

Paul Seils
Junio 2015

La cuadratura del círculo en Colombia

Los objetivos del castigo y la búsqueda de la paz

Resumen

Un elemento clave en las negociaciones para poner fin al conflicto en Colombia tiene que ver con la responsabilidad penal de las FARC y el castigo de sus miembros por crímenes graves cometidos durante el conflicto. El presente documento sostiene que es necesario responder a dos preguntas para orientar la discusión: ¿Cuáles son los objetivos de política al castigar a los culpables en estas circunstancias específicas? ¿Y cuáles son los medios más adecuados para lograr tales objetivos?

Las circunstancias específicas tienen que ver tanto con los actuales esfuerzos por poner fin a un conflicto de medio siglo a través de las negociaciones de La Habana, como con las medidas tomadas en los últimos diez años en materia de penas que reflejan objetivos políticos relevantes. Por ejemplo, la desmovilización de los llamados grupos de autodefensa condujo en 2005 a un proceso mediante el cual los miembros de alto rango pudieron cambiar una confesión plena de sus crímenes por una pena de cinco a ocho años de cárcel. Algunas de estas confesiones se relacionaban con el asesinato de varios centenares de personas. Se puede sugerir que la pena en estos casos no fue de ninguna manera proporcional a la gravedad de los crímenes; sin embargo, esto no significa que el proceso sea ilegítimo. Significa que los objetivos del castigo eran distintos de la imposición de una “sentencia proporcional”.

La mejor manera de entender los objetivos políticos del castigo en el actual contexto de las negociaciones de paz es una mezcla de objetivos reformativos, retributivos y comunicativos. Específicamente, en contextos en transición como Colombia, en que uno de los objetivos es reafirmar los derechos y valores sociales, el objetivo comunicativo del castigo adquiere especial importancia. No solamente expresa la desaprobación de la conducta por parte de la sociedad, sino que le da la oportunidad al perpetrador de reflexionar sobre sus crímenes y reconocer su error.

Este documento sostiene que para lograr los objetivos del castigo se requieren tres elementos clave: primero, que los juicios sean públicos, accesibles, transparentes y serios. Deben reflejar la solemnidad del proceso de determinar la culpabilidad o inocencia del acusado de tal manera que el público se sienta involucrado e informado. Segundo, cualquier sentencia debe contemplar la posibilidad de exigirle al condenado reunirse con las víctimas (si estas así lo desean), de permitirle a las víctimas expresar la manera como los crímenes han afectado sus vidas, y de pedirles una respuesta a los victimarios. Tercero, cualquier medida punitiva adicional debe orientarse tanto hacia algunas consecuencias desagradables como a efectos reformativos.

En circunstancias normales, el castigo de crímenes graves acarrearía el encarcelamiento, pero las actuales circunstancias no son normales. Las medidas alternativas que incluyen las multas financieras, el embargo de bienes, la exclusión temporal de la participación política y el servicio comunitario pueden contribuir parcialmente a lograr los objetivos del castigo. A estas medidas debe añadirse una sentencia suspendida. Los que sostienen que se requiere alguna forma de detención deben reconocer también que tal medida

TABLA DE CONTENIDO

Resumen	1
Introducción	2
Los objetivos de la Justicia Transicional	2
El derecho internacional y las sentencias	3
Conclusiones sobre el derecho	6
Los objetivos del castigo	8
Conclusiones sobre los objetivos del castigo	13
La sentencia: condena, persuasión y paz	14
Sobre la naturaleza del juicio	15
Conclusiones	15
Recomendaciones	16

La cuadratura del círculo en Colombia: Los objetivos del castigo y la búsqueda de la paz

Sobre el autor

Paul Seils es el vicepresidente del ICTJ. Anteriormente trabajó en la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos y la Comisión Internacional contra la Impunidad de Guatemala (CICIG).

no refleja la gravedad de los crímenes en cuestión. En últimas, la decisión de si los objetivos del castigo exigen la privación de libertad en las actuales circunstancias le compete al pueblo colombiano.

Introducción

Si las negociaciones entre el gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) resultan exitosas, los términos del acuerdo de paz deberán ser sometidos a un referendo popular. Uno de los temas clave ante el pueblo colombiano será si acepta o rechaza las propuestas relacionadas con la sanción a los guerrilleros de las FARC, de ser condenados por delitos graves.

El presente documento se centra en dos aspectos: los objetivos de tales procesos judiciales y los objetivos del castigo. Se puede asumir que un juicio es simplemente el medio por el cual se llega legítimamente a establecer una pena, pero sería equivocado, especialmente en un contexto que declara perseguir los objetivos de la “justicia transicional”, perder de vista la importancia del juicio en sí mismo. La comprensión adecuada de la importancia del proceso legal tiene consecuencias directas para la reflexión sobre cuál puede ser, o no, una medida punitiva aceptable.

En lo que concierne al castigo, el presente documento sostiene que no es útil recurrir a la “proporcionalidad” como factor orientador, dada lo que ya es la práctica aceptada en Colombia. Se requiere algo distinto al recurso limitado al retributivismo y a la proporcionalidad.

Es muy posible que como parte de una resolución negociada en Colombia se aprueben sentencias más leves que las que se requerirían normalmente. Aún si se justifican de alguna manera unas penas menores, el proceso mediante el cual se llega a tales condenas debe ser serio y exhaustivo, y exponer la naturaleza de los delitos y la participación de los acusados. Los presuntos responsables deben tener una oportunidad significativa de responder las acusaciones en su contra. El público debe tener la oportunidad de entender lo ocurrido y participar en la confirmación de la ilegalidad de los hechos ante los tribunales. En particular, las víctimas deben sentir que sus derechos están siendo legitimados, y que se le están exigiendo cuentas a alguien por hechos que nunca debieron ocurrir.

Este documento aborda sólo los juicios y sentencias de aquellos miembros de las FARC considerados máximos responsables de crímenes graves¹. No se recomienda el mismo enfoque necesariamente en lo que concierne a los crímenes cometidos por otras entidades involucradas en el conflicto, como las fuerzas armadas. Podría ser que, por lo menos en lo que respecta a las sanciones, se requiera una sentencia más severa que refleje el rol solemne de las fuerzas armadas como garantes de la Constitución y como ciudadanos del país.

Los objetivos de la Justicia Transicional

Existen muchos malentendidos y controversias en torno a la naturaleza de la justicia transicional. Algunos creen que es simplemente una forma de justicia penal diluida por la necesidad de negociación y concesiones – una especie de “justicia penal light”. Alex Boraine abordó bien esta idea equivocada cuando señaló que

no da cuenta de los límites de la ley, en particular en casos de delitos masivos como el genocidio, la limpieza étnica y los crímenes de lesa humanidad. Al intentar hacer frente a estos tipos de crímenes, no sólo nuestro discurso moral parece alcanzar sus límites sino que evidencia también la deficiencia de las medidas ordinarias que habitualmente se aplican en el ámbito de la justicia penal².

¹ Para un examen de la idea de máximos responsables ver, por ejemplo, Paul Seils, ICTJ, “Propuesta de criterios de selección y priorización para la ley de Justicia y Paz en Colombia”, marzo de 2012, www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-COL-PaulSeils-Propuesta%20de%20criterios%20de%20selección%20y%20priorización-2012.pdf

² Citado por Louise Arbour en “Economic and Social Justice for Societies in Transition,” *Journal of International Law and Politics* 40:1 (Fall 2007): 2, nota de pie de la página 2.

Alcanzar los límites del discurso moral y legal requiere dar una nueva mirada al contrato social y a las medidas necesarias para restablecer las condiciones para que dicho contrato funcione. La justicia transicional constituye un intento de lograr la justicia en tan complejas circunstancias. Sobre todo, busca garantizar que los derechos de las víctimas sean abordados con seriedad y que se realicen esfuerzos eficaces para restaurar la confianza entre el estado y sus ciudadanos para apoyar el desarrollo de una sociedad respetuosa de los derechos.

La búsqueda de la verdad, la justicia, la reparación y la reforma institucional persigue los mismos objetivos en contextos transicionales: reconocer que la respuesta habitual a las violaciones ni está disponible ni es suficiente, y que las medidas gestadas en torno a estas ideas pueden aportar de manera significativa a garantizar los derechos de las víctimas y a restablecer la confianza en las instituciones estatales como protectoras de tales derechos³. Cualquiera que sea el enfoque seleccionado, el castigo a los máximos responsables no debe considerarse de manera aislada, aparte de otros procesos, sino en el contexto de la totalidad de las medidas que buscan hacer frente a las graves violaciones de los derechos humanos.

El derecho internacional y las sentencias

El derecho internacional de los derechos humanos no exige penas específicas en caso de violaciones. Los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos que han interpretado las obligaciones del estado de investigar y sancionar las violaciones han llegado a diversas conclusiones; pero no sustituyen, ni pueden hacerlo, con sus propias opiniones sobre sentencias específicas las sentencias estipuladas por la legislación y los procedimientos nacionales⁴. En cambio, los acuerdos y tratados internacionales relacionados con las cortes y los tribunales internacionales sí han establecido disposiciones sobre la determinación de la pena⁵.

La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁶, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y la Corte Interamericana para los Derechos Humanos han aportado directrices para que los estados garanticen que las penas sean proporcionales a los crímenes y que las sentencias más indulgentes no se transformen en una forma de impunidad. El concepto de proporcionalidad significa que debe existir una relación proporcional entre el crimen y el castigo: entre más grave el delito, más severa la sentencia. Si, además, se decide concentrarse en los máximos responsables de delitos graves, las penas basadas en la proporcionalidad exigirían la pena más severa imaginable.

Como se verá más adelante en este documento, la exigencia de proporcionalidad pasa por alto tanto lo que ya parece ser la práctica aceptada en el caso de Colombia (en particular las penas contempladas por el Marco Jurídico para la Paz, Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz para los paramilitares desmovilizados), como la naturaleza misma del problema que nos concierne: cómo

³ Esto no significa que todas las medidas puedan o deban implementarse o planearse simultáneamente; a menudo, esto no resulta ni practicable ni deseable. El estado debe aprovechar al máximo todas las oportunidades disponibles; en su conjunto, cada una contribuye de manera significativa al proyecto del reconocimiento de los derechos de las víctimas y al restablecimiento de la confianza entre el estado y los ciudadanos.

⁴ Ver, por ejemplo, la Corte Interamericana, *Barrios Altos Vs. Perú*, 14 de marzo de 2001. La corte señaló que, aunque ni podía ni buscaba sustituir a los tribunales nacionales al determinar la pena, en casos de graves violaciones de los derechos humanos examinaría la proporcionalidad de la respuesta estatal y la naturaleza de la conducta examinada cuando estuvieran involucrados agentes del estado.

⁵ Ver, por ejemplo, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Artículos 77 y 80.

⁶ Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias,* Recomendada por el Consejo Económico y Social en su resolución 1989/65, de 24 de mayo de 1989. En: <http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/spanish/Si7pepif.htm>. El principio No. 1 declara: "Los gobiernos prohibirán por ley todas las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias y velarán por que todas esas ejecuciones se tipifiquen como delitos en su derecho penal y sean sancionables con penas adecuadas que tengan en cuenta la gravedad de tales delitos". Ver también el Artículo 6 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura:

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción. Los Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad. Igualmente, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción".

lograr el fin del conflicto y al mismo tiempo garantizar un castigo significativo de los delitos graves. La pregunta por responder tiene que ver no sólo con la relación entre la pena y el delito, sino también con la finalidad del castigo en relación con otros objetivos contrapuestos, en particular el logro del fin del conflicto.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el caso de la masacre de La Rochela, la Corte Interamericana hizo varias observaciones sobre la determinación de la pena. Decidió que la sentencia debe ser el resultado del fallo emitido por una autoridad judicial, que debe ser proporcional a los hechos cometidos, y que “todo elemento determinante de la severidad de la sentencia debe corresponder a un objetivo claramente identificable y ser compatible con la Convención”⁷.

La Corte Interamericana ha señalado también, con respecto a un caso de desaparición forzada, que:

Los Estados tienen una obligación general, a la luz de los artículos 1.1 y 2 de la Convención, de garantizar el respeto de los derechos humanos protegidos por la Convención y que de esta obligación deriva el deber de perseguir conductas ilícitas que contravengan derechos reconocidos en la Convención. Dicha persecución debe ser consecuente con el deber de garantía al que atiende, por lo cual es necesario evitar medidas ilusorias que sólo aparenten satisfacer las exigencias formales de justicia. En este sentido, la regla de proporcionalidad requiere que los Estados, en el ejercicio de su deber de persecución, impongan penas que verdaderamente contribuyan a prevenir la impunidad, tomando en cuenta varios factores como las características del delito, y la participación y culpabilidad del acusado⁸.

Una interesante tendencia puede estar gestando en la corte. En el caso de las masacres de El Mozote en El Salvador, el fallo de la corte siguió las líneas generales de anteriores decisiones. Señaló que la disposición sobre de una amnistía lo más amplia posible tras un conflicto no internacional no puede aplicarse a los crímenes de guerra o a crímenes de lesa humanidad⁹. Por tanto, la corte declaró El Salvador culpable de no haber investigado ni juzgado a los responsables. No se pronunció sobre qué sentencia debía aplicarse.

En una opinión concurrente sobre el caso de El Mozote, el magistrado Diego García-Sayán señaló que el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte en el tema de las amnistías nunca había abordado la situación de un proceso para finalizar un conflicto armado no internacional, como en el caso de El Salvador¹⁰. (Por cierto, toda la jurisprudencia pertinente tiene que ver con violaciones por parte de actores estatales.) El magistrado observó que “un conflicto armado y la solución negociada del mismo abre varios interrogantes y plantea enormes exigencias jurídicas y éticas en la búsqueda de la armonización entre justicia penal y paz negociada”¹¹. Y concluye como sigue:

Dentro de ello, resulta necesario diseñar formas a través de las cuales deben ser tratadas las personas sindicadas de haber cometido graves crímenes como los mencionados, en el entendido de que un proceso de paz negociada procura que los actores armados opten por la paz y se sometan a la justicia. Así, por ejemplo, en el difícil ejercicio de ponderación y la compleja búsqueda de estos equilibrios podrían diseñarse y encontrarse rutas para penas alternativas o suspendidas pero, sin perder de vista que ello puede variar de manera sustancial de acuerdo tanto al grado de responsabilidad en graves crímenes como al grado de reconocimiento de las propias responsabilidades y aporte de información de lo ocurrido.

7 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia*, 11 de mayo de 2007, párr. 196.

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, 12 de agosto de 2008, párr. 203.

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador*, 25 de octubre de 2012, párr. 286

10 Además de Barrio Altos Vs. Perú, son estos Almonacid Arellano et al. Vs. Chile (2006), *La Cantuta Vs. Perú* (2006), Gomes Lund et al. Vs. Brasil (2010) y Gelman Vs. Uruguay (2011).

11 Opinión concurrente del magistrado Diego García-Sayán, Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*, 25 de octubre de 2012, párr. 30.

De allí se pueden derivar diferencias importantes entre los “ejecutores” y quienes desempeñaron funciones de alto mando y dirección¹².

Esta no es aún la posición confirmada de la Corte, ni aporta ninguna opinión clara sobre el tipo de pena necesaria en caso de delitos graves. No obstante, su opinión concurrente indica que la meta de proporcionalidad en la determinación de la pena puede estar sujeta a limitaciones impuestas por el objetivo de poner fin a un conflicto y puede requerir reinventar el equilibrio entre la proporcionalidad y otros objetivos, o quizás simplemente una comprensión más amplia de la proporcionalidad en el contexto de unas negociaciones de paz.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

En el caso de *Bautista de Arellana Vs. Colombia*, el Comité de Derechos Humanos señaló que las sanciones disciplinarias o administrativas por sí solas no satisfacerían la necesidad de un castigo apropiado, especialmente en casos de graves violaciones de los derechos humanos¹³.

Este fallo establece el requisito que los actos delictivos exigen sanciones penales. Una multa o una sentencia totalmente suspendida, impuesta por una corte penal, aparentemente alcanza el umbral mínimo que la diferencia de una sanción administrativa o disciplinaria. Sin embargo, no está claro qué tipo de sentencia superaría la “prueba de ilusoria”, es decir, qué tipo de sentencia se requiere para que constituya un “auténtico castigo” y no una manera de garantizar la impunidad.

La Corte Penal Internacional

En su Artículo 80, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), declara que las disposiciones de la CPI sobre la determinación de la pena no deben de ninguna manera predisponer las leyes nacionales sobre la imposición de penas. Esto significa que los estados pueden dictar las sentencias que consideren adecuadas en el marco de sus propias legislaciones; no están obligados a respetar los parámetros establecidos en la Parte VII del Estatuto de Roma¹⁴.

El Artículo 80 del Estatuto no se refiere a la imposición de condenas adecuadas como indicio de la autenticidad de los procedimientos. Aunque los estados no están obligados a dictar sentencias similares a las que establece el Estatuto de Roma, sí se les exige cumplir con sus obligaciones preexistentes en materia de derechos humanos, una manera de garantizar que no se impongan sentencias ilusorias. Ciertamente, si bajo el Estatuto de Roma los estados están libres de imponer sanciones más severas que aquellas previstas en el Estatuto, también están libres de aplicar penas más benignas. Hasta ahí no parece haber controversias.

Aunque el Artículo 77 establece las penas máximas, no prescribe penas mínimas pues “el número y la importancia de las circunstancias agravantes puede exigir consideraciones muy concretas”¹⁵. El Artículo 77 también contempla la posibilidad de multas o confiscaciones, pero sólo como elementos adicionales a la pena principal de cárcel. Aunque de cierta manera estas son medidas innovadoras, contradicen la práctica nacional de varios países, entre ellos Colombia. Por ejemplo, según los Artículos 34 y 35 del código penal colombiano la pena principal puede incluir o consistir exclusivamente de prisión, multas o privación de otros derechos.

¹² *Ibíd.*

¹³ OHCHR, “Selected Decisions of the Human Rights Committee Under the Optional Protocol,” vol. 6, 2005, 103-109, www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol6en.pdf

¹⁴ Esta disposición abordaba, en parte, la preocupación que a los estados que permiten la pena de muerte no se les hubiera permitido imponerla como estados parte de la CPI. Ver Rolf E. Fife, “Article 77 - Applicable Penalties,” en: Otto Triffterer (editor), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article* (Oxford: Hart Publishing, 2008), 1443.

¹⁵ *Ibíd.*, 1424.

La Oficina del Fiscal de la CPI sugiere que la cárcel es esencial como única manera de satisfacer el requerimiento de proporcionalidad¹⁶. Para ser justos, debemos señalar que la fiscal reconoce que el contexto requiere una valoración de toda medida de responsabilidad, incluyendo la búsqueda de la verdad, la reparación y la reforma. Sin embargo, el énfasis permanece en la idea de una pena proporcional al crimen. Es la idea misma de la proporcionalidad la que debe explorarse en detalle. La brevedad de las comunicaciones del fiscal sobre este tema permite ver que la CPI no entabló un debate público en torno a temas de importancia, entre ellos los que plantea el magistrado García-Sayán de la Corte Interamericana en el caso de El Mozote. De manera similar, se podría aducir que las razones sugeridas de no dictar una sentencia mínima se aplican *a fortiori* a situaciones en que el objetivo es no solamente sancionar violaciones sino al mismo tiempo ponerle fin a un conflicto¹⁷.

En un discurso presentado recientemente¹⁸, el Vice Fiscal de la Corte Penal Internacional, James Stewart, presenta una visión más compleja sobre el tema del castigo. Reconoce que los objetivos pueden abarcar metas como la disuasión, el reconocimiento del sufrimiento de la víctima y la comunicación de la condena pública. Esto es un avance importante en el debate. El Vice Fiscal reitera la idea que una suspensión total de la sentencia sustraería la responsabilidad de los acusados. Este es un argumento problemático, legalmente hablando, pero no abordaremos esta discusión aquí. Es positivo que el Vice Fiscal señale que una pena alternativa podría, por lo menos en teoría, satisfacer los requerimientos como los entiende la Fiscal de la Corte.

Conclusiones sobre el derecho

Ni los tratados internacionales de derechos humanos ni la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos establecen penas específicas para las violaciones graves a los derechos humanos. Los tratados internacionales y otros instrumentos que establecen tribunales, como el Estatuto de Roma, aportan disposiciones sobre la determinación de la pena, pero no comprometen a los estados en lo que concierne a los procedimientos a nivel nacional.

Los casos citados permiten esclarecer de manera inequívoca sólo un número limitado de temas: que el castigo no debe ser ilusorio y que las conductas ilícitas exigen sanciones penales. Las medidas administrativas, disciplinarias o cuasijudiciales no cumplen los estándares requeridos. Aunque a menudo se menciona la proporcionalidad como un factor predominante, los casos no han abordado hasta qué punto el contexto es pertinente al sopesar diferentes valores y objetivos.

Hay dos temas relevantes en los casos que involucran a los máximos responsables de delitos graves al interior de las FARC. Primero, a diferencia de todos los casos que hasta ahora han desarrollado jurisprudencia interamericana sobre la amnistía en casos de violaciones por agentes del estado, en Colombia la preocupación se centra en las violaciones por parte de agentes no estatales. Segundo, la única manera en que los máximos responsables de las FARC puedan ser castigados parece ser exigirles su acuerdo a someterse a la ley penal colombiana. (La habitual presunción sobre la efectividad del sistema no se aplica en el contexto de este conflicto interno prolongado.)

En cuanto a Colombia, la Oficina del Fiscal de la CPI ha aceptado la realidad de tratos políticos según los cuales la desmovilización conlleva sentencias más livianas, como lo demuestra su posición frente a la Ley de Justicia y Paz¹⁹. Sin embargo, la dificultad consiste en que la carta de 2013 de la Oficina del Fiscal a la Corte Constitucional colombiana parece sugerir que la proporcionalidad sigue siendo el elemento clave en la determinación de la pena. Como se verá más adelante, una sentencia de entre cinco y ocho años para el líder de un grupo paramilitar por decenas o hasta centenares de

16 Ver Semana, "Una 'carta bomba'", 17 de agosto de 2013, www.semana.com/nacion/articulo/una-carta-bomba/354430-3

17 La Corte Constitucional de Colombia emitió una declaración indicando que no era permisible la suspensión total de la sentencia. La Corte no discute el significado de "pena total" ni las formas en que la pena principal podría ser compuesta.

18 Discurso de James Stewart, Universidad El Rosario, Bogotá, 13 de mayo de 2015.

19 Ver Oficina de la Fiscal de la CPI, "Situación en Colombia: Reporte Intermedio", noviembre de 2012, párr. 165, <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3D3055BD-16E2-4C83-BA85-35BCFD2A7922/285202/OTP2012035032COLResumenEjecutivodelReporteIntermed.PDF>

asesinatos no puede calificarse de proporcional. Para que tal sentencia se justifique, se requiere un entendimiento diferente de los objetivos del castigo en tales circunstancias.

Quizás ni la Corte Interamericana ni la Oficina del Fiscal de la CPI ha reconocido aún que existe una brecha potencialmente significativa entre una sentencia que es genuinamente o hasta relativamente proporcional, y una sentencia que aunque no es ni siquiera relativamente proporcional sin embargo se considera algo más que ilusoria. Esta parece ser la mejor explicación de la aceptación por parte de la Oficina del Fiscal de las penas previstas en la Ley de Justicia y Paz de entre cinco y ocho años de prisión, aún cuando los acusados confesaron haber asesinado a varios centenares de personas.

Un elemento importante es garantizar que no sólo el castigo sino también el proceso mismo en su totalidad sean más que ilusorios. En este sentido, la experiencia de los colombianos con la Ley de Justicia y Paz es algo que no debe repetirse. Fue complicado, poco transparente y poco accesible al público en general. El enjuiciamiento de los máximos responsables tiene que ser algo que la sociedad en general, y las víctimas en particular, puedan presenciar y comprender. Debe ser solemne, serio y transparente.

La práctica internacional

Es poco lo que la práctica internacional puede contribuir de manera provechosa al enfoque de Colombia con respecto a un adecuado equilibrio entre la búsqueda de la paz y los castigos no-ilusorios en el contexto de una resolución negociada al conflicto.

Las disposiciones punitivas de la Ley de Justicia y Paz son significativamente menos severas que la práctica del *Tribunal Penal Internacional* para la *ex-Yugoslavia* (TPIY) y del *Tribunal Penal Internacional para Ruanda* (TPIR), por ejemplo²⁰. La Corte Interamericana aún no ha estudiado este asunto específicamente; no obstante, sabemos que hasta ahora ésta no ha indicado querer reemplazar las sentencias nacionales con su propia valoración de lo que sería adecuado. De nuevo, el informe de la Oficina del Fiscal de la CPI de noviembre 2012 se abstuvo de sugerir que la pena máxima de ocho años contemplada en la Ley de Justicia y Paz pudiera presentar algún problema para su propia evaluación de casos.

La práctica nacional

Irlanda del Norte y Colombia representan quizás los dos intentos más importantes por contemplar sentencias reducidas en contextos de justicia transicional. En términos generales, ha sido más común otorgar indultos tras las condenas (a veces muy poco tiempo después de las condenas) o que las amnistías conduzcan a la preclusión del enjuiciamiento.

En Irlanda del Norte, en el marco del Acuerdo de Viernes Santo en 1996, se creó un sistema que permitía que los prisioneros miembros de organizaciones paramilitares, tanto republicanas como unionistas, fueran excarcelados anticipadamente²¹. Aunque el sistema requería que ninguno de ellos fuera excarcelado antes de cumplir por lo menos dos años de prisión, casi todos los que se beneficiaron del esquema cumplieron condenas mucho más largas. Sólo tres de los 636 beneficiarios pasaron sólo dos años en la cárcel²².

20 Ver, por ejemplo, Barbora Hola et al, "Consistency of international sentencing: ICTY and ICTR case study," *European Journal of Criminology* 9, no. 5 (2012): 540; James Meernik, "Sentencing Rationales and Judicial Decision Making at the International Criminal Tribunals," *Social Science Quarterly* 92, no. 3 (septiembre 2011): 589-600, que discute la lógica del castigo y los determinantes de las sentencias empíricamente en el TPIY, el TPIR, y la Corte Especial para Sierra Leona; James Meernik, "Victor's Justice or the Law? Judging and Punishing at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia," *The Journal of Conflict Resolution* 47, no. 2 (April 2003): 140-162; Barbora Hola et al, "Is ICTY Sentencing Predictable? An Empirical Analysis of ICTY Sentencing Practice," *Leiden Journal of International Law* 22, no. 1 (marzo de 2009).

21 Ver Kieran McEvoy, "Prisoners, the Agreement, and the Political Character of the Northern Ireland Conflict," *Fordham International Law Journal* 22, no.4 (1998); 1560, 1998; Christine Bell, "Dealing with the Past: Dealing with the Past in Northern Ireland," *Fordham International Law Journal* 26, no. 4 (2003).

22 Christine Bell, "Dealing with the Past: Dealing with the Past in Northern Ireland," *Fordham International Law Journal* 26, no. 4 (2003), 1113.

Sin embargo, la singularidad de la experiencia de Irlanda del Norte no se limita a su sistema de excarcelación temprana, que se aplicaba solamente a personas que estaban cumpliendo penas de prisión cuando se firmó el acuerdo. Algunos informes de prensa de 2014 indican que se puso en marcha un enfoque diferente con sospechosos que no estaban detenidos²³: aproximadamente 186 personas recibieron cartas del director del Ministerio Público en que se certificaba que no había procesos vigentes en su contra y que el gobierno no tenía intenciones de enjuiciarlas, pero que nuevas informaciones o declaraciones autoincriminatorias podían conducir a una revisión de su situación²⁴. Las cartas no excluyen totalmente un futuro enjuiciamiento, lo que hace que se queden cortas de una declaración de amnistía en términos estrictos. Sin embargo, es difícil creer que no haya habido una actuación política coordinada detrás de una decisión que produjo exactamente el mismo resultado para todos los sospechosos y en un lenguaje similar.

La situación en Colombia es distinta a la de Irlanda del Norte. En un sentido importante, todos los líderes de las FARC pueden considerarse prófugos de la justicia si fueron condenados por delitos *in absentia*. Queda por decidirse qué pena imponer en cuanto a posibles condenas anteriores.

La Ley de Justicia y Paz de Colombia exige concentrarse en enjuiciar a los máximos responsables y permite al fiscal general priorizar y seleccionar los casos que se someterán a juicio; efectivamente esto permitiría decidir suspender las investigaciones de sospechosos de las FARC de niveles inferiores. Por lo tanto, la mayor dificultad que queda tiene que ver con aquellos considerados los máximos responsables de crímenes que aún no han sido judicializados y los que aún no están detenidos.

El ejemplo de Irlanda del Norte y su sistema de excarcelación anticipada no puede considerarse de manera aislada, sino que debe examinarse a la par con su tratamiento de los que no están detenidos. Hay dos elementos que vale la pena señalar. Primero, actualmente hay varios miles de miembros de las FARC detenidos. Un número importante de ellos podría ser elegible para un sistema de excarcelación anticipada similar al de Irlanda del Norte. En segundo lugar, un buen número de ellos podría beneficiarse de la excarcelación inmediata sobre la base de la aplicación adecuada de una amnistía a la luz del Protocolo II, Artículo 6 (5) de los Convenios de Ginebra²⁵. Se debe reflexionar seriamente sobre cada uno de estos dos puntos.

No obstante, Irlanda del Norte no buscó desagregar los máximos responsables de otros perpetradores. Aunque su enfoque puede ser ilustrativo de una manera de tratar a los que ya están en la cárcel, aporta pocas orientaciones en términos de medidas diferenciadoras frente a los más y los menos responsables. Los eventos del último año en Irlanda del Norte con respecto a las cartas de no enjuiciamiento demuestran también la importancia de garantizar que las medidas que se desarrollen anticipen el mayor número posible de contingencias. No hacerlo podría desestabilizar el proceso en el futuro.

Los objetivos del castigo

Es extensa la literatura sobre las justificaciones morales y los propósitos del castigo. Este documento no puede ir más allá de una presentación conceptual muy breve.

23 Los que no estaban bajo custodia se dividieron en tres categorías: 1) un pequeño número que habían escapado de la cárcel, 2) un grupo que tenía órdenes de arresto, y 3) un grupo de los que podían haber estado siendo investigados pero que no habían sido arrestados todavía. Las cartas se refieren a este último grupo.

24 Para un recuento detallado del contenido de las cartas y de cómo se desarrolló el tema, ver Vincent Kearney, "What do controversial On the Run letters actually say?," BBC, February 27, 2014, www.bbc.com/news/uk-northern-ireland-26376541

25 Ver Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, y lo relacionado con la protección de las víctimas de conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), 8 de junio de 1977, Diligencias penales, www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm

Los objetivos del castigo pueden incluir la incapacitación, la disuasión (específica y general), la reforma, la retribución, la restitución y la comunicación²⁶. Esta última puede incluir enfoques que aplican conceptos de disuasión positiva y persuasión²⁷. Por razones que se verán posteriormente, este enfoque ofrece el recuento más convincente de lo que puede lograr la sanción penal, especialmente en contextos en transición. Por otra parte, debe señalarse que tanto la justificación como los propósitos del castigo se desarrollan partiendo del principio que no está en duda la eficacia fundamental del sistema.

La justicia transicional se vuelve necesaria solamente cuando no son posibles las intervenciones normales debido a los factores gemelos de una escala masiva de violaciones y de fragilidad política o institucional. Por cierto, una posible definición de justicia transicional sugiere precisamente el tipo de justicia que es a la vez posible y necesaria cuando la eficacia del sistema se ha visto gravemente puesta a prueba por una infracción masiva²⁸. Esto no significa necesariamente que las interpretaciones convencionales de los objetivos del castigo se vuelvan irrelevantes, pero algunas de ellas sí se vuelven menos convincentes que otras.

Todo castigo apunta al sufrimiento del infractor. Una pregunta clave es: ¿cuál es la finalidad de tal sufrimiento? En un enfoque puramente comunicativo se podría denunciar la inadmisibilidad de un comportamiento determinado con sólo una declaración. Pero el objetivo del castigo va más allá de la reprobación o la censura. La censura, que toma en serio al criminal como actor moral racional, aspira a comprometerlo a reconocer que un comportamiento determinado suyo fue incorrecto. Este aspecto persuasivo es el propósito fundamental del castigo y no una contingencia que resulte de él²⁹.

Si se acepta que la justicia transicional se relaciona con un contexto en el que la eficacia del sistema de protección de los derechos fundamentales ha colapsado, tiene sentido considerar los esfuerzos por establecer responsabilidades como esfuerzos por restablecer la confianza en dicho sistema. Las medidas de generación de confianza privilegian enfoques que tomen en serio a todas las partes, incluidos los criminales, como agentes morales racionales y dan menor énfasis a los enfoques estrictamente o predominantemente consecuencialistas. Como se verá más adelante, la comunicación de repulsa y su efecto persuasivo son más convincentes en contextos en transición en general, especialmente cuando el sistema de justicia busca dar cabida al mismo tiempo a un proceso de resolución de conflictos.

La incapacitación / La protección de la sociedad

La incapacitación como objetivo busca poner al perpetrador en una situación en que no represente un peligro para la sociedad en general. El medio más obvio de incapacitación es la reclusión. La lógica subyacente es que tal paso es necesario porque existe el peligro de reincidencia. Si el peligro no existe, esa lógica desaparece.

La disuasión específica

La disuasión específica se dirige a un perpetrador concreto. A diferencia de la incapacitación, el objetivo no es evitar que éste delinca durante un período determinado, sino generar un cambio en

26 Incapacitación: proteger a la sociedad poniendo al delincuente bajo custodia; b) disuasión específica: someter al delincuente a consecuencias desagradables para que se comporte de manera diferente tras el castigo; c) disuasión general: someter al delincuente a consecuencias desagradables para que toda la sociedad tome conciencia de los riesgos de los comportamientos delictivos; d) retribución: imponer consecuencias desagradables como una finalidad en sí misma; e) rehabilitación: tratar al delincuente por medio del castigo para cambiar su comportamiento y facilitar su reintegración social; f) restitución – se centra más en la víctima que los otros objetivos y puede incluir elementos restaurativos en las sanciones penales; g) comunicación – afirmación pública de los valores compartidos de la sociedad, buscando persuadir al delincuente como agente moral racional del carácter ilícito de su conducta, y al mismo tiempo denunciando lo inaceptable de su comportamiento y consolidando la confianza en las normas e instituciones aceptadas que protegen dichos valores.

27 Ver, por ejemplo, R.A. Duff, *Trials and Punishment* (Cambridge: Cambridge University Press, 1986) Chapter 9, 233-262; Pablo de Greiff, "Deliberative Democracy and Punishment," *Buffalo Criminal Law Review* 5, no.2 (2002): 373-403.

28 Paul Seils, "La restauración de la confianza cívica mediante la justicia transicional," *Justicia Transicional en Ibero-América* (2009): 30-33.

29 Ver R.A. Duff, *Trials and Punishment* (Cambridge: Cambridge University Press, 1986), 236.

sus futuros comportamientos como resultado de la imposición de desagradables consecuencias por conductas anteriores.

En un momento dado, para el perpetrador el tema se convierte en una evaluación de riesgos. Si el riesgo de consecuencias igualmente desagradables en el futuro no es un elemento disuasorio suficiente, el delincuente no desistirá. Si lo que motiva al delincuente es una necesidad sentida, una ideología o convicción moral, la efectividad de la amenaza de futuras consecuencias desagradables como medio de prevenir futuros delitos se reduce considerablemente. Y lo que es más importante, si no hay razones aparentes de creer que el delincuente podría cometer delitos similares otra vez, la lógica de la disuasión específica desaparece.

En el caso de las FARC, la hipótesis consiste en que los crímenes que se cometieron, o que se están cometiendo, se deben en principio al contexto mismo del conflicto. Si el conflicto dejara de existir, no habría incentivos para cometer más crímenes. Con el fin del conflicto y la desmilitarización de las FARC se eliminarían los medios, la oportunidad y las motivaciones de conductas delictivas similares en el futuro.

Podría esperarse que la mayoría de los altos mandos de las FARC fueran reacios a participar en actividades criminales tras la firma de un acuerdo de paz cuyos términos han aceptado. Si es correcta esta suposición, el objetivo de disuasión específica en el caso de la mayoría de los miembros de alto rango de las FARC parece irrelevante.

La disuasión general

La eficacia de la disuasión general depende no solamente (algunos dirían, no especialmente) de la severidad de la pena sino todavía más de su certeza³⁰. Esto sugiere que en Colombia castigar a los máximos responsables de las FARC puede generar un efecto de disuasión general, pues demuestra que nadie puede cometer crímenes impunemente. La dificultad está en si el concepto de disuasión general es útil en las circunstancias excepcionales de crímenes cometidos en el marco de un conflicto armado interno prolongado en que se ha producido un colapso masivo del sistema.

Además de las objeciones a los argumentos de la disuasión general por razones morales o empíricas, entre más sistémicos, prolongados y generalizados sean los delitos, menos persuasivo será el objetivo de la disuasión general. Las circunstancias del conflicto y la disfunción sistémica hacen de la disuasión general una descripción poco plausible del propósito del castigo en este caso.

El único contraargumento serio es que, aunque se reconoce que el sistema ha fallado en términos generales y de largo plazo, el objetivo del castigo es demostrar que las cosas van a ser diferentes de aquí en adelante. Pero eso depende menos de la certeza del castigo que de un compromiso renovado con el estado de derecho.

La retribución

Quizás la visión más común del castigo se enmarca en términos de retribución. La retribución se basa en la premisa de la responsabilidad moral del delincuente por su conducta pasada. En términos estrictos, la retribución como objetivo no busca reformar al infractor; sólo busca hacer que el infractor sufra.

30 Por ejemplo, algunos estudiosos sostienen que lo importante de la disuasión es la certidumbre del castigo más que su severidad. Ver Daniel Nagin and Greg Pogarsky, "Integrating Celerity, Impulsivity, and Extralegal Sanction Threats into a Model of General Deterrence: Theory and Evidence," *Criminology* 39, no. 4 (2001). Para un panorama general de la literatura sobre la disuasión, ver Valerie Wright, *Deterrence in Criminal Justice: Evaluating Certainty vs. Severity of Punishment* (Washington, DC: The Sentencing Project, noviembre de 2010), www.sentencingproject.org/doc/deterrence%20briefing%20.pdf

A veces se sugiere, aún por parte de las cortes, que la retribución es una forma de venganza judicial. Esta es una visión peligrosa y corre el riesgo de trivializar la importancia del debido proceso³¹.

A veces la retribución se percibe como una forma procedimental de *lex talionis*, la ley del talión: “ojo por ojo”. La práctica moderna no es proporcional en este sentido, pero un enfoque retributivo del castigo probablemente implica que entre más grave el delito, más dura la pena. Al mismo tiempo, una de las críticas que se le hacen constantemente al retributivismo ha sido su incapacidad de producir criterios de proporcionalidad con respecto a la conducta. El castigo que busca causarle sufrimiento al infractor por el daño que causó (y en proporción a éste) debe tomar en serio tanto la gama de posibles conductas por castigar como el sentido de la idea de proporcionalidad dentro de esa gama. En casos de criminalidad extrema - por ejemplo, asesinatos en masa o tortura - el aspecto proporcional del retributivismo es cada vez más discutible. Si, por ejemplo, una sentencia máxima es 40 años de prisión, sin importar que el condenado haya cometido 1 o 100 asesinatos, la proporcionalidad desde el punto de vista retributivo es cuestionable.

En el caso específico de Colombia, ya hemos mencionado el enfoque que permite penas máximas de ocho años de cárcel, aún si el delincuente admite haber cometido varios centenares de asesinatos. Una pena de ocho años de cárcel por cien asesinatos equivale a menos de un mes de cárcel por asesinato. No faltan las justificaciones para este tipo de pena, pero resultaría muy difícil sostener que ésta impone un castigo proporcional al daño causado.

Es posible que una sentencia “desproporcionada” conserve un elemento retributivo, en el sentido que puede basarse en la premisa de la responsabilidad moral por conductas anteriores y ser impuesta con el fin de causar cierto grado de sufrimiento. Sin embargo, muchos podrían pensar que un sufrimiento insuficiente mediante una sentencia reducida restringe la utilidad de la descripción de “retribución” tal como ésta podría entenderse comúnmente.

La rehabilitación

La noción de rehabilitación puede captarse a través de una variedad de términos, tales como “reforma” y “reintegración”. En el marco de este objetivo, la finalidad del castigo es darle al delincuente la posibilidad de reconocer los errores que cometió y reingresar a la sociedad como un ciudadano respetuoso de la ley³².

En virtud de sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos, Colombia está obligada a garantizar que la finalidad del castigo sea reformadora³³. Se dice poco sobre cómo se han de lograr la rehabilitación y la reforma. Algunas formas de castigo apuntan más claramente a fomentar la rehabilitación, como cuando se les enseña a los presos destrezas que les permitirán encontrar trabajo en lugar de volver al crimen. Los programas restaurativos que permiten que los delincuentes entiendan la devastación que sus crímenes les causaron a otros pueden constituir poderosas herramientas de rehabilitación y procesos restaurativos en sí mismos.

La noción de rehabilitación como objetivo es útil porque demuestra que el castigo debe ir más allá de “encerrar a la gente y tirar la llave”.

31 Ver, por ejemplo, *Her Majesty the Queen v. C.A.M.* (1996) 1 SCR 500, en que la Corte Suprema de Canadá define la diferencia entre la venganza y la retribución. La venganza se describe como un acto no calibrado de daño a otro, con frecuencia motivado por la emoción o la ira, como represalia por el daño causado a uno mismo por esa persona”. La retribución se describe como “la determinación objetiva, razonada y mesurada de un castigo apropiado que refleja adecuadamente la culpabilidad moral del infractor, teniendo en cuenta la toma de riesgos intencional del infractor, el daño resultante causado por el infractor y el carácter normativo de la conducta del infractor”.

32 El argumento que el castigo debe procurar comunicar condena y persuasión se relaciona muy estrechamente con el objetivo de rehabilitación.

33 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (entrada en vigor el 23 de marzo de 1976), Artículo 10(3); y Convención Americana sobre Derechos Humanos, Serie sobre Tratados, OEA, No. 69 (1988), Artículo 5(6).

La comunicación: la afirmación social de los valores

La noción de comunicación se mencionó brevemente al inicio de esta sección³⁴. Este enfoque se fundamenta en una serie de principios básicos; sobre todo, busca ocasionarle al delincuente un dolor que emana de *comprender la repulsa* que el castigo expresa.

La teoría comunicativa del castigo involucra a delincuentes, jueces y ciudadanos respetuosos de la ley en una “empresa unitaria”. Como dice Duff,

Nuestras razones de mantener un sistema legal tal tienen que ver con la prevención del crimen y el bien de la comunidad, pero no utilizamos a los ciudadanos o a los criminales simplemente como medios para tales fines: la ley trata a todos los ciudadanos como agentes morales racionales y busca su consentimiento y su comprensión; y el castigo es parte de un diálogo continuo por medio del cual la ley busca orientar su conducta recurriendo a las razones pertinentes³⁵.

El hecho que este concepto de castigo (como comunicación) involucre a todos los actores sociales relevantes es especialmente atractivo para describir los objetivos del castigo en contextos en transición. No se centra en al perpetrador exclusivamente: toma en serio a la totalidad de la sociedad respetuosa de la ley y busca afirmar los valores de esa sociedad de una manera solemne y profunda.

¿Qué significa esto en la práctica? Significa que la pena que impone el sistema judicial tiene que ser capaz de expresar la condena adecuada por la conducta en cuestión, y ser capaz también de generar una reflexión por parte de la persona condenada que la conduzca a convencerse de que se comportó mal y que sus comportamientos requieren reforma. Una diferencia importante es que el respeto por la ley resulta no del temor de las consecuencias sino de un sentido positivo de valores compartidos.

Vista así, la teoría comunicativa podría complementar formas de castigo simbólico. Parece posible lograr una comprensión de la condena de la sociedad sin ocasionar consecuencias negativas adicionales. Los argumentos que favorecen que este enfoque sea algo más que un castigo simbólico son de dos clases: la “comunicación” demuestra de manera convincente tanto 1) el reconocimiento del mal, y 2) el compromiso de reforma por parte del delincuente y de la sociedad.

Duff sostiene que se puede entender el castigo como un tipo de penitencia similar a la que podríamos encontrar en una comunidad religiosa, enfatizando sus aspectos comunicativos, renovadores y retributivos. La justificación para una sentencia más severa es forzar al delincuente a entender las implicaciones de sus crímenes: debe contribuir a reconciliar al infractor consigo mismo y con la sociedad en general³⁶.

En las circunstancias específicas de las FARC y las actuales negociaciones de paz, es importante reconocer que no todos los actos de las FARC constituyen crímenes a la luz del derecho internacional. La rebelión y los delitos políticos conexos pueden no constituir crímenes internacionales. Sin embargo, algunos hechos, si se comprueban, podrían constituir actos delictivos en cualquier circunstancia (nacional o internacional). Un enfoque comunicativo con respecto a tales hechos busca que los responsables reconozcan la ilicitud de *esos actos* y no del hecho de la rebelión como tal o su conexión con delitos políticos.

Un aspecto importante al tratar de persuadir a los individuos de la ilicitud de sus actos es visibilizar el impacto de su conducta en las víctimas. Este se ha vuelto un aspecto cada vez más corriente en el procedimiento penal en los últimos 40 años. Los enfoques restaurativos son frecuentes ahora en muchas

34 Ver de Greiff en nota 28 para una presentación más detallada de las teorías filosóficas subyacentes.

35 R.A., Duff, *Trial and Punishment*, 238. Hay que añadir que la teoría comunicativa de Duff reconoce elementos retributivistas en la medida en que su justificación principal es conectar la conducta pasada con el castigo presente, pero difiere del retributivismo en su propósito orientado hacia el futuro, y con el consecuencialismo en que su objetivo se relaciona lógicamente, y no de manera contingente, con los medios para lograrlo.

36 *Ibid.* 256-262.

jurisdicciones en la justicia penal de menores, y el uso de declaraciones de impacto de las víctimas al dictar la sentencia ha aumentado en muchas jurisdicciones alrededor del mundo.

La práctica de la confrontación cara a cara entre las víctimas y los delincuentes en el contexto de crímenes más graves cometidos por adultos no es generalizada pero va en aumento. Hay argumentos fuertes a favor de adoptar tal enfoque en las disposiciones sobre la determinación de la pena de aquellos que planearon o definieron políticas conducentes a crímenes graves, o que ordenaron la comisión de crímenes graves (es decir, los máximos responsables), y esto por dos razones. Primero, poner a los responsables de planear crímenes sistemáticos frente a frente con sus víctimas humaniza los delitos. Destruye el “vacío de respetabilidad” que los altos oficiales pueden intentar interponer entre ellos mismos y los hechos de sus soldados rasos. Segundo, si hay una verdadera esperanza de que los responsables de organizar o dirigir la ejecución de crímenes graves entiendan el repudio de la sociedad y se convenzan del valor de reformarse, escuchar directamente a las víctimas hablar de su sufrimiento puede resultar una poderosa herramienta.

Conclusiones sobre los objetivos del castigo

Los conceptos de incapacitación, disuasión específica y disuasión general no son objetivos de política convincentes en el contexto del fin exitosamente negociado de un conflicto, como en Colombia. Si se elimina la lógica bajo la cual se cometen los crímenes, también se elimina la oportunidad de reincidir; por tanto, no se necesitan mayores intervenciones de política para evitar que los delitos vuelvan a cometerse. Si buscamos castigar a los delincuentes, tiene que ser por otras razones.

La retribución no debe descartarse como meta formal y deliberativa. Como se ha mencionado, técnicamente hasta una sentencia reducida puede incluir un componente retributivo; pero puede resultar engañoso sugerir que las sentencias drásticamente reducidas para crímenes extremadamente graves puedan percibirse como “retributivas” a los ojos del público amplio.

Por tal razón, se sugiere que el castigo para los miembros de las FARC considerados máximos responsables de crímenes graves puede entenderse en términos no exclusivamente retributivistas sino como una combinación de objetivos comunicativos, reformadores y retributivos.

En cuanto a la rehabilitación, un enfoque constructivo, que incluye procesos restaurativos, encaja perfectamente con la idea de afirmación social. Ayudar al criminal a entender la naturaleza del daño causado por sus actos – o humanizar el daño – puede ser un medio eficaz de reforzar la lógica de las normas de conducta mínimas compartidas.

La sentencia: condena, persuasión y paz

Al final las teorías sobre el castigo y la búsqueda de objetivos de política enfrentan un reto clave. Las teorías retributivas, consecuencialistas y expresivistas del castigo, todas ellas exigen que el castigo sea proporcional a la gravedad del crimen; pero a todas ellas les cuesta proponer criterios convincentes sobre la proporcionalidad, en particular a las retributivistas. El dilema se complica aún más cuando el castigo compite con otros objetivos.

La imposición de condenas y el sistema de justicia penal existen en permanente tensión con otros objetivos políticos y sociales, pero obviamente estas tensiones son más amenazantes en situaciones inestables. Cuando uno de los objetivos contrapuestos es poner fin a un conflicto armado, la cuestión de la proporcionalidad y otros criterios ampliamente acordados y aceptados en tiempos normales pueden ser sometidos a una enorme presión.

El enfoque mixto que se propone aquí tiene muchos atractivos. Reconoce la noción de la condena como una función social importante; privilegia la idea de la persuasión en los esfuerzos de generación de confianza para rehabilitar al criminal; y le quita la centralidad al delinciente, haciendo

de la sociedad en su totalidad un componente serio del diálogo sobre el castigo. No obstante, la pregunta sigue abierta en cuanto a qué tipo de castigo se requiere para transmitir la condena apropiada y que resulte persuasivo en cuanto al valor de reformar las conductas indebidas.

La idea es efectivamente que los responsables sientan el dolor de la condena que se expresa a través del castigo. Sin embargo, se requiere algo más que un castigo simbólico para que la sociedad se persuada de que los responsables reconocen el mal de los actos en cuestión y se comprometen a participar apropiadamente en la sociedad en el futuro. Resulta deshonesto pretender que ese “algo más” en estas circunstancias será genuinamente proporcional a la gravedad de los crímenes. Se necesita un cierto grado de transigencia para lograr los objetivos contrapuestos de comunicar la condena eficazmente y alcanzar la paz.

En tiempos normales la proporcionalidad del castigo de los tipos de crímenes graves que nos ocupan requeriría largos periodos de encarcelamiento. Pero no estamos en tiempos normales, y las tensiones que compiten con los objetivos del castigo son excepcionales y no cotidianas. Ningún castigo podrá ser proporcional y al mismo tiempo capaz de convencer exitosamente a los acusados de someterse a la ley del estado. Lo mejor que se puede esperar es una aproximación en que se logre un grado significativo de condena y de persuasión social que conduzca a la reforma.

Ciertamente es posible imaginarse un número de medidas que comuniquen una fuerte condena. Ya se ha mencionado una de ellas: el requisito que los perpetradores se enfrenten cara a cara con las víctimas de sus crímenes, si las víctimas están dispuestas a participar en una reunión tal.

Un segundo escenario podría contemplar la posibilidad de excluir a los delincuentes condenados de presentarse a cargos políticos por un período determinado. Aunque es cierto que un objetivo fundamental de las negociaciones de paz es convertir una organización militar en organización política, no se exige que todos aquellos juzgados como máximos responsables de crímenes graves tengan que volverse políticos, y seguramente no de inmediato. Un período de exclusión contribuiría a comunicar que aunque es posible que se evite la habitual sentencia de encarcelamiento prolongado, no resultaría aceptable que accedieran directamente a un cargo político.

Un tercer escenario podría requerir de importantes reparaciones para las víctimas, aunque queda por verse si los máximos responsables tienen activos individuales que valga la pena embargar. Si no es el caso, podría considerarse algún tipo de pago colectivo de reparaciones por parte de la organización, pero tendría que hacerse como un reconocimiento de los crímenes cometidos por la organización y no como una especie de gesto de buena voluntad.

Un cuarto escenario podría incluir servicio comunitario. Ciertamente podría sugerirse que, especialmente en el contexto de Colombia en el posconflicto, el objetivo de comunicación social y aceptación de valores sociales podría expresarse aún mejor a través de la implementación de órdenes de servicio comunitario que por medio de condenas de privación de libertad. La naturaleza exacta de tal servicio dependería de un número de factores logísticos, entre ellos la edad y el estado de salud de los delincuentes, además de consideraciones relacionadas con la seguridad.

La pregunta de en qué medida el encarcelamiento o el arresto domiciliario lograrían comunicar un grado suficiente de condena está abierta al debate. Las cartas de la Oficina del Fiscal de la CPI indican que la Corte cree que alguna forma de encarcelamiento sería esencial para satisfacer la exigencia de proporcionalidad. Puesto que no mencionan ni qué tan largo el encarcelamiento ni en qué circunstancias, no son especialmente esclarecedoras sobre el particular.

Podría pensarse que un paquete de medidas que incluyan los elementos mencionados se acercaría a una expresión significativa de condena social. Inevitablemente, se trata de una expresión transada de condena, pero tiene que entenderse en el contexto de una negociación de paz. La sociedad

estaría manifestando que está dispuesta a moderar la expresión de su condena para facilitar la reincorporación de las FARC a la sociedad y jugar un papel significativo en un futuro en paz.

Sobre la naturaleza del juicio

El juicio de los máximos responsables puede desarrollarse de diversas maneras. No es ni posible ni prudente enumerar o evaluar esas posibilidades aquí. Lo que debe quedar claro, sin embargo, es que la comunicación eficaz de valores y, ciertamente, el castigo que surja del juicio dependerán en gran parte de la eficacia del juicio mismo. Entre más la sociedad perciba las actuaciones judiciales como un medio legítimo para establecer y comunicar la responsabilidad de graves crímenes, mayor será la posibilidad de lograr exitosamente sus objetivos. Entre más se vean esas actuaciones como maniobras para subvertir la revelación de los crímenes y de sus responsables, más inútiles y contraproducentes resultarán.

Puede justificarse transar con la naturaleza de las penas, pero no hay justificación en transar con la virtud esencial del juicio: la denuncia social del mal, el daño causado a los valores sociales, y la exigencia pública de responsabilidades a los culpables.

Lejos de justificar cualquier transacción en cuanto a la naturaleza de los juicios, deben hacerse todos los esfuerzos posibles para garantizar publicidad y acceso a unas actuaciones judiciales serias y transparentes.

Conclusiones

El derecho internacional ofrece únicamente orientaciones vagas sobre los tipos de sentencias que pueden ser aceptables en materia de crímenes internacionales. El tema más importante parece ser que las sentencias deben buscar ser proporcionales a los crímenes cometidos, y no ilusorias. La práctica internacional no es especialmente pertinente en este caso. Para Colombia las indicaciones más importantes vienen de la Oficina del Fiscal de la CPI y de su aparente aceptación de un límite de ocho años en el marco de la Ley de Justicia y Paz. Desde luego, es posible que la Oficina del Fiscal baje ese límite todavía más. Como se mencionó anteriormente, otras experiencias nacionales carecen de utilidad como indicación de los tipos de disposiciones sobre penas que pudieran ser aceptables en el contexto colombiano. En últimas, son los colombianos quienes deberán decidir qué tipo de castigo les satisface.

Este estudio sostiene que una negociación de paz exitosa eliminaría eficazmente el contexto en que los miembros de las FARC cometieron sus crímenes. Por ende, los objetivos de política relativos al castigo de incapacitación y disuasión específica y general desaparecen. Adicionalmente, si las negociaciones conducen a concesiones importantes sobre las penas, la significancia del castigo como genuinamente retributivo se reduce también, si no desaparece por completo.

Los objetivos de política más coherentes que deben perseguirse en Colombia en materia de castigo penal con respecto a las FARC se describen mejor en términos de la expresión de la condena social, con la esperanza de que la persuasión conduzca a la reforma. Aunque estos objetivos pueden lograrse mediante penas de privación de libertad menores a las que se requerirían si el objetivo principal fuera la retribución, esto no quiere decir que se pueda o se deba evadir completamente un castigo significativo. Una exitosa aproximación de la condena, la persuasión y la reforma puede ser posible con una combinación de medidas. Si las penas son verdaderamente ilusorias y el proceso que conduce a ellas tampoco es convincente, no vale la pena intentarlo. Sería un insulto a la inteligencia de la sociedad y a la dignidad de las víctimas. Pero la decisión sobre qué es y qué no es ilusorio sólo puede tomarse si se entiende lo que se quiere lograr.

Es inevitable que hay que llegar a alguna forma de arreglo antes que los presuntos máximos responsables de las FARC se sometan a un proceso penal que pudiera conducir a su castigo. Sobre todo, la combinación de medidas punitivas debería buscar permitirles a los condenados demostrar

La cuadratura del círculo en Colombia: Los objetivos del castigo y la búsqueda de la paz

Agradecimientos

El ICTJ agradece el apoyo generoso de la Embajada de Suecia.



que sí entienden el daño causado por sus actividades criminales y que aceptan los valores compartidos por la sociedad colombiana como los expresa la ley. El castigo debe poder tomarse en serio como una condena de la violación de los valores fundamentales de la sociedad. Debe ser creativo y abarcar posibilidades de enfoques de justicia restaurativa, fondos de reparación, servicio comunitario y quizás algunos períodos limitados de exclusión política.

Es difícil imaginar cómo los valores sociales relevantes podrían reafirmarse, o cómo aquellos considerados máximos responsables de crímenes graves podrían rehabilitarse sin una cierta medida de encarcelamiento. Se podría argumentar también que la opción más eficaz para los altos mandos de las FARC sería aceptar tal proceso de buen grado más que a regañadientes, como cálculo político, pero no se pueden subestimar las complejidades de tal decisión.

Recomendaciones

Al determinar el castigo para los miembros de las FARC considerados máximos responsables de crímenes internacionales sistemáticos, el enfoque principal debe ser lograr el objetivo del castigo como un acto social de condena, persuasión y reforma. El cumplimiento de ciertas precondiciones contribuiría a establecer un contexto de buena fe a nivel organizacional. Estas incluyen:

1. El reconocimiento generalizado del daño causado como resultado de conductas prohibidas por el derecho internacional, y una contribución inicial y substancial de las FARC a un fondo de reparaciones, habida cuenta del daño causado.
2. La firme voluntad que los procesos judiciales contra los acusados de ser los máximos responsables sean públicos, transparentes y serios. Esto implica la participación de las víctimas para expresar su visión del impacto de los daños sufridos, y un cubrimiento mediático apropiado de los procesos.
3. La exigencia que los condenados den su consentimiento a enfrentarse con las víctimas en reuniones tras la sentencia para escuchar sus opiniones y discutir detalladamente el impacto de sus crímenes.