



**Revista de
Derecho
Público**

COLOMBIA: UN RETO PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL

PAULA DANIELA CALA PÉREZ

MARÍA CAMILA CRISTANCHO DUARTE

ALEJANDRO ORTIZ CABALLERO

CAMILO ANDRÉS QUIROGA

MARTÍN RUIZ GARCÍA

Artículo corto

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redpub.34.2015.28>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho Público N.º 34

Enero - Junio de 2015. ISSN 1909-7778

Colombia: un reto para la justicia transicional

Resumen

Dentro del marco del proceso de paz, Colombia se enfrenta al reto de implementar un sistema de justicia transicional que le permita obtener la paz, pero que a su vez garantice los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición. El presente trabajo tiene como finalidad la creación de un modelo de justicia transicional para Colombia, trayendo a colación experiencias comparadas de otros procesos. La metodología se centrará en responder cinco preguntas: ¿qué castigamos?, ¿a quiénes castigamos?, ¿cómo castigamos (cuánto, cómo y quiénes castigan)?, ¿qué exigimos y qué estamos dispuestos a ofrecer?, y ¿para qué castigar? Al final del texto se responderá a cada una de las preguntas, creando así una propuesta de modelo que cumpla con los lineamientos internacionales a los que se encuentra sujeta Colombia.

Palabras clave: Colombia, justicia, transicional, modelo, comparado, víctimas.

Colombia: a challenge for transitional justice

Abstract

Within the negotiations in the Habana, Cuba, Colombia is facing the challenge of implementing a system of transitional justice which allows it to reach peace, but that also guarantees the rights of the victims of truth, justice, remedy and guarantees of non-repetition. This work has the purpose of creating a model of transitional justice for Colombia, bringing experiences from other countries with similar processes. The methodology will be centered in answering five questions: What do we punish? Whom do we punish? How do we punish (how much, how do we punish and who punishes)? What do we request and what do we offer? And for what do we punish? At the conclusion of the text, each one of the questions will be answered, creating a model that complies with all the international requirements Colombia is subject to.

Key words: Colombia, justice, transitional, model, victims.

Colômbia: um desafio para a justiça transicional

Resumo

Dentro do marco do processo de paz, Colômbia se enfrenta ao desafio de implementar um sistema de justiça transicional que lhe permita obter a paz, mas que a sua vez garanta os direitos das vítimas à verdade, à justiça, à reparação e à garantia de não repetição. O presente trabalho tem como finalidade a criação de um modelo de justiça transicional para a Colômbia, trazendo ao debate experiências comparadas de outros processos. A metodologia será centrada em responder cinco perguntas: O que castigamos?, quem castigamos?, como castigamos (quanto, como e quem castigam)?, o que exigimos e o que estamos dispostos a oferecer?, e para que castigar? Ao final do texto serão respondidas a cada uma das perguntas, criando assim uma proposta de modelo que cumpra com os lineamentos internacionais aos que a Colômbia se encontra sujeita.

Palavras-chave: Colômbia, justiça, transicional, modelo, comparado, vítimas.

Colombia: un reto para la justicia transicional*

Paula Daniela Cala Pérez**

María Camila Cristancho Duarte***

Alejandro Ortiz Caballero****

Camilo Andrés Quiroga*****

Martín Ruiz García*****

SUMARIO

Introducción – I. ¿QUÉ CASTIGAMOS? – A. *Delito político* – 1. Corte Penal Internacional – 2. Corte Interamericana de Derechos Humanos – B. *Ley de tierras* – C. *Los demás delitos* – II. ¿A QUIÉNES CASTIGAMOS? – III. ¿CUÁNTA PENA ES NECESARIA? – IV. ¿CÓMO APLICAR LAS PENAS? – V. ¿QUIÉNES DEBEN JUZGAR? – VI. ¿QUÉ EXIGIMOS Y QUÉ ESTAMOS DISPUESTOS A OFRECER – VII. ¿PARA QUÉ CASTIGAMOS? – VIII. CONCLUSIONES – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Cala Pérez, P. D., Cristancho Duarte, M. C., Ortiz Caballero, A., Quiroga, C. A. y Ruiz García, M. (Junio, 2015). Colombia: un reto para la justicia transicional. *Revista de Derecho Público*, 34. Universidad de los Andes (Colombia).

** Estudiante de último semestre de Derecho y Economía en la Universidad de los Andes. Correo: pd.cala556@uniandes.edu.co

*** Estudiante de sexto semestre de Derecho, con opciones en Desarrollo y en Gobierno y Políticas Públicas, en la Universidad de los Andes. Correo: mc.cristancho10@uniandes.edu.co

**** Estudiante de sexto semestre de Derecho con opción en Economía en la Universidad de los Andes. Correo: a.ortiz10@uniandes.edu.co

***** Estudiante de noveno semestre de Derecho y quinto semestre de Ciencia Política en la Universidad de los Andes. Correo: ca.quiroga2118@uniandes.edu.co

***** Estudiante de sexto semestre de Derecho en la Universidad de los Andes. Correo: m.ruiz10@uniandes.edu.co

Introducción

El 26 de agosto del año 2012, en La Habana, Cuba, los delegados del Gobierno Nacional y de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) suscribieron el “Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”; el 18 de octubre se instaló oficialmente la mesa de conversaciones. Hasta el momento se han acordado tres de los cinco puntos que iban a ser discutidos: i) Política de desarrollo agrario integral, ii) Participación política y iii) Solución al problema de las drogas ilícitas. Sin embargo, aún están pendientes dos puntos cruciales y que probablemente serán fuente de discordia entre las partes negociadoras: el tema de las víctimas y lo relativo al fin del conflicto.

Es en dicho contexto en el que se enmarca este trabajo. Colombia se enfrenta al desafío de implementar un sistema de justicia transicional que le permita obtener la tan anhelada paz, pero que a su vez garantice los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición. Recordemos que el término justicia transicional hace referencia a la implementación de un sistema de justicia que permita una transformación radical del sistema social y político. Esta transformación puede materializarse en el paso de un sistema dictatorial a uno democrático o en la terminación de un conflicto armado interno para llegar a la paz (Saffon, 2013).¹

De igual forma, es importante destacar que la implementación de este sistema es de gran relevancia constitucional; basta con tener en cuenta que el artículo 22 de nuestra Carta Política dispone que la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento. Así mismo, los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves de derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, de la ONU, establecen los ya mencionados derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición. En este punto es importante resaltar que la Corte Constitucional, siguiendo esta tendencia del derecho internacional, ha reconocido expresamente estos derechos y ha adoptado una definición amplia del concepto de víctima.²

En ese sentido, el enfoque metodológico del presente trabajo girará alrededor de cinco preguntas básicas que se considera todo sistema de justicia transicional debe responder: ¿qué castigamos?, ¿a quiénes castigamos?, ¿cómo castigamos?, ¿qué exigimos y qué estamos dispuestos a ofrecer? y ¿para qué castigar? En cada pregunta se denotarán primeramente los límites que establece el derecho internacional a las posibles respuestas que se pueden ofrecer. Acto seguido, se hará un ejercicio de derecho

Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, encabezado por Libardo Ariza y Manuel Iturralde. Está pendiente de publicarse.

1 Esta cita corresponde al informe “El castigo penal en contextos de transición: estudio a la luz de experiencias internacionales”, realizado en el marco de un proyecto de investigación llevado a cabo por la

2 Se destacan los siguientes pronunciamientos: C-228 de 2002, C-454 de 2006, C-516 de 2007 y C-651 de 2011.

comparado, para analizar la forma en que otros países se han enfrentado a estas preguntas en sus propios procesos de justicia transicional para, finalmente, establecer qué enseñanzas nos dejan estos procesos para la coyuntura que actualmente atraviesa nuestro país. De igual manera, se analizarán los intentos nacionales que se han hecho en la misma dirección. En último término, y a manera de conclusión, se retomará lo expuesto en cada una de las respuestas para pasar a presentar un modelo de justicia transicional que se ajuste a los parámetros internacionales, responda a la realidad colombiana y pueda encaminar a nuestro país a finalizar un conflicto armado de más de cincuenta años y a la importantísima consecución de la paz.

I. ¿QUÉ CASTIGAMOS?

Con respecto al interrogante de qué castigar en el marco del postconflicto, es fundamental precisar que este no puede ser resuelto sin remitirse a un interrogante adicional: ¿qué podemos amnistiar o indultar, en el marco de nuestro ordenamiento jurídico y del derecho internacional? Con el fin de desarrollar dichos cuestionamientos, se partirá de clasificar las conductas de las partes del conflicto de acuerdo con grupos de tipos penales concretos, a saber: i) los delitos políticos, ii) los delitos que busca reparar la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras y iii) el resto de delitos.

La distinción entre delitos políticos y ordinarios ha jugado un papel preponderante en los diver-

sos conflictos a través de la historia, tal como se evidencia en el cuadro que muestra los países que amnistiaron delitos políticos en distintos períodos:

Período ¹	Países
1946 - 1989	República del Congo General, Argentina, Grecia, India (Nagaland), España, Brasil, Rodesia, Chad, Nicaragua, Sri Lanka. Lanka, Guatemala y Uganda
1990 - 2010	Rumania, Sudáfrica, Nicaragua, Senegal, Chad, El Salvador, Mozambique, Surinam, Liberia, Haití, Panamá, Filipinas, Guatemala, antigua Yugoslavia (tanto la República de Srpska de Bosnia como Croacia), Sierra Leona, Albania, Bangladesh, República Central Africana, Sudán, Tajikistán, Irlanda del Norte, Papúa Nueva Guinea, República Democrática del Congo, Kosovo, isla Salomón, Fiji, Burundi, Uganda, Perú, Chad, Angola, Guinea, Costa de Marfil, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Indonesia, Timor del Este, Liberia, Colombia, Angola, Burundi, Sudán, Nigeria y la República Central Africana.

Fuente: adaptado de Saffon (2013).

Respecto de los delitos que busca reparar la Ley 1448 del 2011 o Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, su definición como un grupo independiente radica en el reconocimiento a los intentos que ha hecho el Estado colombiano para enfrentar el dilema que plantea la reparación de las víctimas. Finalmente, el tercer grupo se

3 Esta división responde al criterio de antes y después de la Guerra Fría, punto nodal que marca el avance del derecho internacional.

define de manera residual, es decir, todos aquellos delitos que no se encuadren dentro de las categorías anteriores. Se pasará a explicar cada una de ellas.

A. Delito político

Para Vidal (1916) los crímenes políticos son aquellos delitos que violan solo el orden político de un Estado. Estos pueden ir en contra del orden exterior o el orden interior. Dentro de los primeros se encuentran el ataque a la independencia, a la integridad del territorio y a las relaciones de ese Estado con otros Estados. Dentro de los segundos se encuentran los ataques a la forma de gobierno, la organización y funcionamiento de los poderes políticos y los derechos políticos de los ciudadanos.

Dentro de la jurisdicción colombiana, se ha entendido que el delito político es aquel que, en el marco de un ideal de justicia, lleva a sus autores y copartícipes a realizar actos prescritos en la Constitución y en la ley como medio para realizar el fin que persiguen. Para la Corte Constitucional, el elemento central de un delito político radica en la búsqueda del bien común, así sea por medios erróneos, por lo cual se le debe dar un trato diferenciado (C-009/1995, V. Naranjo).

En materia penal colombiana, dentro de los delitos políticos están: i) la rebelión, ii) la sedición y iii) la asonada. Estos se encuentran consagrados en el título XVIII, bajo el nombre de 'delitos contra el régimen constitucional y legal', del Código Penal (CP) vigente a la fecha.

i. Rebelión: es el acto de tomar las armas con el fin de derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente (CP, art. 467).

ii. Sedición: es el empleo de armas para impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigente (CP, art. 468). En este sentido, mediante la sedición no se busca derrocar al Gobierno Nacional ni suprimir el régimen constitucional o legal vigente, sino perturbar la operatividad jurídica (C-009/1995, V. Naranjo).

iii. Asonada: las personas que de forma tumultuaria exigieren violentamente de la autoridad la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones, incurrirán en el delito de asonada (CP, art. 469).

Ahora, para efectos del análisis sobre qué castigar, y más precisamente sobre qué podemos indultar, es relevante analizar el marco del derecho internacional. Respecto a esto, hay que hacer una diferenciación de carácter teórico entre amnistía e indulto. La primera hace referencia a un mecanismo de extinción de la acción penal, mientras que el segundo corresponde a un mecanismo de extinción de la pena (C-695/2002, J. Córdoba).

El artículo 150, numeral 17, de la Constitución Política de 1991, facultó al Congreso para conceder "por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar". Dentro

de los límites establecidos para esta facultad, tenemos que:

- i. El Congreso no puede conceder amnistías e indultos por delitos comunes;
- ii. El Congreso no puede prohibir la concesión de amnistías e indultos por delitos políticos;
- iii. El Congreso puede extender la amnistía y el indulto a delitos conexos con los delitos políticos o subsumibles en estos pero siempre que respete criterios de razonabilidad e igualdad;
- iv. El Congreso puede extender la amnistía y el indulto a delitos conexos siempre que respete criterios de razonabilidad e igualdad;
- v. El Congreso tiene que dejar a salvo el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas (C-695/2002, J. Córdoba).

Respecto a esto último, la Corte ha sido clara al estipular que si bien la amnistía extingue la acción penal y la pena, y que el indulto extingue la pena, la extinción de la acción civil es una decisión independiente. Puede ser que el Congreso disponga que no se extingue la obligación de reparar, por lo que los amnistiados o indultados van a quedar vinculados por la obligación de reparar el daño causado. También puede darse que los beneficios, en el caso en particular, conlleven la extinción de la acción civil derivada de la acción penal, por lo que la obligación de reparar pasará a ser del Estado. Todo esto, siendo compatible con los derechos a la verdad, justicia y reparación que tienen las víctimas (C-695/2002, J. Córdoba).

Sin embargo, como ha sido reconocido en la jurisdicción interna, dentro de los delitos políticos, es decir, aquellos en los cuales es permisible conceder indulto o amnistía, no es posible que se encuadren los delitos de terrorismo, secuestro o extorsión. Al respecto, la Corte estableció que no es posible “homologar el delito de secuestro al delito político” (C-695/2002, J. Córdoba). El artículo 13 de la Ley 733 de 2012 establece que:

En ningún caso el autor o partícipe de delitos de terrorismo, secuestro o extorsión, en cualquiera de sus modalidades, podrá ser beneficiado con amnistías e indultos, ni podrán considerarse como delitos conexos con el delito político, dada su condición de atroces.

Si bien el Congreso tiene facultad para conceder amnistías e indultos por delitos políticos, esto debe ser con estricto respeto a la Constitución Política y a los tratados internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (DIH), que, recordemos, hacen parte del bloque de constitucionalidad. Por ejemplo, respecto al Estatuto de Roma, la Corte Constitucional consideró que los instrumentos internos deben garantizar a las víctimas y perjudicados por una conducta criminal, la posibilidad de acceder a la justicia para conocer la verdad sobre lo ocurrido y obtener una protección judicial efectiva. Es por esto que dicho instrumento no impide conceder amnistías que cumplan con estos requisitos mínimos (C-578/2002, M. Cepeda). Consecuentemente, a Colombia se le prohíbe conceder autoamnistías, amnistías en blanco, leyes de punto final o cualquier otra mo-

dadidad que impida a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial efectivo, tal como lo ha estipulado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

El problema que nos ocupa ahora es si conceder amnistías por delitos políticos podría poner a Colombia en una situación comprometedoras respecto a sus obligaciones de derecho internacional. Para esto, hay dos jurisdicciones internacionales a tener en cuenta: i) la Corte Penal Internacional (CPI) y ii) la Corte IDH.

1. Corte Penal Internacional

En concordancia con la ratificación del Estatuto de Roma por parte de Colombia, el 05 de agosto de 2002, la CPI puede ejercer jurisdicción sobre crímenes penales internacionales (definidos y limitados por el mismo Estatuto) desde el 01 de noviembre de 2002. Sin embargo, su competencia sobre crímenes de guerra obra solo desde el 01 de noviembre de 2009.

Según el Estatuto de Roma (artículos 1 y 5), la CPI tiene competencia, de manera complementaria a la jurisdicción nacional, para conocer de los crímenes de: i) genocidio, ii) lesa humanidad, iii) guerra y iv) agresión. Adicional a esto, de acuerdo con el principio *nullum crimen sine lege* (Estatuto de Roma, art. 22), la competencia se podrá limitar únicamente a los mencionados delitos. La complementariedad de la CPI implica que esta es competente para investigar y juzgar un caso, salvo que algún Estado alegue jurisdicción (Oscar, 2002). En consecuencia, solo si los Estados no asumen la sanción de los autores

de los crímenes, o no encuentran posible hacerlo, la CPI entrará a operar para garantizar que se haga justicia. Además, la competencia de la CPI se ve limitada por cuestiones de tiempo, espacio y personas. Por ejemplo, solo podrá intervenir en crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto, y desde el momento en que el Estado comprometido se hace parte de dicho instrumento (Estatuto de Roma, art. 11).

Es importante resaltar la relevancia que tienen para la CPI los Convenios de Ginebra, dado que dentro de los crímenes que conoce se encuentran violaciones a estos y al artículo tercero común. En ese marco, deben ser penalizadas según el DIH las siguientes conductas: a) atentados contra la vida y la integridad corporal, el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, tratos crueles, la tortura y los suplicios; (b) la toma de rehenes; (c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; (d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

Así, se puede decir que según el DIH deben ser juzgadas aquellas personas que hayan cometido, en razón del conflicto armado interno, alguno de los actos mencionados anteriormente.

Consecuentemente, si en el contexto del Marco Jurídico para la Paz Colombia ofreciera indulto para los crímenes de los que es competente la CPI, igual esta última tendría la capacidad de perseguir a los que presuma como culpables, y en

caso de encontrarlos como tales, de castigarlos según lo que dicte el Estatuto. Vale la pena hacer la salvedad de que escudarse en la fecha de entrada en vigencia del Estatuto para amnistiar actos cometidos antes del 2009, si bien sería jurídicamente posible, resultaría políticamente inaceptable.

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

De acuerdo con el artículo 62 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, la Corte IDH ejerce funciones jurisdiccionales y consultivas. Las primeras se refieren a la resolución de casos en que se alega la violación de alguna norma de la Convención por parte de uno de los Estados Partes; las segundas, a la facultad que tienen los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) de consultarla acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos (OEA, 1999). El 21 de junio de 1985 Colombia presentó un instrumento de aceptación en el que reconoció la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte IDH por tiempo indefinido, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento en que lo considere oportuno.

Los artículos 8 y 25 de la Convención establecen la obligación que tienen los Estados de suministrar a las personas las garantías y la protección judiciales a las que tienen derecho, así como el deber de prevenir, investigar y san-

cionar a los culpables de violaciones graves de derechos humanos (*Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, 2007). Adicional a esto, el artículo 1.1 de la Convención establece el compromiso que tienen los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en esta. Así las cosas, Colombia, al aceptar la Convención Americana y la competencia de la Corte, se comprometió a prevenir, investigar y sancionar cualquier violación a los derechos contenidos en este instrumento. Consecuentemente, pareciera ser que Colombia no puede, por lo menos respecto de los derechos que contiene la Convención, conceder un indulto o amnistía puesto que estaría incurriendo en incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

Dentro de los estándares que ha definido la Corte IDH en procesos de postconflicto, la primera aproximación que se dio fue en los casos contra Honduras de los años 1988 y 1989 (*Godínez Cruz vs. Honduras; Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*, respectivamente), donde reconoció de manera tangencial los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, con base en el artículo 68 de la Convención (Quinche Ramírez, 2009). Posterior a esto, con los fallos contra Guatemala en los años 1999 y 2004, se reconoció el derecho a la verdad como un derecho colectivo de la sociedad y en particular de las víctimas (*Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, 2000).

Finalmente, respecto del uso de leyes que conceden amnistías e indultos, existe la posición de que la Corte IDH ha puesto como estándar internacional su proscripción (Abuchaibe, s.f.). Esta

generalización, al parecer de los autores, es errónea. En el caso *Barrios Altos vs. Perú*, la ley de amnistía que estaba siendo analizada por la Corte exoneraba de responsabilidad a los militares, policías y civiles que hubieran cometido, entre 1980 y 1995, violaciones a derechos humanos, o que hubieran participado en estas violaciones (*Barrios Altos vs. Perú*, 2001). Si bien es cierto que la Corte ha estipulado que no son admisibles las disposiciones de amnistía que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de la violación, esto solo lo ha hecho en el marco de violaciones graves de los derechos humanos como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas; todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos (*Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, 2004).

De ahí que sea posible concluir dos cosas:

- i. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos no prohíbe que se concedan amnistías e indultos a delitos políticos.
- ii. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos sí prohíbe conceder amnistías e indultos a personas que cometan delitos graves, entre los cuales se encuadran todos los contemplados en el derecho internacional de los derechos humanos, y en particular en la Convención Americana de Derechos Humanos.

La gran conclusión de este apartado es que ni el régimen jurídico colombiano, ni las normas de derecho internacional aplicables proscriben

para Colombia conceder amnistías o indultos para delitos políticos.

B. Ley de Tierras

En este punto, dado que se hace referencia a aspectos reparativos y no punitivos de ciertos hechos, no hay estándares internacionales aplicables que limiten el actuar del Estado colombiano.

C. Los demás delitos

En el análisis sobre los delitos políticos, y en particular sobre la jurisdicción de la Corte IDH, se estipuló que esta proscribió a Colombia de conceder amnistías e indultos sobre derechos contenidos en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos, y particularmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adicionalmente, la Corte Constitucional estableció que:

Sería un contrasentido que el Estado Social de Derecho —que considera a la persona humana como fin en sí misma— relativizara la dignidad humana y llegara a beneficiar con la amnistía o el indulto al autor de un delito de lesa humanidad, como es el caso del secuestro (C-695/2002, J. Córdoba).

De esta forma, podemos concluir que es deber de Colombia castigar todos los delitos que se encuadren dentro de delitos de lesa humanidad y delitos contra los derechos humanos.

II. ¿A QUIÉNES CASTIGAMOS?

En este apartado es relevante hacer la distinción entre el DIH y el derecho internacional de los derechos humanos. El primero de estos es el encargado de resolver conflictos internacionales y no internacionales que afecten a las personas o a la propiedad. Sus principales fuentes son los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos adicionales. Es de especial importancia para el conflicto armado colombiano el artículo 3 común a los Convenios y a los Protocolos, pues este trata sobre conflictos no internacionales. Por el contrario, el derecho internacional de los derechos humanos aplica no solamente en tiempos de guerra sino también de paz, reclamando de todos los Estados determinado comportamiento que permita la protección de los derechos que pertenecen a cualquier persona, en su condición de ser humano. Aunque hay diferentes convenios importantes para este derecho, en el presente trabajo se hará especial énfasis en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

La importancia de esta distinción radica en las fuentes vinculantes para cada uno de estos sistemas, pues allí se encuentran las limitaciones que impone el derecho internacional a las amnistías, indultos y cualquier otra figura que disminuya las penas para los victimarios, como ya se ha reseñado anteriormente. Después de analizar estos textos legales y la jurisprudencia de las respectivas Cortes, los límites a las amnistías o indultos están en las acciones que deben ser penalizadas y en los dictámenes directos

que obliguen al Estado a llevar a cabo procesos judiciales.

Una vez hecha esta aclaración, se debe recordar que los Convenios de Ginebra imponen la obligación directa a los Estados de realizar procesos de investigación que permitan hallar a los culpables, iniciar un proceso judicial en contra de ellos, e imponer una pena por las infracciones graves que se hayan cometido.⁴ Sin embargo, es fundamental en este apartado señalar que estas obligaciones no se encuentran dentro del artículo 3 común a los Convenios, el cual hace referencia a los conflictos no internacionales, razón por la cual podría argumentarse que la obligación de investigar y enjuiciar a los responsables solo tendría lugar en los conflictos internacionales (Machado, 2014). No obstante, la doctrina ha mostrado cómo esta obligación también está presente en los casos de conflictos no internacionales, pues las mismas Cortes han reconocido la creación de reglas consuetudinarias. Fue así en el caso *Tadic*, donde el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia consideró que: “el régimen de infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario estaba gradualmente materializándose en derecho consuetudinario aplicable a los conflictos armados no internacionales” (Machado, 2014, pág. 26).

Adicionalmente, si se toman en cuenta las fuentes enunciadas en el acápite anterior, podría decirse que es deber del Estado colombiano

4 Artículo 49 (2) del I Convenio de Ginebra; artículo 50 (2) del II Convenio de Ginebra; artículo 129 (2) del III Convenio de Ginebra y el artículo 146(2) del IV Convenio de Ginebra.

investigar y castigar con penas privativas de la libertad a cualquier victimario que haya cometido delitos que afecten el DIH y el DHDH. Sin embargo, en el caso de la Corte IDH, esta ha desarrollado jurisprudencialmente matices que permiten vislumbrar un intermedio entre la imposición total ordinaria de la pena y la total impunidad. En el caso *Martiza Urrutia v. Guatemala*, la Corte IDH definió impunidad como “la falta, en conjunto, de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana” (Machado, 2014, pág. 30), demostrando que había responsabilidad del Estado si se incurría en una impunidad que tuviera estas características. En fallos más recientes, esta misma Corte ha dado mayor relevancia a las modificaciones que puede hacer un Estado a este tipo de normas y desarrollos jurisprudenciales que le imponen llevar a cabo un proceso judicial, por mecanismos que le permitan más fácilmente llegar a una superación del conflicto armado y reconciliación social (Corte IDH, 2012).

Como se puede ver, el DIH y el DHDH imponen a los Estados el deber de administrar justicia y, consecuentemente, castigar a todas las personas que hayan cometido las violaciones graves que se dicten en estos dos sistemas. Así mismo, bajo un desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH, se prohíbe la impunidad en su totalidad, sin embargo, no se ha afirmado que no esté permitido utilizar mecanismos alternativos en los procesos judiciales, como la priorización de casos y la selección por medio del rango militar de las personas que serán juzgadas.

Respecto a este último punto es importante mencionar al Estatuto de Roma, como una fuente que permite evidenciar otros límites que impone el derecho internacional a la hora de lo que puede y no puede hacer el Estado en lo concerniente a quiénes castigar. Primero, el artículo 25 del Estatuto, que trata sobre la responsabilidad penal individual, obliga a que sea juzgada toda persona que cometa un crimen de competencia de la Corte, y deberá responder quien “cometa el crimen por sí solo o a través de otra persona; ordene, proponga o induzca la comisión del crimen; sea cómplice o colabore; contribuya de algún modo en la comisión del crimen”.

Por otro lado, el artículo 28 trata la responsabilidad de los jefes y otros superiores, determinando que los superiores o el jefe militar responden por actos cometidos por las fuerzas que estuvieran bajo su mando y control efectivo. Se pensaría que esto anularía la figura de la responsabilidad individual, sin embargo, la responsabilidad del jefe militar puede ser entendida como aplicable solamente bajo ciertos parámetros que da el mismo artículo, como: tener conocimiento de que los subordinados estaban cometiendo los crímenes, que los crímenes están relacionados con sus labores, etc. Por último, el artículo 31 muestra ciertas circunstancias eximentes de responsabilidad penal, como: el padecimiento de una enfermedad o deficiencia mental, haber actuado en defensa propia, haber actuado como consecuencia de una amenaza de muerte, entre otras.

Los artículos anteriormente presentados son de especial relevancia para determinar que el

derecho internacional sí establece ciertos límites que debe cumplir el Estado colombiano a la hora de determinar a las personas que debe juzgar, pero al mismo tiempo abre ciertas posibilidades que incentivan y justifican la adopción de diferentes medidas para la superación del conflicto armado. Así, por ejemplo, los artículos del Estatuto de Roma hacen evidente que la CPI reconoce la responsabilidad individual, al mismo tiempo que adopta otras medidas para clasificar a las personas que merecen ser juzgadas por la justicia internacional, como el rango de la persona que llevó a cabo el crimen, o las causas que lo motivaron. Al mismo tiempo, es importante resaltar los esfuerzos mencionados en el DIH y el DIDH sobre la base de la pregunta de a quiénes castigar, pues mientras hay normatividad que obliga al Estado a castigar a cualquier persona que haya cometido delitos que se encuentren en los Convenios de Ginebra o en la Convención Americana, también jurisprudencialmente se han aceptado ciertas diferenciaciones o medidas que ayudan en la consecución de la paz.

Teniendo estos aspectos en cuenta, cabe preguntarse respecto a estas obligaciones internacionales: ¿qué ha sido aplicado en experiencias de justicia transicional en Colombia? La Ley 975 de 2005, más conocida como Ley de Justicia y Paz, presenta ciertas medidas o mecanismos de transición que permiten una superación más ágil del conflicto armado. Así, se crearon figuras como: requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva (art. 10) y para la desmovilización individual (art. 11); pena alternativa de cinco a ocho años con posterior libertad condicional por la mitad del tiempo que haya sido en-

carcelado (art. 29), etc. Con estas medidas, el Estado colombiano implementó estrategias extraordinarias para incentivar la desmovilización de los paramilitares. Estas no fueron creadas en el marco de una negociación entre partes que se reconocen como iguales, por lo que resultaron siendo de carácter mucho más impositivo que conciliador.

Con una perspectiva diferente a la Ley 975 de 2005, en el 2011 se emitió la Ley 1448, también llamada Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, como marco normativo para llevar a cabo las investigaciones pertinentes que dieran lugar a rehabilitación, compensación, restitución de tierras, reparación, ayuda humanitaria, entre otros. Este mecanismo ha permitido que cada vez más víctimas del conflicto armado puedan ser parte de un proceso justo en el que se identifique a los responsables, y estas puedan tener una restitución digna que les permita volver a su estilo de vida pasado. Es importante señalar que la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras ha sido implementada con un objetivo de reparación integral que haga posible no solo acceder a la verdad de los hechos cometidos, sino también llevar a cabo la realización de los derechos económicos y sociales de los afectados, y una mayor injerencia del Estado en diferentes zonas olvidadas del país.

El último esfuerzo legal estudiado es el Acto Legislativo 02 de 2012 o Marco Jurídico para la Paz. Este es el primer intento regulatorio en el que se manifiesta claramente una intención de modificar o hacer excepciones en el aparato judicial ordinario del Estado colombiano, toda vez

que propone un “tratamiento diferenciado para los miembros de los grupos armados en relación con su posición en el mismo” y la creación de instrumentos judiciales y extrajudiciales para que el Estado lleve a cabo su labor de investigación y sanción. Adicionalmente, da lugar a la creación de una Comisión de la Verdad, y a un tratamiento especial que solo será posible si los miembros de los grupos armados colaboran con la verdad, dejan las armas, reconocen la responsabilidad, liberan a los secuestrados y desvinculan a los menores de edad de sus grupos. En cuanto a quiénes se le aplicarán estas medidas, el acto legislativo le concede al legislativo la capacidad de regular dentro de un término de cuatro años los aspectos concernientes a este tema, permitiendo que se usen criterios de selección para juzgar a la mayor cantidad de responsables.

Teniendo en cuenta los aspectos internacionales y nacionales que han limitado a quiénes se debería juzgar, es importante hacer una propuesta que reúna los aspectos positivos de estas influencias. En el caso del postconflicto colombiano, la diferenciación respecto a amnistías e indultos que podría ser aplicada para descongestionar el sistema judicial, aplicaría para toda persona que haya cometido un delito político. Por otro lado, también podría crearse una corte internacional que se encargue solo del caso colombiano, juzgando al Estado y a las FARC, siempre y cuando hayan cometido delitos contra los derechos humanos y el DIH. Por último, la jurisdicción nacional juzgará a los civiles y a los miembros de bajo rango de grupos armados que, por causas del conflicto armado, hayan cometido algún delito contra el DIH y el DIDH.

III. ¿CUÁNTA PENA ES NECESARIA?

Como se indicó anteriormente, analizar un escenario de postconflicto supone cuestionarse acerca de las sanciones que se les impondrían a los actores armados en proceso de negociación. Inicialmente, la pregunta debe ir dirigida a determinar cuánto castigar, es decir, a analizar la forma como se determinaría la pena aplicable y la naturaleza de esta. Con el fin de absolver este interrogante se puede partir de analizar los tipos de penas que actualmente contempla el ordenamiento colombiano. El Código Penal en su artículo 34⁵ contempla tres modalidades de penas: las principales, las sustitutivas y las accesorias privativas de otros derechos. A pesar de los pormenores que conlleva cada categoría, en Colombia, debido a los fenómenos políticos y sociales que han demarcado su historia reciente, se ha abusado de la imposición de penas principales, como es el caso de la privación de la libertad.

Esto ha llevado a crear una cultura punitiva en el sistema judicial colombiano y la conciencia de que la única pena que garantiza la justicia es la limitación al derecho a la libertad. La anterior posición ha sido sustentada por diferentes autores,⁶ quienes además indican que la cultura de punibilidad es una de las trabas u obstáculos

5 El Código Penal colombiano actual se implementó a través de la Ley 599 de 2000. Dicha norma supuso cambios sustanciales con respecto a la normatividad anterior en cuanto a concepciones dogmáticas del derecho penal y la implementación de nuevos conceptos en materia de delitos, así como en la naturaleza y elementos de estos. Desde su implementación, el Congreso de la República lo ha modificado en diversas oportunidades.

6 Entre ellos Pablo de Greiff, en su texto *Justicia y reparaciones* (2006).

para un proceso de paz en Colombia. El creer que la privación de la libertad es la única pena que ofrece garantías de justicia, restringe la capacidad de negociación del Estado y lo priva de ofrecer medidas alternativas de sanción, por cuanto deja en la sociedad una imagen de posible impunidad. Lo anterior tiene un efecto en la aceptación que tengan las víctimas del proceso de paz, lo cual afecta directamente la legitimidad del proceso y la idea de justicia que en este se maneje (Linz, 1990).

Por lo anterior, resulta fundamental analizar con mayor detalle la forma en que se van a determinar las penas dentro de un escenario de postconflicto en el caso colombiano. Para este propósito, en primer lugar podemos remitirnos al concepto de tasación de la pena, esto es, al criterio de valoración judicial que permite al operador jurídico determinar el grado de castigo que merece un individuo, en razón del grado de afectación que dicho individuo ha ocasionado a bienes jurídicos en concreto (Uprimny y Saffon, 2007). Esta valoración, dentro de un Estado democrático, es realizada por el legislador, con base en una serie de criterios tanto subjetivos como objetivos. Los primeros se refieren a la valoración individual acerca de la gravedad de las conductas, y sirve como referente propositivo para la tasación de las penas. Los segundos se derivan de la valoración consagrada en la norma; en este sentido, deberá tener en cuenta las valoraciones constitucionales de los bienes jurídicos, la tradición histórica en cuanto a valoración de distintos delitos, y los estándares internacionales que actualmente se fijan para cada conducta en particular (Arnault, 2003). En

materia de postconflicto, son estos últimos los que adquieren mayor relevancia.

Estos criterios son los que permiten excluir de la legislación de un ordenamiento determinadas sanciones como la pena de muerte, y además la negociación de las penas dentro de un proceso de paz con grupos como las FARC y el ELN. Las penas, entonces, se constituyen en el objeto transigible con el cual se pretende garantizar algunos de los valores fundamentales de la justicia transicional, tales como la verdad, la reparación y la no repetición. Esta negociación supone una tensión entre la cultura de punibilidad y la viabilidad de un proceso de paz justo, como se expuso anteriormente (Uprimny y Saffon, 2007).

Todo lo anterior, adicionalmente, supone dos problemas esenciales. El primero de ellos es la dificultad para imponer penas alternativas que ayuden a cumplir las finalidades de la pena propias tanto del ordenamiento colombiano como del internacional. Este problema podría verse solucionado con la fijación de penas alternativas distintas a las de la privación de la libertad, como lo proponen algunos autores, junto con un acompañamiento estatal que permita integrar a los actores del conflicto en las diferentes estructuras sociales (Auckerman, 2002). La instauración de penas alternativas hace necesario, por un lado, la armonización de este sistema penal alternativo con el sistema penal tradicional y, por el otro, la armonización con los postulados constitucionales acerca de los derechos que tienen los miembros de los grupos armados como colombianos. Esto, bajo la interpretación de este texto, debe ser ahondado desde una cons-

trucción normativa y jurisprudencial que sirva como herramienta para construir el marco de penas, sanciones y castigos que acompañarán el proceso de paz y su visión en la etapa posterior a su implementación.

El segundo problema apunta a determinar quién debe fijar las penas en el escenario del postconflicto colombiano. Lo anterior es importante, dado que históricamente la fijación de las tasaciones de las penas en el ámbito internacional no ha sido uniforme, primero, por la diferencia en el operador jurídico internacional y, segundo, por los cambios normativos internacionales en los cuales se han valorado de forma distinta cada uno de los delitos. Un ejemplo que ilustra de forma clara estas problemáticas, resulta de la comparación entre tribunales como el de Nuremberg y el de Ruanda. Con relación a la primera problemática, en el primer caso no hubo penas distintas a las de prisión y muerte, mientras que en el segundo se impusieron penas alternativas como el trabajo social. Este tipo de penas eran determinadas por la comunidad y respondían al carácter mixto del tribunal, puesto que además del tribunal *ad hoc* impulsado por organizaciones como las Naciones Unidas, se permitió que para ciertos delitos y sujetos, jueces internos realizaran sus particulares procesos con reglas y disposiciones propias de su tradición (Arnault, 2003). Respecto a la segunda problemática, es clara la diferenciación en tanto en Nuremberg se admitió la pena de muerte como castigo, mientras que en Ruanda no.

IV. ¿CÓMO APLICAR LAS PENAS?

Con relación a cómo se debe castigar es fundamental remitirse al acápite sobre quiénes deben ser castigados, puesto que hacer la distinción entre sujetos activos permite así mismo aplicar de forma diferenciada las penas y los castigos (Galtung, 1998). Esta tendencia de diferenciar a los sujetos ha sido seguida históricamente en diferentes procesos de negociación, dado que además de permitir optimizar las penas ayuda a identificar el juez que debe actuar para impartir justicia en el caso concreto. Dentro de las tendencias internacionales más apropiadas para Colombia, resulta fundamental aplicar las penas dependiendo de dos criterios importantes: el primero de ellos es el rango que ostente el individuo dentro de la organización, con miras a determinar la responsabilidad y el grado de reproche que se le puede adjudicar en concreto; el segundo se refiere al tipo de delito que se le intenta adjudicar, dado que la naturaleza de este permitirá identificar así mismo el tipo de pena que se le va a impartir.

De forma mucho más concreta, en el proceso colombiano se pretende evaluar la aplicación de amnistías e indultos a los delitos políticos cometidos por grupos armados como las FARC y el ELN. Sin embargo, en concordancia con las diferentes disposiciones internacionales que señalan que no es posible conceder dichos beneficios en casos de violaciones a derechos humanos o la comisión de delitos de lesa humanidad, sería necesario que tales delitos sean juzgados y sancionados por la justicia excepcional que se

aplique. En el caso de las FARC, este escenario ha sido el más difícil de definir debido a que con los cambios en el estatus político de dicha organización, la sutil línea entre los delitos políticos y los no políticos en ciertos casos se hace demasiado compleja de determinar. Es claro que hay ciertos delitos como los sexuales que no entrarían bajo ninguna circunstancia a la categoría de delitos políticos. En los diferentes desarrollos normativos y jurisprudenciales que se han dado en la antesala de los acuerdos, tales como el Marco Jurídico para la Paz, ha sido evidente el problema que supone el no tener clara esta distinción. Para empezar, implica un peligro para las negociaciones puesto que si el resultado de estas no es coherente con los mínimos de justicia internacional, podría carecer de legitimidad dicho proceso y tribunales internacionales como la CPI podrían desconocer lo allí acordado. Lo anterior, con el fin de garantizar bajo el antecedente internacional el valor de la justicia y la garantía de no impunidad dentro del pacto de postconflicto (Skaar, 2013).

V. ¿QUIÉNES DEBEN JUZGAR?

Como último punto a analizar, está lo relacionado con quiénes deben ser los que pongan en práctica la aplicación de penas y castigos. Dentro del marco del postconflicto se puede hablar de tres modalidades reconocidas históricamente como solución a dicho interrogante en el escenario internacional. En primer lugar, casos como el de Nuremberg (1945), el de Tokio (1946) y hasta el de Ruanda (1994) se postulan como la modalidad de garantía de justicia más utilizada en

la historia del derecho internacional (Futamura, 2006). Esta primera modalidad consiste en la creación de tribunales *ad hoc*; estos tribunales son organismos colegiados encargados de asumir la investigación y el juzgamiento de los actos delictivos cometidos por determinados sujetos en un territorio específico durante un tiempo determinado (Oduro, 2007). La categoría especial de dichos tribunales, y que los hace diferentes a los operadores jurídicos nacionales internos, es que los tipos de delitos que juzgan tienen una relevancia tan significativa que prestan mérito suficiente para que sea la comunidad internacional en conjunto la que sancione por dichas conductas. Se considera la modalidad más recurrente de aplicación de justicia por cuanto tiene un estatus de legitimidad superior que garantiza mayor justicia en los casos que asume (Beristain, 2011). Adicionalmente, se presenta como un punto intermedio en donde no se aísla completamente la penalización de los delitos a una esfera internacional, sino que conjuntamente con la población afectada se realiza un proceso de armonización que permite la participación activa de las víctimas. Es también una modalidad importante en tanto es una forma de que la comunidad internacional participe en el proceso de reconstrucción de la esfera social de determinada comunidad; esta participación no es solamente judicial sino también económica, académica y política. En los casos en los que se ha hecho uso de esta alternativa, la conformación y estructuración de dichos tribunales ha surgido de la iniciativa o con el acompañamiento de diferentes organismos internacionales de naturaleza regional o global.

La segunda modalidad de justicia para casos de postconflicto, en un marco de justicia transicional, es la del juzgamiento de los hechos de forma privativa dentro del ordenamiento interno del Estado en cuestión. Esta ha sido la modalidad menos utilizada en los casos recientes debido a que es la que mayores problemas de legitimidad supone en el escenario internacional. Dos casos bastante reconocidos que rinden cuenta de la aplicación de este modelo son el argentino y el español, en razón a que permiten demostrar las problemáticas a las que se enfrentan las comunidades que desean juzgar los delitos de transición en el escenario interno. Para explicar lo anterior, en primer lugar se puede señalar que estos son el resultado de procesos de transición que se cumplen de forma hermética y que conllevan una gran responsabilidad de los actores estatales. Consecuentemente, se opta por iniciar procesos internos que tratan de blindar al Estado y minimizar su responsabilidad ante la comunidad internacional por la posible comisión de delitos contra los derechos humanos o violaciones al DIH. El problema de legitimidad de los procesos mencionados, resulta de que al no haber una renovación efectiva de las estructuras políticas y judiciales de un país, pueden abrirse espacios de impunidad y no garantía de verdad, justicia, reparación y no repetición para las víctimas (Futamura, 2006).

Sin embargo, esto no quiere decir que este modelo no tenga sus ventajas. Cuando el proceso de postconflicto conlleva un cambio radical en las esferas no solo políticas, sino también normativas de determinado Estado, con la supervisión internacional puede darse el escenario de

garantía suficiente para realizar el proceso de sanción y adjudicación de responsables por los delitos que se decida juzgar. Esto gozaría de una investidura de legitimidad y provecho sociológico en tanto es la forma más adecuada de lograr pactos de reconciliación no solo política sino también social y cultural (Auckerman, 2002).

Para concluir la descripción de las modalidades enunciadas inicialmente, tenemos en tercer lugar a las cortes internacionales, las cuales se han postulado como el modelo más simbólico en la opinión jurídica internacional, por representar los esfuerzos de la comunidad mundial por construir escenarios de cooperación que eviten repetir las circunstancias de distensión y hostilidad que se han presentado de forma repetitiva en la historia mundial (Bassiouni, 1998). Este modelo opera como un organismo colegiado que asume de forma subsidiaria todos los casos de contención en donde una de las partes es el Estado, o bien, las situaciones de violación categórica, masiva y sistemática a los derechos humanos de una comunidad o individuo en particular, con la consecuente comisión de delitos de gran escala dentro de los que se encuentran los denominados de lesa humanidad. Por ser el más nuevo, su experiencia internacional resulta un tanto limitada. Tan es así, que la CPI solo produjo su primera sentencia por la comisión de crímenes de guerra en el año 2012, a pesar de que su creación fue en 1998.⁷

⁷ Al respecto, Andreas Forer en una columna de *El Espectador* trata el particular. Disponible en <http://www.elespectador.com/opinion/corte-penal-internacional-y-su-primera-sentencia-incomp-columna-332827>

Lo anterior indica la baja capacidad operativa de dicha Corte y la poca efectividad con que actúa, por tanto, si bien sería simbólicamente exitosa para un caso como Colombia, materialmente implicaría procesos de larga duración que podrían llegar a ser poco viables en la situación objeto del presente análisis. Es preciso señalar que la CPI no es la única que tendría competencia para conocer de los casos producto del postconflicto colombiano; otros organismos como la Corte IDH estarían facultados para asumir y tomar parte como jueces.

Dicha Corte, de naturaleza regional, asume casos en los que la parte demandada es el Estado, por violación a los derechos humanos de algún particular. En comparación con la CPI, la Corte IDH ha sido más proactiva y eficiente en la resolución de los distintos casos que se han puesto en su conocimiento. Sin embargo, al tener una naturaleza subsidiaria, requiere agotar las instancias internas para dirimir el conflicto, promoviendo así un fortalecimiento estratégico de los operadores jurídicos de los Estados que le reconocen jurisdicción a dicho tribunal (Skaar, 2013).

Hecho el anterior recuento, se hace indispensable estudiar cuál de los modelos enunciados anteriormente es el más apropiado para el caso colombiano. En este punto se puede partir de las experiencias anteriores, tal como el proceso de desmovilización de los paramilitares a través de la Ley de Justicia y Paz. En este, la tarea de impartir justicia fue asumida por los jueces internos, quienes con unas condiciones especiales debían imponer la sanción a los miembros de grupos armados. Sin embargo, esto no resul-

tó tan exitoso como se esperaba, por diversas razones: la primera de ellas, porque no hubo la armonización penal mencionada anteriormente, y por ello, dentro del marco de acuerdos con dichos grupos, se fijaron unas penas irrisorias que no fueron proporcionales al resto del sistema penal y dejaron una sensación de impunidad y no reparación por la vía judicial para sus víctimas; la segunda, por el hecho de que los altos mandos no fueron juzgados por jueces colombianos puesto que fueron solicitados en extradición por el gobierno de Estados Unidos. Este segundo factor ha tenido claras incidencias en la garantía de verdad, pues al no estar presentes los victimarios, no pueden aportar datos ni historias que sirvan a la reconstrucción de los sucesos relevantes dentro del escenario del postconflicto.

Un tercer punto a tener en cuenta es que la justicia en Colombia es un valor difícil de garantizar, puesto que conlleva altos costos sin un valor significativo de eficacia, restando la legitimidad suficiente para confiar en el aparato institucional interno. Por ello, muchos casos de la época paramilitar se han llevado hasta instancias internacionales, como la Corte IDH, la cual garantiza mayor celeridad y a su vez una mayor probabilidad de encontrar seguridad en cuanto al cumplimiento de los fallos judiciales.

Para concluir, podemos decir que en Colombia, asumir internamente el juzgamiento de todos los delitos de las FARC o el ELN resulta poco productivo y carente de legitimidad en instancias nacionales e internacionales. Por ello, si se pretende solucionar el problema de desconfianza que existe no solo entre las partes en negocia-

ción sino en la comunidad internacional, quien asuma los casos del postconflicto colombiano deberá ser un tribunal que articule elementos internos con otros de carácter internacional. Lo anterior permitirá dar un buen término a las negociaciones, con un escenario que garantice derechos y valores propios de un marco de paz, justicia y democracia.

VI. ¿QUÉ EXIGIMOS Y QUÉ ESTAMOS DISPUESTOS A OFRECER?

Como ya fue explorado en la secciones anteriores, existe la obligación en cabeza del Estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar a quienes cometan delitos que comporten graves violaciones de derechos humanos (Botero y Restrepo, 2006). No obstante, estos estándares internacionales no se oponen a la adopción de esquemas penales alternativos, o incluso a ciertos indultos condicionados para delitos que no se erijan como violaciones al DIH o al derecho internacional de los derechos humanos, con tal de obtener la paz. Con eso en mente, no se reiterarán dichos análisis en esta sección.

Ya que existe claridad acerca de qué dictan las obligaciones internacionales del Estado colombiano en este punto, es posible hacer referencia a las experiencias comparadas. Para empezar, se tratará lo relativo a qué se le puede ofrecer a los insurgentes a cambio de su desmovilización. En este punto es necesario analizar la experiencia de transición llevada a cabo en El Salvador.⁸

8 El análisis del caso de El Salvador es una versión actualizada de ciertos planteamientos ya desarrollados por uno de los coautores —Martín

La transición de la guerra a la paz en el mencionado país se dio dentro del contexto de un proceso general de democratización que se desarrolló desde 1980. Para reintegrar a los miembros desmovilizados de los grupos insurgentes parte del conflicto se creó el Plan de Reconstrucción Nacional, el cual contenía: un programa de reinserción cultural que contemplaba el otorgamiento a los desmovilizados de créditos que les permitieran adquirir propiedad agraria, capacitación agroindustrial e implementos que les facilitaran el aprovechamiento productivo de la tierra; un programa de reinserción en industria y servicios, que incluía capacitación en administración de empresas, créditos para la creación de microempresas y asistencia técnica en el proceso; un programa de reinserción escolar que comprendía la provisión de becas a los excombatientes que quisieran concluir sus estudios de secundaria o de educación superior; un programa de reinserción para 600 líderes y mandos medios de los grupos desmovilizados que consistía en educación en creación de pequeñas y medianas empresas y apoyo técnico en el proceso; servicio de asistencia para los heridos de guerra; y un programa de reinserción escolar para los menores que hubieran sido parte del conflicto (Segovia, 2009).

Muchos de estos programas tuvieron resultados modestos, ya sea por problemas en el diseño y la implementación o por llana falta de voluntad

Ruiz García— en el marco de la investigación para un proyecto adelantado por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, dirigido por los profesores Libardo Ariza y Manuel Iturralde. Dicho proyecto estudió las perspectivas en materia de política carcelaria para el contexto del postconflicto, que también hizo parte del proyecto referente al estudio de derecho comparado dirigido por María Paula Saffon.

política. Los programas rurales fallaron porque no se tuvo en cuenta la crisis del campo en El Salvador, que hizo que este sector fuera poco rentable económicamente. La capacitación en administración de empresas tuvo el problema de que no tomó en cuenta las características de sus destinatarios; la mayoría de las personas eran analfabetas. Finalmente, el programa para los heridos de guerra hasta el día de hoy no ha sido totalmente implementado (Segovia, 2009).

Algunas de estas medidas son ciertamente compatibles con el contexto colombiano, pues el conflicto armado ha sido fuertemente marcado por el problema agrario. Eduardo Pizarro, siguiendo a Pierre Gilhodés, señala tres tipos de conflictos agrarios determinantes en el surgimiento de movimientos armados de corte comunista o socialista, tal como las FARC:

Los relativos a las condiciones de trabajo en las haciendas, sin que se tocara, al menos inicialmente, la cuestión de la propiedad de la tierra; los conflictos relacionados con la propiedad de la tierra, mediante el cuestionamiento de los títulos de propiedad; y, finalmente, las disputas relacionadas con la problemática de las comunidades indígenas (por ejemplo, la recuperación o la defensa de las tierras de los resguardos) (Pizarro, 1989, pág. 2).

Como vemos, el conflicto armado colombiano tiene raíces amplias en los asuntos agrarios. En ese tipo de situaciones, ofrecer a los desmovilizados, siguiendo el ejemplo de El Salvador, créditos para adquirir territorios y capacitación agroindustrial puede ser un incentivo poderoso

para fomentar la desmovilización. Sin embargo, esta alternativa debería ser parte de una reforma rural agraria amplia que tome una postura integral frente a la cuestión agraria. Sin duda alguna, dar créditos y capacitación a miembros de las FARC, sin enfrentar los problemas generales que aquejan al campo colombiano sería un ejercicio fútil.

Con lo anterior en mente, es importante destacar el acuerdo ya logrado en la mesa de negociación de La Habana, titulado “Reforma rural integral”. Este acuerdo contempla la creación de un fondo de tierras para beneficiar a los campesinos sin tierra o con tierra insuficiente, protección de áreas que sean de interés ambiental, sentar lineamientos claros sobre el uso de la tierra, crear una jurisdicción agraria especializada, proveer a los campesinos los elementos técnicos necesarios para el aprovechamiento de la tierra, constituir zonas de reserva campesina y apoyar las ya constituidas, así como formalizar los derechos de propiedad (Gobierno Nacional, 2014). Es necesario que se estipule claramente que los guerrilleros que se desmovilicen podrán acceder a los beneficios que contempla esta reforma.

Para finalizar este aparte es necesario resaltar la importancia de aprender de los errores que se cometieron en El Salvador. Todo proyecto que se adelante debe estar acompañado de un componente técnico importante que permita que las medidas adoptadas se implementen de manera adecuada a la realidad del campo colombiano. De igual forma, es fundamental que haya una voluntad política fuerte, de manera que no

se abandonen los proyectos propuestos. En este último ítem es de particular relevancia la existencia de una veeduría ciudadana vigorosa, dispuesta a exigir el cumplimiento de los acuerdos que se contemplen en las negociaciones.

Por otro lado, debemos analizar qué vamos a exigirles a los insurgentes a cambio de las prerrogativas señaladas. En este punto es importante estudiar el proceso de transición adelantado en Sudáfrica. Allí, en las negociaciones llevadas a cabo por las partes del conflicto se negoció la implementación de una Constitución provisional, la cual rezaba: “Con motivo de alcanzar... reconciliación y reconstrucción, se concederá amnistía con respecto a actos, omisiones y ofensas asociadas con objetivos políticos y cometidas en el curso de los conflictos del pasado” (van der Merwe y Lamb, 2009, pág. 16). Para llevar a cabo este mandato constitucional se incluyó entre las funciones de la Comisión de Verdad y Reconciliación la implementación de las amnistías.

La Comisión estaba encargada de revisar la aplicación de amnistías por ofensas civiles y penales, que debían ser de carácter individual. Los criterios legales para determinar el otorgamiento de la amnistía eran los siguientes: el solicitante tenía que demostrar que los actos por los cuales pedía la amnistía habían respondido a una motivación política y proveer toda la información relativa al acto (van der Merwe y Lamb, 2009). Este último requerimiento es el que lleva a Uprimny (2006) a caracterizar este proceso de transición como uno de perdones “responsabilizantes”. En total, el comité encargado de trami-

tar las solicitudes de amnistía recibió 7112 peticiones, de las cuales 849 fueron concedidas, 5392 fueron rechazadas y 871 fueron retiradas. Adicionalmente, el Estado, con la intención de respetar los derechos de las víctimas, que se habían visto fuertemente limitados, se comprometió a adoptar medidas razonables para iniciar procesos criminales en contra de los perpetradores a los que les fuera negada la amnistía (Varney, 2010).

En cuanto a la reparación, las víctimas registradas por la Comisión de Verdad y Reconciliación recibieron cada una un pago de 6000 dólares por parte del Gobierno. Este pago no incluía asistencia prioritaria en servicios de salud, sociales o de educación y fue hecho solo hasta el año 2003. En este punto es importante señalar que las víctimas no podían iniciar ningún proceso civil en contra de aquellos perpetradores a los que se les hubiera concedido amnistía. Para el año 2009, solo se había iniciado un caso frente a la jurisdicción civil en contra de un perpetrador que no había sido amnistiado; el caso fue resuelto por fuera de juicio (van der Merwe y Lamb, 2009).

El caso sudafricano aporta una enseñanza valiosa para el proceso colombiano. En primer lugar, sería una buena medida exigir a los mandos medios y bajos, como contraprestación al abandono de persecución penal en su contra, colaboración en el esclarecimiento de la verdad en el marco de una Comisión de Verdad y Reconciliación. Igual requerimiento habría de hacerse a los mandos altos señalados de graves violaciones de derechos humanos, a cambio de

la aplicación de esquemas penales alternativos. Lo anterior sería una medida efectiva tendiente a respetar el derecho de las víctimas a la verdad.

Sin embargo, el verdadero valor del caso sudafricano proviene menos de sus aciertos y más de sus desaciertos. Es importante resaltar que los resultados de persecución penal en contra de los perpetradores que no se beneficiaron de la amnistía han sido modestos. Howard Varney ha señalado como:

Según el Jefe de la PCLU (la unidad fiscal que atiende los casos de la Comisión de Verdad y Reconciliación), hay varios obstáculos para la interposición de acciones judiciales. Éstos incluyen: la falta de capacidad de investigación dentro de la unidad; el hecho de que los Servicios de Policía de Sudáfrica no están dispuestos a asumir los casos debido a “las dimensiones políticas asociadas a estos, así como a la elevada carga de trabajo; (...) y el paso del tiempo, especialmente en relación con la enfermedad o muerte de los victimarios y los testigos (2010, pág. 347).

Esto señalaría que la limitación al derecho de las víctimas a la justicia a favor de la obtención de la paz fue mucho mayor de lo que se disponía en papel. Este hecho, sin duda alguna, resta legitimidad al proceso. De igual manera, no hubo requerimientos a los victimarios para que, además de colaborar con el esclarecimiento de la verdad, contribuyeran con la reparación de las víctimas, lo que podría haber ayudado a lograr una reparación más integral de la que en efecto se dio. Colombia debe aprender de estos errores

y, en concordancia, asegurar que va a existir un andamiaje institucional fuerte y legítimo capaz de adelantar los juzgamientos. En este último punto es fundamental la colaboración internacional y el establecimiento de misiones de este corte que sirvan de garantes de la imparcialidad del sistema de justicia. Además, es necesario exigir a aquellos perpetradores que se desmolicen, que a cambio de la renuncia a la persecución penal o la aplicación de tratamientos penales diferenciados,⁹ colaboren tanto con la verdad como con la reparación.

VII. ¿PARA QUÉ CASTIGAMOS?

Según cifras del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) publicadas en mayo pasado, el índice de hacinamiento en las cárceles del país era del 55,2 por ciento, superando en 41.802 internos la capacidad del Establecimiento Reclusorio de Orden Nacional e Internacional (Eron) (Castellanos, 2014).

Estas cifras preocupantes denotan una creciente problemática que acecha a las cárceles colombianas, a saber: el hacinamiento infrahumano en el que se encuentran los presos del país. Tan grave es el problema que desde 1998, en la sentencia T-153, la Corte Constitucional declaró que la situación carcelaria constituía un “Estado de cosas inconstitucional”, por las

⁹ En este punto es procedente anotar que hoy en día, dados los estándares internacionales previamente señalados, no se podrían conceder indultos o amnistías a quienes cometan delitos que comporten graves violaciones de derechos humanos. No obstante, renunciar a la persecución penal de mandos medios y bajos no iría en contra de esta obligación que, de igual manera, no excluye el tratamiento penal alternativo de los que hayan cometido estos crímenes, siempre y cuando la reducción de la pena no sea tan sustancial que pueda ser señalada como un indulto o amnistía encubierto (Botero y Restrepo, 2006).

condiciones en que se encontraban los presos, las cuales, como evidencia el reporte de Castellanos (2014), no han cambiado en gran medida. Ni la construcción de prisiones, ni el traslado de prisioneros de institución en institución han sido suficientes para solucionar esta grave situación, como lo demuestra el Auto 041/11 de la Corte Constitucional, por mencionar alguna de sus sentencias, lo cual despierta una gran preocupación en el ámbito nacional. Lo anterior, aunado a que gran cantidad de los prisioneros no son condenados, sino solo sindicados cuyo caso no ha llegado a sentencia, denota además el problema de la ineffectividad de la justicia penal ordinaria.

Con los problemas previamente planteados, el hacinamiento carcelario y la ineficacia de la justicia penal ordinaria, *ad portas* de posibles procesos de paz con las FARC y el ELN, cuyos posibles desmovilizados podrían ascender a nueve mil¹⁰ según las cifras más optimistas, es necesario plantearse para qué se castiga a las víctimas, es decir, qué finalidad o qué propósito tiene castigar penalmente a todos y a cada uno de los miembros de los grupos alzados en armas, como lo han propuesto varios funcionarios importantes del Gobierno colombiano. Por todo lo anterior, es el propósito de esta sección analizar el objeto y la utilidad del castigo penal para los desmovilizados de un posible proceso de paz, con el fin de dar luz acerca de la finalidad que busca este proceso y de qué tan apropiado es el castigo penal para alcanzarlo. Adicionalmente,

sustentar la posibilidad, incluso la necesidad, de buscar alternativas a la pena que cumplan de una manera más eficaz el propósito de toda justicia de transición que se considere exitosa: la consecución de una paz que incluya integralmente a las víctimas y proteja sus derechos.

Un primer aspecto a estudiar es que Colombia tiene compromisos internacionales que de una u otra manera representan una presión que obliga al país a castigar ciertas acciones. Sin embargo, puesto que el tema ya ha sido tratado de manera extensiva en apartes anteriores, esta sección se encargará no del tema internacional, sino de la dogmática penal del castigo, es decir, del sustento teórico del porqué debe o no castigarse a los posibles desmovilizados del conflicto armado.

Como bien lo han mencionado importantes líderes de opinión en el país, ha sido un discurso facilista hablar de paz sin impunidad en Colombia, discurso que por supuesto despierta el furor de las masas, pero que en la práctica, y más teniendo en cuenta los datos presentados, es impracticable (Coronell, 2014). En muchos casos, la impunidad ha sido entendida como el no actuar ante acciones ilegales, lo cual significa un despropósito del derecho penal. En esta medida, y en primer lugar, es importante plantear el propósito que debe tener la pena en un ámbito de transición del conflicto hacia la paz, en un país que ha vivido los horrores de la guerra por más de cincuenta años.

Franz von Liszt (1983), en su obra *La idea del fin en el derecho penal*, al estudiar el origen de

10 Correspondientes a 8000 de los primeros y 1000 de los segundos, como lo afirmó el ministro de Defensa, Juan Carlos Pinzón (Concha, Holguín, Zúñiga y Silva, 2012).

la pena contrasta dos perspectivas: en primer lugar, la pena es una creación de la inteligencia humana con un fin determinado; o, en segundo lugar, la pena es una reacción ciega e instintiva por parte de los individuos, que carece de finalidad distinta a la venganza. Respecto a lo anterior, von Liszt toma una posición central al afirmar que:

La pena es originalmente, o sea, en aquellas formas primitivas que se pueden reconocer en los comienzos de la historia de la cultura humana, una reacción de la sociedad frente a perturbaciones externas de las condiciones de vida, tanto del individuo como del grupo de individuos, ciega, instintiva y no intencional ni determinada por representación de un fin. Pero poco a poco la pena transforma su carácter (1883, pág. 63).

Como evidencia el autor, si bien en un inicio la pena tiene un carácter ciego e instintivo, esta ha tendido a una evolución que se ha caracterizado tanto por su objetivación, en el sentido en que se ha encargado a órganos neutrales de declarar las penas, como por su inclinación cada vez mayor a un carácter finalista. Por tanto, esta evolución en el derecho penal nos debe inclinar a pensar que debe haber un para qué, un propósito más allá de una reacción instintiva y ciega de la sociedad civil colombiana, que justifique la forma en que deban ser castigados aquellos desmovilizados que desean dejar las armas y dedicarse a un proyecto de paz.

En cuanto a lo anterior, es importante resaltar lo planteado por algunos autores acerca del propósito del castigo en sociedades democráticas,

como la colombiana, en casos de transición. Bajo los principios de las sociedades democráticas, como la igualdad y el trato digno entre ciudadanos, Beade (2013) plantea que el papel de la pena debe ser el de poder recuperar o reintegrar a un ciudadano que ha cometido un error, lo más pronto posible. Sin embargo, aclara que para que exista la posibilidad real de recuperarlo, debe darse un factor adicional, a saber: el arrepentimiento de aquel que ha quebrantado las reglas en las que todos, como sociedad democrática, se han puesto de acuerdo. Dicho arrepentimiento, afirma este autor, funciona en doble vía: en primer lugar, permite un reconocimiento por parte del infractor acerca del daño que ha causado, y en segundo lugar posibilita que la sociedad vuelva a acogerlo como uno de los suyos. Además, esto está fuertemente supeditado al deseo que tenga el infractor de volver a su comunidad. De igual manera, en su concepto es fundamental para que se dé este proceso de arrepentimiento y la posibilidad real de reintegración a la sociedad civil, que la verdad tenga un lugar privilegiado en cualquier proceso al que se acoja el infractor, pues, en primera instancia, tiene el valor pedagógico de mostrarle a los victimarios el daño que han causado quebrantando las normas democráticamente establecidas, a la par que permite que las víctimas tengan una mayor posibilidad de entender aquello que llevó a los primeros a incurrir en acciones prohibidas.

Tomando en cuenta entonces que la finalidad de la pena, en las sociedades democráticas como la colombiana, es la reintegración del ciudadano que ha cometido un error, es importante preguntarse qué tanto aportan para dicha finalidad

penas como la restrictiva de la libertad. Al respecto se ha afirmado que por diferentes factores la restricción de la libertad en instituciones penitenciarias no solo no ayuda a este propósito, sino que por el contrario puede truncarlo. Estudios rigurosos de procesos transicionales en Latinoamérica han encontrado que el encarcelamiento de infractores poco contribuye a estos procesos pues dicho tratamiento: privilegia el silencio frente a la verdad por el temor a mayores penas; tiende a generar rencor, más que arrepentimiento por parte del condenado y poco contribuye a la reintegración del preso (Gargarella, 2012). Adicionalmente, exponen los estudios, existen mejores alternativas para lograr tanto la prevención especial negativa, como la general negativa, que son supuestamente los grandes logros de la pena restrictiva de la libertad (Gargarella, 2012). Todo lo anterior, sin siquiera considerar la condición específica de las prisiones colombianas, puede llevar a pensar que si lo que se busca es la reintegración debe pensarse en alternativas distintas a la prisión.

Como se ha visto, es necesario que la pena, dada la evolución del derecho, tenga una finalidad. Esta finalidad puede ser concebida como la reintegración de ciudadanos iguales, que han cometido errores, a la sociedad civil. Sin embargo, la pena restrictiva de la libertad poco parece contribuir en este proceso. En este punto, la experiencia comparada puede dar luces acerca de a qué se debe apuntar, si realmente se busca una reintegración de los desmovilizados y de los otros actores violentos, y no una reacción ciega e instintiva como respuesta a los crímenes que estos han cometido.

Claudia Hilb (2012), en su artículo “Justicia, reconciliación, perdón” ahonda de manera importante en lo planteado por Beade. Para esta autora, parte fundamental de la reintegración es el perdón de las víctimas, y este solo puede darse cuando existe entendimiento de las razones por las cuales el victimario actuó como lo hizo. Y expone que solo mediante el hecho político del perdón puede darse el reinicio de las sociedades que sufrieron graves procesos de conflictos internos, pero que como condición para dicho perdón debe existir arrepentimiento y verdad, pues no se puede perdonar a quienes no se arrepientan, ni puede haber perdón sin que se comprendan a cabalidad los hechos que desencadenaron los delitos. Partiendo de esta base, se analizaron dos casos particulares: el argentino tras la caída de la dictadura, y el emblemático caso sudafricano.

Por un lado, se encontró en la experiencia argentina que cuando se tiende a una justicia concentrada en la búsqueda del castigo penal, sin ningún tipo de amnistía ni indulto, se obtiene como resultado la prevalencia del silencio sobre la verdad. Siendo que aclarar los hechos y narrar completamente lo ocurrido durante el conflicto solo puede generar mayores penas, cuando se escoge este tipo de justicia la verdad tiende a quedar oculta, dificultando el proceso de perdón y de reintegración de actores a la sociedad (Hilb, 2012). Adicionalmente, cuando se busca condenar sin indulto, se tiende a castigar a un número muy reducido de actores, contrario a lo que se desea, y se sacrifica en dicho proceso la verdad (Hilb, 2012). Además, sin la verdad no solo no hay reconciliación, sino que también tiende a

estigmatizarse a una de las partes como víctima única del conflicto, y a la otra como victimario único, lo cual desconoce totalmente las dinámicas complejas de los conflictos (Hilb, 2012) y podría ser especialmente peligroso en el ámbito colombiano en el cual las guerrillas y el Estado (como representante de la sociedad civil) se han rotado constantemente los roles de víctima y victimario (Bushnell, 2007).

Por el otro lado, la experiencia sudafricana, en la cual se ofrecían indultos a cambio de la verdad total de los hechos por parte de todos los actores que pudieran aportar sustento a sus actos en fines políticos, tuvo un resultado muy diferente (Hilb, 2012). Para comenzar, se le dio un lugar privilegiado a la verdad. Los victimarios de lado y lado tuvieron estímulo para confrontar a sus víctimas y asumir responsabilidad de los actos cometidos. Este proceso benefició el fin de reintegración de la pena,¹¹ pues tanto los victimarios pudieron arrepentirse al ser conscientes de los efectos de sus acciones, como las víctimas, en gran cantidad de casos, pudieron comprender la situación de los victimarios y pudieron perdonarlos, desencadenando así un nuevo comienzo para la sociedad sudafricana (Hilb, 2012).

En conclusión, y a manera de resumen, es importante establecer que la pena debe tener un fin para contar con legitimidad, y dicho fin, en las sociedades democráticas como la colombiana,

debe ser la reintegración de sujetos iguales a la sociedad. Como se vio, las penas restrictivas de la libertad poco contribuyen en sí mismas a dicho propósito, pues incluso pueden tener el efecto contrario, y los países que han intentado implementarlas como opción predominante han tendido a fracasar en su intento, por la imposibilidad de juzgar tantos casos, y por la predominancia del silencio sobre la verdad en este tipo de procesos. Además, como lo demuestra el caso argentino, la búsqueda de penas carcelarias sin ningún tipo de indulto dificulta aún más la reconciliación, pues obstruye la verdad, un factor vital en la consecución de una reintegración real de quienes han quebrantado la ley, y por tanto un factor vital en la construcción de paz. Si bien, como se ha mostrado con anterioridad, el caso sudafricano no fue perfecto, Colombia puede aprender mucho de esa experiencia al preguntarse para qué castiga, pues evidentemente se busca una reintegración de los actores armados en un marco de verdad que permita el perdón, el arrepentimiento y la reconciliación.

Finalmente, es relevante mencionar importantes estudios que analizan la posibilidad de establecer penas adicionales a las declaraciones de verdad de los victimarios, que pueden cumplir un papel importante en un proceso de reintegración, como los hechos por John Braithwaite (*A future where punishment is marginalized: Realistic or Utopian or Restorative Justice and Social Justice*). Si bien no es este el espacio para tratarlos, es importante establecer que existe un nuevo paradigma acerca de la forma en que puede tratarse a aquellos que desean reincorporarse a las sociedades democráticas, que no

11 En este punto se hace referencia a la pena como reacción de una comunidad democrática frente al incumplimiento de uno de sus individuos de una norma establecida por todos. No se refiere a pena como el castigo penal derivado de un juicio.

implica la privación de la libertad, ni tampoco la impunidad que repudian muchos actores, y puede ser mucho más efectiva en la consecución del fin real de la pena.

VIII. CONCLUSIÓN

Siguiendo la estructura presentada en la introducción, en este aparte del texto se recopilarán los desarrollos expuestos en cada uno de los acápite anteriores y se presentará una propuesta consolidada de modelo de justicia transicional que responda tanto a los estándares internacionales como a la realidad colombiana. Los autores tenemos la convicción de que este es un modelo que permitirá obtener la paz, pero salvaguardando los derechos de las víctimas. Por esto, se mostrarán a continuación las propuestas que se deben realizar en cada uno de los cuestionamientos desarrollados a lo largo del conflicto:

¿Qué castigamos? Al analizar los regímenes de postconflicto que ha habido en el último siglo, podemos observar que la categoría de delito político ha sido uno de los elementos centrales. En la mayoría de los procesos se ha negociado con los miembros de los grupos armados mediante la concesión de indultos o amnistías respecto de los delitos políticos que se hubieran cometido. Analizando las obligaciones internacionales que tiene Colombia a la fecha, ni la CPI ni la Corte IDH proscriben al país, y particularmente al Congreso, para conceder indultos o amnistías para estos delitos.

En contraposición, de las mismas obligaciones internacionales que ha adquirido Colombia, y de las directrices que se ha fijado de manera interna, se deriva que el país no podrá conceder indultos ni amnistías respecto a delitos de lesa humanidad, violaciones al DIH ni frente a los delitos sobre los cuales tiene competencia la CPI.

Así las cosas, formulamos la siguiente propuesta: debe el Congreso establecer criterios claros de priorización que lleven al juzgamiento de los más altos responsables de violaciones graves a los derechos humanos y violaciones al derecho internacional humanitario. Sin embargo, estos victimarios deben ser sujetos a esquemas penales alternativos, en los que puedan acceder a reducciones de la pena bajo la condición de que presten su efectiva colaboración para la obtención de la verdad y la reparación de las víctimas.

Por otro lado, los mandos medios y bajos responsables de delitos políticos o que no hayan sido los principales responsables de graves violaciones a los derechos humanos o al DIH podrán beneficiarse de indultos o amnistías, siempre y cuando presten su efectiva colaboración para la obtención de la verdad y la reparación de las víctimas. Dicho esquema está en concordancia con las obligaciones internacionales de Colombia, estudiadas en extenso en este texto.

¿Quién debe juzgar?: como se planteó en el texto, históricamente han existido diferentes tipos de operadores jurídicos que han realizado el proceso de juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por grupos armados. Sin embargo, de los modelos expuestos el que se toma como

más conveniente para el caso colombiano es el de un sistema mixto que implica la creación de una corte *ad hoc* para Colombia. Dicho tribunal deberá estar conformado conjuntamente por jueces nacionales y extranjeros, de tal forma que garantice una mayor legitimidad ante la sociedad colombiana y ante la comunidad internacional. Los delitos que dicha corte asumiría serían todos aquellos distintos a los políticos y que busca reparar la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. De igual manera, se encargaría de juzgar a los máximos responsables, siguiendo los criterios de priorización comentados en el apartado anterior. El establecimiento de esta corte debe ser acompañado por una organización multinacional, ya sea de carácter regional o mundial.

Los mandos medios y bajos podrían ser juzgados por la justicia ordinaria cuando se demuestre que estos no contribuyeron de forma efectiva en la obtención de la verdad y la reparación de las víctimas. El inicio de estos procesos debe ser obligación del Estado, pues condicionarlos a la denuncia de las víctimas sería imponer cargas desproporcionadas a un grupo de por sí vulnerable.

¿Cuánta pena se debe aplicar?: crear un único criterio para la fijación de las penas resulta imposible. Sin embargo, sí se pueden establecer unos mínimos y unas condiciones que debe seguir el proceso de tasación de las sanciones a aplicar. Frente a los máximos responsables habría, como ya se ha explicado, una reducción de la pena. No obstante, las penas impuestas deben de todas formas guardar cierta propor-

cionalidad con la transgresión, pues penas irrisorias lesionan el derecho de las víctimas a la justicia y pueden considerarse indultos o amnistías camufladas. En lo concerniente a actores juzgados por la justicia ordinaria, estos deberán ser sancionados bajo el sistema penal ordinario, pues al no cumplir con sus compromisos de obtención de verdad y reparación de las víctimas, no pueden beneficiarse de esquemas penales alternativos.

¿A quiénes juzgar?: para poder llevar a cabo el proceso judicial más rápidamente, el Estado dará indultos a toda persona que haya cometido un delito político. La corte internacional mixta propuesta será la encargada de juzgar a los máximos responsables de graves violaciones a los derechos humanos y al DIH. Por otro lado, la jurisdicción ordinaria juzgará a los mandos medios y bajos que no hayan cumplido su obligación de colaborar con la verdad y con la reparación efectiva de las víctimas.

¿Qué exigimos y qué estamos dispuestos a ofrecer?: en este punto se propone ofrecer a los miembros de las FARC, como incentivo para la desmovilización, acceso a créditos para obtener propiedad agraria y capacitación para la explotación productiva de la tierra; todo dentro del marco de una reforma rural general que enfrente los problemas fundamentales del campo colombiano. Esta propuesta debe estar acompañada de estudios técnicos que garanticen la adecuada implementación de los proyectos y de una fuerte voluntad política sujeta a estricta vigilancia por parte de veedurías ciudadanas.

Así mismo, a cambio de ofrecer a los desmovilizados la aplicación de sistemas penales alternativos, la renuncia de la persecución penal, y los incentivos previamente mencionados, se les debe exigir colaboración con la verdad y con la reparación. Esto, en términos prácticos, implica que como requisito para acceder a uno de estos beneficios los desmovilizados deben participar en la Comisión de la Verdad dando un testimonio completo sobre los hechos, mostrando arrepentimiento, pidiendo perdón a las víctimas y colaborando con el proceso de reparación que estará en cabeza del Estado.

¿Para qué castigamos?: como se mencionó en el acápite que daba respuesta a esta pregunta, es fundamental que haya lugar al perdón y al entendimiento en una sociedad democrática, para alcanzar una paz verdadera. En esta medida, y siendo que para que esos elementos se den debe haber un lugar privilegiado para la verdad, se propone la creación de un centro de memoria histórica y reconciliación, donde se lleven a cabo las reuniones de la Comisión de la Verdad, se realicen foros en los que puedan encontrarse victimarios y víctimas (las que estén dispuestas a hacerlo), y se cuente con profesionales que puedan ayudar a ambos grupos a asumir su duelo personal. Lo anterior, para hacer homenaje a las víctimas, generar entendimiento y perdón para los victimarios y garantizar que se pueda empezar de nuevo en una sociedad en donde el olvido no es una opción.

Este centro jugará un papel central en el proceso, debido a que de forma transversal permite asegurar el valor de la verdad, dado que recons-

truye los acontecimientos de lo sucedido en el marco del conflicto, pero adicionalmente permite fortalecer el valor de la justicia en la medida que podría recibir nuevas denuncias sobre hechos desconocidos y ponerlos en consideración del tribunal. El valor de dicho centro reside en que será el encargado de estudiar las particularidades del caso colombiano, que harían de esta oportunidad de transición un momento valioso para que la comunidad académica y especializada, tanto nacional como internacional, participe y ayude a construir un proceso institucional de justicia fuerte y duradero.

Referencias

- Abuchaibe, H. (s.f.). La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la justicia transicional en Colombia. *Revista Zero*, 24-29.
- Arnault, L. (2003). *Cruelty, Horror and the Will to Redemption*. *Hypatia*, XVIII(2), 155-188.
- Auckerman, M. (2002). *Extraordinary Evil, Ordinary Crime: A Framework for Understanding Transitional Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard Law School.
- Bassiouni, C. (1998). *De Versalles a Ruanda en 75 años: la necesidad de establecer una Corte Penal Internacional permanente*. *Harvard Human Rights Journal*, X.
- Beade, G. A. (2013). Arrepentimiento, castigo y reconciliación en una comunidad democrática. *Pensamiento Jurídico*, (38), 223-235.

- Beristain, C., Tappatá, P., Lira, E., Sánchez, N., Uprimny, R., Cuéllar, B., Reátegui, F. (2011). *Contribución de las políticas de verdad, justicia y reparación a las democracias en América Latina*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Botero Marino, C. y Restrepo Saldarriaga, E. (2006). Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia. En R. Uprimny Yepes, M. P. Saffon Sanín, C. Botero Marino y E. Restrepo Saldarriaga, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia* (págs. 45-109). Bogotá, Colombia: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.
- Bushnell, D. (2007). *Colombia: una nación a pesar de sí misma*. Bogotá: Editorial Planeta Colombiana S. A.
- Castellanos Salazar, D. (Enero 30 de 2014). *El hacinamiento en Colombia alcanza hasta el 400 por ciento*. Obtenido de elcolombiano: http://www.elcolombiano.com/el_hacinamiento_en_colombia_alcanza_hasta_el_400_por_ciento-AAEC_279911.
- Concha, V., Holguín, D., Zúñiga, L. y Silva, J. (Octubre 24 de 2012). *La justicia transicional dentro de un proceso de paz negociado: tensiones entre sus objetivos internos de justicia y paz*. Obtenido de ConfidencialColombia: <http://confidencialcolombia.com/es/1/105/3007/Las-cifras-de-las-Farc-seg%C3%BAAn-el-Gobierno-Mindefensa-Pinz%C3%B3n-Farc-narcotr%C3%A1fico-combatientes.htm>
- Coronell, D. (Agosto 9 de 2014). *Verdades impopulares*. Obtenido de Semana: <http://www.semana.com/opinion/articulo/daniel-coronell-verdades-impopulares/398500-3>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-009 de 1995 (M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa; enero 17 de 1995).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-578 de 2002 (M. P.: Manuel José Cépeda Espinosa; julio 30 de 2002).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-695 de 2002 (M. P.: Jaime Córdoba Triviño; agosto 28 de 2002).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-153 de 1998 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; 1998).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 171 (noviembre 22, 2007).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). *Caso Atala Riffo vs. Chile*. Fondo. Serie C No. 8 (febrero 24, 2012).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Serie C No. 70 (noviembre 25, 2000).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Serie C No. 75 (marzo 14, 2001).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 110 (julio 8, 2004).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*. Fondo. Serie C No. 6 (marzo 15, 1989).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo. Serie C No. 5 (enero 20, 1989).
- Futamura, M. (2006). Individual and Collective Guilt: Post-War Japan and the Tokyo War Crimes Tribunal. *European Review*, XIV(4), 471-483.
- Galtung, J. (1998). *Tras la violencia, 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución: afrontando los efectos visibles e invisibles de la guerra y la violencia*. Bilbao: Bakeaz/Gernika-Lumo: Gernika Gogoratuz.
- Gargarella, R. (2012). Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman. *Yale Law Review*, 1-22.
- Gobierno Nacional. (Abril de 2014). *Todo lo que debería saber sobre el proceso de paz*. Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung.
- Hilb, C. (2012). Justicia, reconciliación, perdón. *African Rethoric*, 41-52.
- Linz, J. (1990). *Transiciones a la democracia*. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, (51), 7-33.
- Machado Ramírez, S. (2014). Límites a la exoneración de responsabilidad en el Derecho Internacional: amnistías, selección y priorización de casos en la jurisdicción nacional. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, VII, 13-37.
- Oduro, F. (2007). *Transitional Justice in the Aftermath of Transition to Democracy: The Experience of Ghana's National Reconciliation Commission*. Ottawa: Canadian Political Science Association (CPSA).
- Organización de Estados Americanos. (1999). *Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica.
- Oscar, S. (2002). Complementary jurisdiction and international criminal justice. *International Review of the Red Cross*, 145-171.
- Pizarro Leongómez, E. (1989). Los orígenes del movimiento armado comunista en Colombia (1949-1966). *Análisis Político*, VII, 15-33.
- Quinche Ramírez, M. F. (2009). *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Saffon, M. P. (2013). *El castigo penal en contextos de transición. Estudio a la luz de experiencias internacionales*. Manuscrito inédito.
- Segovia, A. (2009). *Transitional Justice and DDR: The case of El Salvador*. New York: International Center for Transitional Justice.

- Skaar, E. (2013). *Reconciliation in a Transitional Justice Perspective*. *Transitional Justice Review*, 1(1), 1-50.
- Uprimny, R. y Saffon, M. (2007). Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia. *Law and Peace Negotiations*.
- Uprimny Yepes, R. (2006). Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano. En R. Uprimny Yepes, M. P. Saffon Sanín, C. Botero Marino y E. Restrepo Sladarrriaga, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia* (págs. 17-44). Bogotá, Colombia: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.
- Van der Merwe, H. y Lamb, G. (2009). *Transitional Justice and DDR: The Case of South Africa*. New York: International Center for Transitional Justice.
- Varney, H. (2010). Justicia transicional, justicia penal y excepcionalismo: el caso de Sudáfrica. En M. Redd Hurtado y M. C. Rivera, *Transiciones en contienda: disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada* (págs. 333-353). Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional.
- Vidal, G. (1916). *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*. París: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence.
- Von Liszt, F. (1994). *La idea del fin en el Derecho penal*. México D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas.