

Pena y amnistía en tiempos de fragilidad estatal

El significado del concepto liberal del derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano*

Por Prof. Dr. **Katrin Gierhake**, LL.M., Regensburg

I. Enfoque de las siguientes reflexiones

El derecho positivo de Colombia – como tal vez también el derecho de todos los Estados del mundo – no está y no fue concebido para cumplir con la tarea fundamental de superar el injusto tras una guerra civil de décadas.¹ El Acuerdo de Paz² entre las FARC-EP y el Gobierno colombiano ha previsto una serie de medidas especiales que buscan esclarecer y superar los delitos cometidos – por ambas partes – durante el conflicto armado y que, en parte, difieren considerablemente de los mecanismos propios de la justicia penal ordinaria.³

Para el caso de los delitos políticos (y aquellos que les son “conexos”) debe reconocerse una amnistía amplia, mientras que para los delitos que son relevantes para el Derecho internacional penal, así como los hechos de injusto individuales, como, por ejemplo, el desplazamiento forzado,

la desaparición de personas, la tortura y la violencia sexual, no está prevista la amnistía.⁴

Asimismo, debe crearse una “Jurisdicción Especial para la Paz”, la cual se ocupará del conflicto.⁵ Como mecanismo complementario de esta jurisdicción especial se erigirá una Comisión de la Verdad que operará independientemente al tratamiento judicial.⁶

Tres formas de sanciones están previstas en el Acuerdo de Paz: las llamadas “sanciones propias”, las “sanciones alternativas” y las “sanciones ordinarias”.⁷

Las primeras se dirigen a los inculpados por hechos de injusto penal de importancia pero que reconocen en un comienzo la “verdad y responsabilidad” y, además, cooperan, igualmente, con la sección competente de la Jurisdicción Especial para la Paz⁸ en el esclarecimiento de la verdad, informando de forma precisa, detallada y completa lo que saben. Las así llamadas “sanciones alternativas” están previstas para aquellos inculpados que en un momento procesal posterior (ante la “Sección de enjuiciamiento”) cooperen con la justicia. En estas dos formas de sanción la cooperación voluntaria y la ayuda al esclarecimiento de la verdad son el fundamento para una reducción de la pena: Los inculpados pueden contar con un marco punitivo claramente reducido hasta de ocho años, si se compara con la punición ordinaria;⁹ además, la sanción en el caso de las “sanciones propias” no está concebida como una pena común de prisión, sino para cumplir especialmente con trabajos de utilidad pública que se desarrollarán en el marco de los proyectos que buscan estabilizar la paz.

Quien, por el contrario, desconozca la “verdad y responsabilidad” y no coopere con la justicia para la paz,

* Traducido por: *Dr. Nathalia Bautista Pizarro*, Coordinadora, docente e investigadora del Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

¹ Sobre la situación política de Colombia ver, en primer lugar, *Ambos*, Guest Post: “Colombia – How much Justice can Peace take?”, disponible en:

<http://opiniojuris.org/2015/10/08/guest-post-colombia-how-much-justice-can-the-peace-take/> (7.9.2017); *Ambos/Zuluaga*, “Kolumbiens Krieg verstehen”, *Entwicklung und Zusammenarbeit (E+Z)*, 2015, p. 34 s. disponible en:

http://www.academia.edu/13585062/Zusammen_mit_Kai_Ambos_Kolumbiens_Krieg_Verstehen_Understanding_Colombia_s_war_in_Entwicklung_und_Zusammenarbeit_E_Z_2015_07_p_3435_Development_and_Cooperation_D_C_2015_7_p_34-35 (7.9.2017); *Schreiber*, “Kein Frieden ohne Wahrheit und Gerechtigkeit” disponible en:

<https://www.amnesty.de/journal/2014/juni/kein-frieden-ohne-wahrheit-und-gerechtigkeit> (7.9.2017).

² Nuevo Acuerdo de Paz disponible en:

<http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf> (7.9.2017). Información sobre el primer Acuerdo de Paz:

<http://www.eafit.edu.co/escuelas/humanidades/departamento-gobierno-ciencias-politicas/publicaciones/SiteAssets/Paginas/libros/Cuadernos%20de%20Trabajo%20EAFIT%20-%20204.pdf> (7.9.2017, los

dos en español).

³ Cfr. al respecto especialmente el Punto Nr. 5 del Nuevo Acuerdo de Paz del 24.11.2016 (Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto: Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición – SIVJRNR).

⁴ Cfr. 5.1.2. párrafos 25, 38, 39, 40, 41 del Nuevo Acuerdo de Paz del 24.11.2016; ver además la Ley de Amnistía, Indulto y Tratamientos Penales Especiales (en el anexo del Acuerdo de Paz).

⁵ Cfr. 5.1., especialmente 5.1.2. del Nuevo Acuerdo de Paz del 24.11.2016.

⁶ Ver 5.1. lit. b (Componentes) y 5.1.1. (pp. 130 ss.) del Nuevo Acuerdo de Paz del 24.11.2016.

⁷ Ver 5.1.2. párrafo 60 del Nuevo Acuerdo de Paz del 24.11.2016.

⁸ Cfr. 5.1.2. párrafo 48 del Nuevo Acuerdo de Paz del 24.11.2016.

⁹ Agradezco al señor *Hernán Darío Orozco López* por indicarme en una conversación que la graduación de estas medidas de la pena en caso de cooperar con el esclarecimiento de los hechos en el proceso (por ejemplo, con confesiones) por parte del inculpad no es, en lo demás, algo extraño para el derecho procesal colombiano.

debe contar, en caso de ser juzgado por delitos graves, con una pena de prisión de 15 a 20 años.¹⁰

En la implementación del Acuerdo de Paz debe, por lo tanto, crearse un nuevo derecho y unas nuevas instituciones, la justicia debe cumplir, desde una perspectiva cuantitativa y cualitativa, con algo excepcional y el cumplimiento de las penas tendrá que ser, en parte, definido nuevamente (especialmente en el caso de las “sanciones propias” para el que no se ha previsto pena de prisión alguna, sino “otra forma de restricción de la libertad”).

El vacío legislativo y jurisprudencial existente en esa situación empírica compleja y en el estado jurídico de inseguridad permite que los cuestionamientos de principio surjan de inmediato y se tornen decisivos para la superación del conflicto. Se pregunta qué papel pueden cumplir frente a la superación legítima del injusto la persecución penal, pero también y en parte, la renuncia a la persecución penal en el marco de la amnistía, así como las penas especiales en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz. El problema de la violencia que se ejecuta de forma masiva en un estado de guerra civil, en el que se confunden los delitos políticos y otros, y en el que gran parte de la población está involucrada en el conflicto, es ciertamente un caso especial de la justicia penal.

Para ser justos en un sentido intelectual con esta constelación especial es necesario

1. primero, advertir sobre los principios que en realidad identifican a la pena como institución jurídica. Cómo puede aportar la persecución penal y la punición del injusto criminal al restablecimiento o, incluso, a la creación de relaciones jurídico-pacíficas, es algo que también requiere de fundamentación dentro de una comunidad que ya ha sido organizada jurídicamente – y

¹⁰ Esta medida de la pena es relativamente leve, en comparación con el derecho penal regular en Colombia, que, por su parte, prevé una pena privativa de la libertad hasta de 60 años. Problemático es, en relación con la Jurisdicción Especial para la Paz, la ejecución real de las penas. El órgano directivo de las FARC en el transcurso de los diálogos hizo varias veces énfasis en que una pena privativa de la libertad común en los establecimientos carcelarios judiciales comunes no entra para ellos en consideración. Con el Acuerdo de Paz se determinó la siguiente solución: Aquellos que confiesen los hechos, recibirán la pena más leve de 5 a 8 años, no obstante, la ejecución de la pena depende de si los hechos son confesados de forma inmediata o en un momento “posterior” (ver supra en el texto). En el primer caso, la ejecución de la pena debe darse bajo “circunstancias especiales” (“sanciones propias”), en el segundo caso bajo “circunstancias normales” (pena privativa de la libertad). Igualmente, se encarcelará conforme a las últimas circunstancias, la pena privativa de la libertad, a quienes se nieguen a cooperar y, por eso, deben contar con una pena hasta de 20 años. Cfr. también todo parágrafo 28 del Nuevo Acuerdo de Paz, en el que la forma de tratamiento judicial depende del grado de cooperación con el esclarecimiento de la verdad.

esto, tomando como punto de partida un concepto de derecho suprapositivo que tiene por fundamento la libertad del sujeto (al respecto II.).

2. En segundo lugar, el cuestionamiento sobre la función de la pena en una comunidad que ha sido constituida jurídicamente y que se encuentra en una situación grave de desconcierto, que está dividida y que ha sido vulnerada, se puede responder de forma válida, asimismo, sólo mediante el recurso a una comprensión del derecho previa al derecho positivo y fundada sobre la libertad. Deben entonces integrarse unas circunstancias especiales en el contexto de reflexión, como, por ejemplo, el fenómeno de la criminalidad masiva y habitual, de los sistemas de injusto y el problema de la distancia fáctica del Estado (infra III.).
3. en tercer lugar, consideraciones sobre la legitimidad de formas “alternativas” de la superación del injusto, especialmente, de la amnistía o de las formas especiales de las sanciones y de las “instituciones de reconciliación”. Si éstas pueden ser integradas en el contexto de la fundamentación de la pena y, de este modo, conseguir ser identificadas como modelos legítimos de superación del injusto, es algo que no se puede explicar válidamente, para el caso de la pena, a través de una argumentación teleológica y pragmática. Esto lleva a formular la pregunta de si se puede calificar como legítimas a la luz de la fundamentación de la pena las formas concretas de la amnistía parcial, de las particularidades respecto del cumplimiento de la pena y del “anzuelo”, como lo son las rebajas por las confesiones y la disposición a cooperar (IV.).

II. Pena como institución jurídica

1. Pretensión de la capacidad de fundamentación

La pena estatal, cuando no debe ser determinada como un simple acto de violencia de una instancia que es, en un sentido externo, superior al condenado, debe fundamentarse como un instituto del derecho. En la pena existe una disminución individual del estatus de la libertad que, en una comunidad de ciudadanos libres e iguales, no puede afectar al individuo obedeciendo a los intereses y necesidades de los demás.¹¹ – “El beneficio de muchos no concede ningún derecho que se dirija en contra de uno” – tal como lo dijo Kant acertadamente.¹² El individuo debe poder comprender la pena, más bien, como algo que ha sido fundado precisamente respecto de él mismo conforme a una ley de la libertad.¹³ De

¹¹ Esta afirmación aplica para los interrogantes acerca del derecho en un sentido general y, también, para los métodos que posteriormente serán discutidos en el texto sobre los métodos “alternativos” de superación del injusto.

¹² Kant, Reflexion zur Moralphilosophie, Nr. 6586, edición Akademieausgabe, tomo 19, Manuscrito póstumo, p. 97.

¹³ “Aquella pretensión de legitimación caracteriza una comunidad que no está organizada en un orden de la justicia, en una mera relación del poder de la fuerza” (nota al pie por fuera de texto, Köhler, Bewußte Fahrlässigkeit, 1982, p. 134).

este modo, se descartan los enfoques de fundamentación que sitúan al individuo sencillamente en un sentido funcional respecto del aseguramiento de un estado o en la evolución reciente de una sociedad concreta. Esto rige en absoluto también para el caso en que las relaciones empíricas anhelan ante todo el orden. El enfoque hobbesiano ha fallado, en principio, al respecto: Una violencia que se procesa simplemente conforme a reglas de la prudencia y que mantiene a los seres humanos en orden, puede que se deba a la desesperación,¹⁴ no obstante, no puede perdurar – por el mero hecho de que en ella no existe ningún principio que impida que una violencia opuesta surja también como producto de la prudencia y asuma el poder, justificado en ese caso de forma aparente.¹⁵ Si se pregunta por una fundamentación jurídica, entonces el pensamiento funcional no puede ayudar más.¹⁶

2. Advertencia sobre el proceso de fundamentación¹⁷

El origen del proceso de fundamentación es el sujeto libre, quien gracias al don de la razón reconoce la necesidad de configurar la vida en común con los demás en un sentido jurídico, esto es, se concibe a sí mismo siempre puesto en relaciones jurídicas con otros sujetos de la misma especie.¹⁸

Ver sobre la pretensión de legitimación también *el mismo*, Der Begriff der Strafe, 1986, p. 16 s.; también *Dierksmeier*, en: Ottmann (ed.), Kants Lehre von Staat und Frieden, 2009, p. 42 (48) y *Zaczyk*, Das Strafrecht in der Rechtslehre Fichtes, 1981, pp. 14 ss.

¹⁴ Cfr. *Kant*, Sobre el lema común: Esto puede ser correcto para la teoría, pero no sirve para la praxis, 1793, A 269, 270, quien habla de un “salto desesperado (salto mortal)”.

¹⁵ Aquí yace igualmente el punto débil del fundamento principal de *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft, 3. ed. 2008, pp. 23 ss. Sobre el debate con *Hobbes* cfr. *Gierhake*, Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht, 2013, pp. 56-71.

¹⁶ Ver también *Murmann*, en: Koriath/Krack/Radtke/Jehle (eds.), Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung, 2010, pp. 189 ss., y *Gierhake*, en: Brunhöber (ed.), Strafrecht im Präventionsstaat, 2014, pp. 131 ss.; en español: “Crítica al derecho penal funcional-preventivo. A su vez un aporte a la prevención del terrorismo en un Estado de Derecho” en: Falcone/Polaino-Orts/Eckstein/Cancho Espinal/Saad-Diniz (eds.), Autores detrás del autor. Homenaje a Friedrich-Christian Schroeder en sus 80 años, 2017 (en imprenta).

¹⁷ La deducción que se sigue ahora (hasta el desarrollo de la sección III. 2.) se ha impreso en sus partes más importantes también en *Gierhake*, ZRPh 2017 (en publicación).

¹⁸ Cfr. al respecto *Zaczyk*, en: Gitter/Söllner/Waltermann/Giesen/Ricken (eds.), Gedächtnisschrift Meinhard Heinze, 2005, p. 1111 (1113 ss.); *el mismo*, en: Hoffmann (ed.), Das Recht als Form der “Gemeinschaft freier Wesen als solcher”, Fichtes Rechtsphilosophie in ihren aktuellen Bezügen, 2014, pp. 25 ss. Una visión de fundamentos *Fichte*, en: Medicus (ed.), Ausgewählte Werke in sechs Bänden, tomo 2, 1796: Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissen-

Que el orden de igualdad fundamental propio de la perspectiva de la razón sea accesible y planteado en su origen como algo equivalente a la libertad natural y que de ahí se produzca el requisito a priori de la entrada conjunta a un estadio jurídico, lo desarrolló *Kant* en un sentido universal.¹⁹ Por ello, una comunidad jurídica constituida se comprende correctamente, en principio, sólo como una unidad de sujetos individuales de derecho que se fundamenta por sí misma:²⁰ la unión de una cantidad de seres humanos bajo leyes jurídicas que se puede determinar por sí mismas en sus relaciones externas a través de la voluntad general unificada.²¹ Las leyes jurídicas son ahí aquellas que posibilitan y realizan la vida en común conforme al principio de la libertad.²² Las relaciones jurídicas se concretan y se forman en ellas, no obstante, se sustentan además en la capacidad fundamental de reconocimiento de la razón de los sujetos particulares, que reafirma, por regla, una y otra vez la validez de la ley mediante el actuar ajustado a derecho y, con ello, también, la validez del principio de la libertad;²³ los sujetos permanecen, en cierto modo, “en sí mismos”, actúan, de hecho, en concordancia con la razón propia y con la que es dada universalmente.

Este “estar en sentido puro” consigo mismo encuentra, sin embargo, un final cuando el sujeto mediante el paso al injusto se pone así mismo en contradicción con el derecho que él mismo lleva, que ha sido confundido por él mismo, esto exactamente también en la forma del estadio jurídico concreto. Esto puede tener diversas causas, – corrupción de sí mismo, debilidades respecto de las inclinaciones, pero también respecto de las circunstancias externas que aparentan con ser superiores y ante las que el sujeto se encuentra desamparado. En todo caso, la decisión propia de lesionar el derecho es un momento decisivo de la relación consigo mismo del sujeto y, al mismo tiempo, en su relación con los demás: Con su actuar sale aparentemente de la comunidad de los seres racionales, niega la base del derecho, el principio de la libertad. El actuar del injusto es, en este sentido, un quebrantamiento externo del derecho y, asimismo, una perversión en el sujeto, que consigue que su relación con los demás sea quebrantada, en el caso del injusto criminal, que sea lesionada en su fundamento.²⁴

schaftslehre, §§ 3 y 4, pp. 34 y ss. *Hoffmann* calificó al Derecho en este contexto, de manera acertada, como el “ordenamiento de coexistencia ajustada a la razón de los seres racionales finitos” (en: Hoffmann [Op. cit.], p. 13).

¹⁹ Cfr. *Kant*, Metaphysik der Sitten, 1. ed. 1797, 2. ed. 1798, citado aquí conforme a la obra editada por Weischedel, tomo 8, Einteilung der Rechtslehre (AB 45) y §§ 41 ss. (A 154 ss., B 154 ss.).

²⁰ Cfr. *Kant* (nota 19), § 47, A 169, B 199.

²¹ Cfr. *Kant* (nota 19), §§ 45-49, A 164 ss., B 194 ss.

²² Cfr. *Wolff*, en: Hassemmer (ed.), Strafrechtspolitik, 1987, p. 137 (199 s.).

²³ Cfr. *Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, p. 165.

²⁴ Cfr. sobre la deducción, fundamentación y más evidencias ver *Gierhake*, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, 2005, pp. 108 ss., de

La característica esencial del injusto penalmente relevante consiste en que la desfiguración propia del sujeto que actúa y lesiona la relación interpersonal con otros tal que la importancia de ser igual que el otro y, con ella, la validez del principio jurídico universal de la libertad para todos se cuestiona – y esto por parte de un co-sujeto que en principio es capaz de razonar y es mayor de edad. El sujeto hace de la lesión externa de la libertad una máxima de la acción irracional, afirma, por tanto, lo irracional como si fuera la razón. El derecho vigente es atacado mediante este hecho de dos formas: Primero, como derecho del individuo al reconocimiento de su estatus de libertad, segundo, como derecho de todos los que han generalizado la idea del reconocimiento y han erigido, desarrollado y asegurado un ordenamiento jurídico sobre esta base.²⁵

El injusto penal no puede ser correctamente definido, por lo tanto, como una mera lesión al bien jurídico,²⁶ tampoco como

forma resumida pp. 121-123. En cuanto a los fundamentos Wolff (nota 22), pp. 211 ss.

²⁵ Ver sobre este planteamiento – principalmente *hegeliano* – desarrollado ya en Köhler, en: Küper/Puppe/Tenckhoff (eds.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, 1987, p. 11 (17 ss.). Ver en total sobre la filosofía del derecho penal de Hegel: Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 1821, edición Werkausgabe stw, tomo 7, 5. ed. 1996, §§ 90 ss., 218 und 220. Al respecto Gierhake (nota 24), pp. 110-123 y 135-141; Herzog, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, 1987, pp. 57 ss.; Kleszczewski, Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft, 1991; Köhler (Op. cit.), pp. 11 ss.; Luf, en: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (eds.), Strafe – Warum?, Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie, 2011, pp. 111 ss.; Mayer, en: Bockelmann/Kaufmann/Klug (eds.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, pp. 54 ss.; Ramb, Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer, 2005, pp. 16 ss.; Schild, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht 29 (1978), 5; *el mismo*, en: Heintel (ed.), Philosophische Elemente der Tradition des politischen Denkens, 1979, pp. 199 ss.; *el mismo*, en: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Op. cit.), pp. 97 ss.; Seelmann, JuS 1979, 687; *el mismo*, ARSP 79 (1993), 228; Stübinger, Das “idealisierte” Strafrecht, 2008, pp. 288 ss.; Zabel, Schuldtypisierung als Begriffsanalyse, 2007, pp. 117 ss.

²⁶ En este sentido, sobre todo, los defensores de la “doctrina de los bienes jurídicos”, ver, por ejemplo, Hassemer/Neumann, en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, tomo 1, 4. ed. 2013, Vor § 1 nm. 108 ss.; Rudolphi/Jäger, en: Wolter (ed.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, tomo 1, 8. ed., Vor § 1 nm. 1-12; Naucke, Strafrecht, Eine Einführung 10. ed. 2002, § 6 nm. 63; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, tomo 1, 4. ed. 2006, § 2 nm. 2-96; Marx, Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”, 1972. Presentación con muchas evidencias en Gierhake, Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe, 2013, pp. 216 ss. y Swoboda, ZStW 122 (2010), 24. Cfr. sobre las raíces del concepto del bien jurídico en la teoría

una simple defraudación de la norma,²⁷ y menos como lesión a un deber de cooperar en un estado de liberalidad por sí misma.²⁸ Si bien, la lesión al bien jurídico es la forma de lesión al reconocimiento que se puede reconocer externamente; y, de este modo, el hecho de que la acción provenga de un ser racional, hace que exista en ella, en efecto, también un ataque a la validez (universal) del derecho. Lo es de suyo, igualmente, también la forma consolidada externamente de la juridicidad liberal, el estado del derecho – como forma de existencia de la libertad que se ha institucionalizado – y que es lesionado a través del injusto criminal. Pero, por qué existe en el comportamiento externo de quien lesiona al mismo tiempo una lesión de la vigencia de la norma, es algo que se puede explicar solamente cuando la decisión interna hacia el injusto es entendida también como la decisión sobre el desprestigio de los demás y, con ello, como contradicción (a sí mismo) en contra de las relaciones de libertad.²⁹

El comportamiento que lesiona la libertad en la relación autor-víctima es, por ello, de importancia universal, puesto que la relación jurídica en un comienzo íntegra (ilesa) de los dos sujetos de la razón configura el núcleo del ámbito común del derecho y el principio de su integridad, por lo tanto, el reconocer de la libertad ajena dado de manera universal es lo que constituye el fundamento de la validez del derecho.³⁰ Quien ataque, por lo tanto, los elementos concretos de la libertad³¹ de otro, por ejemplo, a través de una lesión personal, un homicidio, coacción, privación de la libertad, hurto, etc. cambia el núcleo del derecho por un núcleo del injusto y se orienta, con ello, si ponemos en términos más generales la idea, también en contra del principio del derecho que es fundamental para todo el contexto (en Hegel:

de la violación del bien jurídico de Feuerbach y sobre el desarrollo histórico del concepto (iniciado con Birnbaum, 1834) Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, pp. 28 ss. Ver también el debate crítico con el concepto de derecho de Binding en Wolff (nota 22), pp. 145-149.

²⁷ Sobre este último aspecto ver Jakobs, en: Yu-hsiu Hsu (ed.), Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure – An Anthology in Memory of Professor Fu-Tsung Hung, 2003, p. 41 (42); teniendo en cuenta ya este tema *el mismo*, en: Isensee (ed.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem, 1992, pp. 37 ss. De forma más detallada respecto del planteamiento de Jakobs ver seguidamente en el texto.

²⁸ En este sentido Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, pp. 90 ss. (ver, no obstante, al respecto posteriormente en el texto). En posición similar desarrollado ya en Schild, en: Zaczyk/Köhler/Kahlo (eds.), Festschrift für E. A. Wolff, 1998, pp. 429 ss.

²⁹ Con mayor precisión respecto de esta comprensión del injusto ver Gierhake (nota 15), pp. 247-256.

³⁰ Cfr. al respecto también Zaczyk, (nota 18), pp. 36 ss.

³¹ Zaczyk (nota 23), pp. 165 ss., lo denominó acertadamente “elementos de existencia de la libertad”.

“capacidad jurídica”) en realidad.³² La autodeterminación (jurídica) del sujeto fracasa, con ello, fundamentalmente – sobre el plano de la relación consigo mismo (en el “Yo” del autor – siempre pensado como algo que se integra con lo universal) así como en la relación de interpersonalidad inmediata (entre el autor y la víctima), como también y en absoluto sobre el plano de las relaciones jurídicas constituidas, institucionalizadas (universalidad jurídica, Estado).

La pena reacciona compensando esa lesión del derecho y contiene a partir de esa idea de compensación su legitimación. Ella opera en la relación interpersonal entre el autor y la víctima, así como en la relación de la universalidad restituyendo la validez del derecho.³³ La capacidad de errar del sujeto, su desprecio respecto del otro y su negación del derecho por la que ha de responder dado que tiene origen en su voluntad,³⁴ no pueden existir como lo irracional que se ha vuelto real, no puede pretender validez alguna. Se superan por sí mismas conforme a su sentido; la pena hace “real” esta autosuperación.

III. Pena en un estado de inseguridad del derecho

Las reflexiones realizadas hasta el momento han dejado a un lado el problema sobre qué significado tendrían las estructuras jurídicas, que han sido constituidas de una forma concreta, esto es, el Estado, para la fundamentación de la pena. Si bien también el plano de la lesión de la juridicidad concreta que trae consigo el delito, ya ha sido mencionada en el Estado; para referirse, no obstante, a las dificultades que se producen para la fundamentación de la pena cuando las relaciones estatales entran en crisis, esto es, cuando la realidad del derecho se encuentra en un momento de inseguridad fundamental, las relaciones de paz jurídica que se han consolidado se muestran frágiles de forma generalizada y una vida en injusto pareciera ser la regla, tienen entonces que integrarse estos planos precisamente en el proceso de fundamentación.

La atención se centra, por lo tanto, en las situaciones de crisis estatales.³⁵ Bien sea en un estado de guerra civil,³⁶ o, en

³² Cfr. *Hegel* (nota 25), § 95, p. 181. Al respecto *Köhler* (nota 25), pp. 17-20.

³³ Cfr. sobre esta fundamentación de la pena nuevamente en las referencias de la nota al pie 25.

³⁴ Aquí se halla el núcleo del concepto de culpabilidad como la “decisión (proceso de decisión) libre y (autodeterminada) por la máxima del injusto, esto es, por la violación del derecho ‘como derecho’ en cierta forma típica (culpabilidad con voluntad – ‘Willensschuld’)”, *Köhler*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, p. 348. Ver también *Zaczyk*, en: *Dannecker/Langer/Ranft* (eds.), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, 2007, p. 191 (195 ss.).

³⁵ “Situaciones de cambios radicales” existen en múltiples formas; en este caso, en atención al proceso de paz colombiano, se deben tener presentes aquellas situaciones que se han dado conflictos internos de muchos años de duración, como guerras civiles. No hacen parte del enfoque de la siguiente intervención – y al tiempo del contexto

la desintegración de las estructuras del Estado, no es precisamente la juridicidad constituida, sino la inseguridad que se asemeja al estado de naturaleza³⁷ lo que caracteriza el panorama de la comunidad jurídica: un pueblo que está dividido internamente, un Estado³⁸ cuyas instituciones amenazan con quedarse sin poder, leyes que son ineficaces, regiones que en su totalidad no se encuentran ya bajo el dominio estatal. A esto se le suman relaciones sociales que

intelectual – los cambios típicos de régimen (de “injusto de sistema al Estado de derecho”) y los conflictos interestatales. Sobre el concepto y las formas típicas de la “justicia transicional” ver, en primer lugar, *Form*, en: *Kuretsidis-Haider/Garscha* (eds.), *Gerechtigkeit nach Diktatur und Krieg*, 2010, pp. 15 ss.; *Palmer/Clark/Granville* (eds.), *Critical Perspectives in Transitional Justice*, 2012; *Werle*, en: *Muñoz Conde/Vormbaum* (eds.), *Transformation von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit*, 2008, pp. 15 ss.

³⁶ “Guerra civil” no es un concepto de derecho que se haya determinado de manera definitiva. En el derecho internacional vigente se habla, en su lugar, de “conflictos armados no-internacionales”, en los que existen igualmente dificultades con una definición unitaria (ver, por ejemplo, *Sager*, *Voraussetzungen der Strafbarkeit von Kriegsverbrechen in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten*, 2011, pp. 38 ss. [con evidencias] también *Zischg*, *Nicht-internationaler bewaffneter Konflikt und Völkerrecht*, 1996, pp. 26 ss.); los elementos de definición que se deben aplicar son, al parecer, los siguientes: Se debe tratar de una “violencia armada prolongada” (“protracted armed violence”) entre las “autoridades gubernamentales y grupos armados, o, entre dichos grupos con un Estado” (“governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State”) – las partes del conflicto tienen, por lo tanto, que mostrar un cierto grado de organización interna (ver también al respecto *Sager* [Op. cit.], con referencia a la evolución conceptual mediante tribunales ad hoc y con la Corte Penal Internacional, así como al trabajo de *Cullen*, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Criminal Law*, 2010; cfr. sobre diversos rasgos y manifestaciones de la “guerra civil”, primeramente, *Lombardi*, *Bürgerkrieg und Völkerrecht*, 1976, §§ 1 y 2; sobre la historia de la normativización del derecho internacional hasta el Artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra de 1949 ver *Moir*, *The Law of Internal Armed Conflict*, 2002, pp. 1-29.

³⁷ Aquí se ha mencionado ya que con “estado de naturaleza” se está haciendo una referencia no en el sentido de *Hobbes*, del estado sin un derecho en absoluto, sino en el sentido de un estado inseguro del derecho en el sentido de *Kant*. Cfr. al respecto, primeramente, *Kant* (nota 19), §§ 41 y 42, A 154 ss., B 154 ss. Cfr., además, las referencias en la nota al pie 46.

³⁸ *Kant* lo delimita de forma ilustrativa como un “pueblo que lucha con su enfermedad interna” (*Kant*, *Zum Ewigen Frieden*, 1796, edición *Werkausgabe stw*, tomo 11, Artículo 5 preliminar, BA 12).

tiene la potencialidad de generar conflictos, como lo son, la extensa pobreza, la carencia de oportunidades de educación y la violencia cotidiana.

Estas circunstancias tienen un significado esencial tanto para el estado jurídico que se ha logrado constituir de forma concreta, así como para la autopercepción y la interioridad de los sujetos que viven en ella; dos elementos esenciales de la realización del derecho (constitución del Estado y la fundamentación subjetiva del derecho) y de la justicia penal vinculada con ella se ven, por lo tanto, afectadas de este modo.

Que se trata de un estado que se supera a partir de los argumentos de la razón, es indudable: La incertidumbre jurídica no es compatible con la coexistencia de seres libres; estos deben anhelar, en virtud de su capacidad de comprender la razón, la creación de relaciones en las que puedan gozar su derecho. Su vida ha sido designada para que crean y garanticen las condiciones que los lleve a la realización de una vida libre, esto es, que generen un estado jurídico en el que tenga cabida entonces también la justicia penal.

No obstante, es también necesario aclarar si a partir de la inseguridad y de la suspensión parcial y fáctica del estado jurídico se sigue que reacciones limitantes de la libertad, “que castigan” y responden al injusto interpersonal más grave (por ejemplo, homicidio, lesiones personales o violaciones sexuales)³⁹ se encuentran por fuera de un contexto jurídico determinable, para perder, por su parte, su legitimación y degenerar en mera violencia o venganza. Es igualmente necesario explicar qué significado tiene para la justicia penal la inseguridad subjetiva de los sujetos de derecho que se da mediante circunstancias de crisis.

Existen muchos enfoques argumentativos para estos problemas que permiten presumir que la pena legítima está vinculada con la constitucionalidad estatal, o bien, con el cumplimiento “real” de la norma, esto es, con la validez “real” de la norma, tal que tendría que negarse, por consiguiente, una justificación de la pena para los casos de crisis del tipo ya mencionado, esto, en todo caso, si no se puede hablar más y en absoluto de una constitución jurídica y de una validez jurídica, por lo tanto, cuando la sociedad – hablando en un sentido teórico-estatal – ha recaído en el estado de naturaleza.

1. Constitución del Estado como condición de la pena: estado de naturaleza y estado jurídico en Immanuel Kant – Significado para la pena

El primer enfoque de argumentación podría considerarse en tanto que para la pena como institución jurídica se presupone un estado jurídico que existe, un Estado constituido.⁴⁰

³⁹ Un problema adicional se da cuando los hechos de injusto alcanzan, como “delitos políticos”, otra cualidad tal que se dirijan en contra del poder establecido del Estado. Esto debe reflexionarse de manera profunda especialmente en la pregunta por la legitimación de la amnistía.

⁴⁰ Así e.o. Zaczyk (nota 23), pp. 187, 188, 196, 200, 201; Schild (nota 28), p. 431: “De este modo sólo puede darse un derecho penal dentro de la formación del Estado [...]”; *el*

a) El estado jurídico

En la doctrina del derecho de Immanuel Kant se hace mención al derecho penal sólo después hacer una introducción a toda la estructura de la condición jurídica del Estado. Kant define el derecho penal como el “derecho que tiene el soberano, con respecto de aquél que le está sometido, de imponerle una pena (“Schmerz”) por su delito”⁴¹.

Esto presupone en la doctrina kantiana del derecho una estructura jurídica en la que la voluntad general ha tomado forma mediante una constitución, y la autodeterminación del pueblo, así constituido, se ejerce a través de tres poderes estatales (la legislación, el poder ejecutivo y la jurisprudencia).⁴² Un estado como tal es, según Kant, el “estado jurídico”, esto es, el “estado del derecho público”.⁴³

En el “estado del derecho privado o de naturaleza” (no constituido) hay, por el contrario, una carencia de esta estructura de la justicia pública; cada forma de adquisición del derecho es aquí solo casual y provisoria; esta será jurídica y definitiva solo cuando domine la voluntad general racional en lugar de la voluntad subjetiva y particular.⁴⁴

Los individuos en un pueblo son, primero, en el tránsito al estado jurídico y como ciudadanos de un poder externo de legislación pública, súbditos – en este sentido “sumisos” – y han abandonado, de este modo, el estado con ausencia de ley, el estado de amenaza permanente.⁴⁵

De no existir las estructuras estatales, no habría, no obstante, un estado de injusticia como tal, pero sí un estado de ausencia del derecho en tanto que a falta de un poder público no es posible producir un ordenamiento legal de las esferas de la libertad, un ejercicio del derecho que corresponda con la voluntad general y, sobre todo, jamás podría darse un vínculo definitivo dentro de las relaciones jurídicas dada la ausencia del poder judicial.⁴⁶ El concepto

mismo, ARSP (70) 1984, 71 (79 s.): “Derecho penal existe sólo en el estado burgués, en el Estado [...], y sólo como derecho público, esto es, como suma de leyes, ‘que requieren de una promulgación general para producir un estado jurídico’” (cfr. también p. 81 s.); *el mismo*, en: Heinze/Schmitt (eds.), Festschrift für Wolfgang Gitter zum 65. Geburtstag, 1995, p. 831 (836 s.). *Oberer*, en: Brandt (ed.), Rechtsphilosophie der Aufklärung, 1982, p. 399 (407 s.).

⁴¹ Kant (nota 19), Rechtslehre, Allgemeine Anmerkung E (A 195, B 196), N. d. T.: La transcripción de la cita corresponde a la traducción de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho a La Metafísica de las Costumbres, 4. ed. 2008, pp. 165 y s.

⁴² Cfr. al respecto Kant (nota 19), Rechtslehre, § 43-49, A 161-172, B 191-202.

⁴³ Kant (nota 19), Rechtslehre, § 41, A 154 ss., B 154 ss.

⁴⁴ Cfr. Jacob, Das Individuum im Spannungsverhältnis von staatlicher Souveränität und Internationalisierung, 2010, p. 62.

⁴⁵ Cfr. sobre esta expresión Kant (nota 38), Zweiter Abschnitt, *-Ann., BA 19.

⁴⁶ Ver Kant (nota 19), Rechtslehre, § 44, A 163 s., B 193 s. Ver en total sobre la transición del derecho privado al derecho público en Kant: Bartuschat, Philosophisches Jahrbuch

del derecho es por sí mismo, por lo tanto, el que impulsa su propia realización a través del establecimiento de estructuras e instituciones jurídicas. – Esto es a lo que *Kant* se refiere cuando explica que a partir del derecho privado en el estado de naturaleza surge el postulado del derecho público.⁴⁷

b) Justicia penal

Esta cooperación conjunta de la legislación, del poder ejecutivo y de la jurisprudencia como forma de la autodeterminación de un pueblo es también necesaria para la determinación, la aplicación y el establecimiento del carácter vinculante de las leyes penales, para poder afirmar que el derecho tanto del pueblo, como del ciudadano que comete el hecho punible, será real. En el Estado existe un contexto de legitimación entre el ciudadano que se convierte en delincuente, el derecho que él quebranta, el ejecutivo que ejerce el derecho respecto de él y el juez que dicta el fallo.

Si se trata, por el contrario, de un “estado de naturaleza”, la pena no puede, por ello, tener realidad jurídica, puesto que ni siquiera se ha establecido, qué derecho debe aplicarse (las leyes positivas no existen) y quién puede ser un juez legítimo. Ambos aspectos no pueden presentarse a la comunidad jurídica, por ejemplo, como algo “externo”, sino que deben estar vinculados, como parte de la estructura de la división de poderes, con la voluntad del pueblo que se constituye así mismo.⁴⁸ Una “representación” en la legislación, así como en el ejercicio del poder judicial, es imposible: Debe tratarse igualmente del derecho de aquél ciudadano que lo quebranta, y la judicatura está sujeta a la ley del derecho (que proviene de la voluntad general).

El derecho penal presupone, en este contexto, no sólo y en absoluto que el derecho sea quebrantado en la relación interpersonal – esto podría pensarse también ya en el estado de naturaleza –, sino, más bien, que un derecho dado por medio de la voluntad general del pueblo sea lesionado; asimismo, existe sólo en el Estado las estructuras de persecución penal y ejecución de la pena necesarias y refrendadas por el pueblo, esto es, un ejecutivo y, ante todo, una jurisprudencia que pueda generar fallos válidos.⁴⁹

94 (1987), 24 (33 ss.); *Fulda*, Jahrbuch für Recht und Ethik 5 (1997), 267; *Herb/Ludwig*, Kant-Studien 84 (1993), 283; *Jacob*, Das Individuum im Spannungsverhältnis von staatlicher Souveränität und Internationalisierung, 2010, pp. 42-45 y 53-64; *Kersting*, Wohlgeordnete Freiheit, 1993, pp. 325 ss.; *Niebling*, Das Staatsrecht in der Rechtslehre Kants, 2005, pp. 62-94; *Unruh*, Die Herrschaft der Vernunft, 1993, pp. 85-106; *Wawrzinek*, Die “wahre Republik” und das “Bündel von Kompromissen”: Die Staatsphilosophie Immanuel Kants im Vergleich mit der Theorie des amerikanischen Federalist, 2009, 87 ss.

⁴⁷ *Kant* (nota 19), Rechtslehre, § 42, A 157, B 156.

⁴⁸ *Kant* (nota 19), Rechtslehre, § 45, A 165, B 195. Cfr. al respecto también *Köhler*, en: Dreckrath/Willoweit/Biskup (eds.), Rechtsprechung und Justizhoheit, Festschrift für Götz Landwehr zum 80. Geburtstag, 2015, pp. 393 ss.

⁴⁹ El derecho penal como “derecho” requiere de “una base de comunidad constituida [...] que primero funda independencia

c) Resultado parcial

Si un pueblo que se ha constituido estatalmente se llega a encontrar en un estado de crisis, se desintegra la estructura constitucional y la comunidad jurídica cae en un estado de ausencia de Estado, necesitará, en primer lugar, una nueva constitución del pueblo, la creación de una justicia pública. El derecho penal puede llegar a ser nuevamente (real) como parte de una voluntad general constituida. La pena no es, según esto, algo así como un medio para la reconstitución, sino que está condicionada por ella.

Mientras que, no obstante, la constitución del Estado exista, esto es, mientras que un Estado sea real, también el derecho penal puede y debe, en principio, tener realidad en su funcionamiento como parte de la realización de la libertad.

Para poder fundamentar un derecho penal estatal aún en “situaciones de crisis”, debe el Estado al menos existir por sí mismo. De ser así, es esencialmente un acto de la estimación de la situación empírica y un acto de subsunción bajo el concepto fundamental del Estado. En un estado de “ausencia del Estado” hacen falta, en un sentido práctico, no sólo los actores de la persecución penal (policía, fiscalía, juez etc.), sino también el contexto de legitimación que se produce a través de la constitución. La pena no puede “traerse” a este contexto desde un punto de vista externo.

2. Pena en diversos niveles de la realización del derecho en Hegel

En el proceso de fundamentación advertido anteriormente (II. 2.) se ha realizado ya una introducción a los tres elementos de la fundamentación hegeliana de la pena: Primero, la fundamentación abstracta y jurídico-racional (relación conceptual derecho-injusto-delito-pena), segundo, el lado de la interioridad del autor (“culpa” – “Verschulden”) y, tercero, la conexión con cada estado de paz jurídico

y sobre ello descansa, por lo tanto, el derecho penal, visto tanto a partir de su presupuesto (el injusto) como de su consecuencia (la pena). El derecho penal presupone una comunidad estatal ya existente junto con el “autor” como ciudadano, esta es perturbada a través del hecho (y, esto es: en el nivel subordinado de su existencia como libre) y, por consiguiente, se restablece por medio de la pena” (*Zaczyk* [nota 23], pp. 187 s.). Es más: La violación tendría “una calidad adicional tal que los bienes jurídicos de la comunidad jurídica sean reconocidos y esta comunidad [el Estado] garantiza también su mantenimiento. [...] El injusto [tiene], por ello, también siempre un significado general: la confianza del individuo en una existencia en libertad se dirige, en una comunidad estatal constituida, no solo hacia el otro y a cada uno de los que trate, sino también hacia la comunidad como un todo. Cuando también la violación sucede de forma inmediata por parte del individuo, entonces el restablecimiento del estado jurídico es, en efecto mediante aquel lado general, una tarea que sólo puede darse bajo la cooperación del Estado”. (*Zaczyk* [nota 23], pp. 200 s.). Sobre esta idea en el contexto de la filosofía del derecho de *Hegel*: *Zabel* (nota 25), p. 119.

(estatal) que se haya concretado.⁵⁰ Sólo la unidad de todos los momentos es lo que, según *Hegel*, constituye la realidad de la justicia penal, en sus palabras: La “reconciliación verdadera del Derecho consigo mismo”.⁵¹

En este lugar, deben revisarse con mayor detalle dos aspectos del proceso de reflexión que sólo han sido mencionados en las consideraciones que se han realizado hasta el momento, que, no obstante, son decisivas para el cuestionamiento de la fundamentación de la pena en las relaciones de la sociedad que se encuentran en crisis:

Primero, la manera de poder fallar que se encuentra en el sujeto (el aspecto subjetivo del delito, a continuación infra a) y, segundo, el significado de una comunidad estatal que se ha constituido de forma concreta (aspecto objetivo del delito b) para el proceso de fundamentación.

Hegel escribe, primero, que el derecho, cuya lesión es el delito, en tanto es “lo universal” adquiere más formas⁵² que desarrolla en las etapas de la moralidad y la eticidad.⁵³ El derecho, el delito y, también, la pena, tiene, por lo tanto, una definición conceptual y abstracta, vigente (en el “derecho abstracto”), que, no obstante, no asimila aún todos los aspectos del concepto del derecho, si no se tienen en cuenta, al tiempo, la moralidad y la eticidad.⁵⁴

a) El lado subjetivo del delito

En la moralidad⁵⁵ se muestra el lado subjetivo del proceso de la voluntad y de la culpa (“Verschulden”) del sujeto individual.⁵⁶ La voluntad del delincuente está centrada en “hacer predominar la propia particularidad sobre lo universal y [en] realizarla por medio de su actuar.”⁵⁷ La interioridad del sujeto se dirige, por lo tanto, en contra de la (razón de la) universalidad, la cual no le es ajena – no se opone a ella –, sino que se debe esencialmente a él como un ser racional. El

sujeto disfraza de universal con su acto de voluntad su propia particularidad. Él configura algo como debido, aunque es consciente de que para él es también algo “no debido”. La “nulidad-en sí (auto-negación) del delito se fundamenta en la conciencia subjetiva de la rectitud, o bien, del derecho, del autor mismo”.⁵⁸ La superación de esta alteración en el sujeto con voluntad es el lado moral de la pena; la necesidad de mantenerse verdaderamente conforme a la universalidad es también comprensible en el mismo sujeto que actúa; y la contradicción señalada no puede existir, puesto que el sujeto no puede fingir a largo plazo su razón. En la decisión por el delito se ha puesto, por lo tanto, ya la razón de la solución a la contradicción: Ningún ser racional puede mantener a largo plazo la tensión que surge por llevar una vida en contra de la voz de la propia conciencia. Esta contradicción propia es la esencia de la pena en la moralidad, el núcleo del proceso subjetivo de la culpa y de la superación por medio de la pena.⁵⁹

La universalidad que es “reemplazada” por la particularidad de la voluntad criminal es en el estado de las estructuras jurídicas constituidas una realización de la libertad que se consolida mediante instituciones: La sociedad burguesa tiene una estructura liberal ordenada,⁶⁰ el Estado está pensado como lo “ideal”, como realidad de la voluntad sustancial, como la realización de la libertad en un sentido absoluto.⁶¹

Que la libertad tenga una realidad, que las estructuras del aseguramiento de la libertad existan y que esas estructuras estén vinculadas también al individuo en la conciencia de la libertad, tiene importancia también para la interioridad del sujeto: No se le ha señalado que deba realizar por sí mismo en cada acción de la vida cotidiana la reflexión que le sea posible sobre lo jurídicamente correcto, sino que él se encuentra, más bien, rodeado de un actuar jurídico cotidiano; mediante una conciencia universal de la validez del derecho, en la cual puede ser ubicado el sujeto, se encuentra un sustento.

Por el contrario, se puede demostrar que una caída en crisis de dichas estructuras a largo plazo puede tener efectos sobre el sujeto.⁶² Si bien, su identidad liberal es independiente de circunstancias externas; sigue siendo un ser libre con capacidad de comprender la razón y, de este modo, también, de ser un sujeto de imputación. No obstante, para el proceso de culpa es también relevante el hecho de que el mundo, el derecho, que rodea al sujeto amenace con colapsar, que viva dentro de relaciones en las que ya no pueda confiar más en la “realidad de la libertad” o que, según las circunstancias, nunca haya conocido dichas relaciones.

⁵⁰ *Kleszczewski* (nota 25), p. 285 lo expresa así: “Principio fundamental de la pena”. Ver al respecto también *Zabel* (nota 25), p. 106.

⁵¹ *Hegel* (nota 25), § 220.

⁵² *Hegel* (nota 25), § 95, Anm.

⁵³ Cfr. al respecto una sinopsis en § 33 de sus Principios.

⁵⁴ Cfr. en este sentido ya *Schild* (nota 25 – Tradition), p. 199 (208 s.). Una sinopsis en *Luf* (nota 25), p. 111 ss.

⁵⁵ *Hegel* (nota 25), §§ 105-141.

⁵⁶ Al respecto *Köhler*, (nota 25), pp. 20-25, en un sentido de fundamentación *el mismo* (nota 13), pp. 206 ss.; *Kleszczewski* (nota 25), pp. 78-137.

⁵⁷ *Hegel* (nota 25), § 139; N. d. T.: La cita ha sido tomada de la traducción de *Juan Luis Vermaal – Hegel*, Principios de la Filosofía del Derecho, 2005 – y adaptada para esta traducción. La oración completa en el texto de *Hegel* traducido por *Vermaal* es la siguiente: “§ 139. Al establecer la vanidad de todas las demás determinaciones vigentes y permanecer en la pura interioridad de la voluntad, la autoconciencia es posibilidad de convertir en principio tanto lo en y por sí universal como el arbitrio, de hacer predominar la propia particularidad sobre lo universal, y de realizarla por medio de su actuar; en otras palabras, tiene la posibilidad de ser mala”.

⁵⁸ *Köhler* (nota 25), p. 20.

⁵⁹ Cfr. al respecto también *Köhler* (nota 13 – Strafe), pp. 63 s.

⁶⁰ *Hegel* (nota 25), § 188, p. 346.

⁶¹ *Hegel* (nota 25), § 258, p. 399 y el apéndice a § 258, p. 403.

⁶² Ver al respecto también el análisis riguroso de las “Consecuencias de la crisis social” para el delito en la sociedad burguesa en *Kleszczewski* (nota 25), pp. 219 ss.

La necesidad de la validez real del derecho está relacionada con que el desarrollo de un “mantenimiento” jurídico tenga que ser sostenido también bajo circunstancias reales. Los sujetos en un entorno jurídico-liberal tienen que tener la oportunidad de desarrollar⁶³ una acción correspondiente y poder ver en la vida cotidiana que su confianza en la validez del derecho es reafirmada. Si decae dicho contexto o generaciones completas crecen sin un sostén jurídico⁶⁴ entonces el sujeto no puede en absoluto desarrollarse plenamente. Esto muestra que también la formación hacia la libertad en el contexto de la vida cotidiana juega un papel importante para la realización de las relaciones liberales.⁶⁵ El niño debe, por consiguiente, ser primero puesto en una situación para desarrollar una conciencia del derecho y el sujeto libre debe verse fortalecido y ratificado en su conciencia en el momento de llevar a cabo su vida cotidiana.

Si faltan las respectivas condiciones, entonces puede llegarse a una escisión para este caso típica en el sujeto:

La capacidad de autopuesta racional y la comprensión de la necesidad de las relaciones jurídicas que se vincula con ello son independientes de las dificultades externas, empíricas: la voluntad libre tampoco se excluye por medio de condiciones de existencia: El proceso de la culpa (“Verschulden”) que ha sido expuesto como algo jurídico-abstracto y moral sigue existiendo; la conciencia, como instancia de la libertad en el sujeto, es independiente a lo empírico.⁶⁶

De otra parte, la “regresión a la realidad de la razón”⁶⁷ tiene efecto en las relaciones jurídicas a través de la caída de una sociedad y la pérdida de estabilidad de tal forma que la orientación en lo referido a lo correcto para el derecho se hace difícil. El sujeto tiene que demostrar una cierta fortaleza interna para poder reflexionar acerca de su propia razón también en contraposición con las debilidades de la razón que dominan en su entorno. La autocomprensión del trato de los unos con los otros, que se da en las relaciones que han sido constituidas jurídicamente, puede ser cubierta, en caso extremo, por una apariencia antijurídica de la violencia y del arbitrio (por lo tanto, por una “aparición universal de la validez del derecho”), tal que el sujeto crea que debe encajar en dicha apariencia del derecho vigente con un quebrantamiento del derecho. Esto hace que la contradicción que se halla en el delito, sea, empero, cognoscible, que el injusto, no obstante, pueda encajar en el contexto de la falsa apariencia y, por ello, ya no sea del todo manifiesto. En un sentido subjetivo, esto significa para el delincuente que la auto-corrupción que existe en cada delito (“Yo me aparto excepcionalmente de lo universal, porque [...]”) es

simplificada (“Yo hago simplemente lo que todos hacen”).⁶⁸ Esto debe considerarse como un atenuante en el marco de la graduación de la culpabilidad y la pena.

b) El lado objetivo del delito

En la Eticidad – lo que *Hegel* comprende, entre otros, como la sociedad burguesa y el Estado – se encuentra la mediación de los componentes subjetivos y objetivos en el contexto social concreto.

En cuanto a lo último, el delito contiene en una sociedad en la que las posiciones de la libertad tienen reconocimiento y validez legales el significado de lesionar la “cosa universal” traída ahora en las formas concretas del derecho, esto es, la afianzada y fuerte unidad del derecho.⁶⁹ Aquí se demuestra que el delito y la pena deben ser comprendidos no en su plena abstracción, sino siempre en relación con un derecho que es vigente para una comunidad jurídica, en un derecho ya positivizado y con las estructuras concretas de su constitución.⁷⁰ Las estructuras racionales de la sociedad que tienen fundamento, de un lado, en el sujeto racional, son reafirmadas, de otro, en el diario y en la conciencia del individuo con cada contacto que se da entre seres humanos.⁷¹ La libertad consciente se hace, de este modo, real.⁷²

Por esta razón no es una contracción si, para una fundamentación de la pena que se basa sobre la libertad, se

⁶⁸ En un sentido similar respecto del sistema de injusto del nacionalsocialismo *Jakobs* (nota 27 – *Vergangenheitsbewältigung*), p. 41.

⁶⁹ Cfr. *Hegel* (nota 25), § 218. Esta unidad se caracteriza por la legislación positiva, la actividad judicial, así como la institución de la policía como “poder asegurador de lo universal”. Ver al respecto los párrafos §§ 215 ss., 219 ss., 230 ss. de los Principios. Cfr. también *Zaczyk*, en: *Landwehr* (ed.), *Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit*, 1999, p. 73 (81), quien ve fundado el mismo pensamiento ya en *Kant*. Ver también *el mismo*, en: *Kugelstadt* (ed.), *Kant-Lektionen, Zur Philosophie Kants und zu Aspekten seiner Wirkungsgeschichte* 2008, p. 241 (249 ss.).

⁷⁰ Esto no quiere decir que se introduzca ahora un cambio de perspectiva entre el procedimiento de fundamentación y el procedimiento descriptivo. Las estructuras concretas como estructuras jurídicas están siempre vinculadas con la razón, pueden, no obstante, también estar configuradas de distinta manera por la variedad de lo empírico. Si existen estructuras constituidas, estas serían, de un lado, el producto de origen histórico, de otro, sin embargo, como obra humana, siempre accesibles a la razón. Esto se pasa por alto quien lea a *Hegel* en este punto, primeramente en un sentido “socio-jurídico”. Así *Jakobs*, en: *Karras/Courakis/Mylonopoulos/Kotsalis/Giannidis* (eds.), *Festschrift für Nikolaos K. Androulakis*, 2003, p. 252 (262 ss.); cfr. también *el mismo*, *ARSP Beiheft* 74 (2000), 57 (sin referencias explícitas a *Hegel*). Acertadamente en contra *Zabel* (nota 25), p. 107. Sobre la comprensión de *Hegel* según *Jakobs*. Cfr. también (en un sentido crítico) *Stübinger* (nota 25), pp. 175 ss.

⁷¹ Cfr. al respecto ya en *Gierhake* (nota 24), pp. 123 ss.

⁷² Cfr. *Hegel* (nota 25), § 210.

⁶³ Observado correctamente por *Jakobs* (nota 27), p. 39.

⁶⁴ En un sentido profundo sobre el problema de la inconstancia habitual *Kleszczewski* (nota 25), pp. 105-137, 186 ss.

⁶⁵ Cfr. al respecto también *Zabel* (nota 25), p. 110.

⁶⁶ En ese sentido también *Köhler* (nota 34), pp. 361 s.

⁶⁷ Expresión de *Kleszczewski* (nota 25), p. 226.

recurra, de una parte, al pensamiento abstracto de la alteración del derecho contradictoria por sí misma y de su superación y, de otra, se conciba al ordenamiento jurídico en concreto como algo que es lesionado por el injusto criminal y la pena como medio de la restitución de la validez precisamente de ese estado jurídico en concreto. Los niveles de fundamentación se refieren entre ellos.

Esta comprensión se basa en la observación al parágrafo § 218 de la filosofía del derecho hegeliana: La mirada a la sociedad concreta, real cambia la naturaleza del delito no según su concepto, sino según el aspecto de la existencia exterior: Se lesiona no solo la existencia del lesionado inmediato, sino también “la representación y la conciencia de la sociedad burguesa” – representación y conciencia están ahora refiriéndose a la validez de las leyes.⁷³ El peligro para la validez de las leyes es una de las definiciones cualitativas del concepto del delito y define también su importancia para la sociedad afectada: de ser así la calidad y gravedad del delito, y de aquí también depende la pena, depende del correspondiente estado de la sociedad.⁷⁴

Hegel ha demostrado que ahí donde la estructura de la sociedad como estructura del derecho esté asegurada, cuando el derecho haya conseguido ser sólido, no puede tambalear tan fácilmente ante un hecho individual. De ser así, se reduce el significado de un hecho delictivo cuanto más sólida sea la cohesión de la comunidad afectada.

Esto significa, por el contrario, que en las estructuras inseguras del derecho cada hecho de injusto criminal conduce a una destrucción adicional de la libertad concreta o, en todo caso, puede conducir a ello, por lo tanto, agrava el estado de injusto y hace difícil fundar nuevamente un estado jurídico a partir de ello.⁷⁵ Como consecuencia, el delito adquiere una mayor importancia – no por su significado como quebrantamiento parcial del derecho en la relación de reconocimiento primaria, sino por su efecto ruinoso para el estado total de la comunidad liberal.

Que un delito individual se incorpore en un contexto en el que la apariencia de la juridicidad amenaza con extenderse y la constitución jurídica verdadera es cada vez más frágil, conduce a que la sociedad, con cada delito que no sea

contradicho, amenace con hundirse en dirección a un estado de naturaleza contrario a la razón. Esta es la “peligrosidad” del delito para la sociedad burguesa, como Hegel lo escribe, representa una definición de la magnitud del delito, esto es, una de sus definiciones cualitativas.⁷⁶ Cuanto más frágil sea el estado jurídico, más “peligroso” es, por lo tanto, el delito, más importancia tiene.

c) Resultado parcial

El examen más preciso de los niveles hegelianos de la realización de la libertad con su significado correspondiente para la pena ha demostrado lo siguiente:

Las relaciones inseguras, esto es, en crisis, dentro de la sociedad burguesa pueden, de un lado, reducir el grado subjetivo de culpa en un delito que encaja en la crisis. Una “exculpación” total no está, no obstante, fundada, pues la conciencia de la libertad y, con ello, la conciencia del injusto sigue, en principio, intacta. La pena es, por lo tanto, legítima como reacción a esa culpa, sin embargo, debe considerar en su medida las circunstancias que para el sujeto en el caso concreto agravan un “actuar jurídico”.

De otra parte, la totalidad de las circunstancias de crisis elevan el injusto objetivo del hecho. Siempre que estas circunstancias se comprendan a partir del sujeto individual, esto es, cuando se abarcan a partir de su voluntad (reconoce las estructuras que son cada vez más frágiles a través de sus acciones), ello tiene que considerarse igualmente en la pena – como una compensación adecuada del injusto y de la culpabilidad (aquí entonces: como incremento de la pena).

En suma, se produce una medida de la pena que ha de ser determinada conforme al grado de injusto y de culpabilidad:⁷⁷ Ahí deben considerarse todas las tres fases del injusto: Primero, el injusto primario en la relación interpersonal (la lesión a la relación jurídica, por ejemplo, mediante un homicidio, una lesión personal, un abuso sexual, daño en bien ajeno etc.), segundo, un significado para la constitución jurídica de la sociedad (el grado de la inseguridad del derecho que se ocasiona con el hecho), tercero, la medida de la contradicción a sí mismo interna.

3. ¿Cumplimiento generalizado, fáctico de la norma como presupuesto de la pena?

a) Günther Jakobs

Un planteamiento que se centra en la realidad de la norma en el sentido de la realidad fáctica del cumplimiento de la norma es defendido en el contexto que nos interesa (la justicia transicional) por Günther Jakobs. Como medida de valoración de si el derecho “vigente” es quebrantado a través del hecho, se puede encontrar en él un enfoque sobre el “ordenamiento real”,⁷⁸ sobre la “constitución que se ha vivido realmente”⁷⁹. Un “ordenamiento real” como tal puede

⁷³ Hegel (nota 25), §§ 210, 211.

⁷⁴ Este pensamiento se generaliza si se concibe solamente la sociedad y la forma en que ella tiene empirismo como objeto de protección del derecho penal, esto es, si se ve el fin de la pena en la “garantía de la identidad normativa” de la sociedad. Así Jakobs, ZStW 107 (1995), 843 y *el mismo*, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 452/453 (1976), p. 3. Expresado de forma clara: “La punibilidad es un hijo del derecho positivo y con ello, también, de la respectiva constitución que se vive y de la práctica de un Estado”. (*el mismo* [nota 27 – Vergangenheitsbewältigung], p. 45). Sobre el “cambio de forma” del delito en la sociedad burguesa en Hegel: Kleszczewski (nota 25), pp. 166 ss. (en resumen p. 175). Ver también Zabel (nota 25), pp. 119 ss., quien amplía la idea del procedimiento penal público.

⁷⁵ Cfr. al respecto también el apéndice al parágrafo § 218 (Hegel [nota 25], p. 373).

⁷⁶ Hegel (nota 25), Observación al parágrafo § 218, p. 372.

⁷⁷ Esto no es, por lo demás, una característica de un estado jurídico “inseguro”.

⁷⁸ Jakobs, GA 1994, 1 (5).

⁷⁹ Jakobs (nota 27 – Vergangenheitsbewältigung), p. 44.

apartarse del tenor literal de la ley, este debe representar en la cotidianeidad solamente la realización de aquello que es decisivo a grandes rasgos para la orientación de los miembros de la sociedad.⁸⁰

En un pasaje que es central para esa afirmación,⁸¹ *Jakobs* hace una referencia a la relación entre “validez y eficacia”, como lo desarrolló *Hans Kelsen* en su “Teoría pura del derecho”. Ahí se afirma: “Mientras que la constitución, y esto significa, el ordenamiento jurídico que ha sido dado sobre su fundamento, pierda como un todo su eficacia, pierden el ordenamiento jurídico y, con ello, cada una de sus normas individuales su validez [...]. Un ordenamiento jurídico es reconocido como válido, cuando sus normas sean eficaces a grandes rasgos, esto es, sean cumplidas y aplicadas realmente [...]. Y en efecto puede una norma jurídica, en tanto no sea aplicada o cumplida permanentemente, esto quiere decir, mediante el así llamado desuetudo, perder su validez. Desuetudo es ciertamente una costumbre negativa, cuya función esencial consiste en derogar la validez de una norma existente. Si la costumbre es realmente un tipo que crea derecho, entonces el derecho dado puede también ser derogado por la costumbre.”⁸²

Se puede pensar en un estado social que, si bien, se mantiene a través de una constitución jurídico-positiva, no obstante, en él el derecho positivo casi no tiene importancia o no la tiene en absoluto para la realidad cotidiana de los miembros de la sociedad, puesto que es desobedecida a gran escala, ignorada o “reemplazada” por otras normas.

Jakobs (en concordancia con *Kelsen*) concluye entonces que en dicho estado el derecho positivo (ya) no es “vigente”, porque es ineficaz dada la carencia de la realidad cotidiana; en cambio, “vigente” es aquello que opera sobre la orientación de la acción.

El momento de la validez del derecho (en el sentido anteriormente expuesto) tiene entonces para *Jakobs* un significado esencial en el marco de su teoría de la pena: En sus propias palabras y resumido brevemente contiene el siguiente contenido esencial:

“[Pena] es la respuesta al hecho que, por su parte, ha de ser entendido como una protesta en contra de la vigencia de

⁸⁰ Cfr. nuevamente *Jakobs*, GA 1994, 1 (5) y *el mismo* (nota 27 – Vergangenheitsbewältigung), p. 44.

⁸¹ *Jakobs* (nota 27 – Vergangenheitsbewältigung), p. 44: “Esto significa, con otras palabras, que si no se defiende un normativismo que se desprende de la vida real, sino que se presupone – por ejemplo, a partir de un *Hans Kelsen* que no es ciertamente extraño para un pensamiento sociológico irreflexivo – que sólo un Estado puedes ser aquello que es a grandes rasgos eficaz, esto es, practicable, de tal modo que se puede decidir la pregunta de la eficacia jurídica de la orden del Führer sólo conforme a la Constitución vivida fácticamente en el tiempo del nacionalsocialismo: y desde este punto de vista no debería ser dudarse que conforme a esa Constitución vivida fácticamente podía la orden del Führer suspender el Derecho y crear uno nuevo”. (Con referencia a *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. ed. 1960, pp. 215 ss.).

⁸² *Kelsen* (nota 81), pp. 219 s.

la norma, esto es, como protesta en contra de la estructura de la sociedad. La respuesta no busca algo así como una reafirmación mediata de la estructura social, sino que es de suyo ya esa reafirmación no mediada. Cuando la sociedad castiga, se niega, de este modo, a concebir un cambio de su configuración, a saber, el hecho delictivo, como acto con efecto evolutivo, como parte de su posibilidad, se mantiene más bien en contra de la propuesta de cambio en el status quo.”⁸³

Si se asocian, por lo tanto, las afirmaciones acerca de la validez del derecho y de la teoría de la pena con las particularidades de un “derecho en crisis”, entonces el proceso reflexivo de *Jakobs* tendría que ser esbozado de la siguiente manera: sin una “vigencia [fáctica] de la norma” – no hay un quebrantamiento de la norma (o una defraudación de la norma) mediante el delito – no hay pena (como media para la estabilización de la norma).

Siendo muy consecuente, *Jakobs*, en su análisis acerca del pasado alemán, se muestra en contra de la punición del “autor” del nacionalsocialismo, o bien, del régimen de la RDA: La pena no es, según él, necesaria para restablecer la “vigencia de la norma” que, si se puede complementar, no existía en la forma restablecedora para el momento del hecho.⁸⁴

En un estado de guerra civil, o bien, de una “debilidad del Estado” manifiesta, en todo caso, no en una parte insignificante del territorio, se podría argumentar conforme a *Jakobs* que la debilidad de la validez del derecho trae consigo y para sí una “defraudación” del ordenamiento normativo, que, por lo tanto, no puede ser más “defraudado” mediante un delito en concreto.⁸⁵

⁸³ *Jakobs*, ARSP Beiheft 74 (2000), 57 (59, Texto resaltado por la autora). Cfr. también *el mismo*, ZStW 107 (1995), 843 (844): “El aporte del derecho penal consiste en contradecir, por su parte, la contradicción en contra de las normas que definen la identidad de la sociedad. El derecho penal confirma, por lo tanto, la identidad de la sociedad”. *Jakobs* se apoya aquí sobre una cierta comprensión de la teoría de la pena de *Hegel* – que se aparta de lo que se ha esbozado anteriormente en un punto importante – Cfr. al respecto *Jakobs*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge, G 390, 2004, p. 5 (24 ss.); en forma resumida ver también *el mismo*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, pp. 13-15. Sobre el debate respecto de la interpretación de *Hegel* ver *Stübinger* (nota 25), p. 175.

⁸⁴ Cfr. *Jakobs* (nota 27 – Vergangenheitsbewältigung), pp. 58 s. Dado que en *Jakobs* es “vigente” aquello que realmente dirige a los miembros de la sociedad, acciones como los hechos de injusto del nacionalsocialismo o de los disparos en el muro en la frontera entre las dos Alemanias serían precisamente confirmaciones de validez del ordenamiento respectivo, no serían contradicciones a la vigencia que deberían ser contradichas por medio de la pena.

⁸⁵ El mismo *Jakobs* ha dejado abierta la valoración de esta situación: “Diferente es cuando falta dicho instrumento [que es eficaz a grandes rasgos para mostrarle al orden estatal las

Si deben dominar las circunstancias en las que, por ejemplo, agrupaciones terroristas, o bien, “fuerzas de resistencia”, “rebeldes” y semejantes se hayan tomado fácticamente el poder, es decir, cuando las estructuras estatales son suplantadas por estos actores, el derecho estatal no es aplicado, especialmente, los delitos no son perseguidos, sino que son decretados, de hecho, por la organización y son llevados a cabo por coacción, entonces no existe más en el hecho particular precisamente una contradicción de la validez de la norma en el sentido de *Jakobs*, sino, más bien, una reafirmación del ordenamiento “vigente”. Ahí donde “domine” la violencia, podría decirse en forma abreviada, no es la violencia nada particular en contra de lo general (entendido ello de forma reducida – positivista), sino que es su forma “normal” de expresión.

La pena no se explicaría entonces, en su significado, como contradicción de la contradicción contra de las normas que definen la identidad de la sociedad.

A primera vista, pareciera ello ser una inversión consecuente del proceso reflexivo de *Hegel* que fue expuesto. Pues: Donde ningún derecho no “sea vigente”, el sujeto no puede ponerse en contradicción al derecho y, por consiguiente, no existe negación alguna que deba ser superada por medio de la pena.

Si las circunstancias se encuentran fácticamente de tal forma que las estructuras del Estado con las instituciones correspondientes que realizan la libertad no existan o existan de forma restringida, tal que la vigencia fáctica de las leyes estatales pierdan fuerza al menos en parte del territorio y sean reemplazadas mediante reglas privadas de las estructuras de clanes, tal que el fenómeno del injusto criminal cometido de forma masiva se convierta en la “regla”⁸⁶ entonces podría decirse que no hay derecho vigente,⁸⁷ que pueda ser lesionado mediante el derecho, esto es, que no hay

prácticas contradictorias como algo intrascendente, observación de *Gierhake*]; el Estado no abarca, por lo tanto, ámbitos de la subcultura [o ya no lo hace más], [...]; en tales casos puede tratarse de una mera limitación del ámbito del mismo Estado [...]. [Un] caso [como tal], [...], se encuentra en un estado mafioso de la sociedad o, también en la guerra civil, este último, en todo caso, siempre que los disidentes y el control del Estado no se confundan: No es suficiente para el Estado que en tal caso se reafirme en contra de las fuerzas, que, en todo caso, no son las suyas. Cuánto tiempo podría hablarse de una punibilidad de las disidencias, es algo que puede quedar sin resolver; [...].” (*Jakobs*, GA 1994, 1 [6]).

⁸⁶ Las relaciones empíricas concretas deben ser, por supuesto, comprendidas con mayor precisión de la que se presenta en este trabajo. La situación en Colombia es tan compleja que con las siguientes explicaciones sólo se puede llegar a tener una aproximación a la problemática y, ello, sólo conforme a los principios, más no como sugerencias concretar de solución.

⁸⁷ “Para poder tratar los crímenes estatales como cualquier otro tipo de comportamiento como injusto, es entonces necesaria una ley positiva o algún otro tipo de regla establecida” (*Jakobs*, GA 1994, 1 [2 s.]).

contradicción de la vigencia de la norma alguna y, de este modo, no hay razón para la pena.

Aquí se entiende bien que el derecho está referido a un reconocimiento fundamental a través de sus sujetos. La libertad debe ser conocida y puesta en vigencia, la realidad del derecho surge precisamente en tanto que tenga existencia como lo “generalmente reconocido, conocido y querido”.⁸⁸ Donde esto llegue a faltar, se pone en peligro precisamente la confianza en un trato común y liberal, que debe ser ante todo creado y garantizado mediante la fundación de una comunidad constituida liberalmente. Un hecho de injusto criminal singular tiene – como se explicó –, si bien, la capacidad de reforzar la desconfianza general, no obstante, no se muestra más como una contradicción particular respecto del derecho que por lo demás es evidentemente vigente, sino que se integra en un estado de inseguridad total.

No obstante, aquello a lo que *Hegel* se refiere con la “realidad del derecho”, es abarcado de manera insuficiente, si se hace un énfasis a la validez fáctica de un ordenamiento jurídico concreto, esto es, que se puede encontrar históricamente. *Hegel* piensa al tiempo el derecho de la razón y la realidad de la razón, para él la razón tiene su existencia en el derecho,⁸⁹ un “derecho” sin razón no tiene nada que hacer con el concepto de derecho; es como si se intentase pensar el concepto de “globo” sin aire.

Por esta razón, en los ordenamientos jurídicos de irracionalidad manifiesta es sólo una apariencia del derecho que se muestra, su revestimiento externo, su estructura sin núcleo. Tomarla como si fuera el todo, significaría, imponer el vacío como si fuese lo universal – algo, que no concuerda precisamente con el concepto de lo universal. Debido a que ésto es así, nunca se llega, en dicho sistema, a la concordancia de lo “particular” y lo “universal”, la cual presenta *Hegel* en el marco de su Estado como realidad de la libertad concreta.⁹⁰ Por consiguiente, la aplicación de “su” teoría de la pena en dicha apariencia del derecho que no tiene en su esencia el contenido de la razón es, por su parte, sólo un espejismo de la fundamentación del derecho.

La congruencia entre lo particular y lo universal (en la eticidad del Estado) sólo debe ser alcanzada por medio del concepto de la razón, el cual une ambas partes entre sí. El reconocimiento principal de la estructura estatal, de su legislación y de sus instituciones mediante los sujetos es aquella que necesita la razón; esto se insinúa cuando *Hegel* se refiere a que es la “realidad objetiva del derecho”, la que, en parte, debe ser “conocida en absoluto”, la que, en parte, debe “tener el poder de la realidad y (ha de) valer y, con ello, debe ser conocida como algo universalmente válido [...]”.⁹¹ Sólo cuando el derecho se entiende de esa manera se puede explicar que existe injusto en su alteración consciente y negación, que debe ser superado a través de la pena.

⁸⁸ *Hegel* (nota 25), § 209.

⁸⁹ Cfr. al respecto *Hoffmann*, *Hegel*, 2. ed. 2012, pp. 427 s.

⁹⁰ Cfr. § 260 de *Grundlinien der Philosophie des Rechts*.

⁹¹ *Hegel* (nota 25), § 210, p. 361. Cfr. al respecto también ya en *Gierhake* (nota 15), pp. 128-131.

¿Qué importancia puede tener la inseguridad del derecho para el delito – teniendo en cuenta al sujeto y al estado total de la libertad concreta – ya desarrollado en líneas anteriores?: Esta tiene importancia para el grado del injusto y de la culpabilidad y, con ello, también para la medida de la pena. Que, no obstante, se diga que acciones como el homicidio, las lesiones personales, las violaciones sexuales, etc. puedan llegar a marcar la imagen real en la vida cotidiana de un ordenamiento jurídico que ha sido puesto en situación de inseguridad que no contienen sólo por esta razón una contradicción a la validez de la norma (esto es, un injusto), dado que pueden encajar justamente sin problemas en el “estado de validez real”, denota ya un menosprecio de la razón humana universal, que siempre concibe la relación jurídica fundamental entre los sujetos de la razón como digna de ser conservada.⁹²

b) Michael Pawlik

Michael Pawlik entiende el delito como la lesión de un estado de una liberalidad (“*Freiheitlichkeit*”) concreta y real, que sólo puede lograrse en el Estado: El ciudadano particular tiene el deber de mantener este estado; si viola este deber, la pena es, según él, la respuesta legítima a esa violación del deber.⁹³

Pawlik completa y refuerza su planteamiento con la reflexión según la cual la tarea del aseguramiento de la libertad sólo puede ser cumplida cuando el ordenamiento jurídico posee una “fuerza que configura la realidad” (expresión de *Welzel*)⁹⁴; esto presupone, que las expectativas de los ciudadanos respecto de la estabilidad del ordenamiento y del comportamiento de los conciudadanos debe ser asegurada cognitivamente: “Un estado de normalidad jurídica requiere, por lo tanto, más que la existencia de un ordenamiento normativo abstracto: el ciudadano particular debe ‘gozar de su derecho’ en él (cita de *Kant*, cursivas en el texto original), esto es, debe poder estar seguro lo suficientemente acerca del respeto de su posición jurídica por parte de sus conciudadanos; las normas jurídicas requieren de un aseguramiento cognitivo (con referencia a *Jakobs*, observación de K. Gierhake)”⁹⁵.

En Pawlik se conecta una comprensión del Estado que realiza la libertad (entendida desde luego desde el punto de partida de *Kant*)⁹⁶ directamente con un planteamiento teórico

referido a la validez y propio de la sociología del derecho – esto es, una combinación de una argumentación que fundamenta el derecho y que es teórico-social.

Pawlik ve en la concepción del derecho de *Kant* el error de no considerar el “presupuesto de estabilidad del derecho no-coercible, no obstante, imprescindible”, esto es, una “convicción de la juridicidad que no es determinada de manera instrumental” de los ciudadanos.⁹⁷ Según él, *Hegel* superó este error a través de su concepto de eticidad, en tanto que vio la reciprocidad entre la comunidad liberal fundada en el bienestar y la lealtad de sus ciudadanos. Siguiendo a Pawlik, *Kant*, por el contrario, “como consecuencia de su enfoque sobre el fenómeno de la fuerza del derecho” no le dio importancia a la circunstancia de que “un ordenamiento jurídico con poder en la realidad no es sólo un orden de normas – coercibles –, sino un orden de la vida social”; él no conoce una “categoría según la forma de la eticidad política de *Hegel*”⁹⁸.

Pawlik opina, por lo tanto, que este “error” en *Kant* debe ser compensado con una “referencia a la realidad”: Mediante el hecho se ataca un estado jurídico que no sólo se puede comprender como un estado jurídico constituido y como un estado de la libertad, sino al tiempo como identidad social que vive, que se halla en validez real. La violación al deber del ciudadano consiste en el hecho punible en que el deber de cooperación para el mantenimiento del (así entendido) estado jurídico existente no se cumple, esto es, que el ciudadano no se acopla a la expectativa de comportamiento de la sociedad, actúa de manera “ilegal” y, con ello, boicotea precisamente con el actuar propio la reproducción de validez de las leyes. El delito representaría, por tanto, un injusto frente a la comunidad jurídica como un todo.⁹⁹

Como fuente intelectual para asumir esta posición menciona Pawlik al *hegeliano* tardío *Hugo Hälschner*, que escribió lo siguiente: “Sólo en su existencia finita, concreta, en los estados de la vida social que han sido ordenados por él es el derecho realmente accesible al delito, y es violación al derecho en tanto se dirige en contra de una justificación concreta, en contra de un bien jurídico concreto como su objeto”¹⁰⁰.

El mensaje principal de Pawlik, según el cual un estado de liberalidad concreta es lo que se quebranta con el delito, ha de tener razón también teniendo en cuenta el trasfondo de la interpretación de *Hegel* que se realizó anteriormente y que, no obstante, no debe concebirse como un giro de *Kant*, sino como su consecuencia intelectual. El “error” que Pawlik ha de resolver en *Kant* y que al parecer en *Hegel* es superado mediante el concepto de una “eticidad política”, existe realmente sólo en un *Kant* que ha sido malinterpretado. Es malinterpretado en tanto que precisamente en *Kant* la

primarias de *Kant* existen, no obstante, diferencias importantes respecto de la opinión que aquí se defiende).

⁹⁷ Pawlik (nota 96), p. 272.

⁹⁸ Pawlik (nota 95), p. 288 s.

⁹⁹ Cfr. Pawlik (nota 28), p. 107.

¹⁰⁰ Hälschner, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, tomo 1, 1881, p. 561.

⁹² Cfr. al respecto también Köhler (nota 34), p. 429. No obstante, en *Jakobs* se ha comprendido de forma acertada y desde la perspectiva que aquí se defiende que la pena no puede remontarse a un estado en el que no se pueda hablar más de una juridicidad constituida. Un punto de vista adicional es la prohibición de retroactividad que hace parte de una justicia penal también formal.

⁹³ Cfr. Pawlik (nota 28), pp. 106 s.

⁹⁴ Citado en Pawlik (nota 28), p. 104.

⁹⁵ Pawlik (nota 28), p. 105.

⁹⁶ En todo caso, esta referencia es realizada por el mismo Pawlik (ver, por ejemplo, Pawlik, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 14 [2006], p. 269 ss.; en la interpretación de las fuentes

perspectiva hacia la universalidad es aquello que caracteriza al ser humano como sujeto de derecho autónomo; sólo aquél ser que siempre produce la relación entre sí mismo y lo universal mediante la razón práctica está en condiciones de crear una comunidad que corresponde con esa universalidad. En ese sentido tomó *Hegel*, en su expresión conforme a la que la voluntad libre se da existencia en el derecho, el pensamiento esencial de *Kant* y lo formuló en su sistema de la eticidad.

El “presupuesto de estabilidad del derecho no-coercible, no obstante, imprescindible”, a saber, la “convicción de la juridicidad que no es determinada de manera instrumental” de los ciudadanos, que *Pawlik* presupone con toda razón para un Estado liberal, no puede pensarse sin *Kant*.

No es solamente la motivación de la acción de cada individuo en el Estado, siempre concreta, infalible, siempre (pre-) existente, la que aquí se está pensando – esto sería entonces un Estado ilusorio de ángeles,¹⁰¹ al cual *Kant* no se refiere realmente. El hecho de que los individuos son propensos a las inclinaciones egoístas y lo reconocen, es precisamente el argumento para la necesidad de fundar un Estado: Esta perspectiva y la buena organización del Estado existen en la capacidad de los seres humanos; el problema se puede, por lo tanto, resolver cuando sólo la comprensión de la razón se hace válida tal que los individuos tengan que crear algo universal, en el que puedan coexistir pacíficamente. Ellos deben, por lo demás, hacerlo por sí mismos, como acto de su propia razón que se ha convertido en práctica.

Aquí es evidente que se presenta un cambio de perspectiva cuando se busca comprender “el problema del establecimiento del Estado”¹⁰² como problema teórico, en cierto modo, desde un punto de vista externo: siendo así, se pasa de ser un problema de la razón práctica a uno del entendimiento. El observador, que no se concibe como sujeto que obra, sino como sujeto que observa, intenta buscar una solución, una estrategia, intenta ubicar a los seres en un orden tal que, a pesar de sus intereses privados que posiblemente estén en contradicción, puedan ser coordinados en un sentido meramente externo de tal forma que su comportamiento público permanezca dentro del ordenamiento dado.¹⁰³ Visto de este modo, se trata de un problema del entendimiento, cuya solución podría darse también en seres sin razón práctica, en demonios con entendimiento.

Este punto es lo que configura la puerta de entrada a una perspectiva meramente teórica de la descripción externa de la “validez”, esto es, “realidad del derecho”; la unión del ordenamiento normativo con la realidad debe ser, por lo tanto, producida artificialmente como una superación teórica entre el ordenamiento normativo que se piensa y la vida social.

Todo esto lleva a recordar un juego en el que se idean, primero, reglas de juego de la prudencia y luego se aplican en una realidad de juego. De este modo, se necesita, en efecto, un aseguramiento cognitivo de las reglas, por ejemplo,

mediante penas, para que todos cumplan con las normas, pues a los jugadores se les ha impuesto de manera externa el reglamento, les es algo ajeno y, ya por esta razón, requiere de una confirmación. Con todo, al jugador le queda siempre la posibilidad de abandonar el juego.

En un concepto del derecho y del Estado de la libertad no es el “juego de la vida”, sino la vida misma lo que se debe regular. El punto fundamental es la práctica humana real, no un rol que se ha ideado para una pieza. Tanto en *Kant* como también en *Hegel* la razón y la realidad encuentran una unidad en el sujeto racional y finito a través de su actuar práctico. Mientras que una comprensión del derecho meramente instrumental conciba la realidad de la vigencia como un elemento adicional, la razón práctico-jurídica es precisamente la que se comprueba por sí misma en la práctica. Es por esto que la “convicción del ciudadano no-instrumental” que busca *Pawlik* siempre ha estado presente en la autoconciencia del individuo. El “presupuesto de estabilidad” es el mismo hombre como ser práctico de la razón, en todo caso, siempre que se pueda encontrar en lo universal, esto es, siempre que la estructura concreta de la constitución del Estado (los “pilares fundamentales de la libertad pública”) sea la forma realizada de la libertad general.¹⁰⁴

Si se concibe el estado de derecho y de la libertad constituido de esa manera, entonces él es “identidad social vivida, que se encuentra en vigencia real” y se puede decir con razón junto con *Pawlik*, que se presenta (también) una lesión al deber de cooperar en el mantenimiento de un estado jurídico como tal, cuando el ciudadano lesiona con su hecho una parte concreta de esa existencia de la libertad. De este modo se puede hacer una lectura de la definición del delito de *Hülschner* entendido como lesión de una posición concreta de la libertad y con ello al tiempo como lesión de lo universal.

4. Resultado parcial

La justicia penal real está ligada a la existencia de un estado jurídico constituido, o bien, en un sentido contrario: En el estado de naturaleza no puede haber derecho penal.¹⁰⁵

¹⁰⁴ *Hegel* (nota 25), § 265, p. 412. Cfr. también § 268, p. 413: La “disposición política” [...], en cuanto certeza que está en la verdad [...] y el querer que ha devenido costumbre – es el resultado de las instituciones que existen en el Estado [...] el lugar en el que la racionalidad está efectivamente presente, racionalidad que recibe su confirmación con el obrar conforme a aquellas instituciones”. N.d.T: La transcripción de la cita corresponde a la traducción de *Juan Luis Verma*, ver nota al pie 57.

¹⁰⁵ Si se echa un vistazo en este punto al derecho internacional penal, entonces es claro que existe un problema de fundamentación: Pues, una generalidad constituida, dividida en poderes, de la voluntad sobre una estructura jurídica que se produce a nivel mundial no existe y no puede existir, en principio, puesto que una forma de la constitución “parecida” a la forma del Estado a nivel mundial puede darse sólo por medio de una federación de los pueblos. Cada medida penal

¹⁰¹ *Kant* (nota 38), B 60, A 59.

¹⁰² Cfr. *Kant* (nota 38), B 61, A 60.

¹⁰³ Paradójicamente la cercanía con *Jakobs* (nota 15), p. 31.

Si las disputas propias de una guerra civil interna tienen por consecuencia que el Estado se desintegre, entonces se hace, ante todo, necesaria una nueva constitución del respectivo pueblo en la que las estructuras de la Constitución y un derecho vigente se deban desarrollar como resultado autónomo de los afectados. Una superación penal de la violencia con efectos retroactivos para el tiempo anterior a la Constitución no se puede, por consiguiente, concebir; en ese sentido, un reinicio de la comunidad jurídica está ligado al reinicio de la justicia. Esta ausencia de confrontación penal podría describirse de manera provisional con el concepto de “amnistía”.¹⁰⁶ Siempre que se pueda hablar de un estadio estatal continuo, esto es, cuando las circunstancias de la inseguridad afectan sólo partes de la estatalidad (“Estado en crisis”), está fundado el derecho penal estatal como reacción restablecedora frente al injusto criminal. Las circunstancias que pueden afectar la seguridad del estado constituido, pueden tener, por consiguiente, influencia sobre el grado objetivo y subjetivo del injusto que se realiza por medio del hecho y la culpabilidad. La pena debe considerar estas particularidades condicionadas por la crisis como parte de la justicia penal concreta. Qué tanto puede ser legitimada la institución de la amnistía dentro de una justicia penal como tal, es algo que requiere más claridad.¹⁰⁷

que sea impuesta por un tribunal internacional quebranta, por ello, de cierto modo, la estructura externa del Estado. Un contexto genuino de legitimación puede producirse a nivel mundial, en todo caso, en relación con el derecho material, o bien, el injusto, más no en relación con la aplicación jurídico-formal. De este modo, la realización del derecho carece de un elemento parte fundamental que no puede ser producido por medio del, en todo caso, subrogado posible de una federación de los pueblos. (Cfr. al respecto con una opinión aún optimista Gierhake [nota 24], con la crítica acertada de Pawlik, ZIS 2006, 49 [50], quien observó este punto ya en la recensión de este trabajo).

¹⁰⁶ Sobre el problema de la amnistía, no obstante, se abarcará en el texto de forma más precisa. A la luz de estas consideraciones, se explica la afirmación tomada por Kant en relación con el derecho internacional: “que con el acuerdo de paz también la amnistía se encuentra vinculada, hace parte ya del concepto del mismo.” (Kant [nota 19], Rechtslehre, § 58 [al final], A 225, B 255).

¹⁰⁷ En este punto del proceso de reflexión aparece un problema radical del “Acuerdo de Paz” colombiano: Una contracción fundamental en un sentido conceptual existe en el pacto de un “acuerdo” – que se presupone es igualitario – entre el Estado colombiano y la organización de las FARC-EP. Las dos partes del acuerdo no pueden haber sido al tiempo las “partes de la guerra” en una confrontación armada de tipo del estado de naturaleza, pero sí estar en la relación “Estado castigador respecto de una organización criminal o terrorista”. Colombia no puede ser simultáneamente un Estado que es escenario de una guerra civil (en estricto sentido) y un Estado que combate el terrorismo. Las circunstancias concretas en Colombia deben ser, por esta razón, examinadas teniendo en cuenta la posibilidad de decir

IV. Formas especiales de superación del injusto, especialmente la institución de la amnistía

Desde el punto de vista de la fundamentación de la pena ya mencionada se pueden ver ahora formas alternativas, o bien, cumulativas de la “superación del injusto” e integrarlas en el contexto de fundamentación.¹⁰⁸ Como lo demuestra el caso de Colombia, en situaciones de cambios radicales del Estado se combinan formas de la así llamada “justicia transicional”, de tal manera que surgen unos sistemas complejos a partir de la persecución penal y del cumplimiento de la pena, de las amnistías y de las comisiones de la verdad, v. gr., de la reconciliación. Para la valoración de la legitimación de dichas combinaciones no es suficiente investigar sobre su “idoneidad” desde un punto de vista pragmático y político referido a la consecución de la paz: es más bien necesario demostrar – o mostrar – de manera concluyente la compatibilidad de dichas formas de la “superación del injusto” con el concepto liberal del derecho y de la fundamentación de la pena que le corresponde, esto es, que esto no es realmente posible.

Esto presupone, en primer lugar, comprender de manera conceptual los mecanismos mencionados; ellos deben incorporarse en el procedimiento de fundamentación de la pena y deben ser estudiados sobre la base de su legitimación. Lo anterior se realizará en este caso a partir de lineamientos generales respecto de la institución de la amnistía.¹⁰⁹

que las estructuras formalmente constituidas han sido establecidas en todo el territorio aún durante los años de duración de la “guerra civil”, esto es, constatando si existía un poder legislativo, ejecutivo y judicial, o si con la “guerra civil” habían sido destruidos. ¿Se encontraban los ciudadanos del Estado sometidos a un derecho estatal que ellos mismos podían respaldar conjuntamente y de manera legítima incluso en las regiones que fueron sacudidas por las confrontaciones violentas? Si se presupone la continuidad de la unidad del Estado, entonces no se trata de una guerra civil entre dos partes iguales, sino de una lucha interna del Estado en contra de unos ciudadanos rebeldes. Esto quiere decir que el orden estatal ha tenido continuidad, que los hechos de injusto han de calificarse como actos criminales y que, para ello, sólo las circunstancias especiales pueden entrar en consideración en el plano del injusto o la culpabilidad.

¹⁰⁸ Sobre la superación del sistema de injusto cfr. Eser/Sieber/Arnold (eds.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht, Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, tomo 14, *Transitionsstrafrecht und Vergangenheitspolitik*, 2012; Neumann/Prittowitz/Abrão/Swensson Jr./Torelly (eds.), *Transitional Justice, Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, 2013. Sobre las amnistías “en tiempos de agitación” ver también Merten, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, 1978, pp. 16 ss.

¹⁰⁹ En el marco de la presente publicación se presentarán, ante todo, sólo las opiniones fundamentales. Reflexiones sistemáticas y exhaustivas sobre el indulto y la amnistía deben reservarse en realidad para una publicación posterior.

1. Definición del concepto y enfoque de legitimación de la amnistía en el caso de la justicia transicional

a) Sobre el concepto de amnistía

Mientras que el derecho de gracia se caracteriza por suspender en el caso concreto una sentencia penal jurídicamente válida, la amnistía se describe según una definición común como una medida (legal) en la que se exonera de pena un comportamiento que es en principio penal respecto de un número de casos determinados de forma abstracta.¹¹⁰

Las amnistías han ganado una atención especial a nivel mundial cuando se trata de la confrontación de sistemas de injusto, esto es, de conflictos internos;¹¹¹ en Alemania se puso en consideración la posibilidad de reconocer una amnistía recientemente también en el contexto de la superación del injusto de la República Democrática de Alemania (RDA).¹¹²

Un aspecto común a las instituciones de la gracia y de la amnistía consiste en que conducen en cada caso a “un decreto penal ‘extraordinario’, no previsto por las leyes penales existentes” y, además, en que el ciudadano no tenga una pretensión jurídica sobre esos reglamentos de exención.¹¹³

Respecto de las dos instituciones se plantea del mismo modo la pregunta acerca de la legitimación de esas suspensiones de la pena, o bien, de los reglamentos de exención que, en constelaciones especiales, se ejecutan en contra del ordenamiento penal legislado de manera general. Si bien el indulto y la amnistía repercuten siempre a favor de los afectados (“gracia como una buena obra”), de tal manera que una necesidad de legitimación no surge en absoluto a primera vista. No obstante, con ellas se provoca una ruptura

de una legislación igualitaria – y ahí existe evidentemente un problema de justicia.¹¹⁴

A esto se le suma, no obstante, también una razón más que lleva a la necesidad de fundamentación especial de la amnistía: Con ella se exime de pena un injusto merecedor de castigo en razón de un número de casos que se ha definido en abstracto. Si, teniendo en cuenta la ya evocada tradición teórico penal de *Hegel*, se entiende la sucesión del injusto criminal y de la consecuencia jurídica de la pena como algo apoyado en un sentido intelectualmente necesario dentro del concepto del delito, esto es, la pena como negación del delito y, con ello, como institución del restablecimiento del derecho, entonces es claro que la persecución penal del injusto criminal no puede suspenderse discrecionalmente sin poner en peligro el “derecho en cuanto derecho”.¹¹⁵ La amnistía representa, visto de este modo, un requisito para la validez igualitaria y regular del derecho en el Estado, un “permitir-en-el-mundo” del injusto en tanto que no se le contradice de manera activa o sólo de una forma restrictiva. Una comunidad jurídica renuncia así al efecto sanador de la pena, tanto en la relación jurídica vulnerada entre el autor y la víctima, así como en el plano general de la validez del derecho. En qué medida esto puede ser asumido por el contexto de legitimación, está por estudiarse de manera más detallada.

La amnistía opera de tal modo que mediante ella la relación del derecho con el injusto, la culpabilidad y la pena no sea fundamentalmente negada, sino que sólo sea excepcionalmente suspendida en su aplicación. Esto es: No se niega, en principio, ni el injusto y tampoco el merecimiento de la pena, pero, dadas las “circunstancias especiales”, no se suspende estrictamente conforme a leyes generales mediante la persecución penal y la imposición de la pena. Es necesario ver, por consiguiente, qué “circunstancias especiales” entran en consideración y si ellas sirven para fundamentar esa ruptura de la legislación general que se exige por sí. En el marco de este estudio no es posible, sin embargo, analizar

¹¹⁰ Cfr. ya *Schmidt*, en: *Anschütz/Thoma* (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, tomo 2, 1932, § 100, p. 563; también *Mickisch*, *Die Gnade im Rechtsstaat*, 1996, p. 21; *Birkhoff/Müller-Jacobsen*, en: *Widmaier* (ed.), *Münchener Anwalts-handbuch Strafverteidigung*, 2006, Parte D., § 23 nm. 3. Delineación de la gracia a la amnistía ya la precipitación, nm. 9; *Schätzler*, *Handbuch des Gnadenrechts*, 2. ed. 1992, p. 208; *Köhler*, en: *Schmidt* (ed.), *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*, 1990, p. 59. Cfr. sobre la dificultad de una definición general de “amnistía”, no obstante, también *Süß*, *Studien zur Amnestiegesetzgebung*, 2001, pp. 74 ss.

¹¹¹ Cfr., por ejemplo, los estudios de casos de *Frei* (*Amnestiepolitik in den Anfangsjahren der Bundesrepublik*), *Roniger/Sznajder* (*Menschenrechtsverletzungen in Argentinien*) y *Thomas* (*Südafrika*) en: *Smith/Margalit* (ed.), *Amnestie oder Die Politik der Erinnerung in der Demokratie*, 1997; ver además *O’Shea*, *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, 2002. Sobre la historia de Alemania ver *Christoph*, *Die politischen Reichsamnestien 1918-1933*, 1988; *Schätzler* (nota 110), pp. 219 ss. (sobre amnistías en el Imperio alemán).

¹¹² Cfr. *Schätzler* (nota 110), pp. 253 ss.; *Zielcke*, *KJ* 1990, 460; *Jäger*, *KJ* 1990, 467.

¹¹³ Así *Süß* (nota 110), p. 121.

¹¹⁴ Cfr. al respecto *Engisch*, en: *Freudenfeld* (ed.), *Schuld und Sühne*, 1960, p. 107 (113) y *Merten* (nota 107), pp. 21-26. Ver sobre la necesidad de fundamentación también *Marxen*, *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, 1984, pp. 4-7 y *Köhler* (nota 110), p. 60.

¹¹⁵ Por esto, no es evidente y necesario de fundamentación cuando *Hegel* deduce el derecho de indulto a partir de la soberanía del monarca ([nota 25], § 282, cfr. aquí la referencia a la esfera de la religión). *Kant* define el derecho de gracia del siguiente modo: el “derecho de gracia [ius aggratiandi] es el más equívoco de los derechos del soberano, pues si bien prueba la magnificencia de su grandeza, permite, sin embargo, obrar injustamente en alto grado” ([nota 19], *Allgemeine Anmerkung E, II, A 206, B 236*). N.d.T.: La transcripción de la cita corresponde a la traducción de *La Metafísica de las Costumbres* de *Kant* por *Adela Cortina Orts* y *Jesús Conill Sancho*, p. 174, ver supra nota al pie 41.

ello en el caso de todas las formas de amnistía que entran en cuestión.¹¹⁶

b) Enfoque de legitimación en el caso de una “amnistía interna de paz”

Respecto del proceso de paz colombiano, que es de interés del presente escrito, sólo pueden ser tenidas en cuenta aquellas formas de la amnistía que son impuestas en el marco de la justicia transicional, especialmente, aquellas que han sido denominadas por *Frank Süß* como “amnistías de paz internas”,¹¹⁷ las cuales cuentan como parte del grupo de las “amnistías pacificadoras” (internas).¹¹⁸ Estas se caracterizan por ser expedidas con ocasión de unos diálogos de paz, esto es, de un acuerdo de paz, que finalizan un conflicto armado no-internacional.¹¹⁹ Los hechos punibles cometidos son, por lo tanto, típicamente aquellos que han sido realizados con ocasión de acciones recíprocas de guerra (al interior de un Estado).¹²⁰ En las amnistías de paz internas es, además, típico que se restrinjan al caso de los “delitos políticos”¹²¹ – como está previsto en el momento también en Colombia.¹²²

La particularidad de las situaciones de cambios radicales y de crisis estatal fue ya mencionada en la sección anterior: La inseguridad del estado jurídico es su característica esencial. Con el acuerdo de paz entre las partes del conflicto

¹¹⁶ *Süß* ha ordenado las amnistías dentro de una rigurosa clasificación ([nota 110], p. 186-259 [con los respectivos ejemplos de casos]) de la siguiente manera: 1. Amnistías de paz entre Estados, 2. “Amnistías de pacificación” interestatales, 3. “Amnistías de recursos” (“Ressourcen-Amnestien”), 4. “Amnistías con privilegio” y 5. “Amnistía de corrección” (“Korrektur-Amnestien”).

¹¹⁷ *Süß* (nota 110), pp. 210 ss. Ver como limitante la llamada “amnistía de cambios radicales” (“Umbruchamnestien”) pp. 224 ss. Las últimas se expiden con ocasión de la terminación de un debate interno que se caracteriza por la comisión de un sistema de injusto estatal, esto es, por un abuso reiterado del poder estatal. Cfr. al respecto primeramente *Naucke*, Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, 1996.

¹¹⁸ Cfr. al respecto también *Merten* (nota 107), pp. 16 s. con más evidencias.

¹¹⁹ *Süß* (nota 110), pp. 210 s., así también ahora en Colombia.

¹²⁰ Esta forma de amnistía debe diferenciarse de las amnistías de paz entre Estados que acompañan la terminación de conflictos armados internacionales, cfr. nuevamente *Süß* (nota 110), pp. 190 ss.

¹²¹ *Süß* (nota 110), pp. 218 s.

¹²² Cfr. al respecto las fuentes en la nota al pie 4. Ahí se mencionan de manera explícita, entre otras: “Rebelión, sedición, la asonada, el porte ilegal de armas, las muertes en combate compatibles con el Derecho Internacional Humanitario”. Cfr. también Artículo 7 de la Ley de amnistía, indulto y tratamientos penales especiales: “Serán considerados delitos políticos aquellos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta ilícita es el Estado y su régimen constitucional vigente, cuando sean ejecutados sin ánimo de lucro personal.”

o con el derrumbamiento del régimen dominante se deja el camino libre para crear nuevamente, o, en absoluto, la estatalidad como estatalidad jurídica, esto es, fundar un estado de paz jurídica a partir del derrumbamiento. La transición de las estructuras deterioradas del Estado hacia unas que sean estables es, visto para sí, una necesidad jurídica.¹²³ Que esos tiempos de crisis sean de importancia también para los delitos que son cometidos en ese marco, se ha dejado ya de manifiesto, no obstante, ahora se aclarará nuevamente para el contexto particular de la “amnistía de paz”:

En situaciones propias de una guerra civil son también injusto los delitos que se cometen en ese “estado de excepción”. La relación interpersonal frente a las víctimas y el principio jurídico universal de la libertad son lesionados en su esencia. El injusto aumenta, de hecho, en su dimensión objetiva en tanto que el estado de inseguridad se hace más profundo con la criminalidad constante y la violencia, el mantenimiento de un estado jurídico de paz se hace difícil.¹²⁴ El estado de la incertidumbre jurídica es, sin embargo, tan profundo que repercute sobre la posibilidad de formar una postura libre, y, en este sentido, puede entrar en consideración una disminución de la culpabilidad.¹²⁵ – En el caos el comportamiento defectuoso no es “reprochable” de la misma manera, puesto que la confianza en la juridicidad se encuentra quebrantada a nivel general. La conciencia de la validez de las leyes liberales es perturbada, el individuo se incorpora con su delito de cierto modo en ese estado alterado y se pone, con ello, en una contracción propia evidentemente más pequeña que en los tiempos tranquilos de paz jurídica general.

En los así llamados delitos políticos, que normalmente y ahora incluso en Colombia son objeto de amnistías internas de paz, se suman aún los siguientes rasgos:¹²⁶ Ellos se caracterizan en tanto son cometidos con una determinada postura política fundamental.¹²⁷ Desde la perspectiva del autor deben ser ejecutadas unas metas políticas “buenas” en contra de estructuras establecidas del Estado. El objetivo del ataque verdadero es, por lo tanto, normalmente el Estado dado, sus instituciones y estructuras constituidas. Los delitos políticos se cometen típicamente en asociaciones de personas, por ejemplo, por parte de grupos terroristas o similares (rebeldes). La motivación política misma no puede reducir el grado del injusto de los hechos y la culpabilidad del autor – es demasiado evidente la contradicción de la razón del hecho

¹²³ Cfr. al respecto en cuanto a los fundamentos, nuevamente, *Kant* (nota 19) y *Köhler*, Recht und Gerechtigkeit, 2017, Cap. 7, especialmente pp. 677-743.

¹²⁴ Cfr. al respecto supra III. 2. b).

¹²⁵ Al respecto ya supra III. 2. a). Cfr. también *Köhler* (nota 34), p. 365.

¹²⁶ Las siguientes reflexiones, especialmente, sobre el derecho de resistencia, no buscan ser exhaustivas, sino que deben sólo mostrar la dirección en la que debe pensarse el problema, para integrar el problema de los “delitos políticos” en el procedimiento de fundamentación.

¹²⁷ Ver también al respecto *Köhler* (nota 34), pp. 426 ss.

de violencia; un contexto político puede, no obstante – como se describió anteriormente –, influir de forma masiva en la conciencia del derecho del sujeto particular y crear circunstancias en las que la culpabilidad es relativizada según su grado.

A través de componentes “políticos” los delitos alcanzan, en todo caso, una posición especial, en tanto se manifieste con ellos una “lucha” dentro del Estado que conforme el fundamento para el estado de inseguridad de la sociedad y que deba ser remediado por el “acuerdo de paz” pendiente. Los delitos políticos que deben ser abarcados por la amnistía representan, por consiguiente, típicamente y al tiempo “acciones de lucha” de la agrupación que se dirige en el conflicto interno en contra de la unidad del Estado.

En este momento se puede reconocer el procedimiento de reflexión de aún dos líneas de fundamentación de la “amnistía de paz” que se puede concebir, mirándolo de cerca, sólo como alternativa más no como vías de superación del injusto cumulativas:

aa) Justicia penal del Estado

De un lado, la “amnistía” (puesta aquí conscientemente entre comillas) podría ser concebida como parte de la justicia penal si ella busca comprender de manera justa a través de una medida penal correspondiente precisamente la parte del injusto y de la culpabilidad que, en las situaciones mencionadas, tiene, en relación con las situaciones de paz jurídica “sanas”, una medida especial. De este modo, no se trata de una amnistía en estricto sentido, sino de una justicia penal justa que considera las circunstancias especiales en el plano del injusto y de la culpabilidad. Un presupuesto para el ejercicio de la justicia penal es la subsistencia de una unidad constituida jurídicamente – para el Estado. Se trata, por lo tanto, de una superación penal del injusto criminal en y a través del ejercicio del Estado, la cual toma en serio las circunstancias de crisis en el plano del injusto y de la culpabilidad.

La característica de los “delitos políticos” podría consistir, primero, en que ellos son expresión de un derecho de resistencia reconocido en el Estado, por ejemplo, en la forma de una causal de justificación.¹²⁸ La dimensión política

¹²⁸ Sobre la pregunta de las posibilidades de justificación y de exculpación con base en el derecho de resistencia tendría que encontrarse con más detalle en el contexto del derecho penal. Las primeras reflexiones sobre la causal de justificación del derecho de resistencia conforme al Artículo 20 IV de la Ley Fundamental de Alemania (GG) se pueden ver en *Kühl*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. ed. 2012, § 9 nm. 93 ss. con más evidencias. Para una fundamentación más detallada ver *Köhler* (nota 34), pp. 427 s., quien está a favor de una suspensión del injusto cuando la acción en cuestión se “opone [...] a un principio de injusto ‘estatal’ evidente”, la que afirma cuando la ley [no – observación de *Gierhake*] “está en concordancia con el fin de la razón del derecho en todo su contenido de tal forma que puedan reconocer sus reglas como un debate de las relaciones externas de la libertad aún adecuado a la autonomía del derecho humano” (con más

tendría, en todo caso, sólo bajo ciertos y muy estrictos presupuestos de superación del injusto¹²⁹ o en el plano subjetivo (“acto de conciencia”) un efecto de disminución de la culpabilidad. Una “amnistía” en un sentido conceptual real no sería esto, el efecto puede ser, en caso extremo, no obstante, también la exención penal.

Si se trata de la legitimación de una amnistía “real” dentro del Estado para los “delitos políticos”, a saber, de una renuncia general de ley a la pena por una categoría especial del comportamiento que es de suyo merecedor de pena (por ejemplo, homicidios con motivación política de la revolución en contra del Estado), entonces las reflexiones que se mencionaron respecto del procedimiento de fundamentación, dividido en tres niveles, del injusto y de la pena: El concepto de injusto criminal como contradicción de la vigencia del derecho sobre los tres planos de la relación jurídica interpersonal, de lo universal, también del derecho estatal constituido y de la relación consigo mismo del autor tiene per se la necesidad de la superación a través de la pena.

Esto rige, en principio, también en el caso de dichos delitos que se dirigen a través de la realización del injusto interpersonal en contra de la estructura del Estado como un todo. Que la motivación especial en el plano de la relación consigo mismo del autor (“culpabilidad”) pueda llegar a ser considerada y que, en casos extremos, se considere una exclusión del injusto (“justificación”) mediante un derecho de resistencia pre-positivo, ya se ha desarrollado. Dado que, no obstante, el injusto en la relación interpersonal entre el autor y la víctima (por ejemplo, en el caso del homicidio mediante

evidencias en la nota al pie 233). *Köhler* describe esta situación, con mayor detalle, como presunción “‘legal’ de la norma que niega de manera fundamental la dignidad humana de otro”. (Op. cit. también con ejemplos concretos; ver además p. 320). Sobre la fundamentación señala *Köhler* un derecho pre-positivo del ciudadano, de, en caso de la destrucción dada sistemáticamente de la constitución jurídica liberal, un derecho de coacción para la defensa y el restablecimiento de la constitución jurídica. Sobre la problemática de la posibilidad de fundamentación de un derecho de resistencia en absoluto ver, no obstante, en primer lugar, a *Kant* (nota 19), *Rechtslehre*, § 49, *Allgemeine Anmerkung A*, A 173 ss., B 203 ss. y *el mismo*, *Über den Gemeinspruch*, edición *Werkausgabe stw*, tomo 11, A 249 ss. Al respecto *Jacob*, *Das Individuum im Spannungsverhältnis von staatlicher Souveränität und Internationalisierung*, 2010, pp. 91 ss., *Spaemann*, en: *Spaemann* (Hrsg.), *Philosophische Essays*, 1983, p. 151 (159-169) und *Wawrzinek* (nota 46), pp. 241 ss. Ver, no obstante, también *Köhler* (nota 122), p. 298 (con la nota al pie 218) y 692, quien en su reconocimiento de un derecho de resistencia (pre-positivo) no ve contradicción alguna con la crítica de *Kant* hacia “un derecho de resistencia [legal, observación de *Gierhake*] frente al Estado [según] su concepto”.

¹²⁹ Debe tratarse de de una resistencia en contra de una medida estatal atentadora de la libertad en un sentido trascendental que niega el principio del derecho humano. Cfr. nuevamente *Köhler* (nota 34), pp. 427 s.

la negación total del sujeto de la razón del otro) y la negación del derecho constituido universalmente (a saber, de la legislación universal de la prohibición del homicidio) permanece como fundamento de la pena, una regulación legal universal¹³⁰ que permita que ese injusto permanezca, a pesar de su existencia en su irracionalidad manifiesta, es de suyo contradictoria.¹³¹

Dado que la particularidad de los delitos políticos precisamente consiste en tomar el Estado como un todo en su objetivo de ataque,¹³² tendría que reflexionarse, en todo caso, si el Estado, bajo la perspectiva de la afectación exclusivamente propia necesariamente, puede, por consiguiente, prescindir de la sanción penal, cuando el delito “afecte” solamente la estructura del Estado, más no otras víctimas. Se requiere, por lo tanto, de un estudio más profundo que estime en qué consiste exactamente el contenido del injusto del respectivo comportamiento y por qué este no puede ser incluido en el principio legal universal de la superación necesaria por medio de la pena. ¿Qué es lo que caracteriza conceptualmente al “delito político”? Si se ve la enumeración de los “delitos políticos” en el caso colombiano (rebelión, sedición, asonada, porte ilegal de armas, entre otros)¹³³, se muestra que las conductas básicas se encuentran junto con una lucha política por el poder, una lucha interna, que en el momento de la valoración debe ser resuelto precisamente (de manera pacífica). Este contexto puede superar el injusto de los hechos – cuyo contenido de injusto criminal en el caso concreto debe, no obstante, y, ante todo, ser determinado de forma válida.¹³⁴ Este permanece, de todas formas, en el caso de la actividad violenta, en el injusto principal en contra de la estructura del Estado como forma externa de la libertad constituida. Sin embargo, deberá reconocerse que los autores con su rebelión, etc. se vinculan con un injusto no “sin tener una razón”, sino que con la afirmación de reformas necesarias y un nuevo orden ellos apelan, por su parte, a razones jurídicas. Si el poder jurídico soberano estatal en el transcurso de la superación del conflicto se ocupa de esas razones, reconoce parcialmente su razón de ser, o, de hecho, se apropia de ellas para elaborar

una reforma fundamental (por ejemplo: con la “Reforma rural integral”),¹³⁵ entonces se puede decir que se da un reconocimiento de la motivación jurídica de los “rebeldes”, lo cual significa, además, bajo ciertas circunstancias, una asunción (parcial) de los requerimientos y, ligada a ello, una incorporación de los fines políticos en la voluntad general constituida del Estado. El juicio de reproche de culpabilidad se reduce, de este modo, a la implementación violenta y, por ende, atentatoria de la libertad de los deseos de una reforma estatal que son en sí legítimos. Esto puede tener una reducción de la pena o, incluso, la exención – no representa, sin embargo, una “amnistía” en estricto sentido.

Lo anterior no cambia para nada el hecho de que en el momento histórico de una “jurisdicción para la paz” se pueda proponer en un sentido funcional una amnistía como “estímulo” a la disposición al diálogo, la dejación de las armas, en general: al retorno hacia el reconocimiento de la ley universal.

En el caso de Colombia, podrían entenderse las sanciones especiales de la jurisdicción para la paz como aplicación de una justicia penal especial como tal; – aunque la denominación como “sanciones” y, especialmente, su medida, lleven necesariamente a realizar más reflexiones: La medida de la pena de 5 a 8 años que ha sido prevista independientemente de la calidad del delito, esto es, bajo ciertas circunstancias también para el injusto más grave (homicidios, violaciones, secuestros), no es suficiente como restablecimiento justo del derecho (“restablecimiento” en el sentido de *Hegel*)¹³⁶ incluso si la posibilidad de reducir la culpabilidad es considerada; por lo demás, lo anterior es una pregunta del caso concreto y no puede ser fijada en un sentido legal-universal.

También la condición para aplicación del sistema especial de sanciones, esto es, la cooperación en el esclarecimiento de los sucesos en la forma especial de la confesión, es puesta en duda atendiendo a su legitimación: Con ella, una conexión improcedente de consideraciones funcionales se encuentra ligada a la idea de la justicia. Además, puede que el tratamiento desigual de quienes quieren cooperar voluntariamente respecto de aquellas personas que no lo quieren hacer, en concreto: la “función de poner el anzuelo” de la pena reducida para el esclarecimiento de los delitos es pertinente en un sentido pragmático, teleológico, no obstante, no tiene nada que ver con la justicia penal.

En el caso de la “amnistía” de delitos políticos, que se ha previsto en el caso del acuerdo de paz colombiano, se debe diferenciar: Si se trata de un injusto criminal en la relación personal que, si bien tiene un motivo político, no obstante, es manifiesto, la amnistía no es justificada. Si se trata de otros delitos políticos que pueden ser concebidos como formas defectuosas de la lucha de opinión, entonces se debe primero determinar su contenido criminal. Si el comportamiento puede concebirse como injusto criminal, entonces una motivación que merece reconocimiento es fundamento de una

¹³⁰ Aquí se halla una diferencia importante con los actos de indulto que no pueden constatar frente a su pretensión precisamente un carácter de legislación universal.

¹³¹ Esto corresponde, por ejemplo, a las “muertes en combate compatibles con el Derecho Internacional Humanitario” mencionadas en el Acuerdo de Paz y la Ley de Amnistía de Colombia, esto es, las acciones homicidas que se han cometido como parte de las acciones de combate. Dichos delitos, aún cuando han sido cometidos con una motivación política, no son objeto legítimo de amnistía.

¹³² Cfr. sobre “derecho penal político” las referencias en *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 63. ed. 2016, Vor § 80 nm. 3; cfr. sobre los delitos de protección del Estado en su totalidad *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/ Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, tomo 2, 4. ed. 2013, Vor §§ 80 bis 101a.

¹³³ Cfr. al respecto nota al pie 122.

¹³⁴ Esta definición no puede desarrollarse más en este punto.

¹³⁵ Cfr. el Punto Nr. 1 del Nuevo Acuerdo de Paz del 24.11.2016.

¹³⁶ *Hegel* (nota 25), § 101.

disminución de la culpabilidad y la pena, hasta de la exención de la pena, dado el grado de insignificancia. Una amnistía en estricto sentido, no lo es tampoco.

bb) Amnistía interna de paz en sentido estricto

De otra parte, se debe concebir por sí misma la amnistía, bajo ciertas circunstancias, como medida que construye una paz jurídica, cuando con ella “se dan por terminadas” las acciones de combate del pasado.¹³⁷ El acuerdo de paz presupone que la violencia recíproca se termine y que la confianza fundamental perturbada se restablezca paso a paso, que la sociedad se encuentre nuevamente como una comunidad jurídica, se constituya y se someta bajo un derecho común. Ahí, “lo pasado” puede concebirse, según las circunstancias (por ejemplo, en el caso de la guerra civil, más no de la violencia unilateral por medio del abuso del poder del Estado frente a los rebeldes) como un progreso infinito de violencia y respuesta a la violencia, el cual se ha desarrollado en condiciones similares al estado de naturaleza y, en la transición a condiciones jurídico-pacíficas, debe en efecto terminar de manera definitiva, para poder incorporar a quienes en un comienzo eran “enemigos” nuevamente en una relación de reconocimiento recíproco.¹³⁸ La amnistía tiene, por lo tanto, el significado de ser una “condición negativa” de la paz.

Esta comprensión de la amnistía después de una guerra civil en estricto sentido presupone, no obstante, que realmente dos “partes de la guerra” estén en confrontación (en un pueblo internamente dividido). Lo cual debe, en principio, diferenciarse de un Estado que, si bien lucha contra la rebelión, existe (aún) como unidad. Dentro de una unidad estatal los actos de resistencia violenta no son más que actos de injusto motivados de forma especial que, como tales, están cobijados por la justicia penal.¹³⁹ Los rebeldes pueden alcanzar una posición del mismo rango del Estado sólo si la unidad del Estado se rompe y las agrupaciones reunidas alcanzan un estatus independiente frente al Estado original.¹⁴⁰

¹³⁷ El que con el “acuerdo” de paz esté vinculada, en ese sentido, también la amnistía, sería algo que se encuentra realmente ya en su concepto, como *Kant* lo constató para el “derecho después de la guerra” en el plano del derecho internacional sin una fundamentación adicional. *Kant* (nota 19), *Rechtslehre*, § 58, A 223, B 253.

¹³⁸ Ver también reflexiones similares en *Köhler* (nota 110), p. 73.

¹³⁹ Al respecto también infra IV. 1. b) aa).

¹⁴⁰ El derecho internacional conoce este fenómeno como el aspecto del “reconocimiento de la parte que conduce la guerra”; este reconocimiento fue, en un comienzo, presupuesto para que las reglas jurídicas de la guerra fuesen aplicables sobre el conflicto. Un ejemplo ampliamente reconocido en el derecho internacional para un caso como tal es la guerra civil americana (1861-1865). Cfr. por completo *Bothe*, en: Graf Vitzthum/Proelß (eds.), *Völkerrecht*, 6. ed. 2013, Sección 8 nm. 121. Ver además *Wienrich*, *Das Selbstbestimmungsrecht im Bürgerkrieg*, 1995, p. 28 con más evidencias.

Entonces un acuerdo de paz (el concepto de “acuerdo” hace referencia a la igualdad de rango entre las “partes”, lo cual no se puede dar en la relación entre el Estado y las agrupaciones terroristas) puede fundamentar el cese a las hostilidades, una consolidación de la relación jurídica recíproca y, finalmente, una nueva constitución de la unidad del Estado.

En una constelación como tal, el “perdonar y olvidar” recíproco no puede ser sólo el pilar fundamental para la confianza base, necesaria para el Estado, en la racionalidad de los co-sujetos; es, incluso, el único medio para la “superación del injusto”, pues una instancia penal legítima puede crearse sólo con la nueva constitución de un pueblo ahora unificado.

Los “delitos políticos” en estricto sentido sólo pueden existir en un Estado; si bien, las hostilidades en una “guerra civil” tienen, según la circunstancia, una fenomenología similar (homicidio en combate, actos violentos subversivos de todo tipo, “asonada”), ellas son, en un sentido cualitativo, actos de disputa violenta parecidos a las hostilidades de la guerra en el contexto internacional.

2. Consecuencias para Colombia

En el “Acuerdo de Paz” colombiano están previstas las amnistías para delitos políticos; estas no serán parte de la Jurisdicción Especial para la Paz, sino que se consideran de suyo como exentas de pena. Estas regulaciones de la amnistía aparecen junto con las regulaciones especiales (judiciales) sobre sanciones por delitos que fueron cometidos en el contexto con el conflicto armado interno de las últimas décadas.

Esta solución es conceptualmente contradictoria. Las dos formas de confrontación del injusto (justicia penal y la amnistía de paz “genuina”) se deben comprender estrictamente de manera alternativa, más no cumulativa; estas no pueden unirse en un mismo sistema de confrontación del injusto. La confrontación penal en el Estado y la supresión intencionada de un estado de conflicto propio del estado de naturaleza entre dos “partes” – en igualdad – mediante un “Acuerdo de Paz” se excluyen conceptualmente: La sociedad se encuentra, o bien, en un estado de guerra no constituido entre dos “partes”, o, en la unidad de un estado estatal constituido.