

El significado de la pena en el marco de un proceso de paz

Reflexiones sobre el caso colombiano

Por Dr. **Nathalia Bautista Pizarro**, LL.M. (Bonn), Bogotá*

El Estado colombiano firmó, después de cuatro años de diálogos, el Acuerdo de Paz (los “Acuerdos de la Habana”) el 26.9.2016¹² con la guerrilla de “Las FARC-EP”³ en la ciudad de Cartagena de Indias, Colombia. El objetivo de las negociaciones consistió en la fijación de una estrategia para darle fin al conflicto armado interno existente entre el Estado y este grupo rebelde. Después de más de cinco décadas de duración, el conflicto llegó a su fin el 28.8.2016. En la quinta parte del Acuerdo de Paz – en el así llamado “Acuerdo sobre las víctimas del conflicto” – se ha previsto la fundación de una jurisdicción especial que ha sido llamada la “Jurisdicción Especial para la Paz”. Esta jurisdicción especial operará en un sistema complejo de justicia transicional. La responsabilidad individual “de quienes han participado directa e indirectamente en el conflicto armado” debe determinarse, según lo establecido, atendiendo a la gravedad de los delitos, la reparación individual y colectiva de las víctimas, la reconstrucción de la verdad de lo acontecido y la garantía de la no repetición de los delitos en cuestión.

Conforme a este modelo, la imposición de la pena no es, no obstante, la pregunta de fondo. La finalidad del sistema consiste, más bien, en darle solución al conflicto armado, esto es, en lograr– conforme al tenor del Acuerdo – “una paz estable y duradera”. El componente penal se halla en el sistema de amnistías e indultos de los delitos políticos y conexos, así como en la cuestión de la sanción de las graves violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.⁴ La pena adquiere en este contexto un significado especial. Su medida y su función dependen de la cooperación del autor en el complejo sistema de la justicia transicional. De este modo, se habla de una función “retributiva” y “restaurativa” de la pena.

Las reflexiones que se plantearán en este escrito se centraran en la comprensión del significado de la institución de la pena en el contexto especial de un proceso de paz. Se trata de la aclarar por qué la pena no puede por sí misma resolver un conflicto armado en su complejidad. Para ello se considerará, igualmente, la pregunta acerca de si un cambio

en la medida y la función de la pena en el marco de la justicia transicional es legítimo.

I. El sistema de los Acuerdos de Colombia y la pregunta sobre la responsabilidad individual

En el transcurso del proceso de paz, el Gobierno colombiano fijó junto con los representantes del grupo rebelde de Las FARC-EP los mecanismos de solución del conflicto armado y el establecimiento de una paz estable y duradera en varios puntos de negociación, o bien, en diversos acuerdos. Para las partes negociadoras fue, ante todo, importante reconocer que el conflicto tuvo origen en la desigualdad social y económica, así como en el descuido del desarrollo económico en la zona rural. Por esta razón, atendiendo a razones de una política agraria, se estableció en el primer punto del Acuerdo que el desarrollo integral y económico del campo tiene que ser fomentado, por ejemplo, con la lucha contra la pobreza, la satisfacción de las necesidades sociales – como la educación, el acceso a un sistema de salud, la facilitación de viviendas etc. – y el apoyo a la economía agraria.⁵ En el segundo punto de las negociaciones se definieron directrices para la garantía de una participación justa en la política por parte de la población colombiana. Se trata de un programa que busca fortalecer las estructuras democráticas. Asimismo, en la tercera parte del Acuerdo se pueden encontrar las condiciones para darle fin al conflicto. Esta parte regula las medidas especiales para lograr el cese definitivo al fuego y de hostilidades, así como el proceso de dejación de las armas y de reinserción de los rebeldes en la vida civil y su protección frente a posibles persecuciones. Conforme a la cuarta parte del Acuerdo, es deber implementar también una política efectiva en contra del narcotráfico – por ejemplo, mediante programas de erradicación de cultivos ilegales sumado al fomento de sustitución por otro tipo de cultivos. De otro lado, la pregunta de la justicia transicional es tratada en la quinta parte del Acuerdo. Finalmente, en la sexta parte de los Acuerdos, se han previsto los mecanismos de legitimación de las negociaciones por parte del pueblo, así como su entrada en vigencia y aseguramiento.

Muchas de las medidas fijadas en el Acuerdo han entrado en rigor. Así, se declaró, en primer lugar, el cese al fuego y de hostilidades bilateral el 8.8.2016. Posteriormente se firmaron de manera oficial los Acuerdos el 23.9.2016. El 2 de octubre del mismo año, el pueblo colombiano, no obstante, votó con una mayoría débil (de un 50,21 % respecto de un 49,78 %) en contra de la entrada en vigencia de los Acuerdos. Esto llevó a una nueva negociación sobre algunos aspectos con la oposición. Finalmente, el Acuerdo de Paz modificado fue aprobado por el Congreso de la República el 1.12.2016. Seguidamente se inició el proceso de implementación de los diversos puntos de las negociaciones mediante un

* Coordinadora, docente e investigadora del Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia.

¹ Por medio del Proyecto de Ley de Restitución de Tierras del 7.9.2010.

² Esta fecha se ha tomado como día oficial de la firma de los Acuerdos. Después del Plebiscito del 2.10.2016, se firmó el 26 de noviembre del mismo año en Bogotá un nuevo acuerdo, que incluyó algunas modificaciones.

³ “Fuerzas Armadas y Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo”.

⁴ Y esto conforme al Punto Núm. 5.1.2. Inciso 1, Núm. 2, 12 e Inciso 2, Núm. 19; Véase también el Acto Legislativo 01 de 2012 y la Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 10, Art. 23.a, Art. 30.1 y Art. 46.

⁵ Véase al respecto Punto Núm. 1 (Política de desarrollo agrario integral).

procedimiento legislativo especial – el así llamado “fast track” – que implica que las reglamentaciones sean expedidas en ciclos legislativos muy cortos. Un resultado de este procedimiento especial de legislación ha sido la Ley Núm. 1820 del 30.12.2016 que fue expedida como reglamentación de un sistema de amnistía e indulto para los miembros del grupo rebelde y de un sistema de tratamiento especial para los agentes del Estado. Paralelamente se había iniciado ya el proceso de dejación de las armas por parte de los miembros de Las FARC-EP. Los rebeldes han sido concentrados en distintos lugares de diversas regiones y están siendo vigilados por organizaciones internacionales.

Con esta corta descripción de la sistemática de los Acuerdos de Paz se puede observar ya que la pregunta sobre la responsabilidad individual y, con ello, sobre la imposición de la pena implican aspectos más amplios que tienen como finalidad la terminación del conflicto, la solución de sus causas y el establecimiento de una paz estable y duradera. Con otras palabras: Cuando se aborda el cuestionamiento sobre el significado de las instituciones de la justicia transicional y, con ello, la pregunta por el tratamiento de la responsabilidad individual en el caso de los acuerdos celebrados con el grupo rebelde de Las FARC-EP, es necesario atender a todas aquellas medidas políticas que tienen como fin la consecución de la paz. El conflicto armado de Colombia no se puede, por lo tanto, reducir a la pregunta de la responsabilidad individual (civil y penal). Y esta es la razón principal por la que las instituciones clásicas de la responsabilidad individual se conciben en este contexto especial de otra forma, a saber, en el marco de mecanismos transitorios. El jurista se ve confrontado con un sistema alternativo de solución de conflictos que ha sido pensado especialmente para los tiempos de cambios radicales, más no, para un estado de “normalidad”. Las siguientes reflexiones se relacionan con este último cuestionamiento.

II. El modelo de la justicia transicional de Colombia

1. Principios rectores de la justicia transicional

El modelo de justicia transicional fue originalmente acordado el 1.12.2015 y concebido como un “Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición”. Los lineamientos del sistema hacen una referencia al reconocimiento de las víctimas, a la reconstrucción de la verdad, al esclarecimiento de la responsabilidad por las violaciones al derecho atendiendo a las víctimas y la garantía de no repetición de los delitos que fueron cometidos en el conflicto armado. Esta parte del Acuerdo reconoce como principio rector también la facilitación de la reconciliación en la sociedad y la protección efectiva de los derechos humanos.

El punto central del sistema se encuentra, especialmente, en el reconocimiento de los derechos de las víctimas.⁶ El elemento de la “justicia” se complementa con mecanismos adicionales de tal forma que los derechos de las víctimas

tengan como resultado una protección efectiva.⁷ Esto es, según el espíritu de los Acuerdos, la base de la justicia.⁸ Para garantizar la protección de los derechos de las víctimas el Estado debe evitar también hechos de violencia y hacer real la paz.⁹ La justicia debe, por ello, ser concebida como algo que se orienta a futuro y las instituciones de la justicia transicional deben referirse, por consiguiente, a las generaciones futuras.¹⁰

La reparación de las víctimas debe ser garantizada de forma individual y colectiva.¹¹ Aquí adquieren las instituciones del derecho civil un significado especial. No se habla solamente de “indemnización”, o bien, de la “reparación del daño” en un sentido clásico. El Acuerdo y los estudios del derecho colombiano hacen referencias a otras formas de reparación que se mueven en el plano de lo colectivo y que deben fomentar los procesos complejos de reconciliación en la sociedad.¹²

El reconocimiento de la responsabilidad individual por las violaciones al derecho es un principio adicional de este modelo de justicia transicional. La responsabilidad de “todos los que han participado directa o indirectamente en el conflicto armado” debe ser determinada conforme a este principio. Y esto debe garantizarse especialmente en los casos de las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario.¹³

Otro principio decisivo del modelo de justicia transicional que se expone consiste en la reconstrucción de la verdad.¹⁴ Este obedece el interés de las víctimas y de la generalidad. Según esto, existe una necesidad de saber “qué pasó y qué no debe volver a suceder nunca más”¹⁵. Mediante la reconstrucción de la verdad deben ser reconocidas las víctimas del conflicto pero también el proceso de reconciliación en la sociedad y la reconstrucción de un “futuro con dignidad y bienestar para la generalidad” deben ser también garantizados.¹⁶ Conforme al Acuerdo, los ciclos de la violencia deben igualmente ser interrumpidos de manera definitiva.¹⁷ Se busca, junto con la reconstrucción, especialmente, preservar la memoria de las víctimas, y esto

⁷ Véase Punto Núm. 5.1.

⁸ Véase, por ejemplo, Punto Núm. 5.1., Inciso 1 y 5.1.2., Núm. 6, 7 y 8.

⁹ Punto Núm. 5.1.2., Núm. 1.

¹⁰ Véase Punto Núm. 5.1.2., Núm. 3.

¹¹ Véase especialmente Punto Núm. 5.1., Componentes, Inciso 4; ver también Punto Núm. 5.1.2. I, 6 y Núm. 5.1.2. Núm. 60 y 5.1.2., Listado de sanciones, Inciso 2, Núm. 4, Inciso 3, Núm. 1 y I, Inciso 4.

¹² Se trata, en concreto, de la reparación simbólica que surge a través del arte y de expresiones estéticas en la población civil. Véase al respecto *Sierra*, Derecho del Estado 32 (2014), 77.

¹³ Véase Punto Núm. 5.1., Inciso 2.

¹⁴ Véase Punto Núm. 5.1.1.1.

¹⁵ Véase Punto Núm. 5.1.1.1., Inciso 1.

¹⁶ Véase Punto Núm. 5.1.1.1., Inciso 1.

¹⁷ Véase Punto Núm. 5.1.1.1., Inciso 1.

⁶ Véase especialmente Punto Núm. 5, Principios, Núm. 1, 3, 4, 6, 7 y 10; Punto Núm. 5.1. Objetivos, Inciso 1, 4, 6, 7 y Componentes, Inciso 1, 2, 4.

sobre la base de un conocimiento amplio de todos los aspectos del conflicto armado.¹⁸

Finalmente, se encuentra como principio rector de este modelo el mandato de evitar la repetición de la guerra.¹⁹ Los mecanismos de la justicia transicional y también del proceso de desarme y la reinserción de los rebeldes en la vida civil, que han sido previstos en la tercera parte de los Acuerdos, deben asegurar el mandato de no repetición.

2. Órganos de la justicia transicional

Conforme a la quinta parte del Acuerdo, la constitución de una Jurisdicción Especial para la Paz en el marco de un proceso de justicia transicional es un asunto de la soberanía del Estado.²⁰ El Estado está, por lo tanto, facultado para valorar la gravedad y la complejidad del conflicto armado interno y configurar sobre esta base los mecanismos judiciales idóneos para realizar la paz. El sistema integral consta de 1. la “Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición,”²¹ 2. la “Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto”²² y 3. la “Jurisdicción Especial para la Paz”²³

La Comisión de la Verdad es un órgano extrajudicial.²⁴ Su función consiste en esclarecer la complejidad del conflicto.²⁵ La verdad debe ser reconstruida en audiencias públicas y de manera colectiva contando con la participación las víctimas, de la población civil y de los intervinientes en el conflicto armado.²⁶ De este modo, debe fomentarse el reconocimiento de las víctimas y de la responsabilidad de quienes han participado directa e indirectamente en el conflicto.²⁷ El objetivo de la Comisión de la Verdad consiste, igualmente, en apoyar la convivencia en los territorios.²⁸

La “Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto” es también un órgano extrajudicial que tiene la tarea recopilar la información para la búsqueda de las personas desaparecidas.²⁹ Aquí se han previsto, entre otros, procesos

para la identificación y entrega de los restos encontrados a sus parientes.³⁰

La Jurisdicción Especial para la Paz es, por su parte, el órgano judicial del sistema de justicia transicional que tiene por función el ejercicio de la justicia.³¹ Sus tareas consisten en determinar la responsabilidad de quienes hayan participado directa e indirectamente en el conflicto armado y, en caso de los delitos políticos, así como de los delitos conexos, definir la renuncia a la pena; igualmente, tiene la tarea de imponer las respectivas sanciones en el caso de las graves violaciones a los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, así como de asegurar la reparación efectiva de las víctimas. Ella se compone de los siguientes órganos:³²

- La “Sala de reconocimiento de verdad, responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas”³³
- La “Sala de Amnistía o indulto”³⁴
- El “Tribunal para la Paz” (para la investigación, persecución y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario³⁵)
- La “Sala de definición de situaciones jurídicas para los casos diferentes a los literales anteriores o en otros supuestos no previstos”³⁶
- La “Unidad de investigación y acusación”³⁷

3. La cuestión penal

El modelo colombiano de la justicia transicional prevé también un sistema para el tratamiento de la cuestión penal. Su desarrollo inició con la reforma constitucional del Acto Legislativo Núm. 01-2012.³⁸ Según esta reforma, se entiende que el modelo de justicia transicional que está por venir debe respetar la protección de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, si se busca darle un fin al conflicto. Las graves violaciones a estos dos sistemas de derecho, con otras palabras, tienen que ser castigadas. En esta reforma constitucional existía igualmente un énfasis sobre el castigo penal para los máximos responsables de las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario. El modelo de justicia transicional de los Acuerdos extendió, no obstante, el sistema al castigo de todos aquellos que han “participado directa e indirectamente en el conflicto armado”. El tratamiento de la cuestión penal encuentra aplicación en la Ley Núm. 1820 del 30.12.2016. En ella se regulan la amnistía y el indulto de los

¹⁸ Véase Punto Núm. 5.1.1.1., Inciso 2.

¹⁹ Véase Punto Núm. 5.1., Objetivos, Inciso 3 y Componentes Inciso 5.

²⁰ Véase al respecto Punto Núm. 5.1.2., Núm. 4.

²¹ Punto Núm. 5.1.1.1.

²² Punto Núm. 5.1.1.2.

²³ Véase Punto Núm. 5.1.2.

²⁴ Punto Núm. 5.1.1.1.1., Criterios orientadores, Inciso 13.

²⁵ Se debe informar, conforme al Punto Núm. 5.1.1.1.2., especialmente: las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, la responsabilidad del Estado, Las FARC-EP y otros grupos paramilitares, el impacto del conflicto en la sociedad, en la política, en los intervinientes y, también, el contexto histórico y las causas del conflicto.

²⁶ Véase Punto Núm. 5.1.1.1.4.

²⁷ Punto Núm. 5.1.1.1., Inciso 6 y 7.

²⁸ Punto Núm. 5.1.1.1., Inciso 8 y 10.

²⁹ Punto Núm. 5.1.1.2.

³⁰ Punto Núm. 5.1.1.2.

³¹ Punto Núm. 5.1.2.

³² Punto Núm. 5.1.2. III, Núm. 46.

³³ Véase al respecto Punto Núm. 5.1.2. III, Núm. 47 y 48.

³⁴ Punto Núm. 5.1.2. III, Núm. 49.

³⁵ Punto Núm. 5.1.2. III, Núm. 52.

³⁶ Esta sala debe ser competente de todos los casos que no correspondan a las demás salas. Véase Punto Núm. 5.1.2. III, Núm. 50.

³⁷ Véase Punto Núm. 5.1.2. III, Núm. 51.

³⁸ Acto Legislativo 01 de 2012 “Marco jurídico para la paz”.

rebeldes, así como el tratamiento diferenciado de los agentes del Estado. A continuación se presentará brevemente este sistema penal.

a) Renuncia a la pena

aa) Sistema de amnistía e indulto para los rebeldes

Respecto de los delitos de los rebeldes se ha previsto, en primer lugar, la renuncia a la pena en el caso de los delitos políticos y las conductas conexas.³⁹ Qué puede exactamente llegar a ser objeto de amnistía o indulto es algo que la Ley Núm. 1810 del 30.12.2016 ya ha definido. Detrás de esta nueva legislación se halla un grupo de delitos ya regulados en el Código Penal colombiano que pueden ser calificados de “delitos políticos”. Ahí se encuentran, entre otros, los delitos de “rebelión”, “sedición”, “asonada” y “conspiración”.⁴⁰ Estas conductas son reconocidas en la ley de amnistía como delitos políticos y las conductas conexas son, por lo tanto, aquellas que buscan “facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo la rebelión”⁴¹. A los delitos políticos se vinculan otras formas de comportamiento que se cometen en el transcurso de la “perturbación del orden público” o del “ejercicio del derecho de la protesta social” – como, por ejemplo, las “lesiones personales leves”, el “daño en bien ajeno”, la “perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial”, la “obstrucción a vías públicas”, la “violencia contra servidor público” etc.⁴² Conforme a la ley, todas estas conductas – a saber, los delitos políticos y los delitos conexos – deben estar relacionadas directa o indirectamente con el conflicto.⁴³ Se trata de delitos que han sido cometidos “a causa” o “con ocasión” del conflicto o “con relación directa e indirecta” con el mismo.⁴⁴ El concepto de delito político y los delitos conexos, no obstante, no abarca dichas conductas que se cometan para obtener un “beneficio propio” o “de un tercero”.⁴⁵ Lo esencial en todos estos delitos con carácter político es, asimismo, que el Estado sea el objeto de ataque del comportamiento (el Estado como “sujeto pasivo”).⁴⁶

Como ya se ha explicado anteriormente, la amnistía y el indulto están excluidos respecto de los delitos que puedan interpretarse como graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario.⁴⁷ En este sentido, en la quinta parte del Acuerdo de Paz se han mencionado las siguientes conductas: “Delitos de lesa

humanidad, genocidio, graves crímenes de guerra, toma de rehenes y otros casos de privación de la libertad graves, tortura, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, sustracción de menores, desplazamiento forzado, reclutamiento de menores en el sentido del Estatuto de Roma.”⁴⁸ La gravedad de estas conductas se mantiene igualmente en la Ley en el momento de mencionar los calificativos de “ferocidad, barbarie u otro equivalente”.⁴⁹ Igualmente, se pueden encontrar en la Ley precisiones sobre el concepto de los “graves crímenes de guerra”. Así, se dice que la gravedad radica en la “ejecución sistemática” de las conductas delictivas⁵⁰.

El sistema de amnistía e indulto contiene igualmente un principio de favorabilidad: En caso de duda, la amnistía o el indulto deben reconocerse en el sentido más amplio posible, y ello, especialmente, cuando para ese procedimiento no se haya establecido alguna prohibición.⁵¹

En el Acuerdo y en la Ley se reconocen, por último, algunos presupuestos para la concesión de la amnistía o el indulto. La primera condición consiste en el cese al fuego y de las hostilidades.⁵² Lo anterior es una condición que el grupo rebelde ya ha cumplido. En segundo lugar, los beneficiarios de la amnistía o el indulto deben cumplir con sus deberes de aportar al esclarecimiento de la verdad y a la efectiva reparación de las víctimas.⁵³ El otorgamiento de la amnistía o del indulto implica también el mantenimiento de la promesa de la no repetición de los delitos.⁵⁴

bb) Tratamiento penal diferenciado para los agentes del Estado

Con el fin de garantizar la igualdad entre las partes del conflicto, se tiene en cuenta en los Acuerdos y en su desarrollo en la Ley de Amnistía Núm. 1820 un tratamiento penal especial para los delitos de los agentes del Estado. Siguiendo el tenor de la Ley de Amnistía, la renuncia a la persecución penal contra los agentes el Estado está prevista siempre que los delitos no puedan ser calificados como “Delitos de lesa humanidad, genocidio, graves crímenes de guerra, toma de rehenes y otros casos de privación de la libertad graves, tortura, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, sustracción de menores, desplazamiento forzado, reclutamiento de menores en el sentido del Estatuto

³⁹ Punto Núm. 5.1.2., Núm. 40.

⁴⁰ Véase Código penal de Colombia Art. 467, Art. 468, Art. 469, Art. 471.

⁴¹ Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 16 y 23 lit. c.

⁴² Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 24 (en el caso del indulto), Art. 29, Inciso 1 Núm. 2, Art. 37, Inciso 4.

⁴³ Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 2 y 23, Inciso 1 lit. a.

⁴⁴ Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 3.

⁴⁵ Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 23, Inciso 1 lit. b; Punto Núm. 5.1.2., Núm. 39, Inciso 1.

⁴⁶ Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 23, Inciso 1 lit. b.

⁴⁷ Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 10, Art. 23, Inciso 1 lit. a “grave crimen de guerra”, Art. 30, Inciso 1, Art. 46.

⁴⁸ Punto Núm. 5.1.2., Núm. 40; Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 23, Inciso 1 lit. a.

⁴⁹ Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 23, Inciso 1 lit. a.

⁵⁰ Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 23, Inciso 5.

⁵¹ Punto Núm. 5.1.2., Núm. 37, en concordancia con el Art. 6 Inciso 5, Protocolo II, Convenio de Ginebra.

⁵² Punto Núm. 5.1.2., Núm. 37, en concordancia con el Art. 6 Inciso 5, Protocolo II, Convenio de Ginebra.

⁵³ Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 6, Art. 14, Art. 18, Art. 25 Inciso 2, Art. 33, Art. 52 Inciso 1 Núm. 4, Art. 57 Inciso 1 Núm. 4.

⁵⁴ Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 6 y Art. 14.

de Roma”.⁵⁵ Conforme a la Ley, este tratamiento penal especial no es admisible en el caso de los delitos “contra el servicio” o “la disciplina”, “los intereses del poder público”, “el honor y la seguridad del poder público” según lo establecido en el Código Penal Militar.⁵⁶ Solo aquellos delitos que hayan sido cometidos “por causa” o “en razón” del conflicto o “en relación directa o indirecta” con el mismo, pueden ser, por lo tanto, objeto este tratamiento penal diferenciado.⁵⁷

b) Sistema penal

aa) Generalidades

Los delitos que pueden ser castigados conforme a este modelo de sanciones, son, en principio, aquellos que no pueden ser objeto de amnistía, indulto o tratamiento diferenciado para el caso de los agentes del Estado.⁵⁸ Según la quinta parte del Acuerdo de Paz, deben sancionarse aquellos delitos que puedan ser calificados como “graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario” y como “graves violaciones a los derechos humanos”.⁵⁹

Este sistema penal rige para “todos los que hayan participado directa e indirectamente” en el conflicto armado.⁶⁰ Sólo los rebeldes que hayan entregado las armas pueden hacer parte de este sistema especial.⁶¹ También las personas que hayan financiado otros grupos paramilitares⁶² y los agentes del Estado pueden ser juzgados conforme a las reglas de este sistema de sanciones.⁶³ Aquellas personas que hayan participado de manera determinante en la ejecución de los delitos o que se hayan hecho partícipes con cierta regularidad pueden, igualmente, ser cobijados por la Jurisdicción Especial para la Paz.⁶⁴

bb) Formas de sanción

El sistema de sanciones opera principalmente gracias a la cooperación de los responsables penales en el esclarecimiento de la responsabilidad propia y de la verdad.⁶⁵ Conforme a la quinta parte de los Acuerdos, las sanciones deben servir igualmente a la reparación de los daños ocasionados.⁶⁶ Siendo así, se tienen previstas diversas formas de sanciones:

(1) Las sanciones propias de la Jurisdicción Especial para la Paz

Las “sanciones propias de la Jurisdicción Especial para la Paz” son restricciones efectivas de la libertad.⁶⁷ Su imposición depende de si la verdad y la responsabilidad individual es reconocida voluntariamente ante la “Sala de reconocimiento de verdad, responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas”.⁶⁸ Siguiendo el tenor de los Acuerdos, ellas deben cumplir con una “función restaurativa”.⁶⁹ Se trata de una restricción efectiva de la libertad de locomoción y de domicilio de 5 a 8 años que, no obstante, no puede entenderse como una estadía en un centro carcelario.⁷⁰

Igualmente, se ha previsto un “Listado de Sanciones” de esa naturaleza. Su contenido se ha definido conforme a los siguientes criterios:⁷¹ 1. el grado de reconocimiento de la verdad por parte del autor; 2. la gravedad del comportamiento sancionado; 3. el grado de intervención y responsabilidad asumida, así como las circunstancias de agravación o atenuación de la medición de la pena y 4. los aportes para la reparación de las víctimas y la garantía de no repetición. Como ejemplos de estas formas especiales de sanciones se pueden mencionar la reconstrucción de la infraestructura, la implementación de medidas para la protección del medio ambiente o la erradicación de los cultivos ilegales.⁷²

(2) Las sanciones alternativas

Si, por el contrario, la verdad y la responsabilidad se reconoce por parte del autor a más tardar ante el Tribunal para la Paz – concretamente: ante la Sección de Enjuiciamiento –, esto es, antes de que se expida sentencia, debe ser impuesta una sanción llamada “alternativa”.⁷³ Esta corresponde a la privación efectiva de la libertad de 5 a 8 años que debe ser ejecutada en prisión o, dado el caso, en detención preventiva. Conforme al tenor de los Acuerdos, en ese caso la sanción debe cumplir, en principio, una función “retributiva”.⁷⁴

(3) Reducción de la pena

También está prevista una disminución de la pena en los casos anteriores si los responsables no han jugado un papel decisivo en la ejecución del delito. La sanción oscila en ese caso de dos a cinco años.⁷⁵

(4) Las sanciones ordinarias

La sanción ordinaria será impuesta cuando la verdad y la responsabilidad no sea reconocida por el autor ante la “Sala

⁵⁵ Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 46, Inciso 2 Núm. 1, Núm. 2 y Art. 47.

⁵⁶ Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 46, Inciso 2, Núm. 3.

⁵⁷ Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 2 y 3.

⁵⁸ Punto Núm. 5.1.2., Núm. 40 y 60.

⁵⁹ Punto Núm. 5.1.2., Núm. 2.

⁶⁰ Punto Núm. 5.1.2., Núm. 2.

⁶¹ Punto Núm. 5.1.2., Núm. 32.

⁶² Punto Núm. 5.1.2., Núm. 32.

⁶³ Punto Núm. 5.1.2., Núm. 44.

⁶⁴ Punto Núm. 5.1.2., Núm. 32.

⁶⁵ Punto Núm. 5.1.2., Núm. 60 Inciso 1.

⁶⁶ Punto Núm. 5.1.2., Núm. 60 Inciso 1.

⁶⁷ Punto Núm. 5.1.2., Núm. 60, Inciso 2, 3 y 4.

⁶⁸ Punto Núm. 5.1.2., Núm. 60, Inciso 2.

⁶⁹ Punto Núm. 5.1.2., Núm. 60, Inciso 2.

⁷⁰ Punto Núm. 5.1.2., Núm. 60, Inciso 2, 3 y 4.

⁷¹ Punto Núm. 5.1.2., Listado de sanciones.

⁷² Punto Núm. 5.1.2., Listado de sanciones, I. A. 4. y C.

⁷³ Punto Núm. 5.1.2., Núm. 60, Inciso 6.

⁷⁴ Punto Núm. 5.1.2., Núm. 60, Inciso 6.

⁷⁵ Punto Núm. 5.1.2., Núm. 60, Inciso 5.

de reconocimiento de verdad, responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas” ni tampoco, posteriormente, ante el Tribunal para la Paz.⁷⁶ La función de la sanción corresponde, en ese caso, a la función de la pena en el sentido del Código Penal colombiano.⁷⁷ La pena sería privativa de la libertad de 15 a 20 años.⁷⁸ Ella puede reducirse si el condenado coopera en su proceso de resocialización a través del trabajo o educación.⁷⁹

III. Hacia una interpretación de la cuestión penal en el modelo de justicia transicional de Colombia

La creación del modelo de justicia transicional en Colombia que se acaba de presentar responde a diversos intereses y, aquí, especialmente, al interés de darle fin al conflicto armado y alcanzar la paz. El tratamiento de la responsabilidad individual adquiere, por lo tanto, otra connotación. Esto puede ser visto en el caso del tratamiento de la responsabilidad penal. Si bien es importante reconocer la responsabilidad penal en un proceso judicial y, al menos, sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, es aún más importante asegurar las garantías de la verdad, la reparación de las víctimas, la no repetición de los delitos y la reinserción de los rebeldes en la sociedad, así como combatir las causas del conflicto. La disminución de la medida de la pena, al igual que la posibilidad de cumplir con la sanción en lugar diferente a la cárcel, llevan a plantear esa conclusión. En el Código Penal colombiano se sancionan los delitos de lesa humanidad o los crímenes de guerra con sanciones considerablemente más altas. Así, por ejemplo, para el caso del “genocidio” (Art. 101 C.P. col.) o del “homicidio en persona protegida” (Art. 135 C.P. col.) se ha previsto una sanción de pena privativa de la libertad de unos 40 a 50 años. Cómo se puede justificar este tratamiento especial del componente penal es algo que debe ser explicado con mayor precisión.

1. Los fines de la Justicia transicional

En primer lugar, el modelo de sanciones penales de los Acuerdos de Paz de Colombia puede ser justificado a partir de la perspectiva de los fines de la justicia transicional. La justicia transicional se entiende como el conjunto de mecanismos judiciales y extrajudiciales que tienen la finalidad de superar los daños ocasionados en tiempos de cambios radicales.⁸⁰ Estos daños pueden originarse por el establecimiento de un régimen autoritario o de un conflicto

armado. Las diversas medidas que corresponden típicamente al fenómeno de este tipo de justicia son de carácter transitorio. Así, cuentan aquí, por ejemplo, tanto el establecimiento de tribunales especiales y de comisiones de la verdad, como todas aquellas medidas que buscan la reconstrucción de la memoria histórica y colectiva, la creación de sistemas de reparación individual y colectiva de las víctimas, así como la reconciliación en la sociedad y la expedición de leyes de amnistía.⁸¹ El enfoque se dirige fundamentalmente al restablecimiento del orden democrático a través del tratamiento, o bien, de la superación del pasado.⁸² Se busca encontrar una respuesta sobre lo que realmente sucedió, sobre quiénes son los culpables y si la sociedad está en condiciones de darle una oportunidad a los responsables para reintegrarse por medio de la reconciliación. Teniendo esto en cuenta, en el modelo colombiano es posible encontrar ciertos argumentos de legitimación para el tratamiento especial de las penas previstas para los intervinientes en el conflicto armado.

a) El derecho a la paz como condición necesaria para el goce efectivo de los derechos humanos

El derecho a la paz es la primera razón de legitimación del modelo colombiano de justicia transicional.⁸³ Sin paz no existe la posibilidad de contar con un goce efectivo de los derechos humanos. Pues en un estado de guerra pueden llegar a violarse sistemáticamente. Es, por lo tanto, deber del Estado garantizar el goce efectivo de los derechos humanos conforme a las reglas del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁸⁴ En este sentido, la adopción de un tratamiento especial en la imposición de la pena ha sido justificada por la Corte Constitucional de Colombia.⁸⁵ Siempre que las graves violaciones a los derechos humanos sean castigadas conformes a las reglas del derecho internacional y la cuestión penal sea tratada junto con los mecanismos de la justicia transicional en beneficio de la paz, un tratamiento especial de los delitos cometidos en el marco del conflicto armado será constitucional.

El interés de la consecución de un estado de paz ha ganado igualmente atención en la literatura de las ciencias políticas y del derecho internacional penal.⁸⁶ Los mecanismos de la justicia transicional, desde la perspectiva de las ciencias

⁷⁶ Punto Núm. 5.1.2., Núm. 60, Inciso 8.

⁷⁷ Punto Núm. 5.1.2., Núm. 60, Inciso 7.

⁷⁸ Punto Núm. 5.1.2., Núm. 60, Inciso 8.

⁷⁹ Punto Núm. 5.1.2., Núm. 60, Inciso 8.

⁸⁰ Véase al respecto *Teitel*, *Transitional Justice*, 2000, pp. 3 ss.; *Buckley-Zistel/Beck/Braun/Mieth*, en: *Buckley-Zistel/Beck/Braun/Mieth* (eds.), *Transitional Justice Theories*, 2014, pp. 1 ss.; *Schuller*, *Versöhnung durch strafrechtliche Aufarbeitung?*, *Die Verfolgung von Kriegsverbrechen in Bosnien und Herzegowina*, 2010, p. 13.

⁸¹ Véase al respecto *Teitel* (nota 80), pp. 27 ss., 69 ss., 119 ss.; *la misma*, en: *Teitel* (ed.), *Globalizing Transitional Justice*, *Contemporary essays*, p. 1 (3 ss.); *Schuller* (nota 80), pp. 17 ss.; *Lambourne*, en: *Buckley-Zistel/Beck/Braun/Mieth* (nota 80), pp. 19 ss.

⁸² Véase al respecto *Teitel* (nota 80), pp. 3 ss.; *Neumann*, en: *Neumann/Prittowitz/Abrao* (eds.), *Transitional Justice*, 2013, p. 39.

⁸³ Véase al respecto Punto Núm. 5.1.2., Núm. 1.

⁸⁴ Punto Núm. 5.1.2., Núm. 12.

⁸⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia del 28.8.2013 – C-579/2013, Consideración jurídica 8.3.1.

⁸⁶ *Teitel* (nota 81 – *Globalizing Transitional Justice*), pp. 5 s.; *Werle*, *ZStW* (1997), 807 (814 s.).

políticas, sirven para proteger la “seguridad de la humanidad”⁸⁷. Para superar los daños de los hechos delictivos cometidos y alcanzar así la paz, la sociedad debe tomar diversas medidas que no se reducen a la retribución.⁸⁸ En la literatura sobre derecho internacional penal se pueden encontrar referencias a la validez del anhelo internacional de alcanzar la paz. La paz se concibe en ese contexto como la razón principal de legitimación de ese sistema penal internacional. Según esto, la persecución penal debe estar función de la protección de la paz mundial.⁸⁹ Los delitos del derecho internacional penal ponen, por consiguiente, en peligro la validez del derecho internacional, que busca mantener “las condiciones de la posibilidad de la paz jurídica en todo el mundo”.⁹⁰ Desde una perspectiva internacional existe, entonces, hoy en día, un anhelo de establecer y mantener ordenamientos jurídicos democráticos y de tener una paz mundial, lo cual se entiende también como una garantía de la seguridad humana.

El modelo colombiano de justicia transicional se puede apoyar sobre este argumento de legitimación. Pues no se trata solamente del hecho de que un Estado supere su pasado con la activación de la justicia. Los deberes internacionales del Estado conducen más bien a la necesidad de garantizar el goce efectivo de los derechos humanos, esto es, de proteger las instituciones de la democracia y de la paz. En la medida en que los Estados tomen medidas conforme a estos fines, es legítimo introducir ahí alternativas para la persecución penal.

El modelo de justicia transicional complementa, por esta razón, la valoración judicial de la responsabilidad penal individual mediante la aplicación de diversos mecanismos que buscan alcanzar la paz, como, por ejemplo, sucede con la entrega de las armas y el cese al fuego y de las hostilidades por parte de los rebeldes, la promesa de no repetición de los hechos delictivos, la reparación efectiva de las víctimas y la cooperación efectiva en la búsqueda de la verdad etc.

⁸⁷ Teitel (nota 81 – Globalizing Transitional Justice), p. 6: “[...] transitional justice is no longer primarily considered to be about the normative questions regarding a state’s dealing with its troubled past. Instead, the relevant questions are now considered to be part of a broader international commitment to human security.”

⁸⁸ Teitel (nota 81 – Globalizing Transitional Justice), p. 7: “Justice is no longer primarily about retribution, or even deterrence. Rather, these aspirations may actually give way to the demand for a kind of accountability that is suited of fostering peace and security on the ground.”

⁸⁹ Esto especialmente como parte del cuestionamiento acerca de la fundamentación del derecho internacional penal después de la Segunda Guerra Mundial. Werle, ZStW (1997), 807 (814 s.): “Systematische und schwere Menschenrechtsverletzungen, insbesondere Völkermord, sind Weltfriedensstörungen.” (“Las violaciones sistemáticas y graves de los derechos humanos, especialmente el genocidio, son perturbaciones de la paz mundial”).

⁹⁰ Gierhake, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, 2005, p. 266.

b) *El derecho a la verdad, reparación efectiva de las víctimas y la garantía de no repetición como principios irrenunciables*

En el modelo colombiano de justicia transicional se pueden ver también el derecho a la verdad, el derecho de las víctimas a la reparación efectiva y la garantía de no repetición como argumentos adicionales de legitimación de un tratamiento especial de las penas. El Estado, según la quinta parte de los Acuerdos de Paz, tiene el deber de garantizar la reparación efectiva de las víctimas, especialmente, en el caso de las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario.⁹¹ Los grupos más vulnerables de la población – como, por ejemplo, las mujeres y los niños – deben, asimismo, contar con una protección especial. Las violaciones a los derechos humanos se consideran en este último caso como especialmente graves.⁹² Quien quiera gozar de los beneficios de la Jurisdicción Especial para la Paz, debe también cooperar con la búsqueda de la verdad, la reparación de las víctimas y la garantía de no repetición.⁹³ La amnistía y el indulto, así como el sistema penal diferenciado para los agentes del Estado pueden ser reconocidos, igualmente, sólo si los autores satisfacen las finalidades de estos principios irrenunciables de la justicia transicional.⁹⁴ Estos están obligados, a pesar de la renuncia a la persecución penal y a la ejecución de la pena, a realizar aportes para la búsqueda de la verdad y la reparación de las víctimas.⁹⁵ También las “sanciones propias” de la Jurisdicción Especial para la Paz deben aplicarse en función de la reparación de las víctimas en un sentido individual y colectivo.⁹⁶

El tratamiento penal especial encuentra así su legitimación a partir del respeto de estos tres principios. En la literatura del derecho penal colombiano se argumenta, incluso, que sólo el camino alternativo de la justicia transicional puede proteger de manera efectiva los derechos de las víctimas.⁹⁷ En un conflicto armado el Estado pierde efectividad y los mecanismos existentes de la justicia penal no pueden por sí mismos restablecer el derecho. Sin un proceso de paz con el grupo rebelde de Las FARC-EP y los mecanismos de justicia transicional que se han previsto en ese marco los derechos de las víctimas no encontrarían una protección. De este modo, se encuentra aquí un argumento adicional para el tratamiento especial de la cuestión penal en el caso colombiano: La renuncia a la pena, la disminución

⁹¹ Punto Núm. 5.1.2., Núm. 6.

⁹² Punto Núm. 5.1.2., Núm. 7 y 8.

⁹³ Punto Núm. 5.1.2., Núm. 13.

⁹⁴ Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 6.

⁹⁵ Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 14, Art. 18, Art. 25 Inciso 2, Art. 33, Art. 52 Inciso 1 Núm. 4, Art. 57 Inciso 1 Núm. 4.

⁹⁶ Véase al respecto Punto Núm. 5.1.2., Núm. 60, Listado de sanciones.

⁹⁷ Reyes Alvarado, en: Gil Gil/Maculan (eds.), La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva, 2017, p. 202, especialmente sobre la legitimación de la justicia transicional atendiendo a la necesidad de proteger los derechos de las víctimas y, asimismo, respecto de la función de la pena como mecanismo de reconciliación.

considerable de la medida de la pena y la implementación de sanciones con funciones restaurativas se dan dada la primacía de la “justicia material frente a las víctimas” sobre los intereses de la “justicia retributiva”.

c) Persecución penal irrenunciable en el caso de las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario

El sistema de amnistía e indulto, el tratamiento penal diferenciado de los agentes del Estado y el sistema de sanción del modelo de justicia transicional de Colombia fueron concebidos en concordancia con los deberes internacionales de persecución penal. Según esto, el Estado debe respetar la protección fundamental que se halla en el caso de las graves violaciones a los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Lo anterior ha sido reconocido por la Corte Constitucional colombiana.⁹⁸ Desde esta perspectiva, el Estado se entiende como soberano respecto de la configuración de la política criminal. Esto quiere decir que la renuncia a la pena encuentra su limitante en el caso de las conductas especialmente graves que afectan el ámbito de protección del sistema internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. En este sentido, la amnistía y el indulto del modelo de justicia transicional colombiano se centran en el delito político y los delitos conexos, esto es, en las conductas penales que han sido cometidas en el transcurso de una rebelión y no representan violaciones graves a los derechos de la persona – y aquí también: de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. El tratamiento penal diferenciado para los agentes del Estado se enfoca, por su parte, en aquellas conductas que tienen una relación directa o indirecta con el conflicto armado, pero que no se pueden entender como graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario. También desde la perspectiva de la soberanía del Estado para determinar el contenido de la política criminal interna se puede legitimar el tratamiento especial de la pena de los Acuerdos de paz de Colombia. Y esta decisión encuentra un argumento de legitimación adicional cuando dichas medidas se toman para la consecución de la paz.

2. Esquema de un modelo de legitimación desde el punto de vista de la filosofía del derecho

La pregunta acerca de la legitimación del sistema de amnistía, indulto y sanción del modelo colombiano de justicia transicional puede también plantearse a partir del punto de vista de la filosofía del derecho. De este modo, los argumentos de legitimación ya expuestos pueden adquirir un significado especial.

a) Justicia penal en tiempos de “normalidad” y “crisis”

Dejando a un lado la pregunta estrictamente teórica de la función y legitimación de la pena, se tendrá en cuenta que la

pena ha sido concebida como parte de un sistema jurídico ideal. Este concepto surgió con la tradición de la filosofía de la Modernidad. En este contexto, la pena se funda junto con la idea de la retribución, esto es, de la imposición de la sanción basada en la lesión del derecho. De esta manera, la pena se entiende, por ejemplo, en *Kant* como el ejercicio del monopolio de la fuerza del Estado con el fin de retribuir las violaciones a la libertad de los ciudadanos.⁹⁹ Y en *Hegel* se concibe como la “negación de la negación” del “derecho en cuanto derecho”,¹⁰⁰ esto es, como la “superación del delito”,¹⁰¹ el “restablecimiento del derecho”.¹⁰²

En la actualidad la pena sigue siendo entendida como la respuesta al delito, no obstante, siguiendo otros argumentos.¹⁰³ La vigencia de un código penal y la ejecución de un procedimiento penal presuponen, por lo tanto, el carácter de ser “normal” que tiene el delito, esto es, de entender al delito como parte de un ordenamiento estatal que se encuentra en funcionamiento. La justicia penal se orienta, por consiguiente, conforme al ideal según el cual los delitos que han sido previstos en la ley pueden ser efectivamente castigados. La contradicción de la norma debe, por ello, ser declarada mediante un juez en un proceso y la pena que había sido prevista debe ser ejecutada.¹⁰⁴

Lo anterior es, no obstante, sólo el estado “normal” del funcionamiento de un ordenamiento jurídico que opera realmente en tiempos de paz. Algo diferente sucede cuando la justicia penal se ve confrontada en la realidad con las graves violaciones a los derechos humanos. Cuando el ordenamiento jurídico sólo puede ser efectivo acudiendo a su medio de coerción más fuerte, entonces se puede hablar ya de un estado de crisis. ¿Cómo puede un Estado hacer efectiva su justicia penal si los autores penales se han preparado para la guerra? Este es el caso del Estado colombiano. La justicia penal ha intentado durante décadas combatir todas las violaciones a los derechos humanos que han sido ocasionadas en el marco del conflicto armado con la ayuda de las fuerzas militares. El conflicto armado de Colombia ha demostrado, por lo tanto, que el Estado, frente a la complejidad del conflicto, sólo ha podido demostrar algo de efectividad. Y esta situación puede poner en peligro la estabilidad del ordenamiento jurídico comprendido como un todo. *Kelsen* ya había asegurado que un ordenamiento jurídico vigente necesita también mostrar

⁹⁹ *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, 1977 (1797), Zweiter Teil, 1. Abschnitt, § 49, Allgemeine Anmerkungen von den rechtlichen Wirkungen aus der Natur des bürgerlichen Vereins, E.; Véase al respecto *Zaczyk*, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, 1993, pp. 24 ss.

¹⁰⁰ *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1986 (1821), § 97, Zusatz.

¹⁰¹ *Hegel* (nota 100), § 99.

¹⁰² *Hegel* (nota 100), § 99.

¹⁰³ *Jakobs*, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 13 ss.

¹⁰⁴ *Jakobs*, *Staatliche Strafe, Bedeutung und Zweck*, 2004, pp. 26 ss.; *el mismo*, *Norm, Person, Gesellschaft, Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2008, pp. 113 ss.

⁹⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia del 28.8.2013 – C-579/2013.

efectividad “a grandes rasgos”.¹⁰⁵ Un conflicto armado puede, por consiguiente, conducir a un déficit de efectividad de todo el ordenamiento jurídico. De este modo, ni las normas penales, como tampoco la libertad individual, pueden encontrar aquí una protección efectiva.

Si se quiere proteger la institución de la pena como mecanismo para el aseguramiento de la libertad, entonces es necesario mantener un estado de paz. La búsqueda de la paz es un mandato del ordenamiento liberal. Ya *Hobbes* había demostrado que sólo mediante la consecución de un estado pacífico es posible asegurar la libertad individual de todos los ciudadanos.¹⁰⁶ Pues antes del surgimiento del Estado existe una “guerra de todos contra todos”, un estado de desconfianza mutua en la que cada uno debe contar permanentemente con el uso o la amenaza del uso de la fuerza por parte de los demás.¹⁰⁷ La búsqueda de la paz conduce al nacimiento del Estado moderno,¹⁰⁸ que es presentado al tiempo como el símbolo de la estabilidad. A partir de la tradición de la Modernidad se puede, por lo tanto, afirmar que las instituciones del derecho fueron, ante todo, concebidas para el aseguramiento de la libertad individual de los ciudadanos.¹⁰⁹

b) Restablecimiento de la “normalidad” mediante la justicia transicional

aa) Nuevamente: Normalidad en el ordenamiento liberal

En el contexto especial de las violaciones sistemáticas a los derechos humanos, el Estado puede por supuesto compensar el déficit de efectividad que se presenta mediante el permanente uso de la fuerza, esto es: llevar a cabo una guerra en contra de los autores penales. No obstante, el derecho se asegura, de este modo, sólo mediante el uso de la fuerza. Cuestionable es si un ordenamiento jurídico que sólo puede hacerse valer mediante el uso de la fuerza, puede ser legítimo en el sentido de la libertad. Esta pregunta ya fue respondida

por *Pawlik*.¹¹⁰ Siguiendo su pensamiento, se entiende que la estabilidad del ordenamiento jurídico es una condición previa para el desarrollo de la libertad individual, esto es, de la “persona”.¹¹¹ Esta estabilidad, o bien, este estado de “normalidad”¹¹² puede ser creado por medio del vínculo jurídico.¹¹³ En un ordenamiento jurídico liberal este vínculo jurídico se produce a partir de la motivación de los destinatarios de las normas.¹¹⁴ Los ciudadanos deben, por lo tanto, tener la oportunidad de reconocerse a sí mismos en el ordenamiento jurídico, esto es, en el Estado.¹¹⁵ El cumplimiento de la norma es, por lo tanto, una reacción espontánea del destinatario de la norma.¹¹⁶ Por esto, el uso de la fuerza no puede garantizar por sí solo un vínculo normativo legítimo y, por consiguiente, una estabilidad para el ordenamiento jurídico.¹¹⁷

A partir de las reflexiones de *Pawlik* acerca de la creación del vínculo jurídico en el ordenamiento jurídico liberal se pueden encontrar ya argumentos de legitimación para favorecer el camino alternativo de la justicia transicional. En un proceso de justicia transicional se intenta garantizar en la sociedad la efectividad del ordenamiento jurídico mediante la superación de los daños de la guerra. Se trata, en concreto, de asegurar la base cognitiva del ordenamiento jurídico como un todo, tal que la normatividad pueda nuevamente cumplir con su tarea de asegurar la vigencia de la norma.¹¹⁸ El enfoque se dirige, entonces, no tanto a la imposición de la pena, sino al restablecimiento de las condiciones para la existencia de un estado normal de funcionamiento de todo el ordenamiento jurídico. Expresado con otras palabras: El objetivo consiste en la creación de un estado de paz para que el goce de los derechos humanos pueda ser garantizado de manera efectiva. Desde este punto de vista, es posible darle una mejor explicación a los argumentos de legitimación que ya fueron expuestos: Sin la paz un Estado democrático no puede ser realmente efectivo y el camino de la justicia transicional en el marco de un proceso de paz puede garantizar de una forma

¹⁰⁵ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. ed. 1960, p. 35.

¹⁰⁶ *Hobbes*, *Leviathan*, 1996 (1651), Cap. XIII y XVII.

¹⁰⁷ *Hobbes* (nota 106), Cap. XIII.

¹⁰⁸ *Hobbes* (nota 106), Cap. XIV, p. 108: “es [ist] eine Vorschrift der Vernunft oder allgemeine Regel der Vernunft, daß jedermann nach Frieden streben sollte, soweit er Hoffnung hat, ihn zu erlangen, und daß er, wenn er ihn nicht erlangen kann, alle Hilfen und Vorteile des Krieges suchen und von ihnen Gebrauch machen darf”; así en la traducción de *Antonio Escotado*, 2011, p. 133: “[...] es por consiguiente un precepto, o regla, general de la razón, que todo hombre debiera esforzarse por la paz, en la medida en que espera obtenerla y que cuando no puede obtenerla, puede entonces buscar y usar toda la ayuda y ventajas de la guerra [...]”, cfr. también Cap. XVII.

¹⁰⁹ Y aquí, especialmente desde una perspectiva *kantiana*: *Kant* (nota 99), *Erster Teil, Einleitung in die Rechtslehre* § C; Véase también al respecto a partir de la perspectiva del “derecho fundamental a la seguridad” *Isensee*, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983, pp. 3 ss.; ver también *Seelmann*, *Rechtsphilosophie*, 5. ed. 2010, § 3 nm. 18.

¹¹⁰ *Pawlik*, en: *Byrd/Hruschka/Joerden* (eds.), *Jahrbuch für Recht und Ethik*, tomo 19, 2011, p. 269; *el mismo*, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 99 ss., especialmente 104 s.

¹¹¹ *Pawlik* (nota 110 – Unrecht), p. 104.

¹¹² *Pawlik* (nota 110 – Unrecht), pp. 104 s.

¹¹³ *Pawlik* (nota 110 – Recht und Ethik), pp. 287 ss.

¹¹⁴ *Pawlik* (nota 110 – Recht und Ethik), pp. 287 ss., especialmente 290.

¹¹⁵ *Pawlik* (nota 110 – Recht und Ethik), pp. 287 ss., especialmente 289; *Böckenförde*, en: *Kohlhammer* (ed.), *Säkularisation und Utopie – Festschrift für Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*, 1967, pp. 92 ss.

¹¹⁶ *Pawlik* (nota 110 – Recht und Ethik), pp. 288 s.

¹¹⁷ *Pawlik* (nota 110 – Recht und Ethik), pp. 287 ss.; en una visión similar también *Jakobs*, en: *Höver* (ed.), *Verbindlichkeit unter den Bedingungen der Pluralität*, 1999, pp. 5 ss., especialmente 36 ss.

¹¹⁸ *Jakobs* (nota 104 – Staatliche Strafe), pp. 26 ss.; *el mismo* (nota 104 – Norm), pp. 113 ss.

más adecuada la protección de los derechos humanos¹¹⁹ que en un estado de guerra. Dicho de forma aún más precisa: Cuando el ordenamiento jurídico se hace valer mediante la motivación de los destinatarios de la norma y, no precisamente, con el mero uso de la fuerza, se reducen considerablemente los riesgos de las violaciones a los derechos humanos gracias a la consecución de la paz, o bien, de la aceptación de la norma en la sociedad.¹²⁰

La renuncia, la disminución y la nueva concepción del contenido de la pena en el modelo de justicia transicional colombiano pueden justificarse de esta manera. Este es el camino hacia la terminación del conflicto armado, esto es, la eliminación de la causa principal del déficit de efectividad del ordenamiento jurídico colombiano. Y esta decisión es, por su parte, legítima, en tanto que el Estado colombiano es ciertamente responsable del surgimiento del conflicto – concretamente: de la desigualdad social. Los rebeldes no pueden, por lo tanto, ser vistos como autores comunes. Ellos obtienen una segunda oportunidad para reintegrarse en la sociedad y de reivindicarse con las víctimas.

bb) Significado de la pena para la justicia transicional

Si bien la imposición de la pena no juega un papel muy decisivo en el contexto de la justicia transicional, es posible, no obstante, reconocerle ciertas funciones. Cuando se observa el modelo de sanción penal colombiano se puede reconocer el respeto de un núcleo del sistema internacional de los derechos humanos, así como del Derecho Internacional Humanitario. La sanción de dichas conductas corresponde al significado que tienen para el orden de paz mundial. De este modo, se puede afirmar, a partir de este punto de vista, que es deseable que se cumpla con un mínimo de castigo penal para lograr la paz mundial. El modelo colombiano busca estar en concordancia con el espíritu de la comunidad internacional y renuncia a la pena solamente respecto de aquellas conductas que se entienden son parte de la ejecución de la rebelión o que se pueden dar en el transcurso normal del conflicto armado, para el caso de los agentes del Estado. La imposición de la pena busca, en resumen, mantener un orden jurídico de paz mundial.

Asimismo, se podría pensar que la pena puede asegurar aquí un mínimo de la fuerza orientadora de las normas penales que son irrenunciables – concretamente: el núcleo de protección del sistema internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. También las normas penales de carácter irrenunciable necesitan de un “aseguramiento cognitivo”, para no perder su “realidad”.¹²¹

¹¹⁹ Aquí en concordancia con *Reyes Alvarado* (nota 97), pp. 197 ss., 202 ss.

¹²⁰ *Jakobs* (nota 104 – Norm), pp. 55 s., el ordenamiento jurídico es así “real”; las normas jurídicas surgen en un proceso social. Véase al respecto *Müssig*, en: Pawlik/Zaczyk (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, 2007, p. 405 (especialmente pp. 408 ss., 423 ss.); Véase también *Durkheim*, *Physik der Sitten und des Rechts*, 1999, p. 264.

¹²¹ *Jakobs* (nota 104 – Norm), p. 52.

Aquí se puede legitimar aún la disminución de la pena y el reemplazo de la pena privativa de la libertad de cárcel por otras formas de restricción de la libertad de locomoción y domicilio. La disminución y el reemplazo de la pena está compensada por la entrega de las armas y el cese de hostilidades, así como por la cooperación del responsable en la búsqueda de la verdad, la reparación de las víctimas y la promesa de no repetición de los delitos. De este modo, la norma penal es asegurada cognitivamente por medio del restablecimiento de la base cognitiva de todo el ordenamiento jurídico – esto es: la norma penal es asegurada de manera indirecta. Y lo anterior es – nuevamente – una consecuencia del problema del déficit de efectividad del ordenamiento jurídico que se halla en el contexto de un conflicto armado. Desde el punto de vista estricto de la imposición de la pena se puede explicar, de nuevo, la disminución considerable de su medida en tanto que el rebelde no es tratado como un autor penal común. El aseguramiento cognitivo opera, por lo tanto, en un estado de crisis, de forma diferente a como se haría en un estado de paz.

En un proceso de justicia transicional la institución de la pena debe igualmente alcanzar el significado de poder negar la contradicción del derecho por parte del responsable. En este contexto, la pena adquiere una connotación especial. La tarea de la pena en la justicia transicional consiste, en palabras de *Neumann*, concretamente en la “destrucción de ideologías”, conforme a las que se intenta justificar las violaciones sistemáticas a los derechos humanos.¹²² Según esto, la pena es el “instrumento más riguroso de reproche social” y, por esto, puede revocar la admisibilidad de la justificación de dichas violaciones al derecho.¹²³ En este sentido, la imposición de la pena buscaría – en el caso colombiano – demostrar que el origen de la rebelión y la conducción de una guerra no justifican de ningún modo la violación agravada de los derechos humanos.

IV. Conclusiones

1. El modelo de justicia transicional colombiano es un sistema alternativo de solución de conflictos que ha sido pensado especialmente para tiempos de cambios radicales.

2. El derecho a la paz es la razón de legitimación más importante del modelo de justicia transicional de Colombia. Sin paz no se puede garantizar el goce efectivo de los derechos humanos. Desde el punto de vista de la filosofía del derecho, la consecución de un estado de paz es una condición previa para el desarrollo de la personalidad.

3. La adopción de un sistema especial de sanciones, así como de amnistías e indultos y de un sistema diferenciado para los agentes del Estado corresponde al sentido mismo de la soberanía del Estado. El Estado está autorizado a determinar la política criminal interna, debe, no obstante, respetar el núcleo de protección enmarcado por las graves violaciones a los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario. De este modo, la imposición de la pena busca mantener un ordenamiento jurídico de paz mundial.

¹²² *Neumann* (nota 82), pp. 42 ss.

¹²³ *Neumann* (nota 82), pp. 42 ss.

4. La pena ha sido concebida como componente básico de un sistema jurídico ideal. Conforme a ese ideal, el Estado está en condiciones de combatir por sí mismo las violaciones a las normas penales mediante la fuerza. En un contexto de violaciones sistemáticas a los derechos humanos, el ordenamiento jurídico pierde, no obstante, efectividad.

5. La justicia transicional es compatible con el pensamiento fundamental del ordenamiento liberal. Conforme al sentido del ordenamiento liberal, las normas deben ganar un carácter vinculante mediante la motivación de los destinatarios de las normas. El ordenamiento jurídico liberal no puede ganar legitimación sólo por el uso de la fuerza.

6. La norma penal en el modelo de justicia transicional colombiano es asegurada cognitivamente, mediante el aseguramiento de la existencia de todo el ordenamiento jurídico. El aseguramiento cognitivo opera, por lo tanto, en un estado crisis de una forma diferente a como se procedería en un estado de paz.

7. La imposición de la pena en el modelo de justicia transicional colombiano debe, además, demostrar que el origen de la rebelión y la conducción de una guerra no pueden justificar las graves violaciones a los derechos humanos.