

Selectividad Penal y “Marco Jurídico para la paz” en Colombia *

Criminal Selectivity and “Legal Framework for Peace” in Colombia

Pablo Elías González Monguí**
Universidad Libre, Bogotá, D.C.

Resumen

El legislador a través de una reforma en la Constitución Política, ha autorizado la realización de procesos de selección penal (positiva y negativa), en relación con los grupos armados al margen de la Ley y los agentes del Estado que han cometido delitos en el marco del conflicto armado interno. Es la primera vez que se constitucionalizan en Colombia los procesos de selección penal y se autoriza la priorización de las investigaciones penales en relación con los máximos responsables de los delitos. Para comprender el alcance de la norma constitucional se realiza previamente un breve estudio de los que son los procesos de selección penal, para luego analizar el contenido de lo que se ha denominado el “Marco jurídico para la paz”, particularmente en lo que tiene que ver con el tratamiento diferenciado que conduce a la exclusión penal (renuncia condicionada de la acción penal) o a la atenuación de los delitos y las consecuencias jurídicas, lo que permite cierto grado de impunidad con tal de lograr una paz estable y duradera. La explicación se abordará desde el punto de vista criminológico.

Palabras clave: Tratamiento diferenciado, selección penal, priorización, marco jurídico, paz.

Abstract

The legislature in Colombia has constitutionally authorized a selection of criminal procedures (both positive and negative) through a Constitutional reform regarding the outlawed armed groups and agents of the state that have committed crimes within the context of the internal armed conflict. This is the first time that the processes of criminal selection have authorized the prioritization of criminal investigations at the highest levels of those responsible for the

Fecha de recepción: Agosto 18 de 2014

Fecha de aprobación: Septiembre 25 de 2014

* Artículo de reflexión. Producto de la tesis doctoral Selectividad Penal y “Marco Jurídico para la paz” en Colombia

** Abogado de la Universidad Libre de Colombia, especializado en derecho penal y criminología, Doctor en Derecho. Correo electrónico: pabloe.gonzalezm@unilibre.edu.co

crimes. In order to understand the reach of the constitutional regulation, a brief study in advance has been carried out of the criminal selection process, thereafter analyzing the content of what has been called the “legal framework for peace”, especially in regard to “differential treatment” that leads to criminal exclusion (conditional waiver of criminal action) or the mitigation of the crimes and their legal consequences which allow a certain degree of impunity so as to achieve a stable and durable peace. The explanation is approached from a criminological viewpoint.

Key words: Differential treatment, criminal selection, prioritization legal framework, peace.

Introducción

La definición de una conducta como delito es una creación de los grupos sociales en momentos históricos determinados y según el grado de desarrollo de los mismos. La definición de las conductas como punibles está unida a los llamados procesos de criminalización, los cuales también son una creación social.

Todas las sociedades, incluidas las contemporáneas, han realizado y lo continúan haciendo, procesos de selección penal, a través de quienes tienen los poderes de decisión, los legisladores y los encargados de aplicar la ley penal.

La definición de lo lícito y lo ilícito por parte de los grupos sociales, está unido a poderes políticos, económicos, étnicos y sociales (Silva 2011), a los que se suman intereses religiosos, culturales, de género, personales, o cualquier otro que tenga la capacidad de influir en la creación de las normas penales.

Expedido el tipo penal, debe aplicarse, para lo cual se requiere que se identifique a los presuntos infractores, se les capture, procese, absuelva o condene. En este orden de ideas revisaremos los institutos correspondientes.

1. Los procesos de selección penal

La definición de una conducta como delito es una creación de los grupos sociales en momentos históricos determinados y según el grado de desarrollo de los mismos. En el Código Penal colombiano de 1890 se consideraban punibles conductas como la unión libre de un hombre y una mujer denominada amancebamiento (arts. 451 a 457), el adultorio de la mujer casada (art. 712), la bigamia (art. 439) y el homosexualismo (art. 419). (Código Penal Colombiano Ley 19 de 1890).

Prueba de que esas definiciones consideradas como punibles son una creación jurídica de cada sociedad, estriba en que hoy en día ninguno de esos comportamientos se considera como delito. La definición de las conductas como punibles está unida a los llamados procesos de criminalización, los cuales también son una creación social.

El concepto de proceso de criminalización fue esbozado por Frank Tannenbaum¹, desarrollado por Howard S. Becker y denominado

¹ Tannenbaum, Frank. (1957). *Crime and the community*, New York, Columbia University Press, pp. 19 y 20. “El proceso de hacer el criminal, es por lo tanto, un proceso de etiquetado, definiendo, identificando, segregando, describiendo, poniendo de relieve, haciendo conciencia y autoconciencia, se convierte en una forma de

así por Edwin M. Schur², del cual se deriva la idea de selectividad penal. Howard Becker, entendió que existen procesos mediante los cuales son seleccionados ciertos individuos y comportamientos para imponerles la etiqueta de criminales, según determinados criterios, lo que es acometido por grupos, que denominó los “empresarios morales”, esto es, sujetos con el poder para definir y calificar a los otros (Becker, 1971). Este punto de vista significó un cambio de paradigma en materia criminológica, que también adoptó la denominada criminología crítica, al desplazar el objeto de estudio de la criminología, del “hombre delincuente” hacia el sistema penal, hacia los procesos de criminalización, la conducta desviada y, en general, con respecto al control social, la reacción social (institucional y no institucional) (Baratta, 2004).

Los legisladores interpretan unos comportamientos como divergentes, crean unas definiciones de los mismos y plantean una reacción social frente a ellos (Kitsuse, 1962),

estimulación, sugiriendo, haciendo hincapié, y evocando los mismos rasgos que se reclama”.

² Schur, Edwin M... *Our criminal society; the social and legal sources of crime in America*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, p. 117. Dijo Schur: “Como veremos con más detalle, la ‘criminalización’ de ciertos tipos de comportamiento pueden agravar los problemas sociales en cuestión, de manera que nos llevan bastante más allá del nivel de la psicología social del individuo. Así, podemos encontrar importantes consecuencias económicas derivadas de la ‘criminalización’ (como cuando la reacción de la sociedad para algún tipo de conducta desviada proporciona las bases para un próspero mercado negro), y también efectos significativos en el comportamiento y las perspectivas de la aplicación de la ley por los funcionarios, tanto como la predecible proliferación de la delincuencia secundaria entre los mismos delincuentes”.

la cual puede ser de criminalizarlos, es decir, definirlos en la ley penal como delitos. La interpretación de un comportamiento como divergente significa que produce indignación o algún tipo de malestar en la comunidad que no lo ve como “normal” sino como “delito” (Baratta, 2004, pp. 94 y 95), cuya reacción es seleccionarlo como tal y realizar lo que se ha denominado la criminalización primaria, que consiste en la expedición de la norma penal por parte del órgano competente para ello, regularmente el legislador.

Como quiera que con la norma penal se describe la conducta del potencial delincuente y al mismo tiempo se selecciona el destinatario de ella, con la criminalización primaria comienza lo que se ha denominado la selectividad penal positiva.

El legislador a través de un proceso de creación de la norma, interpreta y define una conducta como divergente y al mismo tiempo selecciona los destinatarios potenciales de la misma. Howard Becker (2010 p. 28) señaló, acertadamente, que “los grupos sociales crean la desviación al establecer las normas cuya infracción constituye una desviación”.

Los procesos de selección penal son de naturaleza positiva cuando se definen unos comportamientos como delictivos y se seleccionan a unos sujetos para atribuirles la calidad de “delincuentes”, “criminales”, “desviados” o en un lenguaje más adecuado y comprensivo, como “divergentes”³ (Silva, 2011, p. 115).

³ Germán Silva propone la utilización del concepto de “divergente” como más comprensivo que el de “desviado”. El autor plantea: “La divergencia está referida a un proceso dinámico de interacción entre líneas de acción social que mantienen una relación dialéctica, las cuales se expresan

La selectividad también se manifiesta de manera negativa, cuando determinados comportamientos divergentes no son definidos como delictivos, habiendo elementos para considerarlos como tales, y sin embargo se les excluye del alcance penal (no se les etiqueta) a los comportamientos y sujetos que debieran ser criminalizados, es decir, no se les criminaliza. La exclusión se debe a razones de poder y a la existencia de intereses que evitan la tipificación de una conducta como delictiva, como por ejemplo, en el caso de la evasión fiscal en Colombia que ha sido excluida en el parlamento en cuatro proyectos archivados.

Son varios los mecanismos que se utilizan para excluir a un individuo o grupo del alcance penal en el proceso de creación de la ley penal (González 2013, p. 295):

- Absteniéndose el legislador de expedir normas jurídicas (tipos penales) y, por tanto, de proteger determinados bienes jurídicos.
- No definiendo las conductas divergentes como punibles cuando el grupo social las percibe como tales.
- Atenuando o disminuyendo el rigor penal a través de la norma creada, mediante una protección baja de los bienes jurídicos.
- No seleccionando a determinados individuos o grupos sociales como destinatarios de las normas penales existentes o atenuando o disminuyendo el rigor penal de ellas, como lo veremos en relación con la

formando un campo de separación al distinguirse por las diferencias sobre intereses, creencias o valores existentes entre sus actores, lo que provoca un conflicto y representa una situación de diversidad”. Cfr. Criminología. Teoría sociológica del delito.

reforma constitucional del Marco Jurídico para la Paz (Acto Legislativo No. 1 de 31 de julio de 2012, Congreso de la República).

Una vez expedido el tipo penal, el paso siguiente es aplicarlo, mediante un proceso de búsqueda y selección de los individuos, para lo cual se requiere que se descubra e identifique a los presuntos infractores, y si es del caso se les capture, procese, absuelva o condene. Este proceso de aplicación de la ley penal se denomina criminalización secundaria, mediante el cual la acción penal es ejercida por las agencias de control penal sobre personas concretas, con la intervención de policías (de vigilancia o judiciales), militares en el caso colombiano, fiscales, jueces, magistrados, funcionarios de prisiones y demás servidores públicos que realizan una función de apoyo. La criminalización secundaria es “la acción punitiva ejercida sobre personas concretas” (Zaffaroni, 2002).

Según Zaffaroni (2002, p. 7) los aplicadores de la ley penal tienen cierto margen de acción en la ley penal (espacio legal) o por fuera de ella, para realizar un tratamiento diferenciado gravoso o ventajoso para el divergente, “para decidir cuándo se aplican y cuando no” (Sandoval, 1985, pág. 69), lo que se traduce en selecciones positivas o negativas, no obstante que su ámbito de discrecionalidades más reducido y sus decisiones están limitadas por las normas expedidas por el legislador. Incluso se habla de la existencia de un *second code*, no escrito, que funciona previamente o en el proceso de atribución de responsabilidad y de distribución de etiquetas de criminalidad, al lado del código oficial (Baratta, 2004, p. 87).

Este segundo código, oculto y que pertenece a cada funcionario o grupo, permite

realizar procesos de exclusión o inclusión penal del individuo, delincuente o no, al margen de la objetiva infracción de los tipos penales (González, 2013, p. 150).

La selectividad positiva de una persona para la aplicación de la ley penal (proceso de criminalización) implica al mismo tiempo una selección de las víctimas, e igualmente, la no selección del perpetrador o victimario le niega a las víctimas esta condición. (Zaffaroni, 2002, p. 8). “La selección no sólo es de los criminalizados, sino también de los victimizados”.

El proceso de aplicación de la ley penal, dice Silva (2011, p. 141) se expresa en tres fases: 1. La de vigilancia realizada por la Policía y los organismos de investigación criminal. 2. La de juzgamiento, que es realizada por los operadores de justicia (fiscales y jueces), quienes deben interpretar el Derecho y decidir sobre su aplicación definitiva. 3. La etapa punitiva, que tiene que ver con la ejecución de las sanciones por parte de los jueces encargados de esta fase y el personal penitenciario a través de instrumentos como las cárceles.

En la fase de aplicación de la ley penal, los procesos de selección penal negativa son de dos tipos, ambos de naturaleza estructural (González, 2011, p. 285):

- a. Se producen por falta de conocimiento, incapacidad o ineficacia del Estado para realizar el control penal en relación con todas las conductas punibles.
- b. Son realizados por los agentes del Estado de manera consciente, deliberada, intencional o por voluntad política.

El primero, Elías Carranza (1994, p. 88) lo denomina “natural”, el cual es generado

por una serie de factores incontrolados del sistema penal, que no permiten la investigación total de los delitos (Carranza, 1994, p. 88). Esa incapacidad o ineficacia del Estado para ejercer el control penal en relación con todas las conductas cuyas noticias criminales tienen las características de posibles delitos, responde a diferentes motivos:

- a. Existencia de una disparidad inevitable entre la cantidad real de conflictos encada sociedad que tienen las características de delitos y los que llegan a conocimiento de las agencias de control penal (Ibíd., p. 88). Esa diferencia se debe a que las víctimas no denuncian los hechos o no presentan querrela, o estos permanecen ocultos por algún motivo, incluida la actividad con ese fin del propio victimario, y no son de conocimiento de los agentes de control penal. Aquí las víctimas, en parte, son las protagonistas de que no existan procesos de selección penal positiva, por su omisión de denuncia. Es la cifra oculta (negra u oscura) de la criminalidad (González, óp. cit., p. 286).
- b. No se perciben todos los delitos que se cometen aunque pueden ser fácilmente detectables, como por ejemplo aquellos que impropiaemente se denominan “delitos sin víctimas”⁴ o sin “víctima concreta”, dentro de los cuales están los llamados delitos ecológicos (González, 2013, p. 286).
- c. Existe la imposibilidad física del aparato policial y de la Fiscalía para investigar el volumen de noticias criminales de las conductas que ha definido como delitos, lo que indica la existencia de un excesivo

⁴ “Delitos sin víctima” es un término acuñado por Schur, Edwin M. (1965). *Crimes without victims*, Englewood Cliffs, Prentice Hall.

número de casos, que rebasa en Colombia la capacidad de estos organismos. La capacidad operativa de las agencias de control penal, incluidos los jueces, es limitada y no alcanza a cubrir toda la demanda de casos que llegan a su conocimiento. El cumplimiento en esta parte es muy reducido en comparación con las descripciones de criminalización realizadas por el legislador. Cada año queda un gran acumulado de casos por investigar. Merton sostiene que las propias limitaciones operativas y las limitaciones cualitativas (de capacidad técnica o científica), se deben a que toda burocracia termina por olvidar sus metas y las reemplaza por la reiteración ritual (Merton, 2010, pp. 229-232).

- d. La mayor atención a infracciones de menor importancia y la omisión en la investigación de conductas de mayor importancia (Carranza, 1994, p. 88) o impacto social. Los agentes de control penal se centran más en delitos menores y dejan de lado los de crimen organizado, delitos transnacionales, las violaciones de Derechos Humanos, la corrupción, entre otros. El profesor Zaffaroni considera que en efecto se criminaliza por hechos que no son tan relevantes pero que son fácilmente detectables o demostrables, dejando de lado hechos que son trascendentes y relevantes (Zaffaroni, 2002, p. 9).
- e. La investigación se centra en los sectores más vulnerables y que son más débiles frente al poder coercitivo del Estado, mientras que neos enfrentan a las organizaciones que utilizan métodos sofisticados para cometer delitos. Para Zaffaroni, la burocracia termina por hacer lo más sencillo, criminalizando al débil o desprovisto de poder político o económico

o de poder en los medios de comunicación, porque no le causa problemas, pero no criminaliza al poderoso que sí los puede causar (selectividad penal negativa) (Ibíd., p. 9),

- f. La ineficiencia del Estado y sus agentes. Las fallas humanas y técnicas, incluida la inactividad del aparato judicial en la investigación, también contribuyen a que no se establezcan las responsabilidades penales, de tal manera que los autores de conductas punibles no son procesados penalmente, o siendo procesados no son sancionados penalmente, al operar mecanismos como la prescripción de la acción penal o el vencimiento de los términos de indagación, o simplemente por no poderse esclarecer el hecho debido a la deficiencia investigativa (González, 2013, p. 288). Como dice Zaffaroni, las agencias de criminalización secundaria, dada su pequeña capacidad frente a la inmensidad de la tarea que formalmente se les encomienda, deben optar entre la inactividad o la selección, pero como la primera acarrearía su desaparición, cumplen con la regla de toda burocracia de cumplir con algo y proceden a la selección. Este poder de selección corresponde, fundamentalmente, a las agencias policiales, lo cual no depende de su exclusivo criterio, sino que su actividad selectiva es condicionada por el poder de otras agencias, como las de comunicación social, las políticas, los factores de poder, etc., de acuerdo con variables o circunstancias coyunturales (Zaffaroni, 2002, pp. 10 y 11).

Por ejemplo, los medios de comunicación cumplen un papel, muchas veces determinante en los procesos de selección penal positiva, cuando ejercen presión

sobre los agentes de control penal para que se procese penalmente a una persona en particular o para que se produzca una condena (González 2013, p. 288).

- g. No todos los condenados cumplen con la pena impuesta, por diferentes motivos, como la prescripción, la fuga permitida por agentes del Estado, o porque son fugitivos y no comparecen ante la justicia.

En síntesis, son básicamente dos grandes factores que concurren en este primer aspecto de la selectividad penal negativa. Por un lado la cifra oculta de la criminalidad y la falta de capacidad o deficiencia investigativa del Estado para no seleccionara quienes debieran ser procesados penalmente.

En el segundo, la selectividad penal negativa se realiza de manera consciente, deliberada, intencional o por voluntad política de los agentes del Estado, con fundamento en la normatividad (institucional) o por fuera de ella.

Los motivos o factores que inciden para que exista este tipo de selección penal negativa son múltiples: factores de poder político, de nivel social, motivos socio-económicos, de género, de edad (etario), étnico, religioso, de partidos políticos, por afinidad ideológica o política, por corrupción o también por la llamada solidaridad de cuerpo entre agentes de organismos del Estado, son algunos de los aspectos que influyen en que no exista la selección penal de las personas, tanto ella creación de la ley penal como en su aplicación y ejecución, o simplemente por la razón de Estado (González, 2013, p. 288-289).

Los que cometen delitos no siempre son seleccionados como delincuentes por cualquier secreto o expreso motivo; esta distribución o escogencia, en muchos casos es

arbitraria, tanto así, que puede definir como tal a quien no ha cometido delito alguno, como en el caso de los eufemísticamente llamados “falsos positivos” en Colombia, que corresponden en el lenguaje de los Derechos Humanos a las denominadas ejecuciones extrajudiciales por parte de agentes del Estado.

No siempre se seleccionan como delincuentes a quienes cometen homicidios, a quienes realizan ejecuciones extrajudiciales, a quienes cometen masacres, violaciones de Derechos Humanos y otros crímenes que quedan impunes. Lo cierto es que tampoco se selecciona “como homicidio la guerra, las muertes por polución ambiental, las penas de muerte, el cierre de hospitales, la desidia en el cuidado de las rutas (carreteras), ni los fabricantes ni vendedores de armas son etiquetados como cómplices de homicidios, aunque sean sus cooperadores necesarios, ni siquiera cuando las venden a dos bandos en guerra” (Zaffaroni, 2002. p. 238).

A esta segunda modalidad de selectividad penal negativa corresponde el tratamiento diferenciado que establece la reforma constitucional del Acto Legislativo 01 de 2012.

1. El marco jurídico para la paz

Mediante el Acto Legislativo 01 de julio 31 de 2012, conocido como “Marco Jurídico para la Paz”, se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional con fundamento en el artículo 22 de la Constitución Política.

Dicho Acto, adiciona el artículo transitorio número 66 en la Constitución Política colombiana, que tiene “como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera”.

Para efecto de lo anterior, autoriza al poder legislativo para que mediante una ley estatutaria, en el “marco de un acuerdo de paz”, “se dé un tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo”.

En punto del conflicto armado interno y como uno de los mecanismos para su terminación, se autoriza constitucionalmente realizar procesos de selección penal positiva y negativa, “por iniciativa del Gobierno Nacional”, para lo cual podrá “determinar criterios de selección” penal, sobre la base de la “transparencia” de ese “proceso de selección y priorización” (Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 28 de agosto de 2013, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), la existencia de un recurso para impugnar la decisión sobre la selección y priorización de cada caso, y una investigación seria, imparcial, efectiva, cumplida en un plazo razonable y con participación de las víctimas, quienes deberán contar con asesoría especializada, garantizarles el derecho a la reparación integral, y el derecho a conocer dónde se encuentran los restos de sus familiares (Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 28 de agosto de 2013, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Otras condiciones para que sea aplicable el Marco Jurídico para la Paz consiste en “exigir la terminación del conflicto armado respecto del grupo desmovilizado colectivamente, la entrega de las armas y la no comisión de nuevos delitos en los casos de desmovilización individual” (Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013).

En otras palabras, el legislador realizará un proceso de selección penal negativa, al definir

quiénes no serán procesados penalmente por los delitos cometidos durante el conflicto armado interno y hagan la dejación de las armas y podrá decir, bajo los parámetros del Acto Legislativo 01, quiénes serán procesados penalmente. La exclusión o atenuación del rigor penal tiene que ver con los individuos pertenecientes a grupos armados al margen de la ley (guerrilla y paramilitares) y también para los agentes del Estado.

Para la referida selectividad se autoriza un tratamiento diferenciado en varios sentidos:

1. De autores y partícipes de delitos, para lo cual el legislador podrá autorizar, mediante ley estatutaria, la exclusión del alcance penal de individuos o grupos vinculados al conflicto armado interno y de agentes del Estado, para lo cual faculta al legislador para “autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados” (selectividad penal negativa). Sobre este punto la Corte Constitucional (...)

“aclaró que la figura se encuentra limitada desde el propio Acto Legislativo, por cuanto no aplica para los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, conforme con los estándares internacionales.

Además precisó, que la renuncia se revocará de no cumplirse con los requisitos contemplados por la norma. Dentro de las condiciones exigidas se encuentran, como mínimo, la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad, la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de menores.”

La Corte también explicó “que la renuncia condicionada a la persecución penal se justifica al ponderar la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar, con el deber de prevenir futuras violaciones a los Derechos Humanos en la búsqueda de una paz estable y duradera” (Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013). Cuando un caso no haya sido seleccionado o priorizado se debe garantizar el derecho a la verdad a través mecanismos judiciales no penales y extrajudiciales (Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013).

La crítica (Comisión Colombiana de Juristas, 2012) apunta a señalar que renunciar a la persecución de algunas conductas tiene que ver directamente con las violaciones de Derechos Humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, cuando constitucionalmente el Estado tiene la obligación de investigarlas y sancionarlas penalmente, y no es posible reemplazar o suplir estas obligaciones por mecanismos de investigación no judicial (Comisión de la Verdad, Comisión Colombiana de Juristas, 2012).

2. El legislador también puede autorizar la atenuación del rigor penal aplicable a los autores y partícipes de delitos en el marco del conflicto armado interno, mediante los siguientes mecanismos:
 - a. Establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena.
 - b. Establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena.

Por su parte, la Corte Constitucional determinó que los anteriores mecanismos, “no implican por sí solos una sustitución de los pilares esenciales de la Carta, siempre que se encuentren orientados a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición” (Comisión Colombiana de Juristas, 2012).

3. Priorización: Dentro de los casos seleccionados, para efectos de las consecuencias jurídicas, el legislador también quedaría facultado para tener en “cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección”, es decir, que dentro del grupo de seleccionados, a su vez, se aplicaría otra definición de los casos más graves, otra selección dentro de los escogidos. Este proceso lo denomina la norma constitucional “priorización “dentro del enfoque de selección en general, el cual queda adscrito al Fiscal General de la Nación, para que determine los criterios de esa “priorización” para el ejercicio de la acción penal.
4. En relación con los “crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”, es obligación investigarlos y juzgarlos. Por su gravedad y representatividad, considera la Corte Constitucional que deberá priorizarse la investigación y sanción de los siguientes delitos: ejecuciones extrajudiciales, tortura, desapariciones forzadas, violencia sexual contra la mujer en el conflicto armado, desplazamiento forzado y reclutamiento ilegal de menores, cuando sean calificados como delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática (Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 28 de agosto de 2013).

Con relación a estos delitos, la selectividad penal va dirigida a sus máximos responsables. Para ellos el sistema penal tendrá que aplicar la priorización (selección dentro de los casos seleccionados), a través del establecimiento de parámetros “que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran” esa connotación, “siempre y cuando se asegure que como mínimo se enjuiciarán aquellos delitos” (Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 28 de agosto de 2013). Sobre este tema, la Corte Constitucional consideró que es posible modificar la estrategia de juzgamiento “caso por caso”, que tradicionalmente ha sido utilizada por la justicia ordinaria, y, en su lugar, acudir a un sistema que permite agrupar las graves violaciones de derechos en “macroprocesos”, e imputarlas a sus máximos responsables. Lo anterior, a su vez, permitiría cumplir de forma más eficiente con el deber de proteger los derechos de las víctimas del conflicto. En relación a la imputación de los delitos solo a sus máximos responsables, la Corte Constitucional consideró que el Estado no renuncia a sus obligaciones por las siguientes razones: “(i) la concentración de la responsabilidad en los máximos responsables no implica que se dejen de investigar todos los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, sino que permite que sean imputados solo a quienes cumplieron un rol esencial en su comisión; y (ii) se contribuye eficazmente a desvertebrar macroestructuras de criminalidad y revelar patrones de violaciones masivas de Derechos Humanos, asegurando en últimas la no repetición” (Corte

Constitucional, Sentencia C-579 de 28 de agosto de 2013).

Se crítica la acción penal concentrada en relación con los máximos responsables de los grupos armados (selectividad penal), en cuanto dejará por fuera de la investigación y sanción penal las violaciones graves a los Derechos Humanos por los ejecutores que no son jefes (Comisión Colombiana de Juristas, Comentarios al Marco Jurídico para la paz, 2013).

También la crítica recae sobre los crímenes cometidos de “manera sistemática”, para referirse a los delitos de lesa humanidad y a los crímenes de guerra, en cuanto queda la posibilidad de que los casos aislados o eventuales que no corresponda a la definición de lo “sistemático”, no queden comprendidos y por tanto podrían ser excluidos de la persecución penal, no obstante su gravedad.

Sin embargo, lo eventual o esporádico de las violaciones no le quita la tipificación como delitos de lesa humanidad o de crímenes de guerra a las conductas que tengan tal adecuación y por tanto no podrán ser indultados o amnistiados sus autores y partícipes, de acuerdo con los estándares internacionales de Derechos Humanos, o el Estado no podría renunciar a su persecución penal.

De todas formas, las selecciones, de mayor a menor, desde la exclusión del alcance penal o la renuncia a la acción represiva, o la atenuación de la persecución penal, van dirigidas al favorecimiento o tratamiento benigno de los divergentes como concesión para la terminación del conflicto armado interno. “Al fin y al cabo, los procesos de selección penal negativa se diseñan para los que previamente

el sistema penal ha definido como delincuentes (González 2013, p. 296).

La iniciativa de la reforma constitucional comentada está vinculada al poder político, primero por la iniciativa del ejecutivo, y luego del legislativo con la facultad de definir el marco para los procesos de selección penal negativa, en el eventual caso de acuerdos de paz, y de legislar a futuro, de manera específica, sobre esos mismos procesos. Es obvia la vinculación del poder político a los procesos de selección penal negativa, por la vía de la creación de la ley penal, que tendrá efectos para los encargados de su aplicación y ejecución. La selectividad penal negativa declarada oficialmente por el Estado conlleva a que se legitime cierto grado de impunidad y que se sacrifique parte del concepto de justicia.

2. Legitimidad de la selectividad penal negativa

Los procesos de selección penal negativa pueden ser legítimos o no, de lo cual depende su validez jurídica. Como lo sostiene el profesor Germán Silva, “toda intervención penal, aun sobre el delito más reprobable, supone una actividad selectiva sobre la divergencia. La cuestión radica en dilucidar qué tipo de selectividad se aplica, si ella es legítima o no” (2011, p. 245).

La Corte Constitucional le dio legitimidad a esos procesos de selección penal y se puso a tono con la normatividad y la jurisprudencia internacional en materia Derechos Humanos, al advertir que el articulado de la Ley Estatutaria deberá ser respetuoso de los compromisos internacionales contemplados en los tratados aplicables por la vía del bloque de constitucionalidad, en cuanto a la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar

las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario (Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 28 de agosto de 2013).

De no acatarse lo anterior se abriría la puerta para la intervención de la Corte Penal Internacional conforme lo dispone el artículo 17 del Estatuto de Roma, que la autoriza para ejercer competencia en relación con violaciones de Derechos Humanos o infracciones al derecho internacional humanitario de que habla dicho instrumento, cuando considere que el Estado al que le corresponda juzgarlos no es capaz, o no esté dispuesto a hacerlo.

La ley estatutaria que se expida debe ser respetuosa de los derechos fundamentales, pues en caso contrario no se podrá considerar legítima, por más que se expida mediante los canales democráticos.

La advertencia de la Corte Constitucional resulta pertinente, si tenemos en cuenta que “un ‘Derecho’ que legaliza la vulneración de los derechos fundamentales de las víctimas mediante normas jurídicas, corresponde a un Derecho penal no democrático e ilegítimo que debe ser rechazado. Se puede decir que cuando una legislación se afina en la protección de los violadores de los derechos fundamentales y en el desconocimiento de los derechos de las víctimas, desde el punto de vista material no se les debe poder reconocer otro rango que el de meros dispositivos jurídicos, según el caso” (González, 2013 p. 530).

Un escollo que puede encontrar la legislación estatutaria que se expida, tiene que ver con la posición de la Corte Interamericana, la cual se ha pronunciado en varios casos sobre la selectividad penal negativa y lo injusto de algunas normas jurídicas, hasta el punto de

declarar su invalidez. Tal es el caso de las autoamnistías (selección penal negativa), relacionadas con agentes del Estado que fueron expedidas para beneficiar a los defensores de regímenes autoritarios mediante la violación flagrante de los Derechos Humanos en Argentina, Brasil, Chile, Perú y Uruguay.

Consideró la Corte Interamericana de Derechos Humanos que las leyes de autoamnistía (selección penal negativa) “conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella”.

En consecuencia, dada su naturaleza, dichas leyes “carecen de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia 26 de diciembre de 2006, párrafo 118).

En la misma línea jurisprudencial, la Corte Constitucional colombiana ha dicho:

“Figuras como las leyes de punto final que impiden el acceso a la justicia, las amnistías en blanco para cualquier delito, las autoamnistías, o cualquier otra modalidad que tenga como propósito impedir a las víctimas un recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos, se han considerado violatorias del deber internacional de los Estados de proveer recursos judiciales para la protección de los Derechos Humanos” (Corte Constitucional, sentencia C-578 de 30 de julio de 2002).

Aunque la norma constitucional del Marco Jurídico para la Paz no habla de amnistías expresamente, la renuncia condicionada al ejercicio de la acción penal de que trata la norma constitucional, parece habilitar al legislador para que en la ley estatutaria introduzca esta figura al igual que la del indulto, bajo condicionamientos para los delitos políticos y conexos que así se definan.

Finalmente, la propia Corte Constitucional advirtió oportunamente que la suscripción del Tratado de Roma no impide que Colombia acuda a las figuras de la amnistía o del indulto para poner fin a un conflicto armado interno, siempre y cuando se sujete a los parámetros establecidos en la Constitución y a los principios y las normas de derecho internacional que esté obligada a cumplir. Al respecto señaló la Corte:

“Dentro de estos parámetros, en el Estatuto de Roma han quedado a salvo los esfuerzos genuinos dirigidos a establecer la verdad de los hechos, la responsabilidad penal de los implicados, así como la reparación a las víctimas y perjudicados. En primer lugar, en tales eventos no es claro que se presente la indisposición del Estado a investigar o enjuiciar que señala el artículo 17.1, literal a) del Estatuto. En segundo lugar, un proceso interno para consolidar la paz, en el cual no se prive a las víctimas del derecho a acceder a la justicia, proporciona un elemento de juicio importante de que no obran razones de peso para creer que una investigación adicional de la Corte Penal Internacional redundaría en interés de la justicia. En tercer lugar, la existencia de tales procedimientos judiciales internos, a la vez que reafirma la jurisdicción nacional sobre sus asuntos, es un criterio para que la Corte Penal Internacional aprecie si se cumple el presupuesto procesal señalado en el artículo 17.1, literal d) del Estatuto, como quiera que los

procedimientos internos han sido suficientes” (Corte Constitucional, sentencia C-578 de 30 de julio de 2002).

Conclusiones

Todo indica que el Marco Jurídico para la Paz tendrá también como mecanismos de selectividad penal negativa las amnistías y los indultos con las limitaciones que ha trazado el Derecho internacional de los Derechos Humanos.

De la reforma constitucional se desprende que los crímenes cometidos por la guerrilla, y en cuyo proceso también pueden ingresar los grupos de la nueva generación de paramilitares, al igual que los agentes del Estado que han cometido delitos dentro del marco del conflicto armado interno, se discutirá de poder a poder, y lógicamente los beneficiarios de las leyes que se produzcan tendrán menos riesgo de ser procesados y condenados, y mayores posibilidades de ser excluidos del alcance penal o su situación atenuada penalmente en lo máximo posible, en los casos en que se defina que debe haber condenas, mediante la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena. Son amplias las posibilidades de reducir ostensiblemente el rigor penal. (González, 2013, p. 293)

La obtención de una paz estable y duradera, más que de la legislación, dependerá de la voluntad política de los grupos al margen de la ley y de los representantes del Estado de brindar las garantías necesarias para que se reincorporen a la vida civil y participen del ejercicio democrático sin recurrir a las armas y sin ser perseguidos por la condición que han tenido de ilegales.

No obstante, las negociaciones de La Habana entre el gobierno colombiano y las Farc, podrán replantear y hasta modificar la reforma constitucional que todavía no comienza a aplicarse.

Bibliografía

Baratta, Alessandro. (2004). *Criminología crítica y crítica al Derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

Becker, Howard S. (1971). *Los extraños. Sociología de la desviación*, Buenos Aires, Editorial Tiempo Contemporáneo.

----- (2010). *Outsiders. Sociología de la desviación*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

Carranza, Elías. (1994). *Criminalidad: ¿prevención o promoción?*, San José, EUNED, Ed. Universidad Estatal a Distancia.

Comisión Colombiana de Juristas, Comentarios al Marco Jurídico para la paz, Bogotá, 4 de junio de 2012, http://www.coljuristas.org/documentos/actuaciones_judiciales/comentarios_marco_juridico_2012-06-04.pdf.

Corte Constitucional, sentencia C-578 de 30 de julio de 2002, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-578-02.htm>.

----- (2013). Boletín de prensa Marco Jurídico para la paz, Bogotá, 28 de agosto de 2013, www.corteconstitucional.gov.co/inicio/BOLETÍN%20RUEDA%20DE%20PRENSA%20MARCO%20JURIDICO%20PARA%20LA%20PAZ.pdf, consulta realizada el 12 de noviembre de 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Sentencia en el caso Almonacid Arellano

y otros versus Chile”, sentencia del 26 de diciembre de 2006, www.corteidh.org.cr

González Monguí, Pablo Elías. (2013). Procesos de selección penal negativa, Bogotá, Universidad Libre.

Kitsuse, John I. (1962). “Societal Reaction to Deviant Behavior Problems of Theory and method”, *Social Problems*, vol. 9, published for: The Society for the Study of Social Problems, University of California, Winter, pp. 247-256. www.jstor.org/stable/799235.

Merton, Robert K. (2010). Teoría y estructura sociales, México, Fondo de Cultura Económica, 4ª edición.

República de Colombia. (1906). Código Penal, Ley 19 de 1890, Bogotá, Imprenta Nacional.

----- (2012). Acto Legislativo No. 1 de 31 de julio de 2012, Bogotá, Congreso de la República, <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/actos-legislativos/Documents/2012/ACTO%20LEGISLATIVO%20>

N%C2%B0%200 1%20DEL%2031%20DE%20JULIO%20DE%202012.pdf. Consulta realizada el 12 de noviembre de 2013.

Sandoval Huertas, Emiro. (1985). Sistema penal y criminología crítica, Bogotá, Editorial Temis.

Schur, Edwin M. Our criminal society; the social and legal sources of crime in America, Englewood Cliffs, Prentice-Hall.

Silva García, Germán. (2011). Criminología. Teoría sociológica del delito, Bogotá, ILAE.

Tannenbaum, Frank. (1957). Crime and the community, New York, Columbia University Press.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. (2002). Derecho penal, parte general, Buenos Aires, Ediar, 2ª edición.

----- (2011). La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar, Buenos Aires, Ediar.