

LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ FRENTE A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

*Hernando Barreto Ardila**

PAUL BISENGIMANA,
quien en calidad de Alcalde hutu de la comuna de Gikoro,
en Kigali, capital de Ruanda, facilitó y estuvo presente en el homicidio
con machete y granadas de más de 1.000 tutsis a manos de los hutus
por razones étnicas, fue condenado el pasado 13 de abril por el
Tribunal Internacional de Ruanda a 15 años de prisión.

PRESENTACIÓN

Antes de comenzar es mi deber agradecer al Externado de Colombia y particularmente al doctor JAIME BERNAL CUÉLLAR, la generosa invitación a participar en este evento académico anual, seguramente, de tiempo atrás, el más importante del derecho penal en nuestro país.

Los asiduos asistentes a estas jornadas recordarán que en 1998 abordé la temática de la modernidad y la posmodernidad en el sistema penal, y en 2002 diserté acerca de la penalización de conductas contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario (DIH). En la primera ocasión concluí que “nuestro sistema penal se encuentra atrapado en la modernidad mediante el eficientismo y el legalismo no garantista, siendo necesario transitar hacia la posmodernidad, donde se encuentra la jurisprudencia de principios, pero no cualquiera, sino la garantista, que supone una

* Profesor titular de Derecho Penal en la Universidad Externado de Colombia. Magistrado auxiliar de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

política criminal asentada sobre los derechos humanos, dogmática iushumanista y principio *pro homine*, como característica esencial de lo posmoderno”¹.

En la segunda establecí que la penalización realizada en Colombia mediante la Ley 599 de 2000 de violaciones graves al DIH cumplía una función meramente simbólica, no real².

En esta oportunidad pretendo demostrar específicamente que, contrario a lo temido y vaticinado por muchos, las sanciones más cortas, alternativas y si se quiere benévolas derivadas de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz, no permiten ni permitirán de manera alguna la intervención de la Corte Penal Internacional (CPI) respecto de las conductas juzgadas de conformidad con dicha legislación.

Entonces, la exposición estará dividida en cinco cuerpos: en el primero me ocuparé de distinguir sucintamente y de manera informativa la competencia de la Corte Penal Internacional respecto de la de otros tribunales internacionales. En el segundo acometeré el estudio de las funciones de la pena en una sociedad democrática de cara a la Ley de Justicia y Paz. En el tercer cuerpo abordaré el análisis de la competencia de la Corte Penal Internacional respecto de conductas juzgadas en aplicación de la mencionada legislación, especialmente en cuanto atañe a la pena alternativa. En el cuarto concretaré lo planteado en punto de la rebaja del 10% de la pena para quienes a la entrada en vigor de la Ley 975 de 2005 contaran con sentencias ejecutoriadas, y en el último cuerpo y para culminar presentaré las conclusiones.

I. CORTES Y TRIBUNALES INTERNACIONALES

A. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Aunque fue instrumentada en la Convención Americana de Derechos Humanos de mayo de 1948, sólo se estableció y organizó el 22 de mayo de 1979. Tiene su sede en San José de Costa Rica.

La Corte ejerce competencia contenciosa y consultiva. La primera la faculta para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos que le sea sometido, siempre que los Estados involucrados hayan reconocido o reconozcan dicha competencia.

1 HERNANDO BARRETO ARDILA. “El sistema penal en tiempos de redefiniciones etiológicas posmodernas”, *Memorias de las xx Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 7 y ss.

2 *id.* “Delitos contra personas y bienes portegidos por el derecho internacional humanitario, ¿función simbólica o real?”, *Memorias de las xxiii Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 27 y ss.

Conoce de los asuntos en los cuales se alegue que uno de los Estados parte ha violado un derecho o libertad protegido por la Convención, siempre que se hayan agotado los procedimientos previstos en la misma.

El procedimiento ante la Corte es de carácter contradictorio y termina con un fallo motivado, obligatorio, definitivo y no impugnabile³.

En virtud de la competencia consultiva, los Estados miembros de la OEA pueden consultar a la Corte sobre la interpretación de la Convención u otros tratados de derechos humanos, e inclusive acerca de la compatibilidad entre leyes internas e instrumentos internacionales.

Su temática está circunscrita exclusivamente a la protección de derechos humanos, pero no se ocupa de establecer la responsabilidad individual de las personas, sino de los Estados.

B. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

También denominado Tribunal de Estrasburgo o Corte Europea de Derechos Humanos, es un órgano judicial internacional ante el que pueden presentarse, en determinadas circunstancias, denuncias de violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos, mediante el cual algunos Estados europeos han acordado salvaguardar ciertos derechos fundamentales.

Su cometido está orientado a la protección de derechos humanos, pero no establece responsabilidades individuales, sino estatales.

C. Corte Internacional de Justicia

También llamada Tribunal Internacional de Justicia o Corte Internacional de La Haya, es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas, establecido en 1945.

La jurisdicción de la Corte se extiende a todos los litigios que los Estados le sometan y a todos los asuntos previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en tratados y convenciones vigentes. En concreto, atiende dos clases de asuntos, los contenciosos entre Estados, en los cuales emite decisiones vinculantes entre las partes que se han sometido a su jurisdicción, y las *opiniones consultivas*, que no son obligatorias, aunque sientan jurisprudencia. Ninguna persona individual puede recurrir a la Corte.

3 P. ej., el 15 de septiembre de 2005 la CIDH condenó a Colombia al pago de cerca de 8.500 millones de pesos en favor de los familiares de 49 víctimas de la masacre de Mapiripán (Meta) ocurrida en julio de 1997; el 31 de enero de 2006 la CIDH condenó a Colombia al pago de cerca de 12.500 millones de pesos en favor de los familiares de 43 víctimas de la masacre de Pueblo Bello (Antioquia) acaecida en enero de 1990.

D. Tribunales penales internacionales de Nuremberg y Tokio

Integrados por jueces *ad hoc* nombrados por los Estados vencedores en la Segunda Guerra Mundial. El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, creado en 1945 mediante el Acuerdo de Londres, culminó con la acusación formal de 19 criminales nazis, 12 de los cuales fueron condenados a pena de muerte por crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

El Tribunal de Tokio, también llamado del Lejano Oriente, fue creado el 19 de enero de 1946 por el general MAC ARTHUR; sólo juzgó crímenes de guerra, y condenó a 25 personas a prisión, pero ninguna cumplió la totalidad de su condena y la mayoría fue liberada hacia finales de la década de los años 50.

E. Tribunal Internacional de Ruanda

Creado mediante Resolución 955 del 8 de noviembre de 1994 por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Se encarga de juzgar a los responsables de actos de genocidio o de otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda, así como a los ciudadanos ruandeses por tales actos o violaciones cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1.º de enero y el 31 de diciembre de 1994. Tiene su sede en Arusha, capital de Tanzania.

F. Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia

Creado mediante Resolución 827 del 25 de mayo de 1993 por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, para juzgar a los responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991. Tiene su sede en La Haya (Holanda).

G. Corte Especial de Sierra Leona

Creada conjuntamente por acuerdo entre el Gobierno de Sierra Leona y las Naciones Unidas en enero de 2002, con el fin de juzgar a los responsables de graves violaciones al derecho internacional humanitario y a la ley de Sierra Leona, con ocasión del conflicto armado interno que se desencadenó desde 1991 y que por espacio de 10 años arrojó cerca de 200.000 muertos. Funciona en la capital, Freetown.

Once personas de las tres antiguas facciones militares de Sierra Leona (miembros del Frente Revolucionario Unido –FRU–, de las milicias progubernamentales de cazadores tradicionales *kamajors* y funcionarios del Estado) han sido procesadas por la Corte, atribuyéndoles la comisión de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y otras graves violaciones al derecho internacional. Todas han sido acusadas del reclutamiento de niños como soldados.

H. Juzgamiento de crímenes de lesa humanidad por jueces españoles

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional español decidió mediante sentencia de amparo del 26 de septiembre de 2005 que “la persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la Comunidad Internacional en su conjunto.

“Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados, cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos (art. 23.4 Ley Orgánica del Poder Judicial)”⁴.

I. Tribunal Especial Iraquí

Corresponde a un tribunal que funciona en Bagdad, integrado por cinco jueces iraquíes, aconsejados y apoyados por funcionarios estadounidenses, al cual han sido llamados a responder SADAM HUSSEIN y siete miembros de su partido, el Baath, incluido su hermanastro, acusados de crímenes contra la humanidad por la muerte de 140 hombres chiíes hace dos décadas. Se aplicarán los procedimientos iraquíes –no internacionales–, incluida la potestad de dictar la pena de muerte, de acuerdo a la tradición local.

J. Corte Penal Internacional (CPI)

El 17 de julio de 1998 se suscribió el Tratado de Roma, el cual fue aprobado en el derecho colombiano mediante la Ley 742 del 5 de junio de 2002. Entró en vigencia el 1.º de julio de 2002 y Colombia realizó el depósito de instrumentos para su ratificación el 5 de agosto siguiente. La Corte comenzó a laborar el 11 de marzo de 2003 con la posesión de sus 18 jueces. Funciona en La Haya (Holanda).

Investiga a personas individualmente consideradas a fin de establecer su responsabilidad penal en punto de los delitos de su competencia.

No tiene carácter retroactivo y no corresponde a un tribunal *ad hoc* o *ex post facto* como los de Nuremberg, Tokio, Ruanda y para la ex Yugoslavia, entre otros.

4 Una posición similar fue adoptada por el Tribunal Constitucional alemán al avalar la jurisdicción universal en un asunto en el que la justicia alemana condenó por genocidio a ciudadanos serbios por crímenes cometidos en Bosnia-Herzegovina. La persecución universal de delitos como el genocidio cometido en el extranjero y sin relación con los propios nacionales aparece en el Código de Crímenes contra el Derecho Internacional alemán, en el artículo 7.º de la Ley del 16 de julio de 1993 en Bélgica, en el artículo 8.6 del Código Penal danés y en el artículo 7.5 del Código Penal italiano, entre otros.

Tiene competencia complementaria para conocer de los crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión, siempre que las jurisdicciones nacionales no puedan o no quieran investigar a los infractores.

II. LAS FUNCIONES DE LA PENA EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA Y LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

A. Sistema penal y cárcel

Sea lo primero destacar que así como nuestros hijos solo conciben el cine con audio, no el cine mudo o que la imagen del televisor aparezca en color, no en blanco y negro, por solo citar algunos ejemplos, para nosotros, así como para el lego en la ciencia jurídica, siempre el derecho penal ha estado indisolublemente unido a la pena privativa de libertad, llámese prisión, presidio, reclusión o arresto y, más exactamente, a la cárcel.

No obstante lo anterior, dicha percepción no sólo no es cierta, sino que es muy equivocada. En efecto, la crueldad del mundo antiguo estuvo marcada por el castigo talional para que el criminal sintiera el mismo sufrimiento padecido por la víctima.

La respuesta contra los crímenes se caracterizó por la arbitrariedad y la barbarie, el suplicio con dolor y atrocidad (picota, rueda, patíbulo, cepos, mutilaciones, marcas, etc.).

El sistema de sanciones en la Edad Media se basó en la pena de muerte y en los castigos corporales como los azotes y amputaciones de los miembros del cuerpo; además, existían las penas infamantes y pecuniarias.

El Iluminismo y el ideario de la Revolución Francesa emprendieron una seria crítica al espectáculo sangriento que comportaba la imposición de tales sanciones. Adicional a ello, surgió la necesidad de adoptar medidas en la nueva sociedad burguesa respecto de vagabundos, mendigos, prostitutas, enfermos, indigentes y delinquentes, para lo cual se crearon las *casas de corrección*, cuyo propósito era educar a quienes eran aptos para trabajar a fin de que aprendieran una labor u oficio y llevaran una vida disciplinada, contando para ello con asistencia médica, religiosa y artesanal y un riguroso régimen disciplinario que incluía el encadenamiento y el castigo corporal.

Posteriormente tales establecimientos se convirtieron en lugares de terror y crueldad e incorporaron a locos, enfermos, ancianos, deudores, etc. La educación fue sustituida por la fuerza y no se aseguraron las necesidades mínimas de quienes allí se encontraban.

Pero no es sino a finales del siglo XVIII que culmina la evolución de la prisión y se generaliza su utilidad como sanción, siendo aceptada al no resultar tan cruel como la

pena de muerte o las penas corporales, y dado que puede ser apta para retribuir, por lo que se llegó a pensar en la prisión como el gran invento social de la época.

En suma, es claro que si la pena privativa de la libertad no ha sido desde siempre consustancial e inherente al sistema penal, ya es hora de crear otros mecanismos para ejercitar el *ius puniendi* del Estado, o por lo menos, para menguar la recurrente utilización de la cárcel como respuesta al comportamiento delictivo, más aún cuando la privación de la libertad supone la grave y profunda privación o restricción de otros derechos, no solo del condenado, sino también de su círculo familiar y allegados.

Es importante resaltar que acudir a la pena de prisión siempre ha presentado inconsistencias, sin ir muy lejos, la reciente entrevista televisiva de LUIS ALFREDO GARAVITO puso de presente, más allá del ánimo vindicativo de una sociedad ciertamente dolida con los pasajes que involucran maltratos, violaciones y muerte de cerca de dos centenares de menores, que además de la retribución, muy seguramente ninguna otra función cumplirá la pena impuesta, ante las reales o supuestas posibilidades de reincidencia en las mismas conductas objeto de sanción.

Tal circunstancia, en lugar de invitar a que se instaure la pena de muerte o la cadena perpetua para cierta clase de delincuentes, torna evidentes las inconsistencias de un sistema aceptado por una gran mayoría sin más y sobre el cual se construyen día a día diversas teorías que a la postre no corresponden más que a esfuerzos fallidos por justificar algo que ya, en nuestros días, no resiste justificación y que por tanto deviene en ilegítimo, me refiero al sistema penal contemporáneo.

B. Las actuales funciones de la pena

Si bien hay autores que recientemente fundamentan la legitimidad del derecho penal en la prevención general por encima de la retribución y la reinserción, lo cierto es que resulta necesario reconocer que el ejercicio del *ius puniendi* comporta diversas funciones de la pena, entre las cuales están la retribución, la prevención general negativa y positiva, la prevención especial negativa y positiva (reinserción) y la protección del condenado (art. 4.º Ley 599 de 2000).

1. La función retributiva

En punto de la retribución se tiene que como teoría absoluta de la pena, encuentra su fundamentación en los planteamientos de KANT y HEGEL. Para KANT, la sanción tiene un carácter retrospectivo, esto es, se causa un mal a quien ha causado un mal (*punitur quia peccatum est*). Se trata de una satisfacción de justicia, cuya cuantificación se debe realizar con base en el *ius talionis*.

Por el contrario, en la retribución de la pena en HEGEL, ésta se impone no por venganza, sino para acreditar que el delito no tiene vigencia, pues con el actuar delictivo su

autor ha declarado que un determinado comportamiento ilícito puede ser cometido y surge entonces la necesidad de demostrar al infractor y a la sociedad en general que la pretendida derogatoria de la ley a partir de una voluntad particular no ha logrado su cometido y que por tanto, la norma permanece inalterable y vigente para todos.

Con un ejemplo que estimo apropiado para esta exposición, podría señalar que en la relación del hombre con la naturaleza alberga determinadas expectativas cognitivas, como aquella de que “*los árboles no se caen*”⁵, pese a que en algunas ocasiones ello no sea así, es decir, que los árboles sí se caigan, caso en el cual tratará en el futuro de acomodarse a tales sucesos, comportándose de otra manera o teniendo más cuidado.

No obstante lo anterior, en las relaciones sociales el aprendizaje cognitivo es diferente, y dado que todos confiamos en que los demás no lesionarán nuestros bienes jurídicos, la defraudación de tal expectativa no conduce a que en el futuro nos acomodemos o resignemos a una eventual repetición de dicho suceso, sino que por el contrario nos ubicamos en una posición contraria a la reprochada, es decir, en una situación contrafáctica, caso en el cual es necesaria la pena para demostrar que la norma que asigna una sanción a la conducta dañosa se encuentra vigente y que por tal razón se va a sancionar al infractor y a quien en el futuro realice dicho comportamiento.

2. Teorías preventivas (relativas) de la pena

Las teorías relativas de la pena, dentro de las cuales se encuentran las teorías preventivas, son de carácter prospectivo: se sanciona para que en el futuro no se delinca; ya BECCARIA decía:

... el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido. El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo⁶.

Dentro de estas tenemos:

La *prevención general negativa* de la pena, la cual se orienta a persuadir a los demás de no realizar determinados comportamientos, dada la conminación de una sanción que en verdad se hará efectiva.

5 HEIKO H. LESCH. *La función de la pena*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 74 y ss.

6 CESARE BECCARIA. *De los delitos y de las penas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994, p. 30.

La *prevención general positiva*, encaminada a conseguir que la sociedad tome conciencia y refuerce valores alrededor del beneficio derivado de la norma penal.

La *prevención especial negativa*, que intenta convencer al infractor que en el futuro no debe incurrir en el mismo comportamiento o en conductas sancionables, pues de hacerlo, una vez más será objeto de punición.

Y por último, la *prevención especial positiva* de la pena que no es asunto diverso a la corrección, resocialización o reinserción del delincuente a la sociedad, motivo por el cual no se las puede presentar como funciones de la pena autónomas e independientes⁷.

3. La protección del condenado

Constituye una función preventiva de la pena, en la medida en que su pretensión se concreta en evitar la venganza y la justicia privada por parte de las víctimas o de sus familiares, imponiendo como contraprestación a ello una sanción formal, judicial e institucional.

Obviamente, la impunidad, en tratándose de cualquier delito y con mayor razón de crímenes atroces, constituye un factor que determina las respuestas privadas, generalmente incontroladas e ilimitadas.

C. La Ley de Justicia y Paz

La Ley 975 de 2005 constituye un escalón más dentro de la política estatal orientada a conseguir la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley, la cual cuenta con antecedentes tales como la Ley 782 de 2002 sancionada con el propósito de crear instrumentos para conseguir la convivencia y la eficacia de la administración de justicia, motivo por el cual regula la forma en que las dependencias estatales correspondientes deben adelantar los procesos de desmovilización y permite la concesión de indultos y amnistías para desmovilizados, sólo por delitos políticos o conexos.

La Ley 975 de 2005 se encuentra dirigida fundamentalmente a establecer procedimientos que permitan la reincorporación a la sociedad y la reconciliación de los miembros de grupos armados al margen de la ley que hayan cometido delitos que no necesariamente deben ser políticos o conexos con estos, siempre que medie una contribución efectiva a la consecución de la paz nacional y se garanticen los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

7 Corte Constitucional. Sentencia C-144 del 19 de marzo de 1997, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

La verdad supone que se determine de manera precisa y exacta la forma como tuvieron ocurrencia los hechos en general, lo cual comprende a sus autores, sus motivos, las prácticas utilizadas, los métodos de financiación, las colaboraciones internacionales, estatales o particulares recibidas, a fin de que salga a la luz pública ese acontecer oscuro que debe servir a la comunidad para implementar los correctivos orientados a que no vuelvan a ocurrir tales sucesos.

La justicia se dirige a conseguir que las conductas delictivas no queden en la impunidad y que los infractores sean real y adecuadamente sancionados.

La reparación comporta no sólo la indemnización pecuniaria a las víctimas y a sus familiares, sino la asunción de papeles que conduzcan a restaurar el tejido social, me refiero a terapias, satisfacciones simbólicas como un monumento, etc.

1. Vicisitudes de la pena alternativa

Aquí deseo detenerme puntualmente en uno de los temas cruciales de la Ley de Justicia y Paz, esto es, el referido a la pena alternativa establecida en su artículo 29, según el cual,

La Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial determinará la pena que corresponda por los delitos cometidos, de acuerdo con las reglas del Código Penal. En caso que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en esta ley, la Sala le impondrá una pena alternativa que consiste en privación de la libertad por un período mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos.

Naturalmente, si en Colombia la pena de prisión tiene una duración máxima de 40 años, la cual fue aumentada a 50 años en virtud del artículo 2.º de la Ley 890 de 2004, las críticas a la pena alternativa máxima de 8 años establecida en la Ley de Justicia y Paz no se han hecho esperar, pues con un planteamiento bastante sencillo y entendible se ha dicho que resulta desigual y por tanto injusto que quienes han cometido delitos de extrema gravedad como son las masacres, las desapariciones forzadas, los secuestros, los desplazamientos forzados, las torturas, etc., reciban una sanción que no se compadece proporcionalmente con la que correspondería a otros comportamientos que revisten menor gravedad y dañosidad social, como puede ocurrir con los homicidios ocasionales, los hurtos, peculados, etc.

Además de ello se ha expuesto que dicha legislación comporta impunidad para los autores de tan reprochables crímenes y que muy seguramente ello permitirá que la Corte Penal Internacional haga uso de su competencia complementaria y proceda a investigar tales desafueros sin atenerse a las decisiones judiciales que sobre el particular impartan las autoridades nacionales.

Considero que tales planteamientos, aunque parecen mayoritarios, son producto de una respuesta emotiva, no reflexiva de la comunidad, como a continuación intento demostrarlo, y es este en concreto el problema que pretendo abordar.

Permítaseme para ello efectuar las siguientes observaciones puntuales a manera de prolegómenos de la disertación final:

i) La historia de la solución a nuestro conflicto armado interno es la historia de una sucesión de indultos y amnistías sin contraprestación alguna⁸, lo cual no requiere demostración.

ii) El sistema penal siempre se ha caracterizado por ser simbólico, pues lejos está, de una parte, de enterarse de la comisión de todas las conductas elevadas a la categoría de delito y por ello, por ejemplo, existe la denominada *cifra negra o cifra oculta de la criminalidad* que corresponde a una gran cantidad de comportamientos delictivos que no son denunciados y que, además, las autoridades desconocen.

Y de otra, no está en condiciones —esto se refiere a cualquier país del mundo— de sancionar efectivamente todos los delitos que llegan a su conocimiento, pues siempre ocurren situaciones de impunidad, *v. gr.*, prescripción de la acción penal, prescripción de la pena, muerte del sindicado o condenado, etc.

iii) De tiempo atrás he venido insistiendo en que la sociedad democrática no tiene como finalidad la convivencia pacífica, que resulta de imposible consecución hasta en las relaciones de pareja, tanto más en un Estado, sino que su propósito debe estar orientado a asegurar unos mínimos de convivencia tolerante, pues recuérdese que el Estado de derecho se edifica a partir del paradigma consensual, mientras que el Estado democrático se construye con base en el paradigma conflictual que supone permanente tensión y lucha de contrarios.

iv) Si bien en un principio no se aceptó de buena gana que, por ejemplo, el delito de homicidio culposo fuera susceptible de preclusión o cesación de investigación por indemnización integral, pues se decía que una tal solución equivalía al proceder in-moral de poner precio a la vida de un ser humano, lo cierto es que en punto de las necesidades y finalidades de convivencia tolerante propia de las sociedades democráticas tal precepto y su aplicación han contribuido a restablecer de alguna manera un daño cuyas consecuencias no pueden retrotraerse al *statu quo ante*, y ante las cuales tales precepto y aplicación sí pueden brindar armonía a los perjudicados y al autor del comportamiento.

8 P. ej., decretos 2194 de 1953, 1853 de 1954, Leyes 13 de 1981, 35 de 1982, 49 de 1985, 77 de 1989, Decreto 1943 de 1991, leyes 104 de 1993, 241 de 1995, 418 de 1997 y 782 de 2002, entre otros instrumentos.

Así las cosas, encuentro que la queja fundamental respecto de la pena alternativa no superior a 8 años de privación de la libertad establecida en la Ley 975 de 2005 se circunscribe particularmente al principio de proporcionalidad inherente a la función retributiva de la sanción, sobre lo cual se pueden efectuar las siguientes precisiones:

a) Aunque una de las funciones de la pena es la retribución y por ello la sanción debe ser proporcionada, dicha proporcionalidad no solo debe ser establecida a partir de la simple constatación y cuantificación del daño, pues resulta menester verificar que la respuesta retributiva no corresponda a una simple ponderación de intensidad de la lesión, sino que se contextualice dentro de una sociedad en un tiempo, época y circunstancias especiales, que son las que al fin y al cabo dotan de sentido y en algunas ocasiones de legitimidad al derecho penal.

b) La ponderación de la retribución no puede efectuarse dejando de lado los fines que justifican el derecho penal y el ejercicio del *ius puniendi* en un determinado Estado, pues muy seguramente con un tal proceder, aunque se consiguiera una real o supuesta equivalencia entre el daño causado y la sanción impuesta, en realidad, de acuerdo con los fines político criminales de la sanción y la función del Estado, se causaría un mal mayor tanto al reo como a la sociedad.

En efecto, si la legalidad y proporcionalidad de la pena emergen en principio del Estado de derecho, es necesario desarrollar dicha proporcionalidad como substrato de la función retribucionista, tanto en la noción social como en la noción democrática del Estado.

c) Decía HEGEL que la compensación del delito “no se encuentra determinada en forma fija, sino que es un valor relativo que depende del estado de la sociedad”, dado que “un código penal pertenece por eso esencialmente a su época y a la situación que ocupa en ella la sociedad civil”⁹.

d) La preservación del principio de legalidad no concluye con la determinación de la ley que recoge la conducta objeto de sanción y con el establecimiento de la pena que se impone, pues también exige individualizar la pena y ejecutarla.

Así, pues, si Colombia se define en la Carta Política como un Estado social y democrático de derecho, es claro que, de una parte, coloca a la persona como valor supremo en toda confrontación axiológica y, de otra, encuentra que el sentido de los agentes estatales de todo orden se justifica en la medida que asegure la convivencia tolerante de índole democrática.

9 Citado por LESCH. *La función de la pena*, cit., p. 37.

Si ello es así, la simple retribución por el daño causado resulta insuficiente como criterio de individualización de la pena y entonces se hace necesario, como ya se dijo, contextualizar el ámbito social de imposición de dicha sanción.

No hay duda que la impunidad derivada de un indulto o de una amnistía se opone por completo a la función retributiva de la pena, pues lleva a pensar que al mal causado por el delincuente no se ha correspondido con otro mal para éste y, a partir de ello, se crea la desazón propia de la injusticia.

Circunstancia diversa ocurre cuando con una respuesta meramente emotiva se intenta ponderar el mal causado y a partir de ello se dispone la respectiva consecuencia punitiva proporcional, pero se advierte que si bien tal proporcionalidad puede ser acertada en términos lógicos y hasta matemáticos, la imposición de una pena en tales condiciones pierde sentido, pues recuérdese que también resulta imprescindible que la sanción comporte un beneficio para la sociedad, es decir, debe reportar una utilidad para los demás.

En efecto, el principio de proporcionalidad se concreta en el principio de ponderación de bienes que asegure un adecuado equilibrio entre los intereses de protección estatal y los intereses de libertad del sancionado, lo cual repudia la posibilidad de excesos.

La pena correcta, vale decir, la pena justa, es la pena necesaria. Justicia en derecho penal quiere decir observancia de la medida de la pena requerida por la idea del fin. Así como la pena jurídica en su carácter de autolimitación de la potestad punitiva es fruto de la objetivación, llegará a su perfección por el perfeccionamiento de la objetivación. La vinculación total de la *potestas puniendi* mediante la idea de fin constituye el ideal de la justicia punitiva.

La pena necesaria es la única justa. La pena es un medio para un fin, mas la idea de fin requiere la adaptación del medio al fin y un máximum de economía en su empleo¹⁰.

La necesidad de pena "... (distinta al merecimiento de pena) hace alusión al principio de necesidad de intervención o de necesidad como límite al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, acorde con el cual la injerencia penal y la consiguiente imposición del castigo sólo se justifica allí donde la *intervención punitiva sea indispensable para mantener la organización política*, dentro de los linderos propios de una concepción democrática"¹¹.

10 FRANZ VON LISZT. *La idea del fin en el derecho penal*, Bogotá, Temis, 1990, p. 56.

11 FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. "El sistema de determinación de la sanción penal en el Código Penal", *Revista Derecho Penal y Criminología*, n.º 73, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 88.

Considero que es aquí donde juegan papel fundamental dos nociones de reciente cuño, la de justicia transicional¹² y la de justicia restaurativa.

a. La justicia transicional

Se circunscribe, como su nombre lo indica, a brindar soluciones en punto de resolver las tensiones entre las exigencias de paz y justicia que se presentan con ocasión de cambios político sociales estructurales de una sociedad, en particular cuando del conflicto se intenta arribar a la paz, dado que los acuerdos entre los diferentes actores están naturalmente condicionados a que resulten satisfactorios para todos¹³.

Por tanto, mientras unos, por ejemplo las víctimas y sus familiares, reclaman que se cumplan las exigencias de justicia, tales como la individualización y la pena (retribución) de los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos con anterioridad a la transición a partir de la normativa internacional, los otros, *v. gr.* los autores de tales comportamientos, plantean, ante la necesidad de conseguir la paz y la reconciliación, mecanismos tales como el perdón de sus acciones delictivas.

Vale decir, se trata de efectuar una ponderación para encontrar equilibrio entre las demandas de sanción y las exigencias de perdón, entre la legalidad y la consecución de la reconciliación, entre la justicia retributiva y la impunidad. No se trata de un dilema entre verdad y justicia, pues no hay duda que la morigeración del *ius puniendi* en favor de los infractores tiene sentido si estos no sólo manifiestan voluntariamente su arrepentimiento, sino que suministran las informaciones y datos necesarios para que se sepa qué fue lo que ocurrió, cómo ocurrió, dónde se encuentran los restos de las víctimas y, lo más importante, de qué manera se va a indemnizar pecuniaria o simbólicamente a los perjudicados.

Sobra advertir que los procesos transicionales suponen una atemperación de los principio de legalidad, proporcionalidad e igualdad, así como un redimensionamiento de la noción de justicia que implica también la moderación de la pena y el cumplimiento de sus funciones, como que pueril resulta considerar que los actores directos del conflicto van a hacer dejación de las armas y de sus comportamientos a cambio de una prolongada privación de su libertad.

En verdad, sólo es posible que los procesos transicionales culminen con la efectiva sanción de los criminales (justicia retributiva) cuando se consiga su derrota efectiva, es decir, cuando el bando vencedor consiga someter a los perdedores a sus reglas,

12 Mencionada en la sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006.

13 RODRIGO UPRIMNY YEPES y MARÍA PAULA SAFFÓN. “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades”, en *Entre el perdón y el paredón*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2005, pp. 211 y ss.

como en efecto ocurrió con el juzgamiento y condena de criminales de guerra nazis en el Tribunal Internacional de Nuremberg, circunstancia que, desde ahora es oportuno señalarlo, no se vislumbra en el caso colombiano.

b. La justicia restaurativa

Se opone a la función retributiva de la pena por considerarla insuficiente para asegurar la convivencia social al no tener en cuenta a la víctima ni la reinserción del delincuente y, por tanto, en su lugar se ocupa de propender por la reconciliación entre agresor y víctima, centrando su atención en las necesidades de ésta, la valoración de su sufrimiento, el aseguramiento de la reparación del daño causado y el restablecimiento de la paz social por vía de reincorporar al infractor a la sociedad y restablecer sus vínculos con la comunidad¹⁴.

De esta manera, la reparación económica o simbólica se erige en una medida alternativa sustitutiva de la privación de la libertad, siempre que medie la voluntad del agresor y la aceptación de la víctima¹⁵, todo lo cual se resume en la expresión “*Dar a cada uno lo que él necesita más que lo que él merece, a través de la sanción-compensación dinámica y solidaria*”¹⁶.

Encuentro que si bien la justicia restaurativa pretende unos cometidos plausibles a futuro soportados en la reconciliación entre víctimas y victimarios, lo cierto es que respecto de los crímenes de guerra o de lesa humanidad no tiene la virtud de sustituir la justicia transicional y tampoco puede desplazar la respuesta punitiva de índole retributiva del Estado a cambio del perdón.

Ahora, estimo inconsistente partir del supuesto indemostrable de que, sin más, el diálogo entre agresores y víctimas pueda conducir a la reconciliación al acordar los términos de la reparación por los crímenes cometidos, cuando precisamente es posible que la sanción de los infractores constituya un pilar fundamental en los procesos reconciliatorios dada la gravedad de las conductas sobre las cuales versan los acuerdos.

Por el contrario, muy probablemente el perdón y olvido de tales conductas puede comportar el ahondamiento de las heridas de las víctimas y sus familiares al constatar que, adicional al enorme daño sufrido, la simple reparación no resulta suficiente sin una respuesta estatal retributiva que ponga de presente ante toda la sociedad que jurídica, social y éticamente los agravios cometidos no se componen ni se superan

14 Ídem.

15 PABLO GALAIN y ANGÉLICA ROMERO SÁNCHEZ. “Criminalidad organizada y reparación”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, n.º 73, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 45 y ss.

16 ANTONIO BERINSTAIN. *Nueva criminología desde el derecho penal y la victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 82.

con la restauración, sino que es necesaria la imposición de sanciones, a pesar de que estas no correspondan a las ordinarias y que comporten, entonces, rebajas o diversas modalidades de ejecución.

Si ya se dijo que una de las funciones preventivas de la pena se concreta en proteger al condenado de la venganza y justicia privada, encuentro palmario que la simple justicia restaurativa sin retribución punitiva alguna muy seguramente daría lugar a la referida reacción de las víctimas y sus familiares en contra de los agresores y, por tanto, haría nugatorio todo esfuerzo de reconciliación.

c. La conjunción de modelos de justicia

Encuentro, de conformidad con lo expuesto, que en el caso colombiano no operaría la justicia meramente retributiva, en cuando no hay un bando que haya vencido o que esté en condiciones de vencer a los demás y que por tanto puede someterlos a penas ordinarias. La justicia transicional es útil para crear mecanismos que se ubiquen entre la legalidad y la reconciliación y que, por tanto, permitan legitimar, entre otros institutos, el de la pena alternativa.

La justicia restaurativa puede prestar un eficaz papel en el proceso transicional, siempre que se reconozca que no es la única forma de arribar a la paz y, tanto menos, que puede desplazar a la que podría denominar *retribución ponderada transicional*, en cuanto tiene lugar en un ámbito temporal específico y coyuntural.

En resumen, la pena alternativa encuentra su legitimación dentro de un proceso regido por los supuestos de la justicia transicional, contando para ello con el auxilio de la justicia restaurativa, especialmente en cuanto se refiere a edificar relaciones de conciliación entre víctimas y victimarios, pero sin abandonar la justicia retributiva, esto es, sancionando tales crímenes, no como vindicta sino a fin de demostrar que las normas que asignan unas penas a dichos comportamientos se encuentran vigentes y que por tal razón se va a sancionar a los infractores y a quienes en el futuro cometan los referidos delitos.

Advierto que la función retributiva de la pena sí se cumple en la pena alternativa de que trata la Ley 975 de 2005, en cuanto no constituye un perdón y olvido de los crímenes cometidos a partir del establecimiento de indultos o amnistías, a la vez que tampoco da lugar a la impunidad de tales conductas; se trataría, según se dijo, de una *retribución ponderada transicional*.

También se cumple la función de prevención general negativa de la pena, pues de una parte, la imposición de la pena alternativa envía un mensaje a la sociedad en el sentido de acreditar que efectivamente a quienes han delinquido se les ha sancionado, y de otra, que un tal beneficio sólo tiene lugar en el marco de la justicia transicional y que, por tanto, no tiene vocación de permanencia, en cuanto comporta una solución co-

yuntural, dado que si en el futuro se cometen comportamientos similares operarán los mecanismos de control social formal ordinarios.

Satisface la función de prevención general positiva, pues la pena alternativa producto de la referida justicia transicional denota que es menester, mediante el ponderado equilibrio entre justicia y paz, sancionar a los responsables (justicia), pero aminorando las penas que ordinariamente les corresponderían (paz), todo lo cual se hace por y para conseguir la reconciliación y la convivencia tolerante que beneficia a todos.

Cumple la función de prevención especial negativa, en la medida en que los infractores sancionados quedan advertidos que los beneficios de la pena alternativa sólo son producto del momento histórico de transición, pero que de incurrir en nuevos comportamientos delictivos como los juzgados, se someterán a las reglas punitivas comunes.

En punto de la función de prevención especial positiva, encuentro que la pena alternativa podrá cumplirla sólo si se consigue efectuar un verdadero proceso de reinserción social del condenado, lo cual únicamente se logrará a través de un adecuado tratamiento penitenciario especializado y dirigido a tal finalidad, como que es claro que aislar de la sociedad a los miembros de grupos armados al margen de la ley no resulta suficiente para que cumplida la pena se les tenga, por que sí, como reinsertados.

III. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LAS CONDUCTAS JUZGADAS EN APLICACIÓN DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

La Corte Penal Internacional corresponde a un órgano complementario de los sistemas penales nacionales con *competencia* para investigar y juzgar, en punto de la sanción de los responsables, la reparación de las víctimas y el restablecimiento de los derechos, a los autores o partícipes del crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión (*ratione materiae*), cometidos con posterioridad al 1.º de julio de 2002, fecha de entrada en vigor del Estatuto (*ratione temporis*), en el territorio de cualquier Estado parte o por acuerdo especial en el territorio de cualquier otro Estado, o porque el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas someta el caso a la Fiscalía por tratarse de una agresión, amenaza o quebrantamiento de la paz y seguridad internacionales, sin importar la nacionalidad del sindicado o de las víctimas (*ratione loci*), siempre que se trate de personas naturales mayores de 18 años que no hayan sido juzgadas (*non bis in idem*), salvo que haya mediado un juicio aparente o no independiente e imparcial, sin importar las inmunidades nacionales o internacionales derivadas de los cargos de los procesados (*ratione personae*).

En tales casos, la *admisión* por parte de la Corte Penal Internacional queda condicionada a que las autoridades nacionales aún no hayan iniciado el procedimiento correspondiente, cuando advierta que el Estado no está dispuesto a ello o no está en capacidad

por alteración de su administración de justicia. También, cuando ya se ha proferido decisión de fondo dentro de un diligenciamiento orientado a sustraer a los investigados de su responsabilidad penal o que no fue adelantado de manera independiente e imparcial o que se tramitó de forma incompatible con la intención de someter a la persona a la justicia, esto es, interviene complementariamente cuando establezca que las autoridades nacionales no pueden o no quieren impartir justicia.

A. Crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional

1. Crimen de genocidio

Se trata de aquellos comportamientos que respondan al propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso por vía de la muerte, lesión física o mental o sometimiento de sus miembros. También cuando se impiden los nacimientos o se trasladan por la fuerza niños del grupo. No exige un plan masivo o sistemático, como sí fue planteado por la jurisprudencia internacional¹⁷.

2. Crímenes de lesa humanidad

Corresponden a conductas realizadas como política de un Estado u organización contra una población civil, entre las cuales se encuentran el “*asesinato*”, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso, tortura, encarcelación, violación, esclavitud sexual o prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada, *apartheid*, persecución de un grupo por razones políticas, raciales, nacionales, étnicas, culturales, religiosas o de género y otros actos inhumanos que causen grandes sufrimientos.

3. Crímenes de guerra

Son las violaciones al derecho de la guerra (*ius in bellum*), de las cuales hacen parte las *infracciones graves* al derecho internacional humanitario cometidas en el marco de un conflicto armado internacional y las *violaciones graves* al derecho internacional humanitario en el desarrollo de un conflicto armado interno prolongado entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre estos, excluyendo desde luego los disturbios y tensiones internas, motines y actos esporádicos de violencia.

4. Crimen de agresión

Aún no ha sido definido por la Asamblea de Estados Parte. Se espera que en la reunión de evaluación de 2009 pueda llegarse a un consenso sobre el particular. En el artículo 5.º del Estatuto se dispone que la Corte Penal Internacional ejercerá su juris-

17 Tribunal para la ex Yugoslavia. Sentencia del 7 de mayo de 1997, caso Dusko Tadic.

dicción respecto de dicho crimen cuando sea definido de conformidad con los artículos 121 y 123 del mismo ordenamiento.

Por regla general se acude a la definición que para los delitos contra la paz disponía el Estatuto de Nuremberg, según el cual correspondían a “*la planeación, preparación, iniciación o libramiento de una guerra de agresión o una guerra en violación a tratados internacionales, acuerdos, o garantías*”; no obstante, es evidente que tal definición no establece los lineamientos de la agresión como crimen que genera responsabilidad individual.

B. Actual alcance de la Corte Penal Internacional respecto de Colombia

Dado que al momento de ratificar el Estatuto de Roma, Colombia manifestó que se acogía a la cláusula opcional de salvaguarda (*opting out*) dispuesta en su artículo 124, según la cual los Estados pueden declarar que durante un período de siete años contados a partir de la vigencia del tratado no aceptarán la competencia de la Corte sobre crímenes de guerra cometidos en su territorio o por sus nacionales, hay quienes erradamente han asumido que la competencia de la Corte Penal Internacional opera respecto de crímenes de guerra acaecidos en Colombia sólo a partir del 1.º de julio de 2009.

Sobre el particular es necesario destacar que LUIS MORENO OCAMPO, Fiscal de la Corte Penal Internacional, al solicitar en marzo de 2005 al Gobierno colombiano que informara acerca de delitos cometidos por “los grupos llamados ‘paramilitares’, las Farc y el Eln, y oficiales de la Fuerza Pública colombiana”, puntualizó que la Corte “*no tiene jurisdicción sobre crímenes de guerra, pero sí sobre alegaciones de crímenes de lesa humanidad y genocidio*”¹⁸, motivo por el cual nada obsta para que pueda investigar y sancionar comportamientos ocurridos en Colombia en el marco del conflicto armado interno con posterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto de Roma, cuando comporten agresión a un grupo por motivos nacionales, étnicos, raciales o religiosos con el ingrediente subjetivo de destruirlo que configure una conducta genocida, o bien que se trate de un ataque generalizado o sistemático que permita advertir una política discriminatoria y que por tanto configure un crimen de lesa humanidad.

C. Funciones de la pena en el Estatuto de Roma

La función retributiva aparece en el preámbulo del Estatuto al señalar que “*los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo*”, y más adelante dispone que se debe “*poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes*”.

18 Periódico *El Tiempo*, 31 de marzo de 2005.

La función de prevención general negativa también aparece en el preámbulo al indicar que se deben “*adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que*” los crímenes de competencia de la Corte “*sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia*”, y que con la sanción de los responsables se contribuye a la “prevención de nuevos crímenes”.

La función de prevención general positiva se desentraña del preámbulo al expresar que se reconoce “*que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad*”.

Finalmente, la función de prevención especial se ubica en el artículo 110 del Estatuto, el cual se ocupa del examen que debe efectuar la Corte en punto de reducir la pena impuesta al infractor, en cuanto comporta valorar su cooperación con las investigaciones y enjuiciamientos adelantados por tal entidad, así como que haya facilitado la ejecución de las decisiones adoptadas.

En virtud de la competencia complementaria, la Corte Penal Internacional tiene que reconocer como válidos los fallos proferidos en el marco de la Ley 975 de 2005, en cuanto se trata de medidas adoptadas al amparo de la justicia transicional y de la justicia restaurativa, pero sin abandonar la función retributiva de la pena, esto es, sin que opere el perdón y olvido que conduce a la impunidad de los crímenes establecidos en el Estatuto de Roma, pese a que las penas entre 5 y 8 años de privación de la libertad resulten cortas frente a las sanciones ordinarias.

En efecto, si uno de los fines del derecho penal es mantener los mínimos de convivencia tolerante en el Estado democrático, cuando su aplicación no cumple con tal finalidad debe ser minimizado o abolido. Por ello, imponer penas cortas para lograr la mencionada convivencia no sólo es válido sino legítimo y en tal medida, debe ser respetado por la Corte Penal Internacional, en cuanto no comporta impunidad, por vía de que “*la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte*” (art. 17.2.a Estatuto de Roma), sino racionalización del derecho penal como instrumento de control social formal que no se justifica por sí mismo, sino en la medida que cumpla unos cometidos como la ya citada convivencia.

Recuérdese que la larga duración de las penas, inclusive desde BECCARIA, no determina el cumplimiento de la función de prevención general negativa y ni siquiera de la función de prevención especial negativa, tanto menos de la función de prevención general o especial positiva.

IV. UNA CONCRETA Y NECESARIA CONSECUENCIA DE LO PLANTEADO

Considero que la rebaja del 10% de la pena impuesta que dispone el artículo 70 de la Ley 975 de 2005 es aplicable con efectos ultractivos en virtud del principio de favorabilidad, pues la Corte Constitucional señaló que el fallo¹⁹ por cuyo medio fue declarada inexecutable por deficiencias de forma no tiene alcance retroactivo, y por tanto dicha norma rigió y puede tener efectos más allá de su vigencia.

La referida rebaja procede para todos los delitos, salvo aquellos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales, lesa humanidad y narcotráfico.

Los destinatarios de dicho precepto son aquellas personas diversas a las vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, pues para estos se encuentran dispuestos, entre otros, los “*beneficios judiciales*” de la pena alternativa de privación de la libertad por un periodo mínimo de 5 años y no superior a 8 años de que trata el artículo 29 de la mencionada ley²⁰; se trata naturalmente de una disposición que frente a los beneficios otorgados a una minoría por la comisión de graves comportamientos pretende también beneficiar, aunque en menor medida, a una gran mayoría que ha cometido toda clase de delitos, salvo los expresamente exceptuados por estimar que tienen especiales connotaciones de gravedad.

Debe proceder no sólo para cuando las sentencias por tales comportamientos se encuentren ejecutoriadas, pues ello incluiría una desigualdad sin razones objetivas, dado que en realidad todo dependería de la agilidad y diligencia con la que los funcionarios hubieran adelantado el proceso judicial o de las complejidades y vicisitudes de éste, más aún si en las actas de los debates parlamentarios de la norma en comento se afirma que se trata de “la propuesta de una rebaja general de penas del 10% para casi todos los *sindicados* y *condenados* de este país”²¹.

El diverso trato dispuesto por el legislador no resulta razonable, pues tanto para condenados como para procesados operan las mismas razones de política criminal que dieron lugar a la rebaja de pena, esto es, “otorgar una mayor protección a la dignidad de las personas privadas de la libertad –art. 1.º de la Carta Política–, aliviar el problema de sobrepoblación que se presenta en los establecimientos de reclusión que funcionan en el país, así como también facilitar la búsqueda de la reparación, reconciliación y convivencia pacífica al permitir una más rápida reincorporación del condenado a la sociedad y a su medio familiar”²².

19 Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006.

20 Fallo de tutela del 20 de junio de 2006, rad. 26.230, entre otras.

21 *Gaceta del Congreso* n.º 299 del 27 de mayo de 2005.

22 *Gaceta del Congreso* n.º 289 del 25 de mayo de 2005.

Tampoco tal discriminación responde a un criterio objetivo, en cuanto las consecuencias del derecho penal no pueden depender del azar de contar con ágiles funcionarios judiciales y expeditos trámites procesales, por oposición a los lentos o demorados por la carga laboral o la complejidad de los asuntos, como ya se expuso.

En consecuencia, el quebranto del derecho fundamental de igualdad de las personas impone, en virtud del artículo 4.º de la Carta, dar prevalencia a su artículo 13 sobre el ya mencionado precepto legal²³.

Y aún más, considero que si de conformidad con la criminología cada comportamiento delictivo supone una propuesta deslegitimadora de la organización política, social y económica del Estado, no hay duda que la rebaja de pena del 10% otorgada a los delincuentes diferentes a los que pertenecen a grupos armados al margen de la ley no se compadece con los beneficios de estos y, por el contrario, debió ser superior, *v. gr.* del 25%, o a través de otra fórmula disponer que todas las penas privativas de la libertad no fueran superiores por ejemplo a quince años, para con ello conseguir que todos los procesados y condenados, pertenecientes a tales grupos o no, se sintieran tratados con un similar rasero en punto de la reacción estatal en ejercicio del *ius puniendi*, y no que perciban que la organización armada, con el pretexto real o presunto de la insurgencia, resulta más beneficiada que, por ejemplo, la delincuencia común.

V. CONCLUSIONES

1. Si la pena privativa de la libertad no ha sido desde siempre consustancial e inherente al sistema penal, ya es hora de crear otros mecanismos para ejercitar el *ius puniendi* del Estado, o por lo menos, para menguar la recurrente utilización de la cárcel como respuesta al comportamiento delictivo, más aún cuando la privación de la libertad supone la grave y profunda privación o restricción de otros derechos, no solo del condenado, sino también de su círculo familiar y allegados.
2. Según la función retributiva de la pena en HEGEL, esta es necesaria para demostrar que la norma que asigna una sanción a la conducta dañosa se encuentra vigente y que por tal razón se va a sancionar al infractor y a quien en el futuro realice dicho comportamiento.
3. La Ley 975 de 2005 se encuentra dirigida fundamentalmente a establecer procedimientos que permitan la reincorporación a la sociedad y la reconciliación de los miembros de grupos armados al margen de la ley que hayan cometido delitos que no

23 Salvamento de voto de la magistrada MARINA PULIDO DE BARÓN al fallo de tutela radicado 26.271.

necesariamente deben ser políticos o conexos con estos, siempre que medie una contribución efectiva a la consecución de la paz nacional y se garanticen los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

4. La sociedad democrática no tiene como finalidad la convivencia pacífica, sino los mínimos de convivencia tolerante propios del paradigma conflictual que supone permanente tensión y lucha de contrarios.

5. En virtud de la justicia transicional, se trata de efectuar una ponderación para encontrar un equilibrio entre las demandas de sanción y las exigencias de perdón, entre la legalidad y la consecución de la reconciliación, entre la justicia retributiva y la impunidad.

6. La pena alternativa encuentra su legitimación dentro de un proceso regido por los supuestos de la justicia transicional, contando para ello con el auxilio de la justicia restaurativa, pero sin abandonar la justicia retributiva.

7. Nada obsta para que la Corte Penal Internacional pueda investigar y sancionar comportamientos ocurridos en Colombia en el marco del conflicto armado interno con posterioridad a la entrada en vigencia del mencionado Estatuto, cuando comporten crímenes de genocidio o de lesa humanidad.

8. En virtud de la competencia complementaria, la Corte Penal Internacional tiene que reconocer como válidos los fallos proferidos en el marco de la Ley 975 de 2005, en cuanto se trata de medidas adoptadas al amparo de la justicia transicional y de la justicia restaurativa, pero sin abandonar la función retributiva de la pena.

9. La rebaja del 10% de la pena impuesta que dispone el artículo 70 de la Ley 975 de 2005 es aplicable con efectos ultractivos en virtud del principio de favorabilidad y debe proceder no sólo para cuando las sentencias por tales comportamientos se encuentren ejecutoriadas.

