

Los límites del garantismo penal en contextos de conflicto armado y justicia transicional*

The Limits of Guarantees Based Criminal Law in Contexts of Armed Conflict and Transitional Justice

Juan Pablo Cardona Chaves**

Tribunal para la Paz - Jurisdicción Especial para la Paz

juanpablo.cardona17@gmail.com

Resumen

El presente artículo tiene como propósito analizar la pertinencia y posibilidades de aplicación del garantismo penal en contextos de conflicto armado y procesos de justicia transicional, con base en la experiencia colombiana. Para ello, se presentarán las principales características del modelo. A continuación, se expondrá la manera como ha sido adoptado en Colombia y, finalmente, se analizarán las tensiones y amenazas que sufre en dichos escenarios.

Palabras clave: Garantismo penal, conflicto armado, justicia transicional, eficientismo, neopunitivismo.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the relevance and possibilities of applying the *garantismo penal* in armed conflict contexts and transitional justice processes, based on the Colombia



Open Access

Para citar este artículo: Cardona, J. P. (2020). Los límites del garantismo penal en contextos de conflicto armado y justicia transicional. *Diálogos de Saberes*, (53), 41-65. DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0021/diálogos.53.2020.9188>

* El presente artículo, es un producto del proyecto de investigación que adelantó el autor en la Maestría en Derecho, cursada en la Universidad Nacional de Colombia entre los años 2009-2011, con el título “Aportes dogmáticos de la experiencia colombiana a procesos de justicia transicional”, dirigida por el prof. Rodrigo Uprimny Yepes (Distinción meritoria), en consecuencia, partes del artículo corresponden con el referido proyecto de investigación, en particular, los capítulos 1 y 2.

** Abogado especializado en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica (Universidad Libre de Colombia); Magíster en Derecho (Universidad Nacional de Colombia); y LLM en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (University of Essex - Reino Unido). Ex Fiscal de la Dirección de Justicia Transicional - Fiscalía General de la Nación de Colombia. Actualmente, Magistrado Auxiliar del Tribunal para la Paz de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Correo: juanpablo.cardona17@gmail.com - CvLAC: <https://acortar.link/s8YUru> - ORCID: <https://acortar.link/YgIIUM> - Google Académico: <https://scholar.google.es/citations?user=hw4-uRQAAAAJ&hl=es>

experience. For this, the main characteristics of the model will be presented. Then, the way in which it has been adopted in Colombia will be exposed and, finally, the tensions and threats that it suffers in those scenarios will be observed.

Keywords: Guarantees in criminal proceedings, armed conflict, transitional justice, criminal efficiency, humanitarian punitivism.

Introducción

Este documento presenta las principales características del garantismo penal en la manera como lo formuló Luigi Ferrajoli, de cuyos principios se pueden extraer ciertos presupuestos de aplicación que, en contextos de conflicto armado y de transiciones hacia la democracia o la paz, no se satisfacen plenamente en tanto: la no-violencia es una condición de existencia de dicha teoría y en su ausencia, el Derecho penal se utiliza como medio de solución que deviene en una tendencia hacia su maximización y la emisión de normas eficientistas; y la aparición de ciertos estándares internacionales, derivados de la lucha contra la impunidad, hoy pilares de la justicia transicional, han exigido la aplicación de normas provenientes de otras corrientes jurídico penales, como el neopunitivismo que, en ocasiones, son opuestas al garantismo.

Así las cosas, en desarrollo de esta hipótesis, a continuación: (i) se exponen las generalidades y condiciones de existencia del garantismo penal; (ii) se explica cómo este modelo ha sido adoptado formalmente en Colombia; y, finalmente (iii) se presenta cómo el contexto político y social ha abierto el modelo jurídico penal a otras tendencias de carácter eficientista y neopunitivista.

Problema de investigación

El ideario garantista penal que, por su origen liberal, se incorpora en un Estado constitucional de Derecho como el colombiano ¿es aplicable en contextos excepcionales como el conflicto armado y la transición hacia la paz?

Estrategia metodológica

El presente artículo se desarrolla con base en una metodología analítica y deductiva, en tanto se distinguirán y revisarán ordenadamente cada uno de los diferentes elementos del fenómeno sobre el cual se ocupa el escrito, esto es, el garantismo penal, y, a continuación, se deducirán una serie de reglas o conclusiones sobre sus limitaciones en un contexto determinado.

Generalidades y condiciones de existencia del garantismo penal

Luigi Ferrajoli ha conformado una especie de teoría general del garantismo, que "ha vinculado estrechamente con la Teoría del Estado Constitucional (desde el punto de vista normativo) y con el llamado neoconstitucionalismo (desde el punto de vista teórico)" (Carbonell, 2006, p. 4).

En este marco, para deslindar la idea de garantismo penal, a continuación, se presentará: (i) sus rasgos característicos principales: 1. las diferentes acepciones; 2. la noción de derecho penal mínimo; y 3. la importancia de las garantías penales y procesales; y (ii) sus condiciones de existencia: 1. Estado de Derecho; 2. Constitucionalismo; 3. Democracia; y 4. Paz.

Principales rasgos característicos del garantismo penal

Entre las diversas características y conceptos que Luigi Ferrajoli propone para definir el garantismo penal, a continuación, se describirán tres que pueden considerarse de mayor relevancia para efectos de comprender la forma como el modelo está diseñado, recogido en Colombia y, a la vez, limitado en su aplicación.

Tres definiciones de garantismo

Es posible distinguir tres acepciones de la palabra garantismo, término que, si bien tiene connotación principalmente penal (Gascón, 2006), también contiene componentes teóricos y filosóficos generales que, unidos, conformarán la teoría general del garantismo (Ferrajoli, 1995).

En la primera acepción, garantismo designa un *modelo normativo de Derecho*: el Estado de Derecho, que se presenta como su principal rasgo funcional y que a nivel epistemológico se caracteriza como un sistema de poder mínimo; en el ámbito político como una técnica de tutela que puede minimizar la violencia y maximizar la libertad; y en el plano jurídico "(...) como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos" (Ferrajoli, 1995, pp. 851-852).

El garantismo tiene el defecto, como todo esquema epistemológico, de ser un modelo límite, en buena medida ideal porque no ha sido realizado ni será realizable (Ferrajoli, 1995), de manera que no será afortunado hablar de sistemas garantistas o antigarantistas, por el contrario, resulta más pertinente referirse a *grados* de garantismo y diferenciar entre el modelo teórico previsto en la Constitución y el funcionamiento efectivo del sistema, pues la primera sólo será garantista, en la medida que contenga principios y derechos y además técnicas coercitivas, esto es, garantías que permitan el control y limitación del poder (Ferrajoli, 1995).

La segunda acepción se cimienta en la clásica separación positivista entre ser y deber ser en el Derecho (Gascón, 2006), de manera que alude al garantismo como una *teoría jurídica* de la validez y de la efectividad y respecto de la vigencia y existencia de las normas (Ferrajoli, 1995). En este sentido, "garantismo" es la teoría jurídica del *positivismo crítico* que, a diferencia del positivismo

dogmático¹, admite la formulación de juicios de valor, en tanto se han incorporado al Derecho en los Estados constitucionales, y de juicios de validez (García, 2009).

Con base en lo anterior, Ferrajoli hace trepidar la presunción de regularidad que hay en los actos de poder y del derecho *vigente* propia del positivismo dogmático (Gascón, 2006), con importantes consecuencias para esta teoría como la remoción de, por lo menos, tres de sus más entrañables dogmas: (i) la fidelidad del juez a la ley, por cuanto el juez puede dejar de aplicar una norma que considere inválida al contrastarla con la Constitución; (ii) la función descriptiva y avalorativa del jurista en relación con el Derecho positivo vigente, en tanto aquel queda facultado para criticarlo, ya no desde el punto de vista externo o político de la justicia, sino también desde el punto de vista interno o jurídico de la validez a partir del examen de las leyes conforme las normas jurídicas de rango superior; y (iii) la pretensión de coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico (Ferrajoli, 1995).

Finalmente, en la tercera acepción, garantismo designa una *filosofía política* que funda al Estado y al Derecho como instrumentos para la tutela y garantía de los derechos, labor que, a su vez, constituye la finalidad de ambos, perspectiva en la que pervive una concepción pesimista del poder como algo malo, sea quien fuere quien lo posea, que se haya expuesto a falta de límites y a degenerar en despotismo (Ferrajoli, 1995).

Derecho penal mínimo

Es en la primera de las tres acepciones en la cual se expresan las nociones de *derecho penal mínimo* y de garantías penales y procesales: para Ferrajoli (1995), el derecho penal nace como negación de la venganza y se justifica, no con el fin de garantizarla sino de impedirla, de proscribir la venganza privada y sustituir la relación bilateral parte ofendida-ofensor, por una relación trilateral en la cual el tercero es la autoridad judicial, cuyo ejercicio, en todo caso, no es absoluto y debe ser limitado.

En este orden de ideas, el derecho penal tiene una doble función preventiva en sentido negativo, a saber: (i) la prevención general de los delitos; y (ii) la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas. La primera, marca el límite máximo de las penas y representa el interés de la mayoría no desviada, en tanto que la segunda, fija el límite mínimo de las penas y representa el interés del reo o acusado (Ferrajoli, 1995).

Sin embargo, no es claro cómo el derecho penal pueda ser eficaz en el cumplimiento de su primera función, pues hay complejas realidades sociales para las que el temor hacia las penas puede no ser

¹ “Llamo ‘iuspositivismo dogmático’ a toda orientación teórica que ignora el concepto de vigencia de las normas como categoría independiente de las de validez y efectividad: tanto las orientaciones normativistas, que asumen como vigentes solamente las normas válidas, como las orientaciones realistas, que asumen como vigentes sólo las normas efectivas” (Ferrajoli, 1995, p. 871).

suficiente. Pero, es definitivo que sea eficaz en el desarrollo de la segunda función, pues a través de ella se fundamenta el *derecho penal mínimo* y garantista (Ferrajoli, 1995).

Entonces, ha sido esa exigencia de minimización del poder punitivo la que ha fundado el proyecto de *derecho penal mínimo* que designa “(...) un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva –tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial– sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos” (Ferrajoli, 2006a, p. 4). En una acepción más simple, es una “técnica de tutela de los derechos fundamentales” (Ferrajoli, 1995, p. 335).

Ahora, los límites que constituyen la previsión legal de los delitos mediante la cual se protegen los derechos, son las *garantías penales sustanciales*, en tanto que los límites de la comprobación judicial, igualmente contemplados para la tutela de los derechos, son las *garantías procesales y orgánicas* (Ferrajoli, 2006a), sobre las cuales se volverá más adelante.

Garantías penales y procesales

Ferrajoli define una garantía como: “cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo [o] toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por ‘derecho subjetivo’ toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones)” (Carbonell, 2006, p. 5).

En ese sentido, establece una categorización entre garantías penales o sustanciales y garantías procesales, jurisdiccionales o instrumentales, precisando, eso sí, nexos tanto estructurales como funcionales entre ellas. Las primeras, corresponden a “las normas y cuestiones de derecho penal relativas a la regulación de los presupuestos de la pena” (Ferrajoli, 1995, p. 464). Las segundas, responden a las preguntas de cuándo y cómo juzgar y aluden a “las normas de derecho procesal relativas a los métodos y a las formas de comprobación de aquellos” (Ferrajoli, 1995, p. 464).

En concreto, son *garantías penales*: los principios de estricta legalidad, taxatividad de los delitos, lesividad, materialidad y culpabilidad. Son *garantías procesales*: los principios de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida entre juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la jurisdicción y el principio de juez natural (Ferrajoli, 2006a).

Las garantías presentadas por Ferrajoli (1995) expresan los diez axiomas o principios axiológicos fundamentales que conforman, sumados, el sistema penal garantista, cognitivo o de estricta legalidad (entre ellas, *nullum crimen sine lege* o *nulla poena sine crimine*) y que responden a preguntas específicas que explican el sistema, como se observa en la tabla 1 (*infra*).

Ferrajoli (1995) reconoce que estos principios han sido elaborados por el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII en desarrollo de su pretensión de limitar el poder penal absoluto y que

han venido siendo incorporados a las constituciones modernas convirtiéndose en los principios jurídicos del Estado de Derecho.

Condiciones de existencia del garantismo

El modelo penal límite garantista que propone Ferrajoli no puede existir de manera autónoma e independiente sin atender condiciones que deben satisfacerse para que logre su desarrollo, y que, en algunos casos, son correlativas al él y se alimentan de sus postulados.

Cuatro son las condiciones que se proponen aquí como necesarias para que el garantismo penal pueda consolidarse como modelo normativo de Derecho: (i) el ideario jurídico político del constitucionalismo; (ii) el Estado de Derecho; (iii) la democracia; y (iv) la paz.

Constitucionalismo

La noción de constitucionalismo suele usarse como idea superadora del Estado de Derecho legislativo, es decir, como contrapunto al modelo del liberalismo decimonónico (Prieto Sanchís, 1999) y si bien, no es pacífica su definición ante otras expresiones como “neoconstitucionalismo” y “constitucionalismo contemporáneo” (Prieto Sanchís, 2003), en términos generales puede asociarse al precepto de la supremacía de la Constitución, de la cual devienen dos rasgos, a saber: (i) la existencia de un proceso efectivo de control de constitucionalidad de las leyes; y (ii) la consolidación de la idea de limitación y control del poder (Prieto Sanchís, 1999).

Para Robert Alexy (citado en Prieto Sanchís, 1999), los principales rasgos del constitucionalismo serían los siguientes: valor en vez de norma; ponderación en vez de subsunción; omnipresencia de la Constitución en vez de independencia del Derecho ordinario; omnipotencia judicial apoyada en la Constitución en lugar de autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución (p. 16).

En síntesis, “el garantismo necesita del constitucionalismo para hacer realidad su programa ilustrado; y el constitucionalismo se alimenta del proyecto garantista para condicionar la legitimidad del poder al cumplimiento de ciertas exigencias morales que se condensan en los derechos fundamentales” (Prieto Sanchís, 2005, p. 44).

Estado de Derecho

Ferrajoli (1995) sigue la distinción establecida por Bobbio entre gobierno *per leges* o mediante leyes generales y abstractas, y gobierno *sub lege* o sometido a las leyes, de manera que el primero puede explicarse en el sentido débil o formal de que cualquier poder debe ser *conferido* por la ley y ejercido de acuerdo a lo que ella disponga, en tanto que el segundo implica un sentido fuerte o sustancial de que cualquier poder debe ser *limitado* por la ley que condiciona tanto sus formas como sus contenidos.

Así, la idea de Estado de Derecho *per leges* se asocia a la teoría alemana del *Rechtsstaat*² (y a su vez, con la idea de legalidad en sentido lato), en tanto que el gobierno *sub lege* se relaciona con el uso inglés de *rule of law* y el italiano de *stato di diritto* (y a su vez, con la idea de legalidad en sentido estricto), y es el que resulta compatible con el Estado constitucional, ya que: “en los niveles normativos superiores incorporan límites no sólo formales sino también sustanciales al ejercicio de cualquier poder” (Ferrajoli, 1995, p. 856).

Entonces, el término Estado de Derecho es usado por Ferrajoli (1995) en la segunda acepción, y se caracteriza por dos aspectos: (i) en el plano formal, por el principio de estricta legalidad que subordina los poderes públicos a la ley y somete a ésta a un control de legitimidad por parte de los jueces independientes (*v.gr.* Tribunal constitucional); y (ii) en el plano sustancial, por la instrumentalización de todos los poderes del Estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos. Es en este sentido que Estado de Derecho es sinónimo de garantismo.

Democracia

Ferrajoli (1995), parte de diferenciar la *democracia formal o política*, asociada al Estado de Derecho liberal, de la *democracia sustancial o social*, vinculada al Estado Social de Derecho, y considerar al garantismo como la base de esta última.

En la primera concepción, la democracia funge como el método idóneo de formación de las decisiones colectivas que garantiza la voluntad popular a través de: (i) el sufragio universal; y (ii) el principio de mayoría; es decir, se cimienta en el “quién” decide (el pueblo o sus representantes) y el “cómo” decide (la regla de mayoría), independientemente de los contenidos de las decisiones. De allí que también se denomine concepción procedimentalista de la democracia (Ferrajoli, 2009).

Esta acepción presenta una dificultad fundamental en tanto ignora los límites y vínculos constitucionales del principio de mayoría, que no son otros que los *derechos fundamentales* (Ferrajoli, 2006c) y, en ese sentido, es incapaz de dar cuenta de las democracias constitucionales contemporáneas e incluso de dar garantías de supervivencia a la propia democracia política, pues en ausencia de límites sustanciales los métodos democráticos pueden suprimir los propios métodos democráticos, por ejemplo, si por mayoría se eliminan derechos políticos, la separación de poderes o la representación (Ferrajoli, 2009, p. 18).

En este marco, Ferrajoli distingue entre derechos políticos, derechos civiles, derechos de libertad y derechos sociales, donde los dos primeros son funcionales para legitimar la democracia formal; en tanto que las otras dos clases de derechos fundan la democracia sustancial.

² En este sentido, son estados de derecho todos los ordenamientos, incluso los autoritarios o, peor aún, los totalitarios, en los que en todo caso *lex facit regem* y el poder tiene una fuente y una forma legal (Ferrajoli, 1995, p. 856).

Así, democracia sustancial es aquella en la cual los derechos de libertad y los derechos sociales, funcionan como límites al poder de la mayoría en dos sentidos: (i) no sobre todo se puede decidir (derechos de libertad); y (ii) no sobre todo se puede dejar de decidir (derechos sociales). Es el tipo de democracia en la cual se enfatiza en el “qué” y, en ese marco, el garantismo, entendido como técnica de limitación del poder público, puede ser considerado su rasgo más característico (Ferrajoli, 1995).

Paz

La relación entre el Derecho y la guerra, que es violencia sin reglas, es antagónica, siendo el primero la negación de la segunda y viceversa (Ferrajoli, 2006c). De hecho, el Estado moderno surge como negación efectiva de la guerra y el Derecho moderno como un sistema normativo de olvido de la guerra (Orozco, 2006).

El garantismo, como se mencionó, es correlacional al Estado de Derecho, pero, siempre que este pueda desarrollar el cumplimiento de sus fines, entre ellos, garantizar la paz, pues sólo en ese contexto es posible que funcione como instrumento de tutela de los derechos sin estar sometido a circunstancias que lo obliguen a privilegiar su subsistencia, antes que cumplir la finalidad que el garantismo le encomienda.

En ese sentido, “todo sistema de justicia penal que quiera acercarse al ideal garantista plenamente desarrollado, vale decir, al garantismo del Estado social de derecho, debe operar sobre premisas empíricas de una paz político-militar (...)” (Orozco, 2006, p. 38).

En contextos de conflicto, el discurso liberal del olvido de la guerra se vuelve disfuncional al Estado de Derecho que deja de operar en lógica garantista y se ve abocado a adoptar el eficientismo como condición de posibilidad para su existencia (Orozco, 2006), de manera que la paz se constituye como un presupuesto que, de satisfacerse, permite que el modelo rijan y cumpla uno de los fines que lo justifica: la reducción de la violencia en la sociedad, mas no la consecución de la paz en contextos de guerra.

En suma, el derecho penal está llamado a ser el garante, o por lo menos uno de los grandes garantes, de una paz social presupuesta y no el constructor originario de la misma. Sólo sobre la hipótesis de la paz, en términos generales, realizada, puede construir el liberalismo, el discurso del derecho penal mínimo (Orozco y Gómez, 1999).

Adopción de una tendencia garantista en Colombia

Es difícil afirmar que Colombia haya adoptado alguna tendencia teórica pura o estricta en materia jurídica. Por el contrario, si bien algunos autores encuentran una “tendencia histórica de tipo formalista procedimental” (Mejía, 1998, p. 69) en la tradición jurídica colombiana, de los mismos estudios puede colegirse la primacía de una suerte de “eclecticismo jurídico” (Mejía, 1998, p. 70), lo que también aplica para el modelo normativo penal.

En efecto, como a continuación se verá, con base en una revisión normativa, es posible plantear que Colombia ha adoptado una tendencia garantista penal por cuanto el ordenamiento nacional: (i) presupone la existencia de tres de las que aquí se han llamado condiciones de existencia del garantismo; y (ii) ha reconocido garantías penales y procesales en la Constitución y en la ley.

Ciertas condiciones de existencia del garantismo penal en Colombia

En cuanto a las condiciones de existencia del garantismo en Colombia, se cuenta el *constitucionalismo*, ya definido atrás, cuya adopción interna se manifiesta, al menos, en tres ejemplos: (i) el reconocimiento del “Estado Constitucional de Derecho” (Corte Constitucional, 1998, párr. 6); (ii) el carácter supremo de la Constitución (art. 4°); y (iii) la existencia de un proceso de control de constitucionalidad de las leyes y de una jurisdicción constitucional con una Corte independiente en su cabeza (Const. Pol., arts. 4° y 241).

Los mismos ejemplos son útiles para constatar la satisfacción de las condiciones de constitucionalización de un ordenamiento jurídico que propone Riccardo Guastini (2001) (y que han impactado también el derecho penal³), a saber: (i) una constitución rígida; (ii) la garantía jurisdiccional de la Constitución; (iii) la fuerza vinculante de la Constitución; (iv) la ‘sobreinterpretación’ de la Constitución; (v) la aplicación directa de las normas constitucionales; (vi) la interpretación conforme de las leyes; y (vii) la influencia de la constitución sobre las relaciones políticas.

Por su parte, los dos presupuestos que establece Ferrajoli (1995) como característicos del *Estado de Derecho* en su mejor acepción, se satisfacen en el modelo colombiano: el presupuesto formal del principio de legalidad y el presupuesto sustancial de los poderes del Estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales, por medio de la incorporación de deberes públicos en la Constitución (Const. Pol., arts. 2, 55, 64 y 70).

Ahora, en punto de la *democracia sustancial*, basta con mencionar que la misma se satisface en Colombia, al menos a nivel normativo, a través del catálogo de derechos fundamentales establecidos en la Constitución (Título II) que constituyen el límite al ejercicio del poder e incluso, a los elementos de la democracia formal, igualmente reconocidos en la Carta Política, mediante la consagración de las cláusulas de sufragio universal (arts. 40, núm. 1°, 258 y 260) y el principio de mayorías (arts. 103, 146, 190 y 258).

³ La Corte Constitucional (2010) ha reconocido la constitucionalización del derecho penal, así: “tanto en materia sustancial como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados –particularmente en el campo de los derechos fundamentales- que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance (...). [E] ius puniendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales” (núm. 17).

En este orden de ideas, a partir del examen meramente teórico del ordenamiento jurídico en Colombia, y soslayando de momento, los aspectos fácticos o grados de materialización de esos planteamientos normativos esbozados, es posible colegir que el garantismo penal encuentra satisfechos tres de los presupuestos necesarios para su consolidación.

El reconocimiento de garantías penales y procesales

Cuando se abordaron los aspectos generales del garantismo penal, se destacaron dos postulados como sus rasgos principales: (i) el sistema de garantías penales y procesales; y (ii) la noción de derecho penal mínimo. El primero, satisfecho, formalmente, en Colombia, como se verá a continuación, en tanto que el segundo, será objeto de análisis en el siguiente capítulo.

Ferrajoli (1995) desarrolló una tipología de los sistemas punitivos de acuerdo con la cual, es posible establecer el grado de garantismo de un sistema según contemple o no los axiomas garantistas del principio de estricta legalidad (que se exponen en la Tabla No. 1, *infra*) de suerte que, habría un modelo límite garantista que satisface la totalidad de garantías penales y procesales y modelos decrecientes –o de autoritarismo creciente–, según excluyan ciertas garantías.

De lo anterior, surge la necesidad de evaluar el sistema colombiano, según las tipologías propuestas por Ferrajoli (1995), esto es, de acuerdo con el grado de satisfacción de las garantías penales y procesales.

El siguiente cuadro, en el cual los axiomas A1- A6 enuncian las garantías *penales* y los axiomas A7-A10 expresan las garantías *procesales*, permite corroborar que, en efecto, en punto del reconocimiento de garantías, Colombia entraña una tendencia garantista o, en los términos del autor en comento, un alto *grado* de garantismo, así:

Tabla 1. Grado de reconocimiento de los axiomas del sistema garantista en el ordenamiento jurídico constitucional colombiano

Axioma o principio fundamental	Garantía que expresa	Manifestación en el ordenamiento jurídico constitucional colombiano
A1 <i>Nulla poena sine crimine.</i>	Principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito	Const. Pol., art. 6°. “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.
A2 <i>Nullum crimen sine lege.</i>	Principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto	Const. Pol., art. 29, inc. 2°. “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”.

Axioma o principio fundamental	Garantía que expresa	Manifestación en el ordenamiento jurídico constitucional colombiano
		Puede interpretarse en el sentido estricto, en tanto constituye una <i>limitación</i> –mas no una <i>concesión</i> como lo sería la mera legalidad–al poder del Estado en materia penal. Sin embargo, puede admitirse a la vez, que mantiene una característica de la mera legalidad en cuanto la disposición se dirige al Juez y no al Legislador.
A3 <i>Nulla lex (poenalis) sine necessitate.</i>	Principio de necesidad o de economía del derecho penal	No se encuentra en la Constitución Política alusión expresa a este axioma y su correspondiente garantía. Sin embargo, la doctrina, apoyada en la jurisprudencia constitucional, lo encuentra satisfecho en el ámbito nacional, en la medida en que el principio de necesidad es consecuencia del principio constitucional de proporcionalidad y en ese sentido, cobra también el carácter constitucional de aquel. Así lo ha manifestado la Corte Constitucional: Sentencia C-647 de 2001 (citado por Velásquez, 2009).
A4 <i>Nulla necesitas sine iniuria.</i>	Principio de lesividad o de la ofensividad del acto	No se encuentra en la Constitución Política alusión expresa a este axioma y su correspondiente garantía. Sin embargo, se advierte su vigencia en el ordenamiento jurídico nacional, en la medida en que el Legislador penal en Colombia, en general, se ha abstenido de castigar conductas como la sodomía, el consumo de drogas, el exhibicionismo o el adulterio, es decir, aquellas relativas a la vida privada de las personas. Así mismo, la raigambre constitucional del principio de lesividad se encuentra en interpretaciones de la Corte Constitucional sobre el punto. Así, por ejemplo: Sentencia C-221 de 1994 (citado por Velásquez, 2009). Igualmente, se tiene que, pese que mediante el Acto legislativo 02 de 2009 se previó la prohibición del consumo de drogas, no se acudió al Derecho Penal como medio de castigo.
A5 <i>Nulla iniuria sine actione.</i>	Principio de materialidad o de la exterioridad de la acción	El carácter constitucional de este principio y su correspondiente incorporación en el ordenamiento no se encuentra de manera clara en la Constitución; sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en recogerlo bajo consideraciones como que en el fenómeno criminal se castiga “por lo que se hace y no por lo que se es”: Corte Constitucional, sentencias C-221 de 1994, C-239 de 1997 y C-425 de 1997 (citados por Velásquez, 2009, p 102).

Axioma o principio fundamental	Garantía que expresa	Manifestación en el ordenamiento jurídico constitucional colombiano
A6 <i>Nulla actio sine culpa.</i>	Principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal	Principio recogido en los ya citados arts. 6° y 29, inc. 2° Const. Pol.; y en el art. 29, inc. 4°: “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable.” También en este punto, ha sido prolija la jurisprudencia constitucional en las sentencias C-239 de 1997, C-597 de 1996 y C- 626 de 1996 (citados por Velásquez, p. 129).
A7 <i>Nulla culpa sine iudicio.</i>	Principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto	Const. Pol., art. 29, inc. 2°. “Nadie podrá ser juzgado sino (...) con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.” En este sentido se recoge el principio de jurisdiccionalidad en sentido estricto, pues es el juicio el que reclama el conjunto de garantías y no al contrario (Ferrajoli, 1995).
A8 <i>Nullum iudicium sine accusatione.</i>	Principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación	Const. Pol., 250, num. 4°. “En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: (...) 4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de iniciar un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías”
A9 <i>Nulla accusatio sine probatione.</i>	Principio de la carga de la prueba o de verificación	La alusión más clara se encuentra en la ley procesal penal (Ley 906 de 2004), cuyo art. 7°, inc. 2°, sobre la presunción de inocencia, señala: “(...) corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal”.
A10 <i>Nulla probatio sine defensione.</i>	Principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación.	Const. Pol., art. 29, inc. 4°. “Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; (...) a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria (...)”.

Fuente: Elaboración propia.

Ahora bien, como lo ha manifestado Ferrajoli (1995), el modelo garantista ha sido concebido como un sistema abierto, susceptible de ser perfeccionado con la inclusión de otras garantías que, en principio, no hacen parte del esquema inicial propuesto, pero sirven para reforzarlo y son correspondientes con él. Es lo que sucede con principios como el *in dubio pro reo*, la analogía *in bonam partem* y la irretroactividad de la ley penal a favor del reo, entre otros.

Pues bien, precisamente la Constitución Política de Colombia contempla una serie de garantías adicionales a las que se presentaron de manera esquemática en la tabla, que permiten reforzar la tendencia garantista del modelo, entre ellas: el derecho a impugnar la sentencia condenatoria (arts. 29, inc. 4°; y 31, inc. 1°); no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (art. 29, inc. 4°); la nulidad de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso (art. 29, inc. 5°); y el principio de *no reformatio in pejus* (art. 31, inc. 2°).

De todo lo anterior, se puede concluir que en el modelo normativo penal en Colombia reside un alto grado de garantismo en punto del reconocimiento de garantías penales y procesales a nivel constitucional, hecho que se demuestra al establecer una relación entre los axiomas que propone Ferrajoli y las disposiciones constitucionales en materia de garantías.

Límites del modelo garantista en el marco del conflicto armado y la justicia transicional

Pese al alto grado de garantismo que puede amparar un sistema, varios factores limitan su plena aplicación. A continuación, se presentan dos que permiten elaborar conclusiones generales sobre el verdadero alcance del modelo, ilustrados con base en la experiencia colombiana: (i) el contexto de conflicto social y armado; y (ii) los estándares de la justicia transicional.

El impacto normativo del conflicto social y armado en el modelo penal

Como se indicó, con base en el análisis de Iván Orozco (2006), solo en un escenario de paz político-militar el garantismo puede realizar sus verdaderos objetivos relacionados con el control del poder a través de la protección de los derechos fundamentales; pero, en un contexto adverso, el Estado deja de operar en lógica garantista y, en su lugar, apoya su existencia en el eficientismo, de manera que pervierte los fines del Derecho penal que deja de ser un factor de reducción de la violencia en la sociedad, para convertirse en instrumento para la consecución de la paz y superación de la guerra, contrario al programa garantista.

En el escenario nacional, dadas las históricas circunstancias de inestabilidad social y económica que han devenido en un largo conflicto armado, vigente aún después del proceso de desmovilización de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo (FARC-EP) (Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR], 2018), no se ha logrado consolidar la paz político-militar, lo que ha influido significativamente en el Derecho penal en dos sentidos: (i) la inflación normativa en menoscabo del Derecho penal mínimo; y (ii) la adopción de normas de carácter eficientista.

La pretensión inacabada de un derecho penal mínimo

Entre otros factores que escapan al presente análisis, los altísimos índices de desigualdad en Colombia (Portafolio, 2019), han facilitado el escalamiento de la conflictividad social y se han

convertido en una de las causas del conflicto armado. Este panorama, ha provocado que se haya usado el Derecho penal como un instrumento para la solución de la situación a través de, por ejemplo, lo que Ferrajoli (1995) llama una “inflación del derecho penal” (p. 417) en dos sentidos: (i) el aumento del número de conductas consideradas punibles por el Legislador; y (ii) el incremento de las penas.

Tras la adopción del código penal de 2000 (Ley 599), se han proferido una serie de disposiciones que más se aproximan a un Derecho penal máximo. Por ejemplo, una de las primeras reformas, la Ley 890 de 2004, aumentó el número de tipos penales e incrementó los mínimos y los máximos de las penas para los delitos mayores. Entre otros, aumentó el máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de 40 a 50 años (art. 2°), y, en casos de concurso de conductas punibles, de 40 a 60 años (art. 1°). Así mismo, tipificó nuevas conductas como “ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad” y creó un capítulo de “delitos contra medios de prueba y otras infracciones”.

Solo en el segundo lustro del siglo XX, se profirieron una importante cantidad de las leyes en la misma línea: 1028 de 2006 (crea un título sobre delitos para la protección de hidrocarburos); 1032 de 2006 (incrementa penas en delitos relacionados con derechos de autor); 1142 de 2007 (represión de la “actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”); 1220 de 2008 (aumenta penas para delitos contra la salud pública); 1273 de 2009 (crea un nuevo bien jurídico denominado “protección de la información y de los datos”); y 1311 de 2009 (crea nuevos tipos penales relacionados con *transporte de semisumergibles o sumergibles*), entre otras.

Sumado a este fenómeno, que Pastor (2009) ha llamado expansión o hipertrofia penal, otras propuestas del programa de Derecho penal mínimo no han visto la luz en la normatividad colombiana y, en conclusión, han ido en desmedro del ya referido alto grado de garantismo penal: la inexistencia de una disposición que prevea la reserva de código; la vigencia de la detención preventiva (L. 904/04, art. 307); la existencia de contravenciones (L. 599/00, art. 19) y de delitos contra el patrimonio no querellables (L. 599/00, arts. 239 y ss.), entre otras.

Eficientismo penal

Cuando se habla del modelo normativo penal eficientista se alude, en general y sin perjuicio de que haya otras definiciones, al sistema que soslaya las garantías procesales y penales, y en su lugar, privilegia el criterio de eficiencia en la labor represiva y punitiva del Estado (Orozco y Gómez, 1999), lo cual implica, por ejemplo, el relajamiento en la protección de los derechos con el fin de conseguir más resultados punitivos.

La idea de eficientismo lleva implícita la concepción del Derecho penal como la herramienta más eficaz para la consecución de fines estatales como el mantenimiento del orden público (López y Sánchez, 2007), y su aplicación es motivada por la incapacidad del Estado para garantizar la paz y la seguridad (presupuestos empíricos para la vigencia de un Estado constitucional de Derecho) (Orozco y Gómez, 1999), que lo llevan a adoptar una dinámica disconforme con un sistema fuerte de garantías.

En Colombia, a pesar de la tendencia liberal y garantista que se denota en la Constitución Política, la misma ofrece posibilidades de anclar el eficientismo (Orozco y Gómez, 1999), principalmente, a través de tres elementos: (i) la figura de la excepcionalidad; (ii) la expedición de leyes excepcionales, pero con carácter permanente; y (iii) la consagración de derechos sociales.

La figura de los estados de excepción, con larga tradición en Colombia desde la Constitución de Cúcuta de 1821 (Cardona y Luna, 2009), ha sido utilizada de manera sistemática, causando la preocupación de la doctrina constitucional y de organismos internacionales de protección de los Derechos Humanos (DDHH) (García, 2001). Principalmente, se ha advertido que la disposición ha servido para adoptar medidas restrictivas de los derechos fundamentales, precisamente, con el fin de mantener el orden público (López y Sánchez, 2007).

La razón por la cual se considera que esta figura implica una muestra de eficientismo (Orozco y Gómez, 1999), es porque permite la suspensión de la normatividad ordinaria en lo que resulte incompatible con el estado excepcional, la concentración de poderes en cabeza del Ejecutivo, y la interrupción de los derechos para solucionar una situación que motivó la declaratoria de la excepción.

La segunda manifestación del eficientismo (en su ropaje de excepcionalidad), se encuentra en la legislación ordinaria “en la que el legislador consagra normas penales o de procedimiento penal que se alejan de las características estructurales básicas del *derecho normal*, para construir, por tanto, un verdadero *derecho anormal*” (López y Sánchez, 2007, p. 223) que se expresa, por ejemplo, en legislaciones antiterroristas.

La tercera forma de eficientismo, aunque ya no como “excepcionalidad” sino como fenómeno inherente al Estado Social de Derecho, es la que representa la consagración de los derechos sociales recogidos en la Constitución Política (arts. 42 y ss.). Aunque no podría abordarse el tema de los derechos sociales con una connotación negativa y menos aun cuando se advirtió que su vigencia determina la fórmula de la *democracia social* que es presupuesto del garantismo, llama la atención que en ellos confluye una sugestiva tensión: por un lado, constituyen la esfinge que inauguró la noción “social” del Estado y superó el decimonónico Estado de Derecho liberal. Pero, de otro lado, generan una dinámica eficientista al prescribir la necesidad de que el Estado intervenga en ciertas esferas que el liberalismo garantista, consideraría exclusiva de los individuos.

Lo anterior, implica que el poder es *conferido*, ya no *limitado* por la Ley, lo que genera significativos cambios en materia penal en aspectos como la teoría de la pena (cuya función retributiva se perfila mejor como preventiva); la antijuridicidad material (no se protegen sólo bienes jurídicos individuales sino colectivos o sociales); y la tipicidad (de tipificar delitos de conducta se pasa a tipificar delitos de omisión), entre otros (Orozco y Gómez, 1999).

No obstante, aquí no se sostiene que esta tercera manifestación del eficientismo corresponda al contexto del conflicto social y armado al que sí obedecen las dos expresiones ya referidas; esta última solo se presenta, para ilustrar, de manera integral, la incorporación del eficientismo en un escenario con alto grado de garantismo, como el colombiano.

Estándares de la justicia transicional y sus matices neopunitivistas

A partir de la segunda posguerra, se ha agudizado el rechazo y la consecuente lucha contra la impunidad, lo que ha auspiciado la aparición de una ola de medidas para impedir su perpetuación. En ese camino, tres han sido los soportes fundamentales: (i) la consolidación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), a través de la multiplicación de instrumentos internacionales en la materia; (ii) el fortalecimiento del Derecho Penal Internacional (DPI), mediante la creación de tribunales *ad-hoc* y hasta la creación de la Corte Penal Internacional (CPI); y (iii) el debilitamiento del positivismo jurídico dogmático como teoría predominante; elementos que se han manifestado con claridad en las que hoy se conocen como experiencias de justicia transicional (Cardona, 2012).

En este marco, nuevos estándares de justicia han emergido, impulsando un sistema de ideas –que la doctrina ha llamado neopunitivismo o punitivismo humanitario– el cual ha causado un fuerte impacto en el Derecho Penal y, en parte, ha sido adoptado en los procesos de justicia transicional, como se estudiará a continuación.

El punitivismo humanitario o neopunitivismo

A nivel penal, el fenómeno de la lucha contra la impunidad y sus ya referidas expresiones ha impulsado una nueva tendencia que se ha denominado “punitivismo humanitario” (Orozco, 2011) o “neopunitivismo”, caracterizada por una fuerte confianza en el poder punitivo y el interés de que este llegue a más o a todos los sectores de la vida social (Pastor, 2009).

Pese a la connotación negativa con que autores como Pastor han abordado esta corriente, lo cierto es que constituye una transformación del Derecho penal que, motivada en buena medida por el referido objetivo contra la impunidad, se manifiesta en dos sentidos: (i) la expansión penal; y (ii) la promoción de los derechos de las víctimas.

El primer aspecto se definió cuando se abordó la llamada inflación penal o evidencia del Derecho penal máximo. El segundo punto, por su parte, tiene connotaciones encontradas: un sector de la doctrina (Pastor, 2009), ha concebido la irrupción de los derechos de las víctimas en el proceso penal como la inversión de su finalidad, toda vez que se sustituye el amparo del procesado, por la protección de la víctima, lo que deviene en la búsqueda a ultranza del castigo para el victimario.

Tres serían los fundamentos con los cuales se ha identificado el neopunitivismo y que soportan sus, ya referidas, dos expresiones: (i) la idea del Derecho constitucional como castigo penal; (ii) la satisfacción de las víctimas; y (iii) un rechazo de las soluciones no penales (Pastor, 2009).

El primer aspecto se basa en la siguiente consideración: en la Constitución existen “obligaciones de punir como forma de proteger los derechos fundamentales” (Pastor, 2009, p. 267), lo que implica creer que todo derecho fundamental debe ser tutelado penalmente, en oposición a la idea liberal de que el Derecho penal –*ultima ratio* o facultativo– se debe circunscribir a tutelar los derechos más importantes, debe ser mínimo y no obligatorio (Pastor, 2009).

En segunda medida, el interés por satisfacer a las víctimas implica, en el caso más extremo, la inversión de la concepción tradicional del Derecho penal como *Magna Charta* del delincuente para, en su lugar, convertirse en *Magna Charta* de la víctima (Pastor, 2009), lo que constituye una fuerte tensión con el sistema garantista, pues para éste, como se ha visto, el Derecho penal es un sistema de garantías a favor del imputado como límite a la reacción estatal frente al delito; pero, al menos bajo la definición de neopunitivismo aquí presentada, la víctima entra a ser sujeto activo de la acción penal y con ello, el sistema de garantías debe entrar a favorecerle, de manera que el Estado puede encontrar licencias, otrora límites, hacia una nueva finalidad: el castigo a ultranza (Pastor, 2009).

En tercer lugar, descartar las soluciones no penales tiene de suyo la convicción de que el poder punitivo sólo puede ejercerse mediante la incriminación y el castigo, de manera que todos los procesos deben ser esclarecidos y terminar con un condenado. Esta afirmación, riñe con la concepción garantista de tradición liberal que concibe preferible, en todos los casos, la no punibilidad frente al castigo (Pastor, 2009), y puede devenir también en un derecho penal máximo y eficientista, en el sentido que, el sistema tiende a robustecerse de la forma que sea necesaria con el fin de evitar la evasión del castigo.

No obstante, frente a la descripción del neopunitivismo que se acaba de presentar, es preciso oponer algunos argumentos que justifican el fenómeno, aunque, bajo la misma acepción general del término: como política que aplica el Derecho penal para la solución de problemas sociales y que privilegia el rol de la víctima en el proceso.

El primer argumento a favor de esta nueva corriente consiste en la necesidad de revisar la política criminal con base en un gravísimo contexto afectado por el problema de la impunidad que se manifiesta en dos sentidos: (i) la afectación a los sectores más relegados de la sociedad y con mayores dificultades para el acceso a la justicia; y (ii) como reflejo de la inadmisibile desigualdad social (Abramovich, 2008). En ese sentido, se hace un llamado a un cambio en el sistema normativo penal con base en aspectos empíricos y propios de la realidad y no como un fenómeno aislado o autopoietico del Derecho.

El siguiente planteamiento de Abramovich (2008), apoyado en los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), cuya jurisprudencia ha sido mostrada como ejemplo del neopunitivismo (Pastor, 2009), sustenta lo afirmado:

La jurisprudencia interamericana, presupone una noción de igualdad sustantiva que apunta a brindar mayor protección a quienes, a raíz de factores estructurales, sufren un trato desigual del Estado. Este principio abandona la neutralidad, pues trata precisamente de dar un tratamiento particular a ciertas prácticas extendidas de violencia estatal, seguidas de prácticas también estructurales de impunidad, que desarrollan las propias instancias del Estado. De allí que se pretenda reforzar la protección de las víctimas de ciertos crímenes públicos, privando de efectos a la absolución fraudulenta o aparente. (p. 262)

En este orden de ideas, en el llamado neopunitivismo no prevalecería la lógica vengativa de la víctima y el consecuente furor por juzgar a cualquier precio, como se mencionó atrás. De lo que se trata, es de satisfacer los derechos de los débiles en un sistema inequitativo, es decir, las víctimas; de manera que no se reclama más poder punitivo, sino, simplemente, su ejercicio y aplicación racional e igualitaria (Abramovich, 2009).

Los elementos neopunitivistas de la justicia transicional

Los contextos en los cuales se han implementado medidas para la superación de situaciones de graves vulneraciones a las DDHH o al Derecho Internacional Humanitario (DIH), esto es, los escenarios de justicia transicional se han basado o han recogido ciertas ideas que, precisamente, son expresión de la tendencia neopunitivista, en los términos arriba descritos. Dos ejemplos ilustran lo indicado: (i) la necesidad de castigo para los perpetradores de los hechos victimizantes; y (ii) la consagración de los derechos de las víctimas entre sus estándares.

Pretensión de castigo

Pablo De Greiff (2009) define la justicia transicional como un conjunto de medidas que son implementadas “para hacer frente al legado de los abusos masivos de derechos humanos (...) [que] incluyen, por lo general, el enjuiciamiento penal de los responsables, la búsqueda de la verdad, las reparaciones y varias formas de reforma institucional” (p. 26). En efecto, esta definición, destaca el componente la judicialización como uno de los que caracteriza dicha forma de justicia.

En los términos de Rodrigo Uprimny (2010), el concepto en estudio enseña que las transiciones de los escenarios de violaciones masivas a los DD. HH. y al DIH, “no pueden hacerse de cualquier manera, sino que deben tener unos mínimos de justicia asociados al respeto de derechos de las víctimas” (p. 10), pese a que hay restricciones fácticas que limitan la consecución plena de esos objetivos.

Entre esos mínimos de justicia, se destaca el componente de los juicios penales que ha venido evolucionando con el tiempo a través de la consolidación de los estándares internacionales sobre el punto⁴, de manera que la solución de conflictos armados o la restauración de la democracia (expresiones de la justicia transicional) que usaron en el pasado herramientas básicas de perdón y olvido en transiciones negociadas sin justicia, o lo que Uprimny (2006) llama “perdones amnésicos” (p. 24), ya no serían replicables ante “las estrictas exigencias que el derecho internacional ha impuesto en su evolución reciente con respecto al castigo de los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad” (p. 25).

⁴ A nivel internacional, la consolidación de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, y la necesidad del castigo de los victimarios, tuvo como punto de inflexión, en la rama de los DDHH, su sistematización en el Informe final del relator especial de las Naciones Unidas sobre la impunidad: Conjunto de principios para la protección y la promoción de los DDHH mediante la lucha contra la impunidad (1997), también conocidos como Principios de Joinet.

La experiencia colombiana es un claro ejemplo de este ascenso de los estándares en materia de judicialización: mientras que la desmovilización de grupos guerrilleros a principios de los años noventa⁵ se dio a cambio de la mera entrega de armas sin el uso de instrumentos de verdad o de judicialización y mucho menos de reparación a las víctimas, los procesos de paz con los principales grupos paramilitares entre 2002 y 2005 y de las FARC-EP en 2016, han tenido como principal componente, la atribución de responsabilidad penal.

Así, el Proceso de Justicia y Paz (PJYP) es, primordialmente, un procedimiento penal especial que ofrece penas alternativas de entre 5 y 8 años a quienes, una vez desmovilizados, entreguen verdad y reparación a las víctimas (López Díaz, 2012). Por su parte, dentro del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), el componente judicial de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), es el que cuenta con los mayores grados de avance (Instituto Kroc, 2020). Dos evidencias de la incorporación normativa del estándar de castigo en los procesos de transición hacia la paz en Colombia.

En ese orden de ideas, si bien la noción de castigo en la justicia transicional no se asocia, necesariamente, con su connotación retributiva, sino más bien, con la restaurativa (Uprimny y Saffon, 2006) e igualmente, auspicia las sanciones alternativas o diferentes a la prisión y los elementos no judiciales, como las Comisiones de la Verdad, especialmente, cuando hacen parte del componente de rendición de cuentas –como sucedió en Sudáfrica–, no deja de ser una de las características del neopunitivismo que se incorpora en este tipo de procesos y se opone con fuerza a la idea garantista del Derecho penal mínimo para el que, como se advirtió, la pena no es un componente necesario del sistema sino, por el contrario, su *ultima ratio*.

La consagración de los derechos de las víctimas

Finalmente, los derechos de las víctimas, al erigirse como pilares y estándares de la justicia transicional (Rincón, 2010), hacen parte de los estatutos procesales penales que materializan el componente de justicia en esos contextos y, por tanto, generan tensiones en su aplicación con las garantías de los sometidos al respectivo procedimiento. El caso colombiano evidencia esa tendencia.

Tanto el PJYP (Ley 975 de 2005, arts. 4-9) como el proceso penal que se adelanta ante la JEP (Ley 1957 de 2019, art. 15), reconocen de manera expresa los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición y, a la vez, en tanto se trata de procesos penales, presuponen la vigencia de las garantías penales y procesales de carácter constitucional (ver, *supra*, tabla 1) a favor de los postulados o sometidos.

Ante esta concurrencia es que se puede afirmar la naturaleza garantista de los procesos, y a la vez, la incorporación de los elementos definatorios del neopunitivismo. Esta característica, que podría

⁵ Se trata de las guerrillas del Ejército Popular de Liberación (EPL); el Movimiento 19 de Abril (M-19); el Movimiento Armado Quintín Lame; y el Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT).

predicarse necesaria en ese tipo de procedimientos, propicia una serie de tensiones que, como se ha dicho, marcan los límites del garantismo en los contextos de transición.

Lo que explica, en parte, esas contradicciones, es el hecho que, tradicionalmente, se ha asociado que ciertas garantías penales han devenido también en mecanismos que favorecen la impunidad y, por ello, han entrado en tensiones con los derechos de las víctimas, al punto que se han considerado derruibles. Así, por ejemplo, se tienen: la prescripción, la cosa juzga y la no retroactividad (Comisión Internacional de Juristas [CIJ], 2008), esta última, representación del axioma *nullum crimen sine lege* (principio de legalidad mera o lata) en la propuesta de Ferrajoli.

Si bien se tienen experiencias internacionales en las cuales se ha evidenciado esa tensión, que han provocado decisiones en favor de las víctimas a través de la flexibilización de esos principios penales (*v.gr.* casos Scilingo, en España; Eichman en Israel; Kolk vs. Estonia y Kononov vs. Lituania, en la Corte Europea de DDHH [Forer, 2012]), un ejemplo acaecido en el contexto de la justicia transicional en Colombia, en el PJYP, ilustra el punto.

Múltiples han sido las tensiones entre los derechos de las víctimas y de los procesados en el PJYP (Cardona, 2012), entre ellas, ha llamado especial atención, por desafiar una de las figuras más caras a la tradición penal garantista, la flexibilización del principio de legalidad ante la imputación de crímenes de guerra y de lesa humanidad.

El problema jurídico se suscitó porque la legislación penal colombiana no ha incorporado los crímenes internacionales; ni siquiera la suscripción del Estatuto de Roma de la CPI por parte del Estado (Ley 742 de 2002) implicó su consagración en la normativa interna (Corte Constitucional, 2002 y 2009), lo cual *prima facie* hacía imposible su imputación en un proceso debido a la vigencia y respeto por el axioma *nullum crimen sine lege* (ver, *supra*, tabla 1).

Sin embargo, ante la gravedad de los vejámenes cometidos en el marco del conflicto armado en Colombia, de conocimiento del PJYP, y la consecuente necesidad de aplicar justicia material que favoreciera los derechos de las víctimas, la Corte Suprema de Justicia (CSJ), en sede de segunda instancia, ensayó tres fórmulas para atribuir responsabilidad penal por crímenes internacionales a los desmovilizados de grupos armados al margen de la ley que incurrieron en su comisión (Cardona, 2012), pese a que los mismos no se encontraban tipificados en las normas internas y a las implicaciones para el ya referido modelo garantista.

En los dos primeros intentos por acuñar una teoría consistente para imputar crímenes internacionales en Colombia, la CSJ (2009a y 2009b) recurrió a tres argumentos: (i) el bloque de constitucionalidad, y por esa vía, la obligatoriedad del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*nullum crimen sine iure*)⁶ y la vigencia de “los actos u omisiones señalados

⁶ “Artículo 15.1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional (...).”

como delictivos tanto en el derecho nacional como en el foráneo” (2009a, núm. 21); (ii) el carácter de *ius cogens* de ciertas normas, en particular, sobre crímenes de guerra; y (iii) su reconocimiento directo y expreso en la legislación interna (*v.gr.* la aprobación de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 [Ley 5a de 1960] y de los Protocolos Adicionales I y II de 1977 [Leyes 11 de 1992 y 171 de 1994], entre otras).

El tercer fallo en el cual la Corte (2010) resignó el principio de legalidad en sentido lato, para privilegiar principios asociados a la justicia material y en contra de la impunidad, enfrentó el siguiente problema jurídico: la posibilidad de aplicar las normas contra personas y bienes protegidos por el DIH a hechos cometidos con anterioridad a su vigencia. Para su solución, afirmó que: (i) a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial comenzó a crearse un nuevo Derecho penal con dimensión internacional; (ii) la dogmática penal se replanteó y se redefinió el principio de legalidad, de manera que ahora tiene un carácter internacional, flexible, reelaborado; de manera que, (iii) tratándose de crímenes internacionales, la legalidad supone la integración de los tratados internacionales a los sistemas jurídicos locales, como ley previa, para hacer viable la sanción de ciertas conductas, así las mismas no estuvieran formalmente tipificadas en la legislación nacional al momento de su comisión.

De esta forma, la Corte, flexibiliza el principio de legalidad, para efectos de la imputación de crímenes internacionales, y de esta manera, realiza una ruptura con la tradición jurídica garantista que privilegia su respeto a ultranza, motivada, dado el contexto transicional en el que se formula su tesis y los mandatos del PJYP, en la lucha contra la impunidad y la satisfacción del derecho a la justicia de las víctimas, esto es, en elementos de la nueva corriente neopunitivista.

Así las cosas, al menos los dos elementos presentados del denominado neopunitivismo se han manifestado en Colombia a nivel constitucional, legal y jurisprudencial, como una tendencia normativa penal que impone límites a la consolidación del garantismo como modelo jurídico penal nacional y muestra las dificultades de este, para ser usado como el ideario propio de los procesos de justicia transicional.

Conclusiones

Amparado en la tradición penal liberal, el modelo normativo del garantismo reivindica la consagración constitucional de un sistema de garantías a favor del procesado y de un Derecho penal mínimo que procura la limitación del poder del Estado y del sistema jurídico, entendidos como meros instrumentos para la satisfacción de los derechos fundamentales de las personas.

² Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

El garantismo penal requiere de cuatro presupuestos para que exista en una sociedad: el modelo jurídico político del constitucionalismo, el Estado de Derecho, la democracia y la paz, los cuales, a su vez, se alimentan de aquel para consolidarse y mantenerse.

A partir del examen meramente teórico del ordenamiento jurídico en Colombia, es posible colegir que se cuenta con un alto grado de garantismo marcado por dos supuestos: (i) la vigencia de la mayoría de las condiciones de existencia del garantismo (constitucionalismo, Estado de Derecho y democracia); y (ii) la consagración constitucional de un sistema de garantías penales y procesales que se aproxima al modelo límite propuesto por Luigi Ferrajoli.

Sin embargo, al menos dos factores, se erigen como límite del modelo normativo penal garantista en el país: (i) el contexto de conflicto social y armado; y (ii) los estándares de la justicia transicional, adoptados por el ordenamiento interno.

Mientras el conflicto social y armado ha propiciado el uso del Derecho penal como medio para su solución, auspiciando la creación de nuevos tipos penales, el aumento de penas y la expedición de normas de carácter eficientista, la legislación emergente con ocasión de los procesos de justicia transicional en el PJYP y en la JEP ha incorporado al menos dos características del llamado neopunitivismo que se oponen a la tradición garantista: (i) la imperiosa necesidad de castigar a los victimarios de graves vulneraciones a los DDHH y al DIH, aunque matizada bajo la aceptación de formas alternativas de castigo y del enfoque restaurativo de las penas; y (ii) la consagración expresa de los derechos de las víctimas.

Los efectos del neopunitivismo en la justicia transicional han implicado la flexibilización, por decir lo menos, de ciertas garantías penales propias de la propuesta de Ferrajoli. En particular, se destaca la reinterpretación del principio de legalidad que permitió, en el marco del PJYP, la imputación de crímenes internacionales cometidos en el marco del conflicto armado, pese a que no se encontraran tipificados en la normatividad interna para la época de su comisión.

Este ejemplo, junto a los demás elementos descritos, evidencian que la justicia transicional conlleva una alta carga de componentes neopunitivistas que suscitan una serie de tensiones con las garantías penales y procesales de la propuesta garantista, lo que, a la vez, le plantea desafíos en su búsqueda por un modelo jurídico penal que, sin abandonar dicha corriente, permita la inclusión de los componentes de la lucha contra la impunidad.

Referencias

Doctrina y otros

Abramovich, V. (2008). “*Transplante*” y “*Neopunitivismo*”. *Debates sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en Argentina*. En Tiscornia, S. *Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales. El caso Walter Bulacio*. (pp. 246-268). Buenos Aires: Editores del Puerto y CELS.

- Cardona, J. & Luna, T. (2009). *Estados de Excepción en Colombia: 1948-1990*. En Marquardt, B. (Ed.), *Constitucionalismo Comparado* (pp. 449-480). Universidad Nacional de Colombia.
- Cardona, J. (2012). *Derechos de las víctimas y de los postulados: tensiones en el Proceso Especial de Justicia y Paz*. GIZ.
- Carbonell, M. (2006). *Presentación. La teoría garantista de Luigi Ferrajoli*. En Ferrajoli, L. *Garantismo penal* (pp. 3-9). Universidad Autónoma de México.
- Comisión Internacional de Juristas (2008). *Impunidad y graves violaciones de derechos humanos*. Comisión Internacional de Juristas.
- Comité Internacional de la Cruz Roja (2018). *Cinco conflictos armados en Colombia ¿qué está pasando?* <https://www.icrc.org/es/document/cinco-conflictos-armados-en-colombia-que-esta-pasando>
- De Greiff, P. (2009). Una concepción normativa de la justicia transicional. En Rangel, A. (Comp.). *Justicia y Paz. ¿Cuál es el precio que debemos pagar?* (pp. 19-73). Intermedio.
- García, A. (2009). *El neoconstitucionalismo excéntrico de Luigi Ferrajoli*. En: Marcilla, G. [Ed.]. *Constitucionalismo y garantismo*. (pp. 99-133). Universidad Externado de Colombia.
- García, M. (2001). *Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997*. En Santos, B. & García, M. *Caleidoscopio de las justicias en Colombia: Análisis sociojurídico* (pp. 317-370). Siglo del Hombre Editores.
- Gascón, M. (2006). *La teoría general del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli 'Derecho y Razón'*. En Sotomayor, J. (Coord.), *Garantismo y Derecho Penal* (pp. 13-58). Temis.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón*. 1ª ed. en español, Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006a). *Garantías y derecho penal*. En Sotomayor, J. (Coord.), *Garantismo y Derecho Penal* (pp. 3-12). Temis.
- Ferrajoli, L. (2006b). *Garantismo penal*. Universidad Autónoma de México.
- Ferrajoli, L. (2006c). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2009). *El paradigma normativo de la democracia constitucional*. En Marcilla, G. (Ed.), *Constitucionalismo y garantismo* (pp. 15-42). Universidad Externado de Colombia.
- Forer, A. (2012). *Justicia Transicional*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de Teoría Constitucional*. Fontamara y Universidad Autónoma de México.
- Kroc Institute for International Peace Studies (2020). *Cuarto informe comprensivo sobre la implementación del Acuerdo Final en Colombia*. Bogotá.
- López, C. (2012). *El Proceso Especial de Justicia y Paz*. En Forer, A. y López Díaz, C. (Eds.), *Colombia: un nuevo modelo de Justicia Transicional*. GIZ.

- López, D. & Sánchez, A. (2007). *La defensa de la libertad. Análisis de las relaciones entre ley, derechos fundamentales y derechos humanos en el sistema penal colombiano*. Fiscalía General de la Nación.
- Mejía, O. (1998). *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*. Editorial Temis.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU), Comisión de Derechos Humanos. (1997). *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. Louis Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de Naciones Unidas*. Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 2 de octubre de 1997, 49° período de sesiones. anexo II.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU) - Asamblea General. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- Orozco, I. (2006). *Soberanía interior y garantismo: sobre la guerra y el derecho en Colombia*. En Sotomayor, J. (Coord.), *Garantismo y Derecho Penal* (pp. 37-58). Temis.
- Orozco, I. & Gómez, J. (1999). *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*. Temis y Universidad Nacional de Colombia.
- Orozco, I. (2011). *Conferencia internacional ¿Selección y priorización de autores y de delitos en la investigación?* GIZ, ICTJ y Mapp-OEA.
- Pastor, D. (2009). *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*. Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez.
- Portafolio. (2019). *Colombia es cada vez más desigual, asegura el DANE*. <https://www.portafolio.co/economia/colombia-es-cada-vez-mas-desigual-asegura-el-dane-531503>
- Prieto, L. (1999). *Constitucionalismo y Positivismo*. Fontamara.
- Prieto, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta.
- Prieto, L. (2005). *Constitucionalismo y Garantismo*. En Carbonell, M. & Salazar, P. (Eds.), *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* (pp. 41-58). Trotta y Universidad Nacional Autónoma de México.
- Rincón, T. (2010). *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*. Universidad del Rosario.
- Uprimny, R. (2010). Prólogo. En Rincón, T., *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional* (pp. 9-15). Universidad del Rosario.
- Uprimny, R. (2006). *Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano*. En Uprimny, R. et. al. *¿Justicia Transicional sin transición?* (pp. 17-44). Dejusticia.

Uprimny, R. & Saffon, M. (2006). Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. En Uprimny, R. et. al. *¿Justicia Transicional sin transición?* (pp. 109-138). Dejusticia.

Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal. Parte General*. 4ª. ed., Editorial Comlibros.

Normatividad y Jurisprudencia

Constitución Política de Colombia [C.P.]. (20 de julio de 1991). Colombia: Diario Oficial. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Congreso de Colombia. (2000, 24 de julio) Ley 599/ 2000, Diario Oficial [D.O]: 44097. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

Congreso de Colombia (2004, 1 de septiembre) Ley 906/ 2004. Diario Oficial [D.O]: 45657. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

Corte Constitucional de Colombia. [C.C.C.]. Sala Plena, diciembre, 2, 1998. M.P: E. Cifuentes. Sentencia SU-747-1998. Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU747-98.htm>

Corte Constitucional de Colombia. [C.C.C.]. Sala Plena, julio, 30, 2002. M.P: M. Cepeda. Sentencia C-578-2002. Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-578-02.htm>

Corte Constitucional de Colombia. [C.C.C.]. Sala Plena, julio, 22, 2009. M.P: J. Palacio. Sentencia C-488-2009. Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-488-09.htm>

Corte Constitucional de Colombia. [C.C.C.]. Sala Plena, noviembre, 23, 2010. M.P: L. Vargas. Sentencia C-936-2010. Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-936-10.htm>

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.]. Sala de Casación Penal, julio, 31, 2009a. M.P: A. Ibáñez. Auto 31539 - 2009a. Colombia. http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_759920426316f034e0430a010151f034

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.]. Sala de Casación Penal, septiembre, 21, 2009b. M.P: S. Espinosa. Auto 32022 - 2009b. Colombia. http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_79455625bb174048e0430a0101514048

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.]. Sala de Casación Penal, marzo, 11, 2010. M.P: A. Gómez. Sentencia 33301 - 2010. Colombia. http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_81496e7179f7602ce0430a010151602c