas personas que al interior del GAOML han tenido la condición de cabecillas, organizadores, mandos superior, etc., y que, como tales, hayan sean los principales responsables de los delitos perpetrados desde dicho grupo. A estas personas les cabría una pena alternativa en los términos del art. 29 CP. Asimismo, un tercer criterio podría ser dejar fuera de esta posibilidad a quienes hayan intervenido en delitos especialmente graves, como genocidios o delitos de lesa humanidad.

V

Se trata, en definitiva de ensayar discursos que puedan legitimar la pena alternativa distinta a la privativa de libertad para desmovilizados de GAOML. Ello se puede lograr mediante un juicio de proporcionalidad que,

por un lado, contribución a la realización de la justicia, a la reparación de las víctimas, permite la resocialización del desmovilizado y, por otro lado, sea atractiva para éstos.