

¿CUÁNTA JUSTICIA?
LAS HERRAMIENTAS DEL DERECHO ANTE
LAS PRETENSIONES PUNITIVISTAS EN
LA ACTUAL TRANSICIÓN POLÍTICA.
REFLEXIÓN CON OCASIÓN DEL SOMETIMIENTO DE LOS
MIEMBROS DE LAS FARC A LA JUSTICIA EN EL MARCO DEL
PROCESO DE PAZ CON EL GOBIERNO*
*RICARDO GARZÓN CÁRDENAS***



HOW MUCH JUSTICE? THE TOOLS OF LAW BEFORE PUNITI-
VIST PRETENSIONS IN THE CURRENT POLITICAL TRANSITION

RESUMEN

Hace varias décadas se viene planteando que la justicia transicional es un mecanismo para la solución jurídica de los conflictos armados que sufren las sociedades. A pesar del consenso sobre la utilidad del instrumento, aparecen controversias insolubles respecto a los montos de las penas que deben pagar quienes, habiendo estado al margen de la ley, se someten en

* Este artículo fue presentado como ponencia en el Encuentro Internacional “El Derecho en la Paz”, realizado el 25 de noviembre de 2015, organizado por el ILAE con la participación de los Dres. DIEGO VALADÉS (México), RAÚL GUSTAVO FERREYRA (Argentina), el autor y ÁLVARO LEYVA DURÁN (Colombia).

** Abogado Universidad Externado de Colombia. Profesor de las áreas de Argumentación y Hermenéutica, así como de Ética y Filosofía del Colegio Jurídico de la Institución Universitaria Colegios de Colombia –UNICOC–. Coordinador del Departamento de Ciencias Sociales y Humanísticas del mismo centro. Profesor en Derecho Constitucional de la Corporación Universitaria Republicana. Investigador del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–. Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires –UBA–, e-mail: [ricardogarzon8@hotmail.com].

forma voluntaria al Estado y al derecho. Este trabajo muestra cómo, desde una perspectiva histórica, política, sociológica y jurídica, el *quantum* de la pena no es algo objetivo, sino que depende de la voluntad política de las partes que negocian en el marco de un proceso de paz, teniendo como única limitación los compromisos internacionales que nacen con el Estatuto de Roma.

PALABRAS CLAVE: Violencia; Justicia transicional; Paz; Legalidad; Principio de oportunidad.

ABSTRACT

Several decades ago, it has been established that transitional justice is a legal mechanism for the resolution of armed conflicts suffered by society. Despite the consensus on the usefulness of the instrument, intractable disputes appear on the amounts of penalties to those who must pay, having been left out of the law, voluntarily submit to the state and law. This paper shows how, from a historical perspective, political, sociological and legal, the *quantum* of punishment is not something objective, but depends on the political will of the parties to negotiate within the framework of a peace process, with the only international commitments limiting born with the Rome Statute.

KEYWORDS: Violence, Transitional Justice, Peace, Rule of Law, Prosecutorial Discretion.

Fecha de presentación: 19 de octubre de 2015. Revisión: 31 de octubre de 2015. Fecha de aceptación: 24 de noviembre de 2015.



I. LA TESIS A CONTRASTAR

Quienes se oponen a la salida negociada del conflicto militar en Colombia, al igual que los sectores descontentos en la negociación con las Autodefensas Unidas de Colombia –AUC– en su momento, hacen oposición política al proceso utilizando como base argumental las instituciones y las normas jurídicas, sean domésticas o internacionales que, según ellos, impiden un acuerdo en el que se impongan penas más benignas de las que establece el derecho penal ordinario, a los miembros que se desmovilicen del ejército irregular del que se trate.

Aunque la negociación de una agenda de paz puede contener muchos temas a conversar, como logística de desarme, reformas económicas, participación en política, etc., la oposición centra sus críticas en el problema del esquema de justicia. Esto sucede porque todo lo que se discute, fuera de la justicia, se negocia en una lógica de conveniencia, de concesiones políticas al opositor para desaparecer las

demandas que fundamentan su existencia. Pero con el sometimiento a la justicia hay una cuestión distinta: toda la normatividad que criminaliza la actividad del que ha vivido al margen de la ley –y hoy se quiere reintegrar a la sociedad–, pareciera estar ante un obstáculo insalvable para lograrlo.

Esa realidad permite la construcción de una afirmación que contrastaremos a lo largo de este trabajo, mostrando su falsedad: que las normas, nacionales e internacionales que regulan las penas y su imposición en escenarios de conflicto, son un indisponible político en el marco de la negociación de la paz. Esta afirmación se descompone en dos falacias conjuntas: 1.^a Que las normas jurídicas son unívocas a la hora de excluir tratamientos benignos; y 2.^a Que esas normas son pétreas, por lo que cualquier Gobierno no puede hacer más que cumplirlas.

Asumir esta tesis como verdadera alimenta las aspiraciones retribucionistas de quienes consideran que no se debe negociar con la guerrilla sino extinguirla militarmente y, en simultáneo, llena de desconfianza el proceso de negociación para la guerrilla que se sometería a la justicia. El objetivo de este trabajo es mostrar cómo el derecho no es una barrera para la consecución de la paz sino, por el contrario, un recurso para lograrla. A pesar del contenido teórico y normativo, es obvio que las reflexiones serán situadas en la realidad colombiana.

II. LA FUNDACIÓN DEL ESTADO Y LA VIOLENCIA EN COLOMBIA

Siguiendo a JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, no existe la justicia transicional como un concepto normativo. Más bien, existen transiciones políticas concretas en las que se han encontrado diversas fórmulas de justicia para hacer responder a los miembros de un conflicto anterior¹. Es evidente que la lógica de la justicia transicional es asegurar la transición política de manera efectiva, no existiendo elementos normativos claros respecto a los estándares que debe tener una justicia

1 JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO. "Justicia transicional. Enigmas y aporías de un concepto difuso", en MARÍA JOSÉ BERNUZ BENÉITEZ y ANDRÉS GARCÍA INDA (eds.). *Después de la violencia. Memoria y justicia*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2015, pp. 99 a 153.

de este tipo, para que esté en el marco del derecho. Por esta razón, no se puede hablar de la justicia transicional aplicable a los miembros de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –FARC– sin entender qué tipo de transición política sería la que se daría, si resulta exitosa –como todo parece indicar– la negociación de paz entre el Gobierno de Colombia y esta guerrilla. Para entender la posible transición, debemos entonces revisar someramente el proceso histórico en el que se formó y fortaleció esta guerrilla.

El devenir en el que se forman los Estados nacionales se dio a partir de pugnas o concertaciones entre poderes políticos que se expandían del centro hacia la periferia, como sucede en Francia, o de la periferia hacia el centro, como sucede en el federalismo norteamericano. Muchos países seguirían uno u otro modelo. Pero en Colombia ese proceso no se pudo dar de manera completa. El siglo XIX fue un escenario permanente de guerra y convulsión política, con siete constituciones nacionales² impuestas por el bando ganador en turno. Entre la primera Constitución, de 1821, y la última, de 1886, pasaron 65 años; es decir, una estabilidad política promedio de diez años.

La convulsión venía auspiciada por el natural desorden que genera la definición del poder entre los diversos sectores que luchan por la emancipación de los pueblos. En el caso colombiano, estos bandos se fueron definiendo a mediados del siglo entre los liberales y los conservadores, siendo en especial marcada la discrepancia respecto al papel de la Iglesia católica en los asuntos políticos. Aunque se podrían nombrar otros aspectos como el centralismo defendido por los conservadores y el federalismo de los liberales, va a ser el asunto religioso el que estará de manera preponderante separando las facciones³. La estabilidad política llegó, tras la derrota de los liberales, con

2 Se dice constituciones nacionales, para hacer abstracción de algunas constituciones provinciales previas a la unión de lo que hoy es Colombia y las constituciones estatales que emitieron los Estados durante las épocas en que se aplicó el modelo federal en Colombia. Se expidieron constituciones nacionales en los años 1821, 1830, 1832, 1843, 1853, 1858, 1863 y 1886.

3 Esta realidad histórica, la presencia de partidos laicos y confesionales, corresponde con el modelo de clasificación de los partidos políticos por ejes de conflicto o *cleavages* sociales de STEIN ROKKAN. Esta tensión, junto con la que resulta del enfrentamiento entre

los Gobiernos de RAFAEL NÚÑEZ MOLEDO⁴⁻⁵ y la promulgación el 4 de agosto de la Constitución de 1886. Los conservadores mantendrían el poder por casi 50 años, un récord, en la historia política de Colombia.

La alianza entre la Iglesia católica y el Partido Conservador, explicable por la necesidad de ésta de salvaguardar sus intereses frente a los liberales que habían mostrado interés en décadas pasadas de expropiar sus bienes, dio estabilidad en muchas regiones del país, pero sirvió como caldo de cultivo de una profunda ideologización, rayando en fanatismo, de los colombianos⁶. Esa estigmatización mutua, entre los rojos y los azules, fue la pólvora que hizo estallar uno de los episodios más lamentables de nuestra historia, conocida con la agresiva y gráfica etiqueta de “La Violencia”. El asesinato del líder liberal JORGE ELIÉCER GAITÁN AYALA fue el detonante del odio que se había venido alimentando por décadas. Tanto liberales como conservadores estaban listos para matarse entre sí, sin saber exactamente por qué, más allá de la adscripción partidista del otro, el enemigo. El odio que nace en esta época es, en muchos sentidos, el mismo odio que ha alimentado el conflicto militar actual en Colombia.

La interpretación de los sucesos del 9 de abril de 1948, cuando GAITÁN AYALA es asesinado en lo que se conoce como “El Bogotazo”, es algo que servirá para legitimar la persecución del otro bando. Los conservadores entendían que había una conspiración internacional

el centro y la periferia, serán las dos constantes en la formación de los partidos políticos en las jóvenes repúblicas. Mírese SEYMOUR MARTIN LIPSET y STEIN ROKKAN. “Estructuras de división, sistemas de partidos y alineamientos electorales” en ALBERT BATLLE I RUBIO (coord.). *Diez textos básicos de ciencia política*, Barcelona, Ariel, 2003.

4 Cartagena, 28 de septiembre de 1825-18 de septiembre de 1894.

5 13 y 18 Presidente de los Estados Unidos de Colombia (8 de abril de 1880-1.º de abril de 1882 y 11 de agosto de 1884-1.º de abril de 1886) y 3.º y 5.º Presidente de Colombia (4 de abril de 1887-7 de agosto de 1892 y 29 de septiembre de 1892-18 de septiembre de 1894).

6 Sobre el odio entre conservadores y liberales, y el papel que cumple el discurso religioso, en este campo, se puede mirar la obra literaria de GUSTAVO ÁLVAREZ GARDEAZÁBAL. *Cóndores no entierran todos los días*, Bogotá, Plaza & Janés, 1984. Así mismo, el estudio jurídico literario de esa obra se puede ver en ALFONSO CLAVIJO GONZÁLEZ. “Los cóndores y el derecho. Análisis histórico y literario de la obra ‘Cóndores no entierran todos los días’ de Gustavo Álvarez Gardeazábal”, en *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. III, n.º 6, julio-diciembre de 2012, pp. 127-148, disponible en [<http://www.ilae.edu.co>].

comunista tratando de derrocar el Gobierno y los liberales consideraron que el alto mando conservador estaba detrás del homicidio del más carismático de sus líderes. La Violencia llevó a muchos fenómenos ilegales, desde una especie de paramilitarismo permitido por el inicial Gobierno conservador, conocidos como los pájaros y los chulavitas, a la formación de campamentos liberales de autodefensa en las áreas rurales, que luego serían conocidas como las FARC. Esta guerrilla más adelante tendría una fuerte impronta comunista y basaría su demanda política en el problema de la tenencia de la tierra.

No se sabe con exactitud cuántas personas murieron en la violencia, en un poco más de una década se presume que la suma fue entre 100.000 y 200.000 personas, para un país que en ese momento contaba con una población de 11 millones de habitantes⁷. Como este fue un fenómeno particularmente rural, nos va a dar una nueva constante de los conflictos internos hasta hoy: que solo adquieren relevancia y atención por parte de las élites políticas cuando llegan a las ciudades.

Es decir, el sistema político colombiano aprendió a vivir en una democracia en medio de un conflicto militar en la que la soberanía del Estado solo es clara en las ciudades. La élites políticas aprendieron a mantenerse en el poder dentro de una democracia formal, dándole la espalda a la ruralidad donde crecían como maleza espontánea grupos armados ilegales, de derecha o de izquierda, que ponen todo el tiempo en entredicho el principal atributo del Estado moderno: el monopolio de la fuerza.

La pacificación quedó sellada con un acuerdo político entre los liberales y los conservadores para solucionar la guerra: la creación del Frente Nacional. Liberales y conservadores entraron a hacer parte de la misma élite dirigente, pues no tenían que luchar en la arena política por el favor del pueblo: la alternancia en el Gobierno presidencial y la milimetría en el reparto de puestos en la burocracia le dio espacio a ambos en el poder sin importar lo bien o mal que hicieran su trabajo. Aunque este acuerdo extinguió la violencia entre liberales y conserva-

7 El censo más cercano a la época es el de 1951 en el que se contaba una población de 11.548.172 habitantes. Mírese HAROLD BANGUERO y CARLOS CASTELLAR. *La transición demográfica en Colombia 1938-2025*, Bogotá, Confecámaras, 1991, pp. 1 a 24.

dores, el sistema político colombiano se anquilosó y dejó de atender las necesidades de amplias capas de población que no habían entrado en el acuerdo entre los dos partidos tradicionales. En pleno Frente Nacional nacerían los otros dos grandes movimientos guerrilleros de Colombia, con un carácter más urbano: el Ejército de Liberación Nacional –ELN– y el Movimiento 19 de abril –M-19–.

El estancamiento del sistema político, la actividad de las tres guerrillas, el desafío que planteó el narcotráfico a la institucionalidad –primero con la marihuana en la década de los 1970 y luego con la cocaína a partir de los 1980– y la asociación entre narcotraficantes y terratenientes para formar ejércitos paramilitares llevó a que varias guerrillas empezaran conversaciones de paz, lo que desembocó en la Constituyente cuyo resultado es la Constitución de 1991. De manera lamentable, las FARC quedaron por fuera de ese nuevo acuerdo político. El día de la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente, fue bombardeado el campamento general de las FARC –conocido como Casa Verde–, lo que desperdigó por todo el territorio nacional a sus ejércitos e implicó un paradójico fortalecimiento en los años posteriores. Como siempre, la reflexión elemental respecto a los actores ilegales era si procedía la negociación o la fuerza. Políticamente se apostó a la fuerza y la historia mostró lo equivocada que fue la decisión.

La década de los 1990 ve un crecimiento exponencial de la fuerza de las FARC, que se muestra en capacidad de poner a temblar al establecimiento colombiano. La preocupación nacional quedó clara cuando se votó masivamente por ANDRÉS PASTRANA, quien días antes de las elecciones visitó al comandante de las FARC y obtuvo una declaración de interés de la guerrilla de hacer un nuevo intento de negociación con el Gobierno. La condición principal de la guerrilla fue tener una zona franca para garantizar la seguridad de los líderes y las tropas, a la que el ejército y la policía no tuvieran acceso. En esta área, conocida como “la zona de distención” se realizaron los diálogos.

Ninguno de los lados estuvo realmente comprometido con el proceso: el Gobierno quería una tregua y la guerrilla una zona segura que les permitiera fortalecerse aún más para una guerra frontal contra el Estado. Las FARC usaron la zona de distención en San Vicente del Caguán (Caquetá) como una gran base de operaciones donde empezaron a reclutar más hombres, a mejorar el equipamiento bélico

y como territorio seguro para llevar atentados contra la población con total impunidad. El Gobierno de PASTRANA ARANGO, por su parte, bajo la excusa de la lucha contra el narcotráfico y con el apoyo del Gobierno de Estados Unidos, obtiene el paquete de ayuda militar conocido como el Plan Colombia, que permitiría repotenciar el aparato militar colombiano para la lucha contra la guerrilla. El acto temerario de la guerrilla de secuestrar al senador JORGE GÉCHEM TURBAY, en plenas conversaciones, acabó el proceso y reinició la guerra frontal entre los bandos.

Para la misma época, está creciendo en el país un fenómeno poco atendido por los medios de comunicación, acaso solo por algunas ONG de derechos humanos: el paramilitarismo. Este fenómeno amorfo adquiere visibilidad nacional cuando se entrevista por primera vez a CARLOS CASTAÑO GIL, el comandante general de las AUC, quien reconoce diversos actos criminales, como masacres, desapariciones forzadas, homicidios selectivos, ante la imposibilidad del Estado de proteger a múltiples sectores de la sociedad de los abusos de la guerrilla.

Ante la decepción del Caguán, los paramilitares se habían llegado a ver, por parte de diversos sectores políticos, como males necesarios, consecuencia natural de la preocupación por el avance de la guerrilla en regiones donde el Estado se mostraba débil. En este papel colaboró mucho el futuro presidente de Colombia, ÁLVARO URIBE VÉLEZ⁸, quien, siendo Gobernador de Antioquia, patrocinó las Convivir, cooperativas de seguridad semilla de las Autodefensas de Urabá, eje desde el cual se estructuró toda la organización de las AUC⁹.

Con la llegada de URIBE VÉLEZ al Gobierno de Colombia, se tornó imperiosa la necesidad de desmontar los aparatos paramilitares que habían nacido con el patrocinio o la aquiescencia de gobiernos loca-

8 Medellín, 4 de julio de 1952-, 58 Presidente de Colombia, del 7 de agosto de 2002 al 7 de agosto de 2010.

9 Por demandas de la pragmática política colombiana y la necesidad que representó la elección de un hombre fuerte frente a la guerrilla, al ex presidente ÁLVARO URIBE VÉLEZ no lo ha afectado ninguna de las denuncias que se han hecho en su contra. Tal vez el documento más elaborado que reconstruye el acenso político de URIBE VÉLEZ junto con las fuerzas paramilitares, que luego él desmovilizaría, es IVÁN CEPEDA CASTRO y JORGE ROJAS. *A las puertas del Ubérrimo*, Bogotá, Debate, 2008.

les, terratenientes, empresarios agrícolas y organizaciones narcotraficantes. Se trataba de entregar las zonas aseguradas por los paramilitares a los agentes institucionales, según lo había dicho CASTAÑO GIL en distintas alocuciones.

Puede afirmarse que ante la incapacidad del Estado era imperioso, sin importar las motivaciones de todos los interesados, desmontar estos ejércitos. La gran oportunidad surgió por la mediación del clero colombiano, que le comunicó a la opinión pública, en el mes de octubre de 2002, a unos meses de posesionado el nuevo Presidente de la República, la declaratoria del cese de hostilidades en forma unilateral por parte de las AUC. Así se cumplió el requisito que había dispuesto el Gobierno para iniciar el diálogo.

El 23 de diciembre del mismo año, el Gobierno designó una Comisión Exploratoria de Paz con la finalidad de entablar conversaciones con estos paramilitares para acogerse a la justicia y adelantar un proceso de paz. Después de casi seis meses de exploración se firmó en Tierralta, Córdoba, con presencia DE LUIS CARLOS RESTREPO, Alto Comisionado para la Paz, los miembros de la Comisión Exploratoria y delegados de la Iglesia católica el “Acuerdo de Santa Fe de Ralito para contribuir a la paz de Colombia”¹⁰. Allí, en el numeral 1, se estableció el propósito de la negociación que se venía: “... el logro de la paz nacional, a través del fortalecimiento de la gobernabilidad democrática y el restablecimiento del monopolio de la fuerza en manos del Estado”¹¹. Desde el 25 de noviembre de 2004 hasta el 11 de abril de 2006, se hicieron las desmovilizaciones y entregas de armas¹².

Buscando la solución de la situación jurídica de los desmovilizados, reparar a las víctimas y lograr la paz, el Gobierno patrocinó la promulgación de la Ley 975 de 25 de julio de 2005, más conocida

10 Texto completo disponible en [http://estaticos.elmundo.es/documentos/2003/04/guerras_olvidadas/santafederalito.pdf].

11 Presidencia de la República y Agencia Colombiana para la Reintegración. *Proceso de paz con las autodefensas*, consultado por última vez 14 de junio de 2015, disponible en [<http://www.acnur.org/t3/uploads/pics/2258.pdf?view=1>].

12 *Ibíd.* Las cifras del Gobierno indican que en el rubro de desmovilización 31.671 hombres y mujeres efectivamente se desmovilizaron, se confiscaron 18.025 armas entre largas, cortas y de acompañamiento entregadas en el transcurso de 38 actos de desmovilización.

como Ley de Justicia y Paz¹³. Para lograr un equilibrio tan difícil, se delineó un proceso sumario que iniciaba con la confesión del postulado, en una audiencia llamada de “versión libre y confesión”, de todas aquellas conductas delictivas en las que había participado o de las que tenía conocimiento, en el tiempo en el que perteneció al grupo armado¹⁴. Previamente, el Gobierno había verificado que el aspirante a los beneficios fuera en efecto un combatiente del grupo irregular al que decía pertenecer¹⁵. La confesión es la parte más importante del proceso, pues es lo que justifica el otorgamiento de beneficios penales: el ahorrar al Estado la investigación que demanda todo su prontuario delictivo. Adicional a esto, es la confesión la única que puede garantizar el derecho de las víctimas y la sociedad a conocer la verdad de lo ocurrido.

La contraprestación a la confesión que hace el postulado de todos sus delitos y la colaboración con la justicia es la concesión de una pena alternativa. Esta figura implica que al finalizar el proceso, el postulado contará con dos condenas: la ordinaria que establece el monto de la pena en los términos ordinarios del Código Penal, con todos los agravantes del caso; y una alternativa que oscilará entre cinco y ocho años¹⁶. Las buenas intenciones de la ley son indudables, pero la realidad demostró que este proceso tenía algo de ingenuo. En el papel, estos procesos se habrían liquidado tan rápido como se concretó la negociación del desarme de las AUC, pero como se trataba de desmontar una violencia para-estatal, muchos auxiliadores como militares, políticos o empresarios, cuyas contribuciones eran desconocidas por la opinión pública y que contaban con cuotas importantes de poder,

13 *Diario Oficial*, n.º 45.980, 25 de julio de 2005, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=17161>].

14 Esto quiere decir que no se pueden conceder beneficios por delitos anteriores o posteriores a la pertenencia al grupo ilegal. De manera análoga, los delitos deben tener algún tipo de conexidad con la actividad del grupo.

15 El listado elaborado por el Gobierno nacional pasa a manos de la Fiscalía General de la Nación, ente que asume de ahí y hacia adelante la competencia para conocer de investigaciones sobre conductas delictivas cometidas durante y con ocasión de la pertenencia a la organización al margen de la ley.

16 Hay una claridad importante de la ley, y es que la necesidad de la pena alternativa surge en razón de la imposibilidad de amnistiar o indultar delitos provenientes de graves violaciones a los derechos humanos.

no estaban interesados en la total operación del procedimiento. De tal manera, la versión libre y la confesión, que era la piedra angular del proceso se veía limitada por las presiones que venían para estas personas por parte de los auxiliadores discretos de estos ejércitos.

La extradición por cargos de narcotráfico de los máximos jefes de las AUC por parte del mismo Gobierno que los invitó a desmovilizarse¹⁷, dejó sin duda una suspicacia por parte de la opinión pública sobre la honestidad del Gobierno en el desarrollo cabal del proceso y como es obvio desestimuló de manera sustancial las intenciones de colaborar de todos los que tuvieran alguna información relevante que comprometiera a funcionarios del Gobierno o de las otras ramas del poder público. Esto se revirtió cuando, por cuenta de las averiguaciones en los procesos de Justicia y Paz, nace un proceso paralelo, mucho más relevante quizá, que llevaría a la investigación y condena de una buena cantidad de congresistas por nexos con paramilitares. Las delaciones de los antiguos socios armados abrió la puerta para la construcción de un expediente colosal, llamado gráficamente en Colombia como la “Para-política”. Estos congresistas de la coalición de Gobierno, más otros miembros del Gobierno mismo, hoy están condenados y muchos prófugos de la justicia.

El nuevo Presidente de Colombia, JUAN MANUEL SANTOS, continuó la lucha contra la guerrilla. Haciendo énfasis en operaciones de inteligencia y ataques selectivos, tuvo éxitos militares impensables años atrás, como la eliminación del comandante general de las FARC, GUILLERMO LEÓN SÁENZ VARGAS¹⁸, alias “Alfonso Cano”. Tras de este suceso se hace pública la intención de la guerrilla de iniciar unos días

17 Más exactamente, el 13 de mayo de 2008 en la madrugada, el Gobierno extradita a 14 jefes paramilitares y deja el proceso sin las piezas más importantes y a las víctimas desprotegidas en los derechos de justicia y verdad. La justificación del Gobierno sobre la sorpresiva medida se circunscribe a la reincidencia: “los jefes paramilitares quisieron volver a apostarle al rearme, al narcotráfico, al asesinato, y en su nueva confrontación con el Estado, terminaron extraditados a Estados Unidos”, en “Un marco para la paz con 60 años de historia”, *El Espectador*, 5 de junio de 2012, disponible en [<http://www.elespectador.com/noticias/politica/un-marco-paz-60-anos-de-historia-articulo-351146>], consultado por última vez el 14 de junio de 2015.

18 Bogotá, 22 de julio de 1948-Suárez, Cauca, 4 de noviembre de 2011, comandante en jefe de las FARC desde el 25 de mayo de 2008 hasta su muerte.

logos para la solución negociada al conflicto armado. La situación era la inversa a la del Caguán: ahora era la guerrilla la que buscaba la tregua.

Tres años después de anunciados los diálogos, nos encontramos ante el anuncio de un cese bilateral y definitivo del fuego para finales de 2015. La voluntad política de las partes hoy es clara. Falta, que es lo que motiva este artículo, mayor certeza en la opinión pública sobre la juridicidad y la legitimidad del esquema de justicia aplicable a los miembros de la guerrilla. Es un tema clave porque compromete personalmente la posición de los altos mandos de la guerrilla, quienes deben tener estímulos para firmar la paz y garantías de que el Estado actuará de buena fe una vez dejen las armas. En manos de ellos está la obediencia de la tropa y, por lo tanto, las esperanzas de que haya una real transición hacia una sociedad más pacífica. Esta es la transición concreta ante la que nos enfrentamos: la desmovilización de una guerrilla de origen rural que ha durado más de 60 años en el campo colombiano, hostigando al Estado y buscando su derrocamiento. Hoy pretenden reformas económicas y participación política. Ante esta transición, debemos pensar sobre el esquema de justicia aplicable a los miembros de la guerrilla. Para iluminar esta reflexión, debemos revisar la naturaleza política del delito y de las penas, que es lo que trataremos a continuación.

III. LA NATURALEZA POLÍTICA DEL DELITO Y LAS PENAS EN EL DERECHO PENAL ORDINARIO

Las normas jurídicas son producto de la voluntad del legislador. Aquí en forma rápida adscribimos nuestro planteamiento dentro del positivismo jurídico. Nos cuesta trabajo pensar que el ordenamiento jurídico ha sido formado por un ordenamiento moral superior o que el juez puede modificar la voluntad del legislador positivo cada vez que *su moral*, creyéndola objetiva y universal, le hable al oído¹⁹. Esta

19 Lo que caracteriza al planteamiento positivista es la existencia de dos tesis: a) No hay un derecho natural, es decir, todo derecho es *puesto* por el hombre y b) Conforme al dato

concepción del derecho es respaldada por varios datos de la historia del devenir del derecho.

El derecho es un instrumento al servicio de la política, no una deducción lógica resultado de la lectura adecuada de una moral verdadera: toda sociedad se ha dado el derecho que su comunidad política ha aceptado, esto con independencia de qué tan democrático sea el sistema político de que se trate. Los propósitos del derecho los establece la política, no la moral. Otra cosa, bien distinta, es que existan razones morales poderosas que lleven al legislador a promover determinada normatividad. Pero, en todo caso, esta moral se vuelve derecho por una razón política.

Estas afirmaciones permiten ver que el derecho no carga en su propia definición aspiraciones normativas distintas que la de servir como cristalización de la política aceptada por los ciudadanos, para una convivencia pacífica²⁰. Planteamientos como este son de manera recurrente atacados afirmando que esta es una teoría del derecho que legitimaría el cumplimiento de normas profundamente inicuas en regímenes políticos anti democráticos e injustos. Esto no es cierto, por dos razones. La primera es que el problema de la identificación del derecho es muy distinto de la obligación de seguirlo²¹. La identificación es un problema técnico-jurídico; mientras que su seguimiento es un asunto moral. La segunda razón, bajo este mismo entendido, es

anterior, el derecho positivo no se puede negar por razones morales. Esto no quiere decir, de ninguna manera, que se justifique la existencia de normas jurídicas inmorales, solo que la moral y el derecho se expresan en normas de distinta naturaleza. Mírese ROBERTO J. VERNENGO. "Normas jurídicas y normas morales", en *Doxa*, n.º 9, Alicante, 1991, pp. 205 a 224.

20 La paz es considerada como el fin mínimo de todo ordenamiento jurídico, "en el ámbito de un ordenamiento se pueden perseguir otros fines: paz con libertad, paz con justicia, paz con bienestar, pero la paz es la condición necesaria para alcanzar todos los demás fines, y por lo tanto es la razón misma de la existencia del derecho. Si aceptamos la definición común de guerra como violencia organizada y de grupo, la antítesis con el derecho aparece con toda claridad: en efecto, el derecho, en su acepción más amplia, puede definirse como la paz organizada de un grupo". NORBERTO BOBBIO. *El problema de la guerra y las vías de la paz*, 2.ª ed., Barcelona, Gedisa, 2008, p. 97.

21 Para una clara explicación de las diferencias entre la verificación de las normas jurídicas, y el problema filosófico de la obligatoriedad moral de su seguimiento, mírese CARLOS E. ALCHOURRÓN y EUGENIO BULYGIN. "Norma jurídica", en ERNESTO GARZÓN VALDÉS y FRANCISCO J. LAPORTA (eds.). *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 133 a 147.

que los positivistas jamás han afirmado que el derecho injusto debe ser obedecido, solo que el derecho injusto es, por igual, derecho: dejará de ser derecho el día que el legislador lo derogue. La preocupación de los positivistas es, por el contrario, que, so pretexto de moralizar el derecho, se legitime políticamente la no aplicación de normas jurídicas en regímenes democráticos. Este peligro se concreta de manera muy fácil cuando se le entrega a los jueces, en nombre de un concepto tan vago como justicia, el papel de decidir lo que es y no es derecho.

En este contexto, y más tratándose de justicia transicional, es común escuchar la referencia permanente a la *fórmula RADBRUCH* como una supuesta tentativa de superar la tensión entre legalidad y justicia. Según esta, el derecho injusto sigue siendo derecho (afirmación que aceptarían los positivistas y los alejaría de los iusnaturalistas), pero el derecho insoportablemente injusto ya no es derecho²². Con el discutible recurso de que lo insoportablemente injusto no es algo dado por la naturaleza (lo que eliminaría de nombre la nominación de estos teóricos como iusnaturalistas), sino en una moral compartida de manera universal, vuelve a la carga la desestimación de la juridicidad por razones morales²³.

La identificación del derecho en la teoría jurídica es, entonces, un problema crucial. Y tal vez donde va a ser más importante esa identificación es en el derecho penal, por tratarse del área del derecho que limita de manera más agresiva la libertad y los derechos de los ciudadanos. Aquí, donde el derecho actúa con mayor fuerza es, precisamente, donde se toma más en serio que las normas sean producto de la voluntad del legislador y no de las convicciones de los aplicadores.

La dogmática penal, reconociendo que la imposición de la ley penal es un problema de soberanía política del Estado, le ha llamado a esta facultad *ius puniendi*. Pero, en simultánea, ha erigido como su

22 “El conflicto entre justicia y la seguridad jurídica debió resolverse con la primacía del derecho positivo sancionado por el poder, aún cuando por su contenido sea injusto o inconveniente, a no ser que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable, que deba considerarse como ‘falso derecho’ y ceder el paso a la justicia”. GUSTAV RADBRUCH. *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 1999, p. 35.

23 Para una explicación completa del iusmoralismo, como una forma de iusnaturalismo basada en normas morales, no ya naturales, mírese JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO. *Iusmoralismo(s)*, Lima, Legisprudencia, 2014.

piedra fundamental el principio de legalidad, como garantía sustancial del sujeto de que no se le podrá perseguir si no es por la conducta clara y taxativamente descritas como prohibidas, y cuya sanción no puede ser otra que la misma que establece la ley que precede al hecho que motiva el uso del *ius puniendi* del Estado.

Con esto se puede sacar en limpio que las conductas que se califican como delito, se caracterizan de esta manera porque el poder político lo decide así, en el sistema político que sea. Pero, en paralelo, el establecimiento de una dogmática penal que construya sus conceptos respecto a la libertad del individuo es el derecho penal que más coincide con un sistema democrático. Es deseable un derecho penal garantista y mínimo, lo que no quiere decir que la normatividad refleje ese hecho. Como la normatividad es producto del poder de un Congreso en una democracia, corresponde en la arena de la política luchar por un mejor derecho penal y combatir fenómenos críticos de mala utilización del derecho penal para buscar eficacias simbólicas del derecho penal al servicio de los políticos oportunistas²⁴.

Así, tanto en el concepto de derecho, en nuestra visión positivista, como el derecho penal desde una concepción garantista, no podemos dejar de reconocer que éste es producto de la política que se da cita en un Estado. No obstante, y por razones obvias de legitimación política, las normas se muestran a la comunidad como resultado del sentido común o de la lógica de las situaciones.

En cualquier sistema político –democrático o no–, el derecho es resultado de interacciones al interior de un sistema de poder. Aquí son visibles evidentemente los legisladores, pero éstos representan intereses de élites funcionales a la estabilidad buscada por determinado Gobierno²⁵. El delito, en este sentido, no es más que una decisión política. Pareciera que esto es una exageración cuando se piensa en

24 Nos referimos al fenómeno conocido como populismo punitivo.

25 En los regímenes políticos, si se conciben como sistemas abiertos, la salida del sistema (*output*), el resultado del proceso, implica medidas de Gobierno, políticas públicas, que conllevan la expedición de una serie de normas para cristalizar la determinación política. Los legisladores son parte fundamental en este proceso. Para una descripción completa del funcionamiento de los sistemas, actores, estructuras y procesos, mírese LUIS BOUZABREY. “El poder y los sistemas políticos”, en MIQUEL CAMINAL BADIA (coord.). *Manual de ciencia política*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 39 a 84.

conductas sobre las que hay un enorme consenso respecto a su reproche, pero si pensamos en ciertos tipos penales que surgen por el calor mediático a determinados hechos como accidentes de tránsito con alicoramiento, abuso de menores o violencia contra mujeres²⁶, o los que son producto del *lobby* político de sectores económicos o sociales muy influyentes, podemos dar cuenta que el delito no es una entidad objetiva, sino que más bien es producto de un proceso de criminalización, que tiene una naturaleza política²⁷.

La criminalización obedece a la dinámica en la que un grupo poderoso define como criminales las conductas consideradas inconvenientes a sus intereses, valores o preferencias²⁸. Esto es en particular claro en el caso de los delitos considerados como políticos: rebelión, sedición y asonada. La criminalización es uno de los tantos instrumentos que se utilizan para mantener controlados grupos que no comparten el pacto político vigente en determinada comunidad. Se verá como un acto natural el de reprimir las manifestaciones políticas violentas, pero en el sub texto se lee que bajo ciertas condiciones esas acciones que se muestran como naturalmente censurables se puedan perdonar si los autores de esos delitos se pliegan al establecimiento.

Si pensamos que el atentado al bien más básico, la vida, se puede ver legitimado por razones especiales, pensemos en la exoneración de responsabilidad de un soldado que en el cumplimiento del deber mata a un guerrillero; no hay ningún misterio en que infiramos una legitimación colectiva de la no imposición de una pena. Después de todo, se trata de razones políticas, en este caso la decisión política fundamental que coincide en este caso con la razón de ser instrumental del derecho: asegurar una convivencia social pacífica.

La naturaleza política tanto de la criminalización como de la pena, muestra que el proceso inverso, es decir, la no criminalización o la no punición, también lo es. Este planteamiento se respalda, más

26 Ver RAFAEL VELANDIA MONTES. *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*, tt. I y II, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios -ILAE-, 2015, disponible en [<http://www.ilae.edu.co>].

27 A este respecto ver GERMÁN SILVA GARCÍA. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, capítulo cuarto, "Objeto de estudio: el control social penal", 2.^a ed., Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios -ILAE-, 2015.

28 A este respecto ver *ibíd.*, capítulo tercero, "Objeto de estudio: la divergencia social".

aún, si pasamos al terreno del derecho procesal penal, donde existen herramientas para prescindir de la pena, por razones consideradas importantes en un Estado de derecho.

IV. LA CUESTIÓN PROCESAL: LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD EN COLOMBIA

Otro aspecto que reviste importancia para pensar el modelo de justicia aplicable a la actual transición, es la existencia de instrumentos, en el derecho ordinario, para prescindir de la pena. El más importante es el principio de oportunidad, consagrado en la Ley 906 de 31 de agosto de 2004²⁹, en el marco del nuevo modelo procesal oral y acusatorio. En el paso de un sistema inquisitivo a otro acusatorio, está otra clave para la comprensión del papel del derecho en una transición política: conseguir determinados objetivos políticos considerados importantes por la comunidad.

Quienes hoy pregonan el retribucionismo total contra los miembros de la guerrilla, porque se supone es un mandato jurídico y constitucional la obligación de que paguen cárcel por sus delitos, olvidan que en el derecho doméstico y ordinario, existe una institución procesal que permite prescindir o matizar la persecución penal, en aquellos casos en los que por una política de Estado de lucha contra la criminalidad, la Fiscalía General de la Nación considere que es mejor no imponer la pena ante la indudable comisión de una conducta definida como delito: se trata del principio de oportunidad. Este desconocimiento, inocente o no, es producto de un mal entendimiento del principio de legalidad penal. Estudiemos este aspecto.

A. Principio de legalidad

La legalidad es el principio en el que se basa el Estado de Derecho, producto de las revoluciones liberales. En términos de PAOLO COMANDUCCI, en virtud de la legalidad, nos encontramos ante un Estado *bajo la ley y mediante leyes. Bajo la ley*, porque todas sus autoridades se ven some-

29 *Diario Oficial*, n.º 45.658, de 1.º de septiembre de 2004, disponible en [http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html].

tidas y legitimadas por el derecho, y *mediante leyes*, porque todas las acciones estatales trascendentes que pueden afectar la libertad de los ciudadanos, se deben adelantar a través de leyes en sentido formal, es decir, que provengan de un parlamento³⁰.

¿Qué es el principio de legalidad? Es la base del Estado de derecho, la garantía de que el ordenamiento jurídico opere con homogeneidad dentro del conglomerado social y no se establezcan excepciones arbitrarias a la aplicación de la ley general. De esta definición se derivan dos significados que si bien tienen el mismo origen, denotan modernamente cosas separables: una garantía penal (llamada por lo general tipicidad) y un principio orientador de la punición del Estado (llamado por lo general oficiosidad). Es decir, del mismo principio se derivan dos significados que pueden coincidir o no: una garantía para el ciudadano en la intervención del poder penal y una obligación de actuar del Estado en todas las ocasiones en las cuales acontezca algo definido por el legislador como delito.

El principio de legalidad en materia penal tiene su fundamento teórico en CESARE BECCARIA, que en su libro *De los delitos y las penas* manifiesta la necesidad de contar con un derecho penal racional que tenga base normativa y no genere incertidumbres sino certezas³¹. La certeza o la seguridad, además de informar, previene a las personas sobre lo que pueden o no hacer. Con posterioridad será PAUL JOHANN FEUERBACH el que sugiera, desde una óptica más normalizadora que libertaria, que como el fin de la pena es la intimidación –en sus términos, coacción psicológica–, tanto las conductas castigadas como las penas a imponer deben estar descritas con claridad y deben ser conocidas por el autor de la antijuridicidad³². En la Constitución de 1991 se alude al principio de legalidad en los artículos 6.^º³³ y 230³⁴. La

30 Una muy clara exposición del autor italiano de la relación entre Estado de derecho y legalidad está en la *Conferencia internacional neoconstitucionalismo y positivismo jurídicos*, disponible en [https://www.youtube.com/watch?v=9_x5SYer0UA].

31 CESARE DE BECCARIA. *De los delitos y las penas*, 4.^a ed., Bogotá, Temis, 1998.

32 PAUL JOHANN FEUERBACH. *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989.

33 Artículo 6.^º: “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”. Lo que quiere decir que los funcionarios (en sentido amplio, servidores públicos y particulares investidos con funciones públicas) tienen una responsabilidad reforzada, pues violan la ley también por omisión

Corte Constitucional ha estudiado el principio de legalidad en varias oportunidades, diciendo que éste implica básicamente dos aspectos: la división de poderes y la relación del Estado con los ciudadanos. Respecto al primero, el legislador es el representante de la comunidad y el Congreso el espacio propicio para el debate y para la definición de las políticas y normas que han de dirigir el curso del país. En cuanto al segundo aspecto, el poder coercitivo –herramienta con que cuenta el Estado–, solo puede ser usado contra los individuos cuando medie una autorización legal³⁵.

Tras el estudio de la garantía sustancial, llegamos a una cuestión distinta: la voz procesal de principio de legalidad como sinónimo de oficiosidad o indisponibilidad de la acción penal. Como se reseñó antes, este concepto implica que hay que perseguir todas las infracciones a la ley penal con independencia de criterios distintos de la restauración del orden legal lesionado por la conducta antijurídica.

de las funciones que les ha asignado la ley; en oposición a los ciudadanos o administrados, que podrán hacer todo excepto lo que esté prohibido por la ley. Tomada de [http://senado.gov.co/images/stories/Informacion_General/constitucion_politica.pdf].

- 34 Artículo 230: "Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley". Esto significa que los operadores judiciales deben motivar sus decisiones con base en el ordenamiento jurídico, descartando otras consideraciones, lo que obstaculiza el atropello a los derechos de los ciudadanos. Ídem.
- 35 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-710 de 5 de julio de 2001, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-710-01.htm>]. En términos constitucionales e internacionales, el principio de la legalidad de los delitos y de las penas está compuesto por unas garantías para los ciudadanos consignadas en instrumentos nacionales (arts. 29 de la Constitución; así como 6.º y 10.º del Código Penal) e internaciones (art. 9.º de la Convención Americana de Derechos Humanos). Estas garantías son básicamente: (i) *No hay delito sin ley (nullum crimen sine lege)*, lo que implica que es punible única y exclusivamente aquella acción u omisión que haya sido cometida luego de su tipificación como delito. Las leyes penales generan efectos hacia el futuro; excepcionalmente las favorables pueden generar efectos retroactivos. (ii) *No hay pena sin ley (nulla poena sine lege)*: la pena en cuanto a su clase y cantidad debe estar previamente estipulada en la ley. (iii) *Prohibición de Analogía (nullum crimen, nulla poena sine lege stricta)*: la ley tiene que ser estricta y específica para cada caso. La analogía está prohibida en el ámbito de lo penal. Esta situación está proscrita en materia penal a menos que se trate de una situación favorable. (iv) *Prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (nullum crimen, nulla poena sine lege certa)*: decíamos antes que las leyes deben ser claras y precisas alejando los tipos indeterminados que generen incertidumbres. (v) *Reserva legal*: hace referencia a la facultad que recae sobre el legislativo, por ser representante del pueblo, para crear las normas penales. Se entiende que el Congreso es el foro por antonomasia para los debates sobre lo que deber ser o no objeto de la ley penal.

Este concepto trasunta la idea de que la vulneración a la ley penal es una lesión a la comunidad, al Estado, no a personas concretas por la actividad del victimario. La ley penal es un asunto de Estado, más que de las víctimas de las trasgresiones. Como lo apunta JORGE PERDOMO TORRES, dentro de los objetivos de la legalidad está también restaurar la paz jurídica que se ve disminuida y vulnerada por el comportamiento delictivo³⁶.

La oficiosidad implica un deber de los órganos de control penal de perseguir toda conducta definida como delito e imponerle la sanción que dispone la ley. Se puede observar entonces que no vale la pena rasgarse las vestiduras por la defensa de la legalidad como patrimonio del Estado de derecho, a menos que estemos hablando de ésta como garantía sustancial y restricción a la actividad punitiva del Estado. Pero caer en la confusión es fácil, habida cuenta de que se utiliza el mismo nombre para designar cosas distintas. Debemos ser claros en este punto: hoy no se puede prescindir de la tipicidad; pero, como lo veremos enseguida, sí de la oficiosidad de la acción.

Este aspecto es cardinal para empezar a despejar la impresión de que en la justicia transicional que se aplique a la guerrilla no se podría prescindir de la acción penal. Se pueden encontrar formas de persecución penal que impliquen cierto nivel de discrecionalidad sin que se sacrifiquen derechos fundamentales en el camino. El principio de oportunidad es el mejor ejemplo. Este instrumento permite evitar dos extremos ideológicos que coinciden en sus efectos: el formalismo legal con obsesiones retribucionistas, cosa que puede desconocer los derechos de las víctimas; y el iusnaturalismo, en su avatar de neo-constitucionalismo, que con la bandera de los derechos humanos busca la integridad simbólica de las víctimas, bloqueando la resolución de los conflictos y hasta la reparación misma.

B. Principio de oportunidad

La noción de soberanía absoluta del poder punitivo del Estado es una idea que ha sido cuestionada por cuenta de las dificultades con las

36 JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES. *Los principios de legalidad y oportunidad*, Bogotá, Externado, 2005, p. 56.

que los sistemas penales se encuentran en la realidad. La justicia es un sector en permanente crisis. La congestión judicial es un fenómeno constante: existe una disparidad entre las demandas ideales de control penal por parte de la opinión pública, azuzadas por la indignación ante la ocurrencia de delitos altamente publicitados, y la capacidad real de las agencias de control penal. Es la pugna entre un ideal de justicia y la realidad, en recursos e infraestructura, de la estructura judicial³⁷.

Los legisladores, como profesionales que sacan réditos políticos del humor social, siempre están atentos a punir toda conducta reprochable que llega a manos de los medios de comunicación. Así surgen nuevas tipificaciones, agravaciones punitivas, eliminación de subrogados penales, entre otras³⁸. Pero en la orilla contraria, los responsables de la política penal del Estado, llamada errónea y comúnmente “política criminal”³⁹, tienen que resolver los problemas derivados del hacinamiento carcelario, la desarticulación de estructuras organizadas de poder, la congestión de los despachos judiciales que nadan en causas en las que nadie tiene interés, la prevención de demandas contra el Estado por errores judiciales, etc. Es en esta contradicción donde aparece el principio de oportunidad.

37 En el caso de los sistemas penales GERMÁN SILVA GARCÍA muestra cómo el éxito de éstos se puede medir por la consecución de dos objetivos que parecen ser contradictorios: asegurar la represión de “todas” las conductas definidas como criminales y la preservación de “todos” los derechos ciudadanos. La contradicción es evidenciada aun cuando “se reconozca teóricamente un valor equivalente a las pretensiones represivas y de propulsión de los derechos ciudadanos, es corriente que las acciones adelantadas para procurar uno sólo de tales objetivos acarreen una reducción o disminución de la capacidad del sistema para ejecutar el otro”. Mírese GERMÁN SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, t. III, “La administración de justicia”, Bogotá, ILSA y otro, 2001, p. 101.

38 Fenómeno social que ha sido nominado como *populismo penal*. Al respecto ver, por ejemplo, RAFAEL VELANDIA MONTES. “Delincuencia sexual y populismo penal en Colombia”, en *Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, n.º 11, marzo de 2012, pp. 19 a 32, disponible en [<http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/3965#Vry1XTa4D5Y>] e íd. *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*, cit.

39 Aunque pueda parecer una sutileza, la distinción es útil a la hora de examinar cómo funcionan las agencias de control penal. Así, por ejemplo, SILVA GARCÍA explica que es mejor evadir el término “política criminal” en atención a la imposibilidad de asumir el crimen como una entidad objetiva. Afirma que la expresión “política criminal [...]” corresponde a la visión que percibe a la criminalidad como una realidad empírica, con propiedades ontológicas, por ende, habría un objeto de conocimiento con atributos o de naturaleza

El principio de oportunidad es la discrecionalidad con la que cuenta el ente investigador y acusador para no seguir con la acción penal, por motivos de conveniencia. Este principio tiene una naturaleza política-administrativa-procesal⁴⁰. La naturaleza política alude a que las intervenciones del poder penal van dirigidas por un programa político que busca golpear determinadas formas de criminalidad más que a otras, privilegiando así la persecución de ciertas conductas. El interés del Estado se refleja en una política penal trazada al respecto⁴¹. La propiedad administrativa hace referencia a la necesidad de que la aplicación de este principio además de la intención política, haya adquirido cierto nivel de institucionalidad, sea por la incorporación del principio en la Constitución, o la adecuación de instrumentos del Estado para su aplicación. Por último, la naturaleza procesal implica la operatividad del principio en situaciones procesales concretas, tal cosa sucede con el principio de oportunidad reglado⁴².

El instituto procesal de la oportunidad es una respuesta pragmática a los problemas que enfrenta la política penal de los países modernos⁴³. Su raigambre en el sistema penal anglosajón hace difícil

criminal, cuyo estudio informaría la política respectiva. Sin embargo, la definición de criminal es producto de un proceso político de criminalización, un acto de definición subjetiva el cual emerge de juicios de valor, no una cualidad que corresponda a la descripción del mundo objetivo". SILVA GARCÍA. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, cit., p. 45.

40 En este punto sigo a JAVIER ANTONIO VILLANUEVA MEZA. *El principio de oportunidad en el sistema penal acusatorio*, Bogotá, Leyer, 2006, pp. 38 y ss.

41 El término correcto es política penal. Sin embargo, en la Constitución y en la ley se utiliza el término "política criminal". Como este trabajo se vale de mucha normatividad, se tratarán los términos como sinónimos. De todas maneras, una de las definiciones pacíficamente aceptadas en Colombia es la que ha dado la CORTE CONSTITUCIONAL: un conglomerado de soluciones que un Estado adopta para hacer frente a las conductas que tienen relevancia en el ámbito penal, todo ello con el fin de garantizar los fines estatales y los derechos de los administrados. Ese puñado de medidas son tomadas por el legislador, que articula la política criminal con la expedición de normas. Sentencia C-936 de 23 de noviembre de 2010, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-936-10.htm>].

42 El principio de oportunidad reglado hace referencia a la discrecionalidad limitada, del ente investigador y acusador, por medio de leyes o causales expresamente determinadas en la ley.

43 En ese sentido, por ejemplo, MARÍA VICTORIA RODRÍGUEZ PEÑA. *El principio de oportunidad y su introducción al ordenamiento penal colombiano*, Bogotá, Academia Colombiana de la Abogacía, 2004, p. 30.

para los abogados formados en las tradiciones europeo-continetales digerir la renuncia de la acción penal ante la efectiva comisión de un delito. Pero superar la crisis de un sistema judicial es más importante que la adhesión al dogma del imperio de la legalidad, que muchas veces dificulta la resolución de los conflictos. En simultáneo, se pueden encontrar razones teóricas importantes para aplicar la oportunidad. Así, por ejemplo, concreta el principio del derecho penal como la *razón última*. Según éste, en los conflictos sociales deben emplearse todas las herramientas jurídicas y extrajurídicas para hacerle frente. Se debe recurrir al derecho penal en la última instancia hacia la solución del problema de que se trate⁴⁴. Adicionalmente, se concreta por vía de esta figura procesal el principio de fragmentariedad, en virtud del cual la actividad del derecho penal, debe estar dirigida a combatir aquellas modalidades de ataque más graves a los bienes jurídicos⁴⁵.

En la normativa constitucional colombiana, el principio de oportunidad aparece en el artículo 250 de la Constitución Política⁴⁶. El principio se ha desarrollado en el Código de Procedimiento Penal, artículos 321 a 330 de la Ley 906 de 2004⁴⁷. Se dice que el principio de

44 CLAUS ROXIN. *Derecho penal parte general*, t. 1: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Madrid, Civitas, 1997, p. 65.

45 SANTIAGO MIR PUIG. *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*, 2.ª ed., Buenos Aires, B de F, 2003, p. 110.

46 Tras establecer el principio general de oficiosidad, afirmando la obligación de la Fiscalía de “investigar todas aquellas actuaciones que revistan las características de un delito” y en una redacción que trasluce evidente desconfianza, estipula que “No podrá [el fiscal], en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías”. En esta redacción negativa, se debe sacar en limpio que el principio tiene tres modalidades: suspensión, interrupción y renuncia; la figura supone una política penal que informa la petición concreta de aplicación del principio; debe ser controlada la aplicación por un juez de control de garantías; el principio es regulado, es decir, sometido a causales legales de aplicación; y la aplicación supone la comisión efectiva de un delito, pues de no existir razones para investigar aplican figuras distintas, como el archivo de diligencias o la preclusión.

47 En las deliberaciones del Congreso ha quedado claro, tanto en el trámite de la reforma constitucional como en la discusión del proyecto de Código Procesal Penal, que la razón de ser del principio de oportunidad es la repotenciación de un sistema judicial desgastado e inoperante, que se concentre en los ataques más graves a los bienes de las personas. Mírese por ejemplo: *Gaceta del Congreso*, n.º 148, de 7 de mayo de 2002.

oportunidad está reglado porque solo se puede aplicar, con exclusividad, cuando proceda alguna de las 17 causales del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal. Según sus fundamentos de política penal, se pueden agrupar así: 1. Ausencia de interés del Estado en la persecución del delito, causales 1, 2, 3 y 4⁴⁸; 2. Razones de interés nacional, causales 2, 3 y 9⁴⁹; 3. Colaboración con la justicia, causal 5⁵⁰; 4. Mínima culpabilidad o no necesidad de la pena, causales 7, 10, 11, 12, 13⁵¹; 5. Cuando el procesado tiene un plan de reparación integral para sus víctimas, causales 1, 8, 14 y 15⁵²; y 6. Donde se constate una razón de interés público prevalente que permita sacrificar el interés protegido por la acción penal, causales 15 y 16⁵³. En este listado de causa-

-
- 48 “1. Cuando se tratare de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la ley no exceda de seis años [...] siempre que se haya reparado integralmente a la víctima [...] 3. Cuando la persona fuere entregada en extradición [...] 4. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose [...] o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada”.
- 49 “9. En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes”.
- 50 “5. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados...”.
- 51 “7. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa [...] 10. En delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tal alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio. 11. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores, que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social. 12. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social. 13. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse”.
- 52 “8. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado [...] 14. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas. Quedan excluidos en todo caso los jefes, organizaciones, promotores, y financiadores del delito. 15. Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad”.
- 53 “16. Cuando quien haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de la actividad de un grupo organizado al margen de la ley o del narcotráfico, los entregue al

les, hay algunas de ellas que en forma clara tienen conexión teórica y política con los problemas planteados por un esquema de justicia para una transición: necesidad de colaboración con la justicia (4 y 5) y evitar que los problemas sociales de persecución penal sean mayores que no realizar dicha persecución (14). Aquí ya hay a la mano razones que empiezan a desvirtuar la falsa dicotomía entre los conceptos de justicia y paz.

Pongamos un ejemplo de la negación de esta dicotomía: Si una persona, que hace parte de una organización criminal, comete un delito cuyas pruebas son concluyentes, y para no pagar cárcel delata a los cabecillas de las operaciones criminales, ¿alguien podría afirmar que se trata de impunidad? Difícilmente podría aparecer el término impunidad como calificación de la situación en la cual existían buenas razones para no castigar al autor de la conducta criminal. Lo mismo se puede decir de cada una de las causales de oportunidad existentes en nuestra legislación. ¿Por qué otra razón las habría puesto el legislador que para habilitar al fiscal para que renuncie a la persecución si no fuera por una razón importante? La búsqueda de la paz podría entrar en hipótesis de oportunidad. Con independencia de que ese sea el instrumento concreto que se termine utilizando, lo que queremos resaltar es que no es tan exótico, ni siquiera en el derecho penal ordinario, prescindir de la pena por razones políticas y jurídicas importantes.

V. LA FALSA DICOTOMÍA ENTRE JUSTICIA Y PAZ

Es común escuchar que alcanzar la paz justifica ciertas dosis de impunidad –lo que coloquialmente se está definiendo como “tragarse sapos”. Aunque uno entiende a qué se refieren quienes hacen esta afirmación, que es expresar respaldo a la flexibilización del derecho penal ordinario, el uso del término “impunidad” genera unos inconvenientes de legitimación política que enturbian el análisis jurídico-técnico a la hora de pensar un esquema de justicia aplicable a los desmovilizados de la guerrilla de las FARC.

fondo para Reparación de Víctimas siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de la respectiva organización.

El término impunidad implica una enorme ambigüedad, pues puede señalar desde una noción neutra alusiva al hecho de no aplicación de una pena, hasta un término prescriptivo que critica la ausencia de actuación del Estado ante la comisión de un delito. En el primer caso, la flexibilización de la pena sería una herramienta jurídica; en el otro, sería una forma de “no derecho”, como costo para alcanzar la paz.

El problema de comprensión de las tensiones que existen en este contexto se agrava cuando se considera que ese “no-derecho” es legítimo en nombre de la paz, pero está limitado por normas jurídicas, sea constitucionales o de derecho internacional. La primera vez que se plantea este problema en Colombia fue en el marco de desmovilización de las AUC; en esta oportunidad se dijo que una pena alternativa de prisión de cinco a ocho años cumpliría con los “estándares internacionales”. Se implementó en Colombia un concepto de justicia transicional basada en los estándares internacionales, que corresponden con los principios de LOUIS JOINET: verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. De esta manera, enraizó la idea de que cualquier pena menor a cinco años de prisión, violaría estándares internacionales por implicar una relajación no permitida del principio de justicia aplicable a la justicia transicional.

En realidad, el gran obstáculo aquí no es jurídico, sino político: el discurso populista que se teje en torno a las víctimas. Conocer la verdad de lo sucedido en un conflicto es, manifiestamente, un necesario irreductible para una transición efectiva⁵⁴. Reparar a las víctimas tam-

54 El derecho a la verdad es uno de los principios de LOUIS JOINET para la justicia transicional. En virtud de este, se deben conocer cuáles fueron los móviles para llevar a cabo una violación sistemática de derechos humanos. Este derecho tiene una dimensión colectiva y otra individual. La colectiva alude a la necesidad de construir memoria para los pueblos, que les dificulte cometer los mismos errores. La verdad individual implica el derecho de las víctimas a saber las circunstancias en las que se cometieron los delitos y en caso de estar frente a desapariciones forzadas o secuestros, saber el paradero de sus familiares. Mírese LOUIS JOINET en el *Informe Final del Relator Especial sobre la impunidad y Conjunto de principios para la protección y promoción de derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, 1997. Adicionalmente, para el derecho colombiano: CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006, MM. PP: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, RODRIGO ESCOBAR GIL, MARCO GERARDO MONROY CABRA, ÁLVARO TAFUR GALVIS, CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-370-06.htm>].

bién lo es. La forma de reparación no reviste mayores inconvenientes jurídicos, pues el derecho civil y el administrativo tienen decantado con suficiencia el asunto de los supuestos de responsabilidad y los montos de las reparaciones. El problema político y jurídico verdadero es cuando se antepone el principio de justicia, utilizando la voz de las víctimas, al asunto de las sanciones penales a establecer.

Si las víctimas aspiran a una mayor reparación de la que se propone en el marco del proceso, existen en el derecho doméstico parámetros para saber si esas indemnizaciones son justas o no. Pero no existe ningún parámetro objetivo para saber si la petición de mayor punición que hacen las víctimas –o quienes de manera legítima o ilegítima hablan a nombre de ellas–, es acertada o no. Este problema ya se había planteado, con ocasión de los exámenes que la Corte Constitucional le hizo a las normas que establecían el principio de oportunidad. Como es evidente, en muchos procesos penales se va a encontrar la insatisfacción de la víctima por el hecho de que el agresor no terminó siendo castigado por la infracción que en efecto realizó. A esta tensión se le agregó un error técnico de parte de la Corte, cuando afirmó que dentro del derecho de las víctimas no solo se encuentra el de la reparación, sino también el de la participación efectiva en el proceso, el derecho a la justicia y a saber la verdad⁵⁵.

El panorama se complica porque la naturaleza de la oportunidad, como ya lo mencionamos antes, es la conveniencia, por política penal, de la no persecución penal; mientras que a la víctima no le son oponibles razones de conveniencia a la hora de sentirse resarcida en su patrimonio y en su dolor. La Corte Constitucional no ha sido lo suficientemente clara respecto a la eventual tensión que existe entre las expectativas de las víctimas y la aplicación del principio de oportunidad, al sostener que éste busca la reparación de las víctimas y la resocialización del delincuente⁵⁶. Adornar con las mejores intenciones a la

55 Véase, jurisprudencia de la CORTE CONSTITUCIONAL sobre el particular. Sentencia C-454 de 7 de junio de 2006, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-454-06.htm>]; Sentencia C-370 de 2006, cit.

56 Mírese, por ejemplo, Sentencia C-738 de 23 de julio de 2008, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-738-08.htm>]. Dice: “El fin del principio de oportunidad es la racionalización

oportunidad no modifica su naturaleza instrumental al servicio de la racionalización procesal, que nada tiene que ver con los derechos de los intervinientes.

Ese problema se trasladará en bloque al diseño de la justicia transicional en Colombia, pues se mantiene el pomposo discurso de la búsqueda de la paz y las concesiones que se tienen que hacer en materia de justicia para lograrla, al tiempo que se exalta el papel de las víctimas. Esa esquizofrenia institucional busca la satisfacción de todos los sectores de la opinión pública, pero bloquea desde el mismo diseño la posibilidad de lograr una síntesis de ese conflicto.

Se dirá a estas alturas que existen instrumentos internacionales que resuelven este problema, pero esto no es, para nada, cierto. Lo único que se parece a un referente normativo son los ya citados principios de JOINET, que no son más que observaciones de una relatoría en derechos humanos. Resulta que esta relatoría adolece del mismo problema teórico que advierte GARCÍA AMADO, sobre quienes hacen doctrina sobre la justicia transicional⁵⁷: hace una descripción de transiciones políticas en el pasado y, sin dejar la constancia debida, erigen una serie de normas cuyo contenido obligacional concreto no es claro de cara a las futuras transiciones, porque éstas serán, de seguro, distintas de las que inspiraron a JOINET a escribir su informe⁵⁸.

Si aceptamos que todo el proceso se supedita a la satisfacción retribucionista de la víctima, cualquier negociación de paz corre peligro para solucionar una guerra que lo único que ha hecho es dejar víctimas a su paso. Y aquí la paradoja que hay que evidenciar para lograr una solución al esquema de justicia en una transición es que la justa medida de justicia para retribuir el dolor sentido por las víctimas es algo absolutamente imponderable⁵⁹. Esto es algo que debemos enca-

de la función jurisdiccional penal. La institución busca disminuir las consecuencias negativas de penas cortas de privación de la libertad, persigue la reparación de las víctimas y pretende facilitar la reinserción social de los autores de ciertas conductas punibles, permitiendo dar tratamiento diferenciado a delitos que por sus características intrínsecas no representan lesión significativa del orden social”.

57 GARCÍA AMADO. “Justicia transicional. Enigmas y aporías de un concepto difuso”, cit.

58 LOUIS JOINET. *La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos). Informe final*, Organización de las Naciones Unidas, 1997.

59 Esta gran dificultad ha sido constatada, por ejemplo, en los tribunales de Ruanda. Recuerda MINOW cómo cientos de personas se acercaban a presenciar la ejecución de 22

rar, el derecho civil hace rato asumió que esos dolores solo se pueden compensar en dinero y en reparaciones simbólicas, pues no se pueden devolver las cosas a su estado anterior. Así entonces nos queda solo el problema del *ius puniendi* del Estado en una transición.

En este punto, debemos advertir que aparece una cuestión moral, bajo el ropaje del principio de justicia de JOINET. El derecho a la justicia del que habla el jurista implica una polivalencia: contiene elementos de acceso a la justicia, al debido proceso y a la justa retribución⁶⁰. Los aspectos atinentes al acceso a la justicia de las víctimas es algo que no parece generar mucha controversia: garantizar que la voz de las víctimas sea escuchada en el proceso⁶¹. Tampoco implica una mayor dificultad conceptual la aplicación de las reglas del debido proceso como parte del principio o del derecho a la justicia, en los procesos transicionales. Cosa distinta sucede con la justa retribución, o en palabras de JOINET, “deber del Estado de imponer penas adecuadas”. En la explicación que hace RODRIGO UPRIMNY YEPES sobre este principio, afirma que si bien puede existir en el marco de un proceso de transición, una relajación del deber del Estado de procesar, no es menos cierto que este relajamiento tiene límites⁶². Claro que todo tie-

condenados a muerte por los Tribunales ruandeses. MARTHA MINOW. “Memoria y odio: ¿Se pueden encontrar lecciones por el mundo?”, en MARTHA MINOW, RAMA MANI y DAVID A. CROCKER. *Justicia transicional*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2011, p. 87.

- 60 El derecho a la justicia está dividido en cinco partes: a. Deber del Estado a sancionar a los perpetradores de violaciones graves a los derechos humanos; b. Deber del Estado de imponer penas adecuadas a los perpetradores; c. Deber del Estado de investigar todas las vulneraciones a los derechos humanos; d. Derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo y finalmente; e. Deber del Estado de respetar las garantías del debido proceso en los juicios.
- 61 A este respecto se ha pronunciado otro relator de la ONU, BASSIOUNI, afirmando que el recurso judicial se ve realizado cuando el Estado cumple las obligaciones de: a) Dar a conocer los recursos disponibles contra la violación de derechos humanos; b) Ofrecer a las víctimas seguridad para ellas, sus familias y testigos si los hubiere además de garantizar el derecho a la intimidad; y c) Poner a disposición de las víctimas todas las herramientas necesarias para que puedan ejercer las acciones dirigidas a la reparación integral. M. CHERIF BASSIOUNI. *El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Informe Final del Relator Especial, M. CHERIF BASSIOUNI, presentado en virtud de la resolución 1999/93 de la Comisión. Doc. E/CN. 4/2000/62.
- 62 RODRIGO UPRIMNY YEPES (coord.), MARÍA PAULA SAFFON SANÍN y CATALINA BOTERO MARINO. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, DeJuSticia, 2006, p. 55.

ne límites, en este caso serían normas concretas que establezcan esos límites, pero la verdad es que no basta con una afirmación genérica como que esta limitación la establecen “los derechos de las víctimas”, “los estándares”, “compromisos” o “normas internacionales”, pues todo el mundo opina en nombre del derecho, pero sin ninguna base normativa.

El problema de la pena adecuada es algo que no tiene respuesta racional, sólo respuesta política. En el caso de la Ley de Justicia y Paz, se avaló la juridicidad de la pena alternativa, de cinco a ocho años, tras hacer una ponderación entre “el derecho a la paz” y la justicia. Pero más que una ponderación como esta, donde los platillos obviamente están cargados para el lado de la paz, se requiere una reflexión sobre si la pena alternativa tiene el mismo fin que el de una pena ordinaria. En el campo de la justicia transicional, aquí seguimos a RUTI G. TEITEL, la sanción está dirigida a la sociedad en general y no sólo al perpetrador⁶³. Y esto es básico en nuestro tema, pues en los escenarios de guerra muchos individuos se ven alcanzados, absorbidos por el conflicto. No solo se sanciona a un sujeto, hay a la vez una catarsis colectiva sobre las cosas que hemos hecho mal en sociedad. Por eso es que la tarea no termina con el castigo del criminal, debemos tratar de comprender su contexto. Caer en la concepción distinta, esto es, creer que el significado de la justicia en una transición es igual a retribución, es caer en una concepción vengativa del derecho penal, donde la pena no persigue ninguna función socialmente útil, distinta del castigo ejemplar al autor⁶⁴. Un derecho penal de estas características no permitiría llegar a ninguna transición que resuelva un problema político.

Con todo este trasfondo, podemos sacar en limpio que el problema de la pena a imponer, o su prescindencia, es un asunto más político que jurídico: depende de los acuerdos en la mesa, y la aceptación de la comunidad de ese tratamiento punitivo. La única limitación

63 RUTI G. TEITEL. *Transitional justice*, New York, Oxford University, 2000, p. 67.

64 “La teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, si no en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aquí de una teoría “absoluta” porque para ella el fin de la pena es independiente, “desvinculado” de su efecto social (lat. *Absolutas*=desvinculado)” ROXIN. *Derecho Penal*, cit., p. 81.

clara a esta disposición sobre el tema punitivo es ante la comisión directa de delitos sobre los que exista competencia de la Corte Penal Internacional, en virtud de una normatividad que vincula al Estado colombiano desde su inclusión en 1998. En este sentido es que el derecho establece limitaciones.

Ampliar los espacios de indisponibilidad política abre la posibilidad para que los asuntos que le conciernen a la ciudadanía y a sus autoridades políticas, se discutan en los tribunales, en nombre del derecho. Y esto no es bueno, pues sirve de caldo de cultivo de un activismo judicial, ya sea en nombre de la paz o de los “inflexibles compromisos internacionales”. Los colombianos estamos ante una transición política hacia una sociedad en paz, a la que le debemos encontrar el marco de justicia adecuado: uno que nos permita cruzar con éxito la transición. Aquí el papel del derecho y de la administración de justicia, no puede ser otro que el de facilitar ese camino.

En un tema como la justicia transicional, permitir que el derecho condicione la política es llevar la política a los tribunales y queremos recordar, citando a JUAN CARLOS BAYÓN, que “el activismo judicial sólo a veces favorece la causa de los derechos y siempre, en cambio, daña la de la democracia”⁶⁵. No olvidemos que así estemos hablando de normas, no hemos dejado de hablar de política: una política sin guerra, donde imperen las reglas del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

ALCHOURRÓN, CARLOS E. y EUGENIO BULYGIN. “Norma jurídica”, en ERNESTO GARZÓN VALDÉS y FRANCISCO J. LAPORTA (eds.). *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2000.

ÁLVAREZ GARDEAZÁBAL, GUSTAVO. *Cóndores no entierran todos los días*, Bogotá, Plaza & Janés, 1984.

BANGUERO, HAROLD y CARLOS CASTELLAR. *La transición demográfica en Colombia 1938-2025*, Bogotá, Confecámaras, 1991.

BASSIOUNI, M. CHERIF. *El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Informe

65 JUAN CARLOS BAYÓN. “Algunos comentarios sobre el papel del poder judicial en la transición a la democracia”, en *Doxa*, n.º 30, Alicante, 2007, p. 70.

- Final del Relator Especial, M. CHERIF BASSIOUNI, presentado en virtud de la resolución 1999/93 de la Comisión. Doc. E/CN. 4/2000/62.
- BAYÓN, JUAN CARLOS. "Algunos comentarios sobre el papel del poder judicial en la transición a la democracia", en *Doxa*, n.º 30, Alicante, 2007.
- BOBBIO, NORBERTO. *El problema de la guerra y las vías de la paz*, 2.ª ed., Barcelona, Gedisa, 2008.
- BOUZA-BREY, LUIS. "El poder y los sistemas políticos", en MIQUEL CAMINAL BADIA (coord.). *Manual de ciencia política*, Madrid, Tecnos, 1996.
- CEPEDA CASTRO, IVÁN y JORGE ROJAS. *A las puertas del Ubérrimo*, Bogotá, Debate, 2008.
- CLAVIJO GONZÁLEZ, ALFONSO. "Los cóndores y el derecho. Análisis histórico y literario de la obra 'Cóndores no entierran todos los días' de Gustavo Álvarez Gardeazábal", en *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. III, n.º 6, julio-diciembre de 2012, pp. 127-148, disponible en [<http://www.ilae.edu.co>].
- COMANDUCCI, PAOLO. *Conferencia internacional neoconstitucionalismo y positivismo jurídicos*, disponible en [www.youtube.com/watch?v=9_x5SYer0UA].
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-710 de 5 de julio de 2001, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-710-01.htm>].
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006, MM. PP.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, RODRIGO ESCOBAR GIL, MARCO GERARDO MONROY CABRA, ÁLVARO TAFUR GALVIS, CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-370-06.htm>].
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-454 de 7 de junio de 2006, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-454-06.htm>].
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-738 de 23 de julio de 2008, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-738-08.htm>].
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-936 de 23 de noviembre de 2010, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-936-10.htm>].
- DE BECCARIA, CESARE. *De los delitos y las penas*, 4.ª ed., Bogotá, Temis, 1998.
- Diario Oficial*, n.º 45.658, de 1.º de septiembre de 2004, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html].
- Diario Oficial*, n.º 45.980, 25 de julio de 2005, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=17161>].

- FEUERBACH, PAUL JOHANN. *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989.
- Gaceta del Congreso*, n.º 148, de 7 de mayo de 2002.
- GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO. *Iusmoralismo(s)*, Lima, Legisprudencia, 2014.
- GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO. "Justicia transicional. Enigmas y aporías de un concepto difuso", en MARÍA JOSÉ BERNUZ BENÉITEZ y ANDRÉS GARCÍA INDA (eds.). *Después de la violencia. Memoria y justicia*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2015.
- JOINET, LOUIS. *Informe Final del Relator Especial sobre la impunidad y Conjunto de principios para la protección y promoción de derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, 1997.
- JOINET, LOUIS. *La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)*. Informe final, Organización de las Naciones Unidas, 1997.
- LIPSET, SEYMOUR MARTIN y STEIN ROKKAN. "Estructuras de división, sistemas de partidos y alineamientos electorales" en ALBERT BATLLE I RUBIO (coord.). *Diez textos básicos de ciencia política*, Barcelona, Ariel, 2003.
- MINOW, MARTHA. "Memoria y odio: ¿Se pueden encontrar lecciones por el mundo?, en MARTHA MINOW, RAMA MANI y DAVID A. CROCKER. *Justicia transicional*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2011.
- MIR PUIG, SANTIAGO. *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*, 2.ª ed., Buenos Aires, B de F, 2003.
- PERDOMO TORRES, JORGE FERNANDO. *Los principios de legalidad y oportunidad*, Bogotá, Externado, 2005.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y AGENCIA COLOMBIANA PARA LA REINTEGRACIÓN. *Proceso de paz con las autodefensas*, disponible en [<http://www.acnur.org/t3/uploads/pics/2258.pdf?view=1>].
- RADBRUCH, GUSTAV. *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 1999.
- RODRÍGUEZ PEÑA, MARÍA VICTORIA. *El principio de oportunidad y su introducción al ordenamiento penal colombiano*, Bogotá, Academia Colombiana de la Abogacía, 2004.
- ROXIN, CLAUS. *Derecho penal parte general*, t. I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Madrid, Civitas, 1997.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, 2.ª ed., Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2015.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, t. III, "La administración de justicia", Bogotá, ILSA y otro, 2001.
- TEITEL, RUTI G. *Transitional justice*, New York, Oxford University, 2000.

“Un marco para la paz con 60 años de historia”, *El Espectador*, 5 de junio de 2012, disponible en [<http://www.elespectador.com/noticias/politica/un-marco-paz-60-anos-de-historia-articulo-351146>].

UPRIMNY YEPES, RODRIGO (coord), MARÍA PAULA SAFFON SANÍN y CATALINA BOTERO MARINO. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, DeJuSticia, 2006.

VELANDIA MONTES, RAFAEL. “Delincuencia sexual y populismo penal en Colombia”, en *Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, n.º 11, marzo de 2012, pp. 19 a 32, disponible en [<http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/3965#Vry1XTa4D5Y>].

VELANDIA MONTES, RAFAEL. *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*, tt. I y II, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2015, disponible en [<http://www.ilae.edu.co>].

VERNENGO, ROBERTO J. “Normas jurídicas y normas morales”, en *Doxa*, n.º 9, Alicante, 1991, pp. 205 a 224.

VILLANUEVA MEZA, JAVIER ANTONIO. *El principio de oportunidad en el sistema penal acusatorio*, Bogotá, Leyer, 2006.