

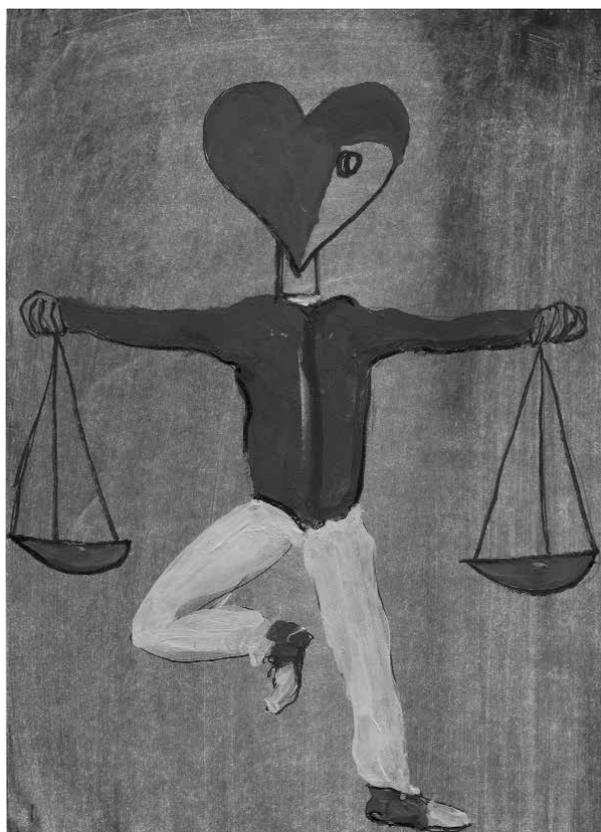
8

COLECCIÓN DE
INVESTIGACIONES
EN DERECHO

Conflicto armado, justicia y memoria

Tomo 2. Derecho y transiciones hacia la paz

Enán Arrieta Burgos (Compilador)



Autores:

Gloria María Gallego García, Enán Arrieta Burgos,
Nuria Beloso Martín, John Zuluaga Taborda

303.69

A775

Arrieta Burgos, Enán, compilador

Conflicto armado, justicia y memoria / Enán Arrieta Burgos, compilador --

Medellín: UPB, 2016. -- V. 1 Teoría crítica de la violencia y prácticas de memoria y resistencia -- V. 2 Derecho y transiciones hacia la paz -- V. 3 Narrativas de la memoria

3 volúmenes : 17 x 24 cm. -- (Colección de Investigaciones en Derecho, 7, 8, 9)

ISBN: 978-958-764-376-3

1. Conflicto armado - Colombia -- 2. Violencia - Colombia -- 3. Resiliencia --
4. Colombia - Aspectos sociales -- I. Título -- (Serie)

CO- MdUPB / spa / RDA

SCDD 21 / Cutter-Sanbon

© Gloria María Gallego García

© Enán Arrieta Burgos

© Nuria Belloso Martín

© John Zuluaga Taborda

© Editorial Universidad Pontificia Bolivariana

Vigilada Mineducación

Conflicto armado, justicia y memoria

ISBN: 978-958-764-376-3 (obra completa)

ISBN: 978-958-764-380-0 (versión en línea)

Tomo 2. Derecho y transiciones hacia la paz

ISBN: 978-958-764-378-7

Primera edición, 2016

Grupo de Investigación sobre Estudios Críticos

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Gran Canciller UPB y Arzobispo de Medellín: Mons. Ricardo Tobón Restrepo

Rector General: Pbro. Julio Jairo Ceballos Sepúlveda

Vicerrector Académico: Álvaro Gómez Fernández

Decano Escuela de Derecho y Ciencias Políticas: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Editora: Natalia Uribe Angarita

Coordinadora de Producción: Ana Milena Gómez Correa

Diagramación: Ana Mercedes Ruiz Mejía

Corrector de estilo: Enán Arrieta Burgos

Imagen portada: Enán Burgos Arango

Dirección editorial:

Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2016

E-mail: editorial@upb.edu.co

www.upb.edu.co

Telefax: (57)(4) 354 4565

A.A. 56006 - Medellín - Colombia

Radicado: 1488-03-08-16

Prohibida la reproducción total o parcial, en cualquier medio o para cualquier propósito, sin la autorización escrita de la Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

“Paz sin impunidad”
*¿Hágase justicia, aunque
perezca el mundo?*
“Peace without impunity”
*Let justice be done, though
the world perish?*

Gloria María Gallego García¹

(...) lo mínimo que se puede afirmar es que la paz siempre es urgente. Sin paz los asesinatos prosiguen sin cesar. Los que afirman que no puede haber paz sin justicia sencillamente se están engañando a sí mismos Rieff (2012, p. 71).

Este trabajo analiza el proceso de paz entre el Gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). Este proceso se concibe como un campo de lucha entre las fuerzas del futuro y las fuerzas del pasado. Está caracterizado por la tensión entre la búsqueda de la paz por medio del diálogo y la política, y la exigencia de castigar a todos los autores de los delitos cometidos con ocasión del conflicto bajo la consigna de que la pena es un fin en sí mismo, un asunto de todo o

¹ Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España). Profesora de Filosofía del derecho de la Universidad Eafit (Medellín, Colombia). Coordinadora del Grupo de investigación Justicia y Conflicto de la misma Universidad. Este capítulo es resultado del proyecto de investigación 513-000158, realizado en 2014 con el auspicio de la Universidad EAFIT y dentro del Grupo de investigación Justicia y Conflicto.

nada. Esta última exigencia antepone el pasado y el castigo a la solución negociada, pues plantea que la autoridad y la pena tienen prioridad sobre la consecución de la paz.

Una parte de las víctimas del conflicto armado (y sectores sociales y políticos solidarios con ellas) expresan fuertes sentimientos de odio, indignación o vindicta y reivindican que se persigan todos los delitos y se castigue con severidad a todos los autores y partícipes de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, castigo al que creen tener derecho: “ojo por ojo y diente por diente”, “que el que la hizo la pague”, “que se pudran en la cárcel”. Dichas reivindicaciones expresan la vetusta idea de la retribución penal y se elevan como una exigencia absoluta que debe satisfacerse sean cuales sean las consecuencias, lo que conlleva la oposición a un eventual acuerdo de paz entre el Gobierno colombiano y las FARC, acuerdo que incluiría mecanismos de lenidad en materia penal para los insurgentes y para los miembros de las fuerzas armadas estatales.

Este es, probablemente, el punto más difícil de los seis que constituyen la agenda de la negociación², ya que en las condiciones reales del conflicto armado colombiano, donde no hay ni un vencedor ni un vencido, se requiere, para hacer la paz, de la voluntad política de aquellos a quienes se quisiera castigar con toda dureza según los cánones del derecho penal nacional e internacional. Por ello, se requieren dispositivos de atenuación punitiva (amnistías –aunque sean condicionadas–, indultos, rebajas de pena, penas alternativas a la prisión, libertades condicionales) para obtener la voluntad de firmar y de cumplir el acuerdo de paz por parte de todos los actores del conflicto, tanto de los miembros de los grupos armados insurgentes, como de los miembros de las fuerzas armadas estatales, autores, unos y otros, de graves crímenes en contra de los derechos humanos y en contra del derecho internacional humanitario. Estos crímenes son sancionados con penas privativas de la libertad de larga duración.

He aquí el problema moral, político y jurídico que da lugar a la denominada *justicia transicional*, la vieja figura político-jurídica diseñada para aten-

² Al respecto puede verse el *Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* (Gobierno de Colombia y Farc, 2012).

der el pasado traumático, saldar cuentas con él y facilitar la transición de la guerra a la paz o de un régimen político a otro (de la dictadura a la democracia) en sociedades marcadas por hechos terribles y conscientes de la necesidad de profundas transformaciones. El adjetivo “transicional” con el que se acompaña a la palabra justicia indica que, en un período de cambio político y social hacia uno mejor, parece indispensable aplicar soluciones temporales en materia de justicia que permitan avanzar en el camino de la paz y proyectar un futuro de convivencia civil, procurando enmendar las injusticias y los crímenes cometidos por todas las partes del conflicto, sin que al saldar las cuentas con el pasado se ocluya el camino hacia la paz. En la situación de transición surge, invariablemente, la necesidad práctica de relativizar la respuesta penal del ordenamiento jurídico prevista como regla general frente a delitos sumamente graves, para así facilitar el paso de la guerra a la paz, de una situación injusta a una situación justa, con lo que “se plantea siempre hasta qué punto procede o no, conviene o no, es legítimo o no, retorcer el derecho y hasta vulnerarlo, en aras de los bienes futuros y para terminar con los males pasados” (García Amado, 2015, p. 115).

Es menester afrontar, desde la filosofía del derecho, el complejo problema de la lucha entre las fuerzas del pasado y las fuerzas del futuro en el proceso de paz. Ello implica, también, analizar la contraposición entre paz y justicia, leyes penales ordinarias y leyes penales de transición, intereses de las víctimas e intereses de los victimarios. Con este fin, pretendemos apoyarnos en toda una tradición de pensamiento que permita claridades ante el apasionamiento con que se afrontan los dilemas del proceso paz en la vida pública nacional, lo cual lleva a la polarización y la irresolución del problema. No se trata de una interpretación de la legislación penal vigente, nacional e internacional (que amerita un examen aparte), sino de una tarea, aún más previa, de fundamentación filosófica de las opciones prácticas que deberíamos acoger en una situación de transición en pro de la paz, haciendo justicia a las víctimas, sin hipotecar el futuro al pasado.

El trabajo comienza por el análisis de la brecha entre el pasado y el futuro que signa la existencia humana y, por tanto, el proceso de paz, un escenario de choque entre las fuerzas del futuro (la paz, la reconciliación) y las fuerzas del pasado (los odios, la exigencia de castigo riguroso). Posteriormente se muestra el ligamen entre memoria y justicia y cómo, cuando la reivindicación de la memoria es muy fuerte, se vuelve igualmente fuerte la

reivindicación de castigo, hecho que es ostensible en la actitud de un sector de víctimas del conflicto armado colombiano y partidos políticos que dicen representarlas y que elevan la consigna “Paz sin impunidad”, pronunciándose, frontalmente, en contra de los diálogos de paz y de los acuerdos relacionados con la concesión de beneficios penales que faciliten la desmovilización de los combatientes. Estas reivindicaciones punitivas se enmarcan en la antigua doctrina de la retribución penal, la cual es ensalzada en el discurso público para dar respuesta al pasado traumático dejado por la guerra.

A continuación se examinan, críticamente y desde una perspectiva filosófica, las reivindicaciones punitivas elevadas en el proceso de paz y que se encuentran inspiradas en la doctrina de la retribución. Esta doctrina, con su supuesta ley de la compensación, es meramente de papel, pues promete un imposible, cual es el castigo de todos los delitos. Reposa en presupuestos empíricamente falsos, da pábulo a la venganza y no atiende a las necesidades y carencias de las víctimas que, ante todo, necesitan reparación. Y hace caso omiso del pluralismo de valores existente en el mundo humano, se centra solo en la justicia y olvida valores tan urgentes y fundamentales como la paz: un valor y un derecho fundamental que debe tener prioridad sobre el castigo. El reino del pasado en el que todos los crímenes cometidos con ocasión del conflicto tienen que ser castigados resultaría nefasto al impedir la obtención del acuerdo de paz y al anclar al país en la perpetuación de la guerra. La absolutización del castigo (“Hágase justicia, aunque perezca el mundo”) frustraría el acuerdo de paz, lo cual es una forma de irresponsabilidad moral y política.

Proceso de paz: la brecha entre el pasado y el futuro

Entre las condiciones políticas para la coexistencia humana se tiende a concordar, desde la filosofía política, en que “la paz es el bien supremo de la comunidad política, la guerra civil es el peor de todos los males, y la permanencia es el mejor criterio para juzgar las formas de gobierno” (Arendt, 2005, p. 515). Alcanzar la paz es la tarea política principal y más urgente para las sociedades que han soportado la barbarie de la guerra. Esta tarea es una condición previa para realizar otros valores del dominio de lo político, tales como la justicia social, la libertad, la reciprocidad social, el desarrollo

y los derechos humanos, pues no es posible alcanzar un progreso social esencial, ni garantizar un orden jurídico-constitucional razonablemente operativo y justo, mientras no se consiga el final de la guerra, con su plaga de innumerables males.

Desde el año 2012, la apuesta del Gobierno del presidente Juan Manuel Santos, un amplio sector de la sociedad, la mayoría de partidos políticos y un nutrido grupo de víctimas ha sido por la solución negociada del largo conflicto armado entre el Estado y los grupos armados insurgentes, por la conciliación y la reconciliación. Todo ello en virtud de la toma de conciencia respecto del valor de la paz y la desgracia de la guerra. Así, se busca obtener el adiós a la confrontación armada, crear civilidad y reciprocidad social e integrar a todos los sectores del país a la participación política y al goce igualitario de los bienes sociales y los derechos humanos.

El diálogo, la política y el derecho devienen como los métodos más adecuados para alcanzar la paz, en vez de seguir avivando la llama de la guerra en pro de una ilusoria victoria militar del Estado sobre los grupos insurgentes de las FARC y el ELN. Esta ilusión ha prolongado indefinidamente la lucha armada y ha convertido la guerra en una experiencia fundamental de los colombianos, al punto de que son muy pocos y muy ancianos los que han conocido la paz en este país³.

La razón práctica indica que, si la meta es la paz, el medio para obtenerla no puede ser la guerra. Casi todas las personas dicen querer la paz, pero no basta con coincidir en este fin, es necesaria, también, la claridad en los medios conducentes hacia la paz. Estos medios deben ser ajenos a la violencia, porque el sentido de la violencia es la coacción y la muerte y, sus consecuencias, son más muerte, destrucción y odio. Solo se puede detener la violencia con no violencia, solo se puede conseguir la paz con métodos pacíficos.

El medio para buscar la paz debe ser el diálogo, la política. El diálogo afirma la posibilidad de entendimiento entre los seres humanos y abre un hori-

³ Una crítica de las posiciones militaristas que exigen la derrota definitiva de los grupos armados insurgentes puede verse un texto de mi autoría (Gallego García, 2015).

zonte de sentido y de comunicación que clausura el recurso a la violencia: decirlo todo por medio de palabras y de argumentos, y no con imposición, a través de la fuerza y la violencia; buscar fines colectivos, tomar decisiones públicas sin valerse de la violencia, aun con la dificultad real del acuerdo, pero descubriendo, sí, todo lo que ya se tiene en común y que nos permite avanzar hacia nuevos puntos de concordia.

La palabra, concebida no como mero trámite, sino como un cimiento constitutivo de la política y de la convivencia civil, significa, radicalmente, la exclusión de la violencia. Es en este sentido que Benjamin pensó la lengua como una órbita inaccesible a la violencia: “hay una esfera hasta tal punto no violenta de entendimiento humano que es por completo inaccesible a la violencia: la verdadera y propia esfera del «entenderse», la lengua” (Benjamin, 1970, p. 185).

El camino es la política, aquella actividad humana que se preocupa por el mundo, en cuanto es común a los hombres y que se diferencia del lugar poseído privadamente por el individuo. La política es el espacio, *en medio de*, que surge entre los que viven juntos y en plural, donde todo cobra existencia en virtud de la acción. La política se basa en el hecho de la pluralidad humana y tiene como condición, tanto la acción, como el discurso. Estas facultades la hacen posible y la constituyen. La política otorga palabra y se hace “por medio de palabras y de persuasión, y no con la fuerza y la violencia” (Arendt, 1993, p. 40).

La política confiere palabra y se realiza a través del discurso. El discurso se entiende como un medio de persuasión y conciliación entre individuos y grupos, y no solo como una mera forma de contestar, replicar y sopesar lo que se debate, ocurre y se hace. La política es la clave para el entenderse y para resolver conflictos de manera no violenta. A través de la confrontación de las opiniones diversas, que todos expresan, se establecen –mediante acuerdos, compromisos, regateos– la mejor forma de atender los asuntos públicos, los fines colectivos y los “diversos modos de la pluralidad humana y de las instituciones que les corresponden” (Arendt, 2001, p. 152).

La meta de los diálogos de paz de La Habana es alcanzar el acuerdo de paz a través de la política, que consistiría en el pacto entre el Gobierno colombiano y las FARC (posteriormente refrendando por los ciudadanos)

para poner fin a las hostilidades, desmovilizarse, dejar las armas y retornar a la vida civil, comprometiéndose a resolver las divergencias por métodos pacíficos y democráticos, dando lugar a nuevas formas de abordar los profundos conflictos sociales, económicos y políticos que dividen a Colombia.

La recuperación de la paz conlleva un largo camino de escollos y desconfianzas. El camino está expuesto al riesgo de rupturas y fracasos por la radicalidad de las posiciones enfrentadas, por la insensatez y la arrogancia de las partes en conflicto (en la mesa y fuera de ella). No siempre conocemos ni tenemos a la mano todos los elementos que permiten alcanzar la paz en una sociedad dividida y surcada por viejos odios. Hay fuerzas muy poderosas que se oponen a la solución política y que prefieren prolongar la lucha armada en procura de la victoria militar sobre los grupos insurgentes, exigiendo, además, el castigo más rudo para los guerrilleros. Nadie admite estar en contra de la paz, pero esta tiene muchos detractores.

Podríamos comprender mejor las vicisitudes de los diálogos de paz de La Habana viendo el presente como un campo donde el ideal de la paz queda sujeto al choque entre las fuerzas del pasado y las fuerzas del futuro. El desenlace dependerá de qué fuerzas imperan, si las fuerzas que propenden por un porvenir librado del lastre de la guerra, o las fuerzas del pasado que, llevadas por el rencor y la rabia ante los daños causados, exigen el más severo castigo. Arendt (2003), con su concepto del tiempo humano como una brecha situada entre el pasado y el futuro, nos brinda elementos teóricos para afrontar la complejidad de fuerzas que rondan la búsqueda de la solución negociada del conflicto armado colombiano.

Sostiene Arendt (2003) que el tiempo se mueve en línea recta: la eterna corriente que fluye incesantemente, el *continuum* temporal, una sucesión interminable de “ahoras”, donde una cosa sucede a otra sin cesar. Somos los seres humanos los que descomponemos esa línea recta en los tiempos gramaticales de pasado, presente y futuro. “Sólo porque el hombre está inserto en el tiempo y sólo en la medida en que se mantenga firme, se romperá en etapas el flujo indiferente de la temporalidad” (Arendt, 2003, p. 25).

La sensación del tiempo del hombre es la de vivir en un intermedio entre el pasado y el futuro que llamamos *presente*: “hay en el tiempo un interregno enteramente determinado por cosas que ya no existen y por cosas que aún

no existen” (Arendt, 2003, p. 23). El *ya-no* del pasado se transforma en algo que está detrás de nosotros, y el *todavía-no* del futuro es algo que se aproxima desde adelante (Arendt, 2002, p. 223). El ser humano se encuentra, en todo momento, entre el pasado y el futuro, y este intervalo se llama presente,

este ahora misterioso y huidizo, una simple brecha en el tiempo, hacia la que, sin embargo, se dirigen los tiempos verbales más sólidos, el pasado y el futuro, pues denotan lo que ya no *es* y lo que no *es* todavía. Su mismo *ser*, incluso, se lo deben al hombre, que se ha insertado entre ambos y ha establecido ahí su presencia (Arendt, 2002, p. 227).

En medio de la secuencia temporal, el presente constituye el punto de referencia fijo a partir del cual se orientan los seres humanos, mirando hacia atrás (lo que ya pasó) o hacia adelante (lo que vendrá). El sentido del tiempo en los procesos ocultos de la mente humana es el de dos fuerzas opuestas que chocan en el *ahora presente*. Aquí el tiempo aparece como partido por la mitad, es la brecha, la lucha constante, la definición de una postura entre el pasado y el futuro lo que le otorga existencia. La brecha es un elemento existencial: “el hombre dentro de la realidad total de su ser concreto, vive en esa brecha del tiempo situada entre el pasado y el futuro” (Arendt, 2003, p. 28). De este modo, Arendt (2003) afirma: “sospecho que la brecha no es un fenómeno moderno, que quizá ni siquiera es un dato histórico, sino algo coetáneo de la existencia del hombre sobre la tierra” (p. 28).

Las acciones que los seres humanos realizan, las empresas que promueven, tanto a nivel individual como a nivel colectivo, reflejan esa brecha del tiempo que constituye el presente y que se ubica entre el pasado y el futuro. Es en esta brecha en donde las fuerzas de uno y otro colisionan dando lugar a diversas combinaciones, alteraciones y resultados. Así, “El escenario es un campo de combate sobre el que las fuerzas del pasado y del futuro chocan una con otra” (p. 24). Enfocamos, pues, el proceso de paz como un campo de combate sobre el que las fuerzas del pasado y las fuerzas del futuro chocan unas con otras produciendo olas gigantes, grietas, tormentas o períodos de calma, apaciguamiento y bonanza.

Las partes del conflicto discuten los puntos convenidos de manera progresiva, bajo la atención de la opinión pública colombiana y de la comunidad

internacional. Frente al presente, el proceso de paz se plantea como superador de la guerra y se emprende en pos de un futuro mejor: ya no más la confrontación armada entre el Estado y los grupos armados insurgentes; no más vidas humanas segadas, no más devastación. Ya que no se pudo evitar la guerra y se frustraron tantas vidas humanas, que cese la guerra actual con sus innumerables calamidades; instaurar la paz es la clave para dar paso a un porvenir de convivencia civil y prosperidad.

Pero el presente sigue siendo la guerra, ya que el alto el fuego no es un punto de partida sino un punto de llegada del proceso de paz. Mientras se celebran los diálogos de paz en La Habana, las partes del conflicto han continuado las hostilidades en amplias zonas del territorio, prosiguiendo los combates y, también, los ataques directos contra la población civil y los bienes civiles, lo que plantea interferencias, desconfianzas mutuas y coyunturas de alta turbulencia. El anhelo de conseguir el “desescalamiento” progresivo del conflicto, de tal modo que se afiance el proceso, no siempre se traduce en claros resultados.

Aun con tantas dificultades, es muy fuerte la llamada del futuro, esto es, la aspiración a dejar la guerra atrás y a conquistar la paz por las vías del diálogo, las concesiones mutuas y la reconciliación política, con la consiguiente determinación de perseverar en las conversaciones y la esperanza de alcanzar, a mediano plazo, resultados parciales que consoliden el proceso hasta encauzarlo hacia la meta final.

Empero, también es muy fuerte la llamada desde el pasado, que interpela al presente en nombre de las víctimas y del horror dejado por décadas de guerra y que se convierte en imperativo de mantener viva la memoria de la barbarie, reparar a las víctimas y castigar a los perpetradores por todos los delitos cometidos. Esta llamada pretende imponerse por encima de cualquier consideración referida a la necesidad de conciliar valores para conseguir el acuerdo de paz y al margen de la generosidad necesaria, de parte de todos, para deponer los odios y alcanzar una coexistencia no letal.

¿Qué hacer con el pasado de horror que deja la guerra? ¿Qué respuesta hemos de darles a las víctimas ante los brutales daños que les infligieron los actores del conflicto (Estado, grupos insurgentes, grupos paramilitares)?

¿Qué hacer con aquellos que cometieron crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad⁴?

Las viejas maneras de terminar las guerras suponían la “condena de la memoria” (Elorza, 2001). Se intentaba borrar el pasado, no volver la vista sobre lo sucedido, para así impedir todo aquello que pudiera recordar la brutal confrontación y las atrocidades cometidas por los ejércitos, a fin de construir un nuevo orden “como quien escribe sobre una página en blanco” (p. 88). Ya fuera en un acuerdo o tras una victoria militar, se dictaba una amnistía general respecto de los delitos cometidos durante la guerra, sobre los cuales no se investigaría ni se harían recaer sanciones sobre sus autores. La amnistía era seguida del decreto de una especie de amnesia colectiva, un “aquí no ha pasado nada” que impedía la mirada atrás, tanto a las víctimas como a la sociedad, clausurando cualquier disposición orientada a obrar sobre los daños causados: ni sanción, ni reparación, ni memoria para cerrar, supuestamente, toda reminiscencia del derramamiento de sangre, evitar la revancha de los vencidos y adormecer los odios y resentimientos que alimentaron la guerra y de los cuales, eventualmente, pudiera surgir una nueva.

De la amnistía general y la amnesia colectiva se pasó a los tiempos del deber de memoria. Fue la respuesta dada desde la filosofía moral y la filosofía política a Auschwitz y al Holocausto: la memoria, el poder que tiene el espíritu para hacer presente lo que es irrevocablemente pasado, es la elaboración del pasado para “enfrentamos al horror mediante la fuerza de pensar hasta lo impensable” (Adorno, 2009, p. 500).

Hay un “cambio epocal en la valoración política del pasado” (Mate, 2011, p. 173); estamos en la “era de la memoria” (p. 210). Cuando una persona o un grupo ha vivido acontecimientos extraordinarios y/o padecido actos de barbarie, hay que impedir la destrucción del pasado antes que se materialice el deseo de los perpetradores de borrar los hechos o que el paso del tiempo y el vértigo de los acontecimientos arrojen lo sucedido a una escombrera en la cual actos, nombres y sufrimientos queden para siempre sepultados en el olvido e ignorados por las generaciones presentes y futuras.

⁴ Al respecto, puede verse el trabajo del Grupo de Memoria Histórica (2013).

La memoria niega a los perpetradores su triunfo. La memoria impide que los perpetradores queden amparados por un manto de mentira, oscuridad o ignorancia. La reconstrucción de los hechos es “un acto de oposición al poder” (Todorov, 2008, p. 19).

El vertiginoso ascenso de la memoria convierte en moralmente inaceptable y en políticamente ilegítima una terminación de la guerra basada en la más completa negación del pasado y en el desconocimiento de los sufrimientos de las víctimas. Toda política de transición de la guerra a la paz debe buscar la verdad, registrar la memoria de la barbarie y atender a las víctimas, ofreciéndoles, de entrada, un reconocimiento mínimo: que la sociedad admita las graves injusticias cometidas, los graves delitos perpetrados y que ofrezca verdad y reparación, algo esencial para la salud física y mental de las víctimas y para la integridad moral y política del colectivo.

“Paz sin impunidad”: víctimas del conflicto armado y reivindicaciones punitivas

Pero se ha idealizado la memoria, se la ha dotado de una connotación emocional y moral positiva y se la ha equiparado con la bondad y con la justicia, descuidando que la memoria es una facultad humana (como lo son la voluntad, la razón, la imaginación, el pensamiento, la conciencia moral). Al igual que todas las facultades humanas, la memoria es moralmente ambigua y puede usarse, también, para la maldad y la injusticia (calificativos que agregamos los seres humanos, únicos seres valorantes). La memoria es moralmente ambigua, y así como sirve para reconocer lo sucedido, honrar a las víctimas y trabajar por la superación del pasado y por la reconciliación; también sirve para la obstinación en el recuerdo, la alimentación de la rabia, el rencor y la revancha. Estos sentimientos nos atan al pasado, mantienen la violencia y no permiten superar ni las tragedias individuales ni las tragedias colectivas⁵.

⁵ Al respecto, puede verse el trabajo de Todorov (2008; 2009). Una crítica aún más radical se puede consultar en Rieff (2012).

Ejemplo de ello es que muchas personas esgrimen con reciedumbre los sufrimientos dejados por la guerra y su condición de víctimas de los grupos subversivos. Con ello buscan reclamar castigo a toda costa y pretenden oponerse a cualquier mecanismo de indulgencia en materia penal, elemento que parece indispensable para conseguir la voluntad de los insurgentes de firmar el acuerdo de paz y traerlos de vuelta a la vida civil, a la legalidad y a la esfera democrática. Las reivindicaciones punitivas se convierten en oposiciones a los diálogos de paz y dificultan la terminación del conflicto por medio de la política.

En tiempos del deber de memoria, el castigo a los autores de violaciones de los derechos humanos tiende a ser interpretado como un ejercicio de memoria y como un acto de justicia. Se trata de un tipo de justicia retributiva que es, precisamente, el otro nombre que recibe el castigo. Se busca resucitar el recuerdo de acontecimientos sucedidos hace mucho tiempo. Asimismo, a través de la carga simbólica de las acciones judiciales se pretende resaltar la diferencia entre víctimas y verdugos. El objetivo es que las sentencias condenatorias queden para la posteridad como un testimonio de lucha en contra de la impunidad y el olvido.

En tiempos de transición, pareciese que el castigo sigue el pulso de la memoria. De modo que, cuando se prefiere el olvido, la exigencia de justicia retributiva decrece; mientras que cuando la opción por la memoria es muy marcada, la exigencia de castigo aumenta y se convierte en justicia retributiva rediviva. El lenguaje de la condena y las demandas de dolores penales irrumpen en el discurso público. Ellos invocan los sentimientos de las víctimas para reclamar una respuesta penal draconiana basada en la retribución y el “merecimiento justo”. La respuesta punitiva aparece, entonces, como un objetivo político generalizado, obligatorio para las autoridades y las instituciones públicas, incluso por encima de cualquier otro objetivo social.

Actualmente, en nombre del deber de memoria y del reconocimiento a las víctimas se ha restablecido la justificación de la pena explícitamente retributiva, expresando, abiertamente, sentimientos punitivos y clamando por medidas penales draconianas. Estos llamados se justifican en un enojo colectivo y en una exigencia moral de retribución, independientemente de la finalidad y de los criterios de utilidad social que, de manera extraordinaria, ameritarían la intervención penal. En tiempos del deber de memoria, en

tiempos en se entiende que la celebración de procesos penales y la imposición de sentencias condenatorias constituyen acciones de memoria y de reconocimiento a las víctimas; queda abierto el camino para la absolutización de la exigencia de castigo, la cual impide la solución negociada del conflicto.

El estrecho ligamen entre memoria y retribución penal se observa en la actitud de un sector de víctimas de las FARC y el ELN, cuyo recuerdo permanente de la injusticia padecida, la rabia e indignación por el daño sufrido las movilizan a clamar *justicia* y esta equivale a castigo: es deber cobrar el daño a su autor, que el que cometió la ofensa padezca en carne propia el mismo dolor y el mismo daño que causó; piden la averiguación y procesamiento de todos los hechos delictivos y las más severas penas para todos los autores de las violaciones cometidas con ocasión del conflicto armado. Afirman que, en calidad de víctimas, tienen derecho a que los autores y partícipes de los delitos sean castigados, de modo que no es admisible ni un ápice de impunidad. Exigen la derrota militar de la guerrilla y la rendición incondicional de los insurgentes. Demandan que los insurgentes se sometan al poder soberano del Estado para reciban el más severo castigo. Su consigna es “Paz sin impunidad”: ni perdón, ni olvido. No aceptan amnistías (ni siquiera parciales y condicionadas), ni indultos. Tampoco admiten remisiones de pena. Reclaman el más rudo y duradero castigo para que se pague con dolor por el daño causado (retribución). Reclaman penas de prisión de larga duración, incluso, exigen la cadena perpetua prevista en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. De hecho, algunas víctimas lamentan que no esté vigente la pena de muerte. Estas víctimas son portadoras de una “memoria traumatizada”, “frecuentemente caracterizada por su incapacidad de olvidar y por un explicable y respetable pero a veces peligroso apasionamiento retribucionista” (Orozco, 2005, p. 294).

A partir de un capital acumulado de indignación, odio y rencor, este sector de las víctimas se manifiesta en oposición al proceso de paz y se moviliza en contra de las transacciones que pudieran hacer las partes del conflicto en medio de los diálogos de paz respecto de la cuestión penal. Este sector busca evitar la odiada impunidad:

Santos es un traidor porque habla con matones, con esos bandoleros que le hicieron eso a mi papá. Voy en contra de esos diálogos con la guerrilla

porque lo que soy yo a los guerrilleros jamás les voy a perdonar que extorsionaron por años a mi papá y lo fueron acorralando y arruinando y después vinieron y lo secuestraron y se lo llevaron a andar jornadas enteras por las trochas de media Antioquia. Ese secuestro nos hizo sufrir mucho, ya mi papá nunca volvió a ser el mismo. Yo no acepto negociaciones, ni los voy a perdonar. Esto se tiene que resolver a bala. Que los castiguen sin piedad, que paguen con cárcel por lo que hicieron. Ningún premio para esos criminales (Arturo, 2013)⁶.

Por su parte, el senador Álvaro Uribe, cuyo padre fue asesinado por las FARC, afirma: “narcofartmanuelistas deben pagar cárcel. Deben pagar delitos atroces. Entregar armas. Cese unilateral. Esto es voluntad” (Uribe, 2014). Ejemplo expresivo de esta férrea actitud punitivista es la convocatoria de una manifestación en contra del proceso de paz lanzada por el movimiento “Colombia quiere” con el respaldo del partido Centro Democrático y de su líder, el senador Álvaro Uribe. El sábado 13 de diciembre de 2014 se realizaron movilizaciones en once de las ciudades más importantes del país. El objetivo era rebatir los diálogos de paz entre el Gobierno colombiano y las FARC con el lema “Unidos somos más, paz sin impunidad”. La paz tiene que ser con justicia; el Gobierno no puede ser complaciente y acceder a todo lo que las FARC quieren, los culpables tienen que recibir su merecido⁷. En la manifestación en Medellín, el senador Uribe reclamó que no se sacrifique la justicia “por la oferta de impunidad al terrorismo, el maltrato a los soldados y policías de Colombia y el Gobierno derrochón” (El Colombiano, 2014). En las carteleras que portaban los manifestantes se leía: “Crímenes de lesa humanidad se pagan con cárcel”, “No se puede permitir que le entreguen el país al terrorismo” (El Espectador, 2014).

Las reivindicaciones punitivas de las víctimas confluyen con el espíritu retributivo que dio vida a la Corte Penal Internacional y con los fines que esta persigue. El imperativo es combatir la impunidad e imponer el castigo

⁶ Testimonio de Arturo, hijo de un secuestrado por las FARC. Recibido en Medellín el 16 de abril de 2013.

⁷ Al respecto, pueden verse las noticias en El Espectador (2014) y El Colombiano (2014).

vigoroso como única respuesta justa en contra de los violadores de los derechos humanos, según declara el Preámbulo del *Estatuto de Roma* (1998):

Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes.

El imperativo es castigar. El castigo es un acto de justicia y un deber de los Estados y de la comunidad internacional. La impunidad debe ser contrarrestada a toda costa, primero haciendo cada más eficaces los sistemas judiciales de los Estados y, cuando estos no pueden o no quieren intervenir en la persecución y la sanción de los crímenes, por medio de la Corte Penal Internacional. Ningún delito debe quedar impune.

Es así como se verifica una vuelta atrás del discurso penal de gran parte del siglo XX, tanto académico como oficial, para el cual la idea del fin era central en la justificación de la pena y del derecho penal, de modo que los sufrimientos penales no podían ser un tributo gratuito a la moral, la religión o al sentimiento de venganza. Los sufrimientos penales, si acaso podían justificarse, sería solo por la más estricta *necesidad*, solo como un precio necesario para impedir males mayores. Por tanto, no debían darse justificaciones apriorísticas e incondicionadas de la pena, sino que esta debía estar orientada *output* e incidir sobre la realidad social con fines de prevención, que miran no al pasado, sino al futuro. Se justificaría la pena por el fin, ya fuera para disuadir a potenciales delincuentes de cometer delitos en el futuro (prevención general negativa) o para reforzar la confianza en las instituciones, menoscabada por la percepción de las transgresiones al orden jurídico (prevención general positiva), ya fuera para resocializar al delincuente (prevención especial positiva) o para neutralizarlo (prevención especial negativa). Constituiría un anacronismo afirmar, *a priori*, el valor absoluto de la pena y volver al concepto de retribución, porque “*La justificación por las consecuencias deseadas es una parte de nuestra racionalidad*” (Hassemer, 1984, p. 351). La orientación a las consecuencias debería ser un

elemento indispensable en cualquier justificación de la pena, como parte del compromiso de buscar una solución de carácter social al conflicto interpersonal que está en la base del delito.

La doctrina de la retribución penal rediviva

Las demandas punitivas de las víctimas con inclinaciones a la vindicta, de los sectores sociales que las apoyan y el diseño mismo de la Corte Penal Internacional consagrado en el *Estatuto de Roma* representan, con especial vigor, la exigencia de mirar al pasado en medio del proceso de paz. Estas demandas expresan la idea más antigua y resistente sobre la pena, la mítica idea de la justa retribución.

De acuerdo con la justicia retributiva, el mal reclama el mal y el bien reclama el bien: el delito pide una pena equivalente, la buena acción el premio correspondiente, la violencia clama violencia. La pena, que se concibe como un fin en sí mismo, debe mirar al pasado. La pena es, entonces, reacción, retribución, compensación o castigo del delito cometido; es un acto de justicia por su valor axiológico intrínseco, esto es, es un deber ser metajurídico que encuentra en sí mismo su fundamento. Es justo devolver el mal con mal (venganza), con el sufrimiento del castigo se paga el delito (expiación) y la pena compensa la acción mala y el daño producido por el delito y vuelve las cosas a su equilibrio anterior (reequilibrio entre pena y delito).

Para la doctrina de la retribución “la legitimidad de la pena es apriorística, en el sentido de que no está condicionada por fines extrapunitivos” (Ferrajoli, 1995, p. 253). La pena solo mira al pasado, nunca al futuro. No es un medio para ningún fin, ni un coste necesitado de justificación, sino un fin en sí mismo, un imperativo moral y jurídico absoluto. De ahí que la impunidad sea considerada un mal, algo terrible como la enfermedad, el sufrimiento o la muerte.

La retribución se basa en una oscura y enraizada creencia, según la cual existe un nexo necesario entre culpa y castigo, de modo que todo el que comete un delito recibe su merecido (lo que en el lenguaje coloquial se

expresa en la frase “el que la hace, la paga”). Todo crimen recibe un castigo (*nullum crimen sine poena*) porque existe la ley de la compensación conforme con la cual lo que sembramos es lo que cosechamos: si obramos bien, recibimos un bien; si obramos mal, recibimos un mal. La idea de retribución aparece como uno de los elementos más antiguos en el desarrollo de la mente humana, puesto que no separa la naturaleza y el mundo de los asuntos humanos y presupone algún tipo de garantía suprahumana de orden y compensación de las acciones: el orden natural se perturba con el delito y hay que devolverlo a su cauce; hay una ley cósmica o divina que gobierna el mundo, por la cual, necesariamente, se premian las buenas acciones y se castigan las malas.

La idea de castigo como justa retribución del delito es una de las más arraigadas creencias del común de la gente, “permanece viva en la conciencia de los profanos con cierta naturalidad” (Roxin, 1997, p. 82) y tiene el rango de elemento cultural de tipo religioso. Puede leerse en la *Biblia* una apología de la retribución como idea fundamental de justicia. La justicia en respuesta al mal cometido y a la subjetividad malvada y culpable del autor se expresa en la venganza de la sangre y la ley del tali3n, segun la cual se devuelve lo mismo por lo mismo, con lo cual la pena debe igualar al delito y consistir en un mal de la misma naturaleza e intensidad: “El que derrame sangre de hombre, por el hombre su sangre ser3a derramada; porque a imagen de Dios es hecho el hombre” (G3nesis, 9:6). “Ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe” (3xodo, 21, 24:25)⁸.

Un sector importante de la filosof3a occidental, uno de cuyos representantes m3s eximios es Kant, concibe la pena como una retribuci3n moral justificada ante el valor moral de la ley penal transgredida por el culpable y del castigo que se le impone en respuesta: la pena “no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo, sea para la sociedad civil, sino que ha de imponerse s3lo porque ha delinquido” (Kant, 2002b, p. 165). “S3lo la ley del tali3n (*ius talionis*) puede ofrecer con certeza la cualidad y la cantidad del castigo” (p. 167), y el

⁸ Al respecto, tambi3n: Deuteronomio, 19:21; N3meros, 35:19; Romanos, 1: 18; Romanos, 12: 19.

que “ha cometido un asesinato tiene que morir. No hay ningún equivalente que satisfaga a la justicia” (p. 167). Añade Kant:

Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia (Kant, 2002b, pp. 168-169).

Esta apelación a la ley del talión se hace sentir en esa exigencia tan primaria que expresan muchas víctimas para que “los guerrilleros de las FARC y el ELN reciban su merecido”, “que se pudran en el cárcel”, “que paguen por lo que hicieron”. Estas son expresiones que sintetizan, en el sentido común, la idea de retribución penal.

El carácter absoluto de la doctrina de la retribución se hace sentir, no solo en la glorificación del castigo y en su carácter severo, sino, también, en la máxima igualmente absoluta: “*fiat iustitia, pereat mundus*”, que quiere decir “Hágase justicia, aunque perezca el mundo”. Esta máxima expresa la idea de aplicar justicia y castigar a los responsables hasta las últimas consecuencias, sean cuales sean las consecuencias. Es un adagio latino que probablemente se remonta a Fernando I (1503-1564), sucesor de Carlos V y emperador del Sacro Imperio desde 1558 hasta su muerte, quien vivió las guerras religiosas surgidas en la Reforma y quien enfrentó al Imperio Otomano procurando frenar su avance en Europa Central (Arendt, 2003, p. 348). El lema del emperador significa que siempre debe hacerse justicia, pase lo que pase, a cualquier precio, pues la justicia tiene prioridad frente a cualquier otro valor o interés y debe triunfar siempre.

Kant se ocupó de este adagio como componente fundamental de la doctrina de la justicia:

La ley penal es un imperativo categórico y ¡ay de aquél que se arrastra por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad para encontrar algo que le exonere del castigo, o incluso solamente de un grado del mismo, por la ventaja que promete, siguiendo la divisa farisaica «es mejor que *un* hombre

muera a que perezca todo el pueblo»! Porque si perece la justicia, carece ya de valor que vivan los hombres sobre la tierra (Kant, 2002b, pp. 166-167).

Y sostiene en otra obra:

La frase, algo rimbombante y que se ha hecho proverbial, pero que es verdadera, “fiat iustitia, pereat mundus”, puede traducirse al alemán así: “reine la justicia y húndanse todos los bribones que hay en el mundo”; es un valiente principio de derecho que ataja todos los caminos torcidos por la violencia o la insidia (Kant, 2002a, p. 94).

De modo que la justicia es un valor absoluto que tiene primacía sobre nuestra propia existencia individual y colectiva. Si la eliminación de una persona o la destrucción de un pueblo son imprescindibles para la consecución de la justicia, entonces que así sea, porque un mundo sin justicia no debería existir. Debe hacerse justicia siempre, pase lo que pase, pues la justicia tiene prioridad frente a cualquier otro valor o interés.

A continuación evaluaremos, desde una perspectiva filosófica, la doctrina de la retribución. Las críticas que elaboremos se dirigirán respecto de las acciones y discursos provenientes de parte de un sector de las víctimas y de parte de algunas instituciones nacionales e internacionales como la Corte Penal Internacional, bien sea que estas actúen desde el sentido común o de una manera teóricamente más consciente.

El castigo de todos los delitos: una exigencia fuera de la realidad

¿Es éticamente correcta la doctrina de la retribución? ¿Debería ser tomada por las autoridades públicas y por el ordenamiento jurídico como un fundamento para la respuesta a las infracciones cometidas? ¿En términos éticos y políticos, esta doctrina es aceptable para resolver los dilemas que se presentan entre paz y justicia en el marco de una transición como la que se busca en los Diálogos de La Habana? Para estos tres interrogantes, la respuesta debe ser negativa, tomando en cuenta los siguientes argumentos.

La retribución es una “una teoría arrogante” (Hassemer y Muñoz, 1989, p. 150), por cuanto afirma un absoluto: la pena es un imperativo categórico, irrenunciable, jerárquicamente superior a cualquier otra consideración moral, prevalente por sobre cualquier otro valor ético y jurídico (como la paz, la reconciliación, la libertad); no importan los efectos reales de la pena: siempre ha de imperar la justicia y siempre ha de ser castigado hasta el último de los delincuentes, aunque perezca el mundo.

Empero, el absoluto está fuera del alcance de estos seres frágiles, natales, mortales y falibles que somos los seres humanos, seres cuyo mundo es, por definición, relativo, contingente, mudable e imperfecto; tal es “la fragilidad de los asuntos humanos” (Arendt, 1993, p. 211), de las instituciones y leyes humanas y, en general, de todas las relaciones y materias que atañen a los hombres que viven juntos.

No es posible ni recomendable castigarlo todo. Quienes exigen el castigo de todos los delitos cometidos con ocasión del conflicto, quienes exigen que no haya impunidad parecen estar por *fuera de la realidad*: la experiencia nos muestra que en el mundo humano no hay un nexo necesario entre lo que hacemos y lo que padecemos, entre culpa y castigo, ni una ley de la compensación que retribuya justamente los actos e intenciones y por la que necesariamente los buenos actos sean premiados y los malos actos castigados. En lo que hacemos y padecemos, entre crimen y castigo, no existe una ley de la compensación que retribuya justa y necesariamente nuestros actos e intenciones o que conlleve a que los justos, honrados y laboriosos sean felices y prósperos; o a que los injustos, malvados y expoliadores sean infelices y desgraciados. A veces, los honrados y laboriosos son los más pobres y desdichados; mientras que los malvados, los que han cometido u ordenado la injusticia extrema, se hacen ricos y poderosos, viven cómodamente y prosperan. La felicidad de los malvados que triunfan y la infelicidad de los justos es uno de los hechos más perturbadores y difíciles de explicar.

No es verdad que “todo el que la hace la paga”; todos los delitos no son descubiertos, investigados y castigados. Existe el crimen perfecto. Ningún sistema judicial puede abarcar todos los casos delictivos, ni aprehender a todos los infractores, ni procesarlos por todas las infracciones cometidas. Hasta el más eficaz de los sistemas judiciales funciona bajo el presupuesto de la “cifra oscura” de la delincuencia, esto es, de la criminalidad real que

se produce, pero que no se puede conocer a causa de las limitaciones estructurales del sistema y que resulta más alta que la criminalidad registrada: no todo delito llega a conocimiento de las autoridades, no todo delito cometido es descubierto, no todo delito cometido es perseguido, no todo delito perseguido es registrado; no todo delito registrado es investigado por la policía; no todo delito averiguado es denunciado; la denuncia no siempre termina en proceso; el proceso no siempre termina con una condena (Hassemer, 1984, pp. 74-81; Hassemer y Muñoz, 1989, pp. 46-49). Hay un amplio desfase entre la delincuencia real y la delincuencia conocida. Este desfase hace de la teoría de la retribución una teoría “puramente de papel” (Hassemer y Muñoz, 1989, p. 150).

La cifra oscura de la delincuencia adquiere dimensiones gigantescas en un país azotado por una guerra prolongada y con un Estado fragmentario y precario. El Estado colombiano es ausente en vastas regiones del territorio nacional (o tiene una presencia muy débil). En estas zonas los grupos armados insurgentes han forjado, durante décadas, territorialidades contra-estatales, definiendo el orden y el control sobre un territorio y sobre una población⁹. Estas territorialidades contra-estatales quedaron parcial o totalmente sustraídas al poder del Estado. Los agentes representantes de la legalidad (fiscales, inspectores de policía, policías) no pueden llegar hasta allí con una orden de captura y aprehender a los guerrilleros para llevarlos ante las autoridades judiciales. Asimismo, los jueces que tienen competencia para juzgar y sancionar a los presuntos autores de los delitos allí cometidos son “jueces sin Estado” (García Villegas, 2008), pues no tienen a su servicio una fuerza pública con capacidad de ejercer la coacción a fin de esclarecer los delitos y hacer cumplir las sentencias.

El giro civil de la contienda dejó, en el período más crítico (1995-2004), millones de víctimas de delitos como homicidio, desplazamiento forzado, desaparición forzada, tortura, reclutamiento forzado, violencia sexual contra las mujeres, entre otros. Muchos de estos hechos no van a poder ser ni averiguados ni esclarecidos por el sistema judicial. Ante las limitaciones estructurales del Estado colombiano y de su poco operante sistema judicial, es inevitable una elevadísima cifra oscura con relación a los delitos come-

⁹ Al respecto, puede verse el trabajo de María Teresa Uribe (1998, pp. 20-21).

tidos en medio de la guerra. Por consiguiente, la demanda de retribución de todos los delitos es irrealizable. La impunidad es un hecho insuprimible.

Retribución y creencias mágicas.

El énfasis en la justicia reparadora

La doctrina de la retribución reposa en antiguas creencias mágico-religiosas. Según estas, la pena restaura el orden natural alterado, el delito es purificado a través del castigo y un acto posterior puede borrar el daño causado por el acto anterior. No obstante, lo que muestran la experiencia y el pensar claro (sin superstición y sin magia) es que el mal que se irroga como pena no borra el mal anterior, el sufrimiento del condenado no compensa el delito, ni el equilibrio perdido se reinstaura a través del castigo.

Dada la irreversibilidad de la acción y de los procesos temporales, lo que es pasado lo es necesariamente, no puede ser de otra forma de como es. No hay manera de revertir los efectos dañinos del hecho cometido, el cual no puede ser reparado, ni compensado con el castigo. Ningún muerto vuelve a la vida porque su asesino sea castigado; hay dos males ahora: quien es castigado con pena de muerte se suma a quien es asesinado en la comisión de un delito; el encierro carcelario se suma al delito de homicidio, secuestro, lesiones, etc. Los filósofos griegos vieron esto muy pronto: castigar por la injusticia pasada “no deshacería lo hecho” (Platón, 2005, 324b, p. 61).

No hay un reequilibrio entre pena y delito. La suma de un mal con otro mal no puede dar como resultado un bien, sino dos males. La doctrina de la retribución trata de hacernos ver, como inherentemente justo, que al mal que provoca una persona se le responda con otro mal comparable, puesto que de ahí brota un bien. Pero esto es contrario a la experiencia. Solo la superstición mágica o la ilusión metafísica podrían hacernos creer en la retribución del delito a través de la pena, en la compensación del daño a través del dolor penal y en la anulación del mal cometido (delito) con otro mal en respuesta (pena). Tal doctrina no puede servir de fundamento racional a la justificación de la pena y del derecho penal (Kelsen, 1945, pp. 81-90; Ferrajoli, 1995, pp. 253-258).

Si los hechos no se pueden deshacer, el castigo opera en otro plano, en el de las emociones. La retribución es deseo de venganza: ver sufrir a quien nos hizo un mal o se lo hizo a otro, el placer de imaginar el dolor del reo como respuesta para acallar el dolor o la rabia provocadas por el delito y “la venganza pone fin a la ira produciendo un placer que sustituye al dolor” (Aristóteles, 2002, p. 64). La retribución, pues, está asociada a aspectos problemáticos de nuestra humanidad. Pocos horizontes de libertad, prosperidad, concordia y felicidad aguardan a los hombres y a las sociedades, si la justicia se equipara a retribución y venganza, a devolver lo mismo por lo mismo.

La venganza, esa “pasión culpable y feroz” (Carrara, s.f., § 588, p. 40), no debe constituir el fundamento de la respuesta frente a la desviación, por más que sea una pasión que experimentan algunas víctimas llevadas por la ira, el odio o la indignación ante la injusticia cometida en su contra.

La doctrina de la retribución no tiene en cuenta a las personas en su singularidad. Ella presume que todas las víctimas tienen las mismas reacciones, las mismas expectativas y necesidades; y que el delincuente tiene que ser castigado para que la víctima sea compensada. Sin embargo, no todas las víctimas se dejan llevar por el deseo de venganza, no todas tienen marcadas pasiones punitivas, ni tienen los mismos intereses y las mismas necesidades. Hay víctimas que simplemente quieren un cara a cara para que el autor les explique por qué actuó como actuó, les dé una reparación material y moral y se comprometa a no volver a realizar actos semejantes; víctimas que tienen poco interés en sostener la acusación, que no claman castigo, retribución y venganza.

Es muy llamativo que a tantos siglos de civilización siga reinando la antigua idea de la retribución penal y que el castigo (cárcel, humillación, aflicción física y psíquica) siga siendo, prácticamente, el único mecanismo con el que las sociedades responden a los delitos y a los abusos y que, además, supongamos que con eso ya están atendidas las víctimas.

En la justicia retributiva y en el sistema penal que la encarna, las víctimas no tienen ningún lugar ni pueden tenerlo, porque lo único que cuenta es castigar al inculpaado, devolver mal por mal y someterlo a mortificación y a pérdidas radicales (de la libertad, la intimidad, la indemnidad física,

el trabajo, etc.). El castigo tiene una brutalidad intrínseca. Cada vez que una sociedad castiga está combatiendo el mal con el mal. Ello revela su incapacidad de sustraerse al mal o de trascenderlo. Esto demuestra nuestra incapacidad, como sociedad, de atender genuinamente los problemas y las necesidades de las víctimas.

El castigo no repara el daño causado, ni puede procurar a las víctimas la resolución de sus necesidades y dificultades. Ante todo, lo que necesitan las víctimas es encontrar a alguien que las escuche, que atienda sus expectativas y necesidades y que las trate con simpatía. Las víctimas necesitan ser acompañadas en su angustia. Exigen ser atendidas de un modo que puedan seguir adelante, obtener reparación, encontrar un alivio a su sufrimiento, volver a tener algo de paz y tranquilidad y que les sea devuelta su dignidad. Pensar verdaderamente en las víctimas supone un cambio de paradigma. En este sentido, la justicia reparadora debería ser central y el castigo algo mínimo y secundario, ya que solo podría justificarse de manera muy precaria y por razones relacionadas con la prevención de los delitos futuros y de las venganzas privadas.

Las legítimas aspiraciones de las víctimas en pos del reconocimiento de las violaciones cometidas en su contra pueden ser satisfechas, tanto en tiempos de paz, como en tiempos de transición, prevalentemente por medios distintos al castigo, como los medios de la justicia reparadora. Esta justicia insiste en la responsabilidad por los actos, no en la irrogación del dolor ni en la aflicción del condenado. Propende por el reconocimiento moral y social de las víctimas. Procura atenderlas y trata de resarcirlas con reparaciones materiales y simbólicas, que no podrán deshacer lo hecho, pero que, en comparación al castigo, podrán compensar de una manera más adecuada los daños y las pérdidas sufridas.

Así como en todos los tiempos, en una transición de la guerra a la paz lo prioritario debería ser atender a las víctimas, acompañarlas en su sufrimiento y reparar, en cuanto sea posible, los daños padecidos. Con esta finalidad, el castigo no resulta ser el mecanismo más adecuado, por cuanto la sanción y los procesos penales se dirigen en contra de los perpetradores de las violaciones de los derechos humanos. Los procesos penales están diseñados para irrogarle dolor al victimario, para limitarle o privarle de sus derechos, marginando, ignorando y alienando a las víctimas. Los proce-

Los judiciales “están pensados primordialmente en contra de los autores de las violaciones, más que para responder a las necesidades de las víctimas” (Mani, 2011, pp. 172-173).

La justicia reparadora se orienta hacia a las víctimas, antes que a darles su merecido a los victimarios, ya que en ella opera “la sustitución del vínculo entre justicia y castigo por el de justicia y reparación de las víctimas” (Mate, 2011, p. 209). Su objetivo es reconocer social y políticamente a las víctimas, atender sus expectativas y necesidades, dando una respuesta integral a los daños que les fueron irrogados con la violación de sus derechos. El propósito es afrontar el pasado traumático en procura de rectificar los daños y resarcir a las víctimas, condición indispensable para superar el pasado y alcanzar la concordia. La justicia reparadora debería tener prioridad sobre la pena y no se la debería seguir viendo como un lastimoso sucedáneo que se aplicaría para dar un último consuelo a las víctimas merced a que todos los perpetradores no pudieron ser descubiertos y castigados.

Esta justicia tiene dos dimensiones, una material y otra simbólica. Las medidas reparadoras de carácter material abarcan bienes y recursos materiales para compensar, tanto como sea posible, la injusticia y el daño irrogado a las víctimas. Entre estas medidas se cuentan: a) la *restitución*, que busca restablecer el *statu quo ante* de la víctima, que incluye el restablecimiento de derechos tales como la libertad, el trabajo, la ciudadanía y la devolución de propiedades (viviendas, tierras) expoliadas con ocasión del conflicto; b) la *compensación*, que consiste en entregar a la víctima una suma de dinero estimada como equivalente a cualquier daño cuantificable, incluyendo perjuicios económicos, psíquicos y morales; c) la *rehabilitación*, que contempla un amplio abanico de medidas orientadas a recuperar a la víctima a nivel personal y social para que puedan tener un futuro y una vida mejor, como la atención psicológica y social necesarias para superar el trauma, seguros médicos, becas a favor de los hijos que han quedado huérfanos, capacitación técnica y profesional, asignación de viviendas.

Como el dolor de las víctimas pertenece al orden de aquello que no tiene precio, ninguna reparación se puede ceñir a reparaciones de carácter material, sino que tiene que trascender a un plano simbólico. Ello es indispensable para mostrar respeto por las víctimas, dar significado a lo sucedido y reconocer el sufrimiento como experiencia individual y colectiva. Son

indispensables medidas como las cartas personales de disculpas dirigidas a las víctimas por los autores o inductores de los hechos, el establecimiento de la verdad, la completa revelación pública de la verdad, la búsqueda, identificación y entrega de los restos de las personas desaparecidas y muertas y su adecuada sepultura.

Cuando las atrocidades y los abusos han sido masivos, el valor de la justicia reclama mucho más que el intento de reparar los daños particulares sufridos por individuos particulares. Por esta razón, son indispensables medidas de mayor alcance y vigor, medidas que den testimonio de lo ocurrido ante toda la sociedad y que se dirijan al establecimiento de la verdad y a mantener viva la memoria de una manera perdurable. Aparecen, entonces, las *medidas simbólicas colectivas*, tales como el acceso público a expedientes policiales, los reportajes periodísticos, la publicación de libros de memorias de las víctimas, los actos oficiales de reconocimiento de la barbarie cometida y de desagravio a las víctimas, la creación de museos de la memoria de las víctimas y de la denuncia perenne de los mecanismos del horror, los monumentos e inscripciones públicas en memoria de las víctimas de la barbarie, el cambio de nombres de calles y de lugares públicos para dejar de conmemorar a líderes políticos causantes de la violencia¹⁰.

Ante la injusticia cometida por las partes del conflicto, la reparación es un propósito sumamente importante, aunque modesto, ya que los daños padecidos se pueden recomponer en una medida aproximada, pero no todos se pueden revertir, borrar o transformar. Hay daños que se pueden indemnizar, bienes materiales que se pueden restituir. Asimismo, es posible afrontar el trauma y procurar que la reparación le devuelva a las víctimas su dignidad y su estatus de ciudadanos activos. Sin embargo, hay daños que, en puridad, son irreparables, como el asesinato de un ser querido o la huella perdida que deja para siempre un desaparecido. La justicia reparadora arregla mucho más, subsana mucho más en comparación con la supuesta reparación que daría el castigo, pero hay un punto crítico más allá del cual queda lo irreversible, lo irreparable.

¹⁰ Al respecto, puede verse el trabajo de De Greiff (2012, pp. 204-241).

La justicia reparadora es una vía intermedia en respuesta al horror. En la misma medida en que se aleja de la venganza, no implica una exigencia de perdón. A las víctimas no se les debe exigir que perdonen a su victimario a cambio de una reparación. Hacerlo implicaría dejarlas en la situación, moralmente incorrecta, de comerciar con su conciencia. El perdón al autor de un acto infame es admirable, pero a nadie se le puede pedir ni exigir que perdone a otro.

En suma, en la construcción de la paz debería ser prioritaria la justicia reparadora. En este sentido, el castigo debe ser atenuado para abrir el camino a dispositivos que permitan el pacto de paz y la sustitución de la lucha armada por la controversia pública, el debate político y la conciliación democrática.

La ceguera al pluralismo de los valores.

La prioridad de la paz

Al afirmar, *a priori*, el valor absoluto de la pena, la doctrina de la retribución se desentiende de cualquier otro fin social. Esta doctrina olvida que en el mundo humano existen muchos valores, iguales o más importantes que la justicia. El único valor moral en la vida de los seres humanos vendría a ser la justicia (retributiva) con su imperativo absoluto de castigar todos los delitos y a todos los delincuentes, pero esto es insostenible: en el mundo humano no existe un único valor, sino una pluralidad de valores que aparecen reflejados en el lenguaje moral (honestidad, justicia social, libertad, felicidad, paz, igualdad, solidaridad, civilidad, reciprocidad social, pluralismo, etc.) y que los seres humanos se empeñan en alcanzar, casi siempre con resultados incompletos e imperfectos.

La justicia no es el único valor; la paz es un valor fundamental del dominio de lo político, en comparación con su opuesto, la guerra, que es un asesinato en masa, la mayor desgracia para la sociedad y para la cultura. ¿En una transición social y política como la que atraviesa la sociedad colombiana, cómo deberíamos relacionar paz y justicia para resolver los dilemas que se presentan entre estas? Postulamos que es necesario reconocer el pluralismo

de valores, conciliar, hasta donde sea posible, valores contradictorios, dando prioridad a la paz.

Como enseñó Berlin, el creer que todos los valores tienen que ser compatibles y envolverse recíprocamente de algún modo sistemático es, quizá, “una de las creencias menos plausibles de las que han sostenido pensadores profundos e influyentes” (Berlin, 1992, p. 318). Algunos valores son compatibles entre sí, mientras que otros no lo son, y hay que limitarlos, elegir, aceptar pérdidas o realizaciones parciales. No se trata de algo accidental: “Estas colisiones de valores son de la esencia de lo que son y de lo que somos” (Berlin, 2002, p. 55). La necesidad de elegir entre distintas pretensiones absolutas, no compatibles entre sí, es una constante de la vida humana:

La noción del todo perfecto, la solución final, en la que todas las cosas coexisten, no sólo me parece inalcanzable (eso es una perogrullada) sino conceptualmente ininteligible; no sé qué se entiende por una armonía de este género. Algunos de los Grandes Bienes no pueden vivir juntos. Es una verdad conceptual. Estamos condenados a elegir, y cada elección puede entrañar una pérdida irreparable (Berlin, 2002, p. 54).

Los valores frecuentemente entran en conflicto y hay que intentar que encajen. Por ejemplo, la libertad perfecta no es compatible con la igualdad perfecta, porque la realización de la igualdad requiere una limitación de la libertad en algunos aspectos. La guerra debe concluir mediante un acuerdo. Para librar a los seres humanos y a la sociedad del peor de todos los males, para llegar a un acuerdo que ponga fin a la guerra se requiere combinar hábilmente valores como paz y justicia, indulgencia y responsabilidad, aceptando pérdidas y ganancias parciales. Esta conciliación tiene un fundamento moral y forma parte del arte de la política y de la dosis de generosidad que una sociedad debe ofrecer en aras de algo muy grande: el adiós a la lucha a muerte, la reconciliación política.

La paz es la *res publica* por antonomasia, la resolución del problema de la guerra es el gran asunto social y político que interesa a toda la sociedad y que compromete a todas las instituciones públicas que tienen que obrar para garantizar a todos el derecho fundamental a la paz (artículo 22 de la Constitución Política de Colombia). El asunto de la paz trasciende los sentimientos, las pasiones y las posiciones de algunas víctimas que pretenden

torpedear el proceso de paz mediante exigencias punitivas basadas en una doctrina absoluta de la pena, la cual es rebatible a la luz de la filosofía y cuya aplicación tornaría inviable el acuerdo de paz.

La doctrina de la retribución es ciega al pluralismo de valores presente en el mundo humano y a la necesidad práctica de conciliar o elegir entre valores incompatibles. Si absolutizamos la justicia, si el imperativo es castigar siempre, ¿dónde quedarían otros valores, iguales o más importantes, que deben tener cabida en el mundo social, tales como la vida, la paz, la reconciliación, la libertad o la equidad? Solo una teoría moral, ética y jurídica que se base en el pluralismo de los valores existente en el mundo humano y que sea escéptica con la pena y la relativice es apta para intentar dar una respuesta medianamente adecuada a este hondo interrogante.

Postulamos la tesis de filosofía política de la prioridad de la paz por sobre la necesidad de pena. Esto significa que no existe un argumento moral que justifique el castigo a ultranza (como lo pretenden los partidarios de la retribución), ni tampoco el rechazo absoluto del castigo (como era la usanza en las viejas formas de terminar las guerras). Para afrontar el pasado traumático es necesario transitar una senda intermedia que facilite la paz y mantenga la moderación en materia penal. Se puede (y se debe) ceder en materia de castigo, no así en materia de reparaciones, verdad y memoria.

No parece posible descartar la sanción a los autores y partícipes de graves violaciones de los derechos humanos. Tampoco parece viable desatender el marco sancionatorio previsto en el derecho penal nacional e internacional para las transgresiones más graves. No sería factible ignorar las demandas de pena que formulan sectores de la sociedad colombiana respecto de los infractores, sectores que, de otro modo, no aceptarían el acuerdo de paz. Tampoco la comunidad internacional lo consideraría aceptable, pues está presta a reclamar las obligaciones de derecho internacional del Estado colombiano, entre las cuales se encuentra la de perseguir y sancionar a los infractores del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, obligación prevista en tratados y convenios en los que el Estado colombiano es signatario.

Puede admitirse que una dosis mínima de castigo será necesaria. En este sentido, el castigo no sería un valor o fin en sí mismo, sino un medio para

alcanzar fines referidos al futuro y que tienen que ver con razones de prevención. Aunque solo unos pocos casos pudieran ser procesados, los tribunales ayudan a crear registros oficiales de la violencia, de sus autores y partícipes; ayudan al reconocimiento público de la violencia y de la injusticia cometida en contra de personas inocentes; coadyuvan a que no se difuminen las responsabilidades de tal manera que se haga responsables de las atrocidades a individuos, y no a comunidades enteras o a grupos políticos en su conjunto; y esta dosis mínima de castigo serviría a la prevención de hechos similares por la vía de la disuasión a los potenciales autores de hechos semejantes en el futuro (prevención general negativa).

Además, alguna respuesta penal es necesaria frente a los delitos más graves. Con ello se buscaría evitar la venganza privada de parte de las víctimas más invadidas por el resentimiento o de parte de grupos que se arrojan su vocería para cobrar retaliaciones. La sanción a los autores y partícipes de los delitos más graves (crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad) simboliza el predominio del derecho como respuesta a la violencia y la barbarie, en lugar de venganzas privadas y ajustes de cuentas de parte de algunas víctimas que pudieran sentirse doblemente dañadas: por la violación cometida en su contra por los miembros de alguna de las partes del conflicto y por la falta de respuesta institucional a dicha violación.

Debe haber equidad en la demanda de responsabilidad penal a los miembros de todas las partes del conflicto. Así, tanto los miembros de las fuerzas armadas del Estado como los miembros de los grupos armados insurgentes deben responder por las graves infracciones cometidas. Esta condición es indispensable para superar el imperio de las armas del pasado y para evitar que la justicia devenga en una justicia de vencedores, basada en el odio o los prejuicios referidos a una sola de las partes del conflicto.

Ahora bien, la pena es un mal que, aunque pueda justificarse como necesario para evitar males mayores, no se encuentra, en términos de valor moral, en el mismo orden que la paz, que es el bien social por excelencia, inestimable para la convivencia civil y la realización de los derechos humanos, el cual debe tener el mayor peso en las decisiones de transición. Hay que mirar al futuro, y el futuro es la paz y la reconciliación. Para alcanzar la paz y la reconciliación es inevitable la relativización de la cuestión penal, cierta

dosis de indulgencia y de olvido, pues la guerra ha de llegar a su fin, la vida ha de continuar.

Estamos ante la perspectiva de una paz negociada entre viejos adversarios. En este escenario son procedentes concesiones mutuas y la conciliación entre valores y fines contradictorios, todo sea por poner fin a la pesadilla de la larga contienda armada. Para alcanzar la paz es necesario contemporizar, hacer mutuas concesiones y relativizar la cuestión penal.

Si la libertad de los seres humanos y la protección de sus derechos más vitales tiene valor, si lo que se busca es la paz y la reconciliación en el interior de una sociedad dividida y enfrentada, resulta indispensable moderar el castigo penal en pro de una solución comprometida con el futuro de paz y la respuesta al pasado traumático. Esta respuesta no estaría meramente basada en la sanción penal, sino que enfatizaría en la memoria y en la reparación. Porque el hecho fundamental es que para conseguir la paz se necesita la voluntad de aquellos a quienes se quisiera castigar con rigor y que tienen poder económico y militar, y sin cuyo concurso no habría ni acuerdo, ni paz.

Tomando en cuenta la racionalidad estratégica –que se basa en el autointerés de los individuos en términos de placer, comodidad y utilidad, ponderando costos, beneficios y mejores consecuencias– es razonable suponer que los mandos de los grupos insurgentes difícilmente llegarían a un acuerdo de paz con el Estado si se tienen que someter a un castigo rudo y prolongado que, además, les impida participar en la vida política desde la legalidad. La opción podría ser continuar con la actividad militar.

La pena, cualquiera que sea su justificación, es siempre una consecuencia desagradable, un mal, puesto que consiste, por naturaleza, en la irrogación deliberada de dolor, aflicción y la restricción o pérdida de bienes fundamentales. Por consiguiente, un interés fundamental de los miembros de los grupos armados es no quedar sujetos a un castigo severo, volver a la legalidad para disfrutar de la libertad y defender su proyecto político en la esfera pública nacional. Difícilmente el autointerés conduciría a los insurgentes a prestar su consentimiento para el cese de la guerra, a menos que en las cláusulas del acuerdo se pacten mecanismos que relativicen la cuestión penal y den algunos beneficios para la vuelta a la legalidad.

Este tema es tan importante que, a la hora de la verdad, más allá de las rimbombantes declaraciones de los grupos armados insurgentes sobre sus fines revolucionarios, sobre las raíces del conflicto y las necesarias transformaciones económicas, políticas y sociales; lo que más les preocupa a mandos, combatientes y negociadores es saber qué va a pasar con ellos, qué les aguarda una vez se desmovilicen. Las órdenes de captura, los procesos penales y las condenas devienen en un gran asunto, el punto último a considerar para aceptar o rechazar el acuerdo de paz con el Gobierno.

El acuerdo de paz se tornaría de imposible consecución si, como contrapartida, se blande la bandera de la retribución con su obstinación en averiguar y sancionar todos los delitos. La perspectiva de un castigo draconiano deja abierta la puerta a la comisión de nuevos delitos y a la producción de nuevas víctimas.

¿Hágase justicia, aunque perezca el mundo?

No oímos a las víctimas usar explícitamente el adagio *“fiat iustitia, pereat mundus”*. Sin embargo, este está implícito en la exigencia de: “paz sin impunidad”. De acuerdo con esta exigencia, hay que perseguir todos los delitos y castigar a todos los delincuentes, siempre, como un imperativo de justicia que tiene que cumplirse a toda costa, incluso si ello hace imposible el acuerdo de paz.

Se está imponiendo una condición que haría imposible la obtención del acuerdo de paz, por cuanto la experiencia indica que ningún grupo insurgente pacta la terminación de una guerra, donde no hubo vencedores ni vencidos, para resignarse a pagar largas y severas penas de prisión. Por esta razón, entre los puntos de la negociación siempre aparece el tema de la amnistía o, por lo menos, el asunto de los dispositivos de atenuación en materia penal. Todo ello implica que un precio por la paz sería amnistiar a quienes hayan cometido delitos políticos (rebelión, sedición, asonada) y atenuar considerablemente la duración de las penas privativas de la libertad respecto de quienes hayan cometido crímenes de guerra y de lesa humanidad e, incluso, “aceptar la demanda de la insurgencia de no pagar cárcel por la dejación de las armas” (Cortés, 2013, p. 191). En este sentido,

como fórmulas de justicia transicional y bajo condiciones muy estrictas, sería posible otorgar penas alternativas a la prisión, indultos condicionados y amnistías condicionadas. Los estándares internacionales exigen que no haya total impunidad, que haya sanción para los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, pero “su normativa no exige la aplicación efectiva de las penas legales totales, algo que tampoco se puede derivar del principio de culpabilidad” (Fernández Carrasquilla, 2014, p. 169).

A la relativización de la cuestión penal se niega radicalmente este sector que enfatiza que el Gobierno tiene que garantizar los derechos de las víctimas por encima del eventual buen puerto al que pudiera llegar el proceso de paz¹¹, quedando claro que anteponen el castigo a la paz, la retribución a la reconciliación y que, llegado el caso, preferirían la consecución de muchas sentencias condenatorias antes que la firma de un acuerdo de paz que ponga fin a las hostilidades. Se entiende bien por qué este sector de las víctimas ha encontrado en el Procurador General de la Nación a uno de sus principales valedores, pues él siempre ha insistido en que si hay impunidad tendrá que haber más guerra: “les pido a las Farc que no exijan impunidad y que reconozcan a sus víctimas. Si queremos más guerra, hagamos paz con impunidad y la tendremos”¹². Las fuerzas del pasado, pues, se tendrían que imponer a las fuerzas del futuro, lo que anularía los delicados equilibrios que tendrían que forjarse para que un proceso de paz fuese exitoso. En este orden de ideas, la meta de un proceso de paz exitoso es la terminación de la guerra, dando la mejor respuesta posible al pasado traumático en lo referente a la reparación a las víctimas, pero atenuando la cuestión penal.

Siguiendo la doctrina de la retribución, las víctimas y los partidos políticos que enarbolan las reivindicaciones punitivas no parecen percatarse en que la continuación de la guerra sería el elevadísimo costo que tendría que pagar el pueblo colombiano a cambio de satisfacer su obstinación punitiva. Delitos tan graves deben recibir alguna respuesta, pero no absoluta.

Si aun en contra de la evidencia empírica que demuestra que es imposible castigarlo todo y que es indispensable relativizar la cuestión penal a fin de

¹¹ Así lo han insinuado algunas víctimas de las FARC (El Espectador, 2014b).

¹² Esta frase del Procurador puede verse en El Espectador (2014a).

lograr el pacto de paz, se sigue insistiendo en “paz sin impunidad”, entonces nos ubicaríamos ante una posición de insensibilidad y falta de responsabilidad política, porque lo más probable es que no habría voluntad de los miembros de los grupos insurgentes en firmar el acuerdo, deponer las armas y someterse al ordenamiento jurídico.

En nombre de la justicia retributiva el país quedaría anclado al pasado, atado a la sombría repetición de violencias, odios y contiendas que marca la historia nacional, lo cual es materialización de la inflexible máxima “*fiat iustitia, pereat mundus*”. Esta intransigencia no da cabida a otros fines y valores que los seres humanos buscan en su vida en sociedad. Esta posición supone que debe hacerse justicia aunque el tributo a la pena cause estragos a la sociedad, aunque perezca el mundo. Se trata de una justicia ruda, rígida y vengativa que, escudándose en una ficción, habla de compensación del delito a través del castigo y de dolores penales que vuelven las cosas al estado anterior (como si lo hecho pudiera deshacerse). Se trata de una justicia que para nada tiene en cuenta las necesidades reales de las víctimas de ser reparadas, los fines sociales de prevención, ni otros valores que colisionan con el imperativo absoluto del castigo, ni las consecuencias desastrosas que este imperativo pudiera conllevar para la sociedad en su conjunto. Mantener el primado de la justicia retributiva por sobre la paz y la reconciliación supone olvidar que, a veces, en nombre del pasado se comete una injusticia con el presente y se sacrifica el futuro al imponer un castigo inflexible que impide la salida negociada de la guerra, única salida sensata, la menos cruenta. Parece que este sector no considera seriamente la posibilidad de que su apelación en contra de la impunidad y a favor del castigo tenga por efecto la funesta continuación de la guerra. En un contexto de desgarramiento interno y de confrontación a muerte, ¿qué precio estamos dispuestos a pagar por la justicia retributiva?

El deseo de obtener muchas sentencias condenatorias con penas rigurosas no se puede pagar al precio de más batallas, más masacres, más voladuras de oleoductos, más desplazamientos forzados de población y más muertes de personas civiles y de combatientes. La reivindicación del dolor penal y el castigo a ultranza puede sonar, aparentemente, muy acorde con las exigencias de las víctimas, pero no es sino “fanatismo de la justicia” (Zagrebelky y Martini, 2006, p. 45), que nada tiene que ver con las ideas de equilibrio y armonía inherentes a la justicia, sino con soberbia, intransigencia y falta

de sensibilidad con relación a otros valores aún más importantes para la convivencia, tales como la paz y la reconciliación.

Ante los horrores de la guerra, toda terminación es buena. Aunque no se haga completa justicia a las víctimas (en términos de castigo), el acuerdo de paz es preferible a la continuación de las matanzas, secuestros, desplazamientos forzados, desapariciones, destrucción de las infraestructuras y bienes civiles. Quienes se obstinan en el castigo se están negando a ver esta realidad.

La experiencia muestra que la intransigencia y la absolutización de valores no permiten solucionar problemas humanos como las guerras, las cuales constituyen la fuente más abundante de violaciones de los derechos humanos. Una problemática social y política tan aguda, una guerra de larga duración no puede afrontarse a base de procesos penales, condenas y castigos, como pretenden los partidarios de la doctrina de la retribución, sean víctimas, partidos políticos o agencias internacionales.

El sistema judicial solo sirve para resolver conflictos muy delimitados; él no es la sede para resolver grandes conflictos como la prolongada guerra civil de nuestro país, cuya solución debe ser política. Judicializar el conflicto armado con la ilusión de castigarlo todo es obstruir la única salida coherente y sensata, que es la solución por las vías del diálogo y la política. Desde esta perspectiva, clamar por la retribución penal y la judicialización del conflicto es una forma de antipolítica.

Conclusiones

Es preciso terminar la guerra por la vía política. Hay que establecer una adecuada conciliación entre las fuerzas del futuro y las fuerzas del pasado, por la cual no se puede (ni se debe) castigar siempre. Una alta dosis de impunidad de los delitos cometidos con ocasión del conflicto es inevitable. Es, también, un elemento indispensable para alcanzar la paz.

Cuando se busca la paz y la reconciliación en un país atormentado por la guerra y los odios enquistados, el futuro no puede labrarse a base de

amnesia colectiva y negación del pasado, con sus crueldades e infamias, ni tampoco puede hipotecarse a la memoria obsesiva y a la reivindicación del castigo a ultranza.

El odio y el apasionamiento punitivo de una parte de las víctimas no debe servir de piedra angular de la moral pública. Tampoco debe condicionar las decisiones colectivas sobre un asunto público tan trascendental y urgente como lo es la resolución del problema de la guerra y la exploración de las vías hacia la paz.

Deberíamos acoger una vía intermedia que haga posible la paz y mantenga vigente la exigencia de justicia entendida, ante todo, como justicia reparadora. Reparar a las víctimas es una condición indispensable para un futuro de convivencia civil y de reconciliación política y social.

Ante todo, hay que conseguir la paz. Nuestra mejor conquista colectiva sería liberarnos de la guerra y hacer de Colombia un país justo y acogedor para los seres humanos, que no produzca más víctimas.

Referencias

- Aristóteles. (2002). *Ética a Nicómaco*, 8ª. ed., trad. de Julián Marías y María Araújo, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Adorno, T. W. (2009). ¿Qué significa elaborar el pasado? En R. Tiedemann (ed.). *Crítica de la cultura y sociedad II: Intervenciones. Entradas* (Jorge Navarro Pérez, trad.). Madrid: Ediciones Akal.
- Arendt, H. (1993). *La condición humana* (Ramón Gil Novalés, trad.). Barcelona: Paidós.
- _____. (2001). *¿Qué es la política?* (Rosa Sala Carbó, trad.), 2ª. ed. Barcelona: Paidós e I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona.
- _____. (2002). *La vida del espíritu* (Fina Birulés y Carmen Corral, trad.), 1ª. ed. Barcelona: Paidós.
- _____. (2003). *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre la reflexión política* (Ana Luisa Poljak Zorzut, trad.), 1ª. ed. Barcelona: Ediciones Península.

- _____. (2005). *Ensayos de comprensión 1930-1954* (Agustín Serrano de Haro, trad.), 1ª. ed. Madrid: Caparrós Editores.
- Benjamin, W. (1970). *Angelus Novus* (H. A. Murena, trad.), 1ª. ed. Barcelona: Edhasa.
- Berlin, I. (1992). De la esperanza y del miedo liberado. En *Conceptos y categorías. Ensayos filosóficos* (Francisco González Aramburo, trad.). Madrid: Cultura Económica.
- _____. (2002). La persecución del ideal. En *El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas* (José Manuel Álvarez Flórez, trad.), 1ª. ed. Barcelona: Ediciones Península.
- Carrara, F. (s.f.). *Programa de derecho criminal. Parte general*, vol. II. Bogotá.
- Cortés Rodas, F. (2013). El derecho internacional penal y el asunto de la amnistía. El caso de las Farc. En *Araucaria. Revista de Filosofía, Política y Humanidades*, (29), 189 - 216.
- Elorza, A. (2001). La condena de la memoria. En *Istor. Revista de Historia Internacional*, II (5), 82-93. México: CIDE.
- El Colombiano. (2014, 13 de diciembre). Varias ciudades se unieron a marcha convocada por el Centro Democrático. *El Colombiano*. Recuperado de <http://www.elcolombiano.com/colombia/varias-ciudades-se-unieron-a-marcha-convocada-por-el-centro-democratico-ED894237>.
- El Espectador. (2014a, 13 de diciembre). La movilización en contra del proceso de paz. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/paz/movilizacion-contradel-proceso-de-paz-articulo-533018>.
- El Espectador. (2014b, 27 de octubre). Víctimas de las Farc, por la unidad. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/politica/victimas-de-farc-unidad-articulo-524559>
- Fernández Carrasquilla, J. (2014). *Concepto y límites del derecho penal. Introducción al derecho penal actual y nociones sobre justicia transicional, perdón y reconciliación*, 3ª. ed. Bogotá: Editorial Temis.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Perfecto Andrés Ibáñez y otros, trads.). Madrid: Editorial Trotta.
- Gallego García, G. M. (2015). Diálogos de paz o victoria militar. ¿Paz por medio de la guerra?. En M. J. Bernuz Beneitez y A. García Inda (Editores académicos), *Después de la violencia. Memoria y justicia* (183-231). Bogotá: Siglo del Hombre Editores–Universidad Eafit.

- García Amado (2015). Justicia transicional. Enigmas y aporías de un concepto difuso. En M. J. Bernuz Beneitez, y A. García Inda (Editores académicos), *Después de la violencia. Memoria y justicia* (99-153). Bogotá: Siglo del Hombre Editores–Universidad Eafit.
- García Villegas, M. (Dir.) (2008). *Jueces sin Estado. La justicia colombiana en zonas de conflicto armado*, 1ª. ed. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-DeJusticia-Fundación Conrad Adenauer-The John Merck Fund.
- Gobierno de Colombia y Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP). (26 de agosto de 2012). *Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. La Habana, Cuba: Mesa de Conversaciones. Recuperado de <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/AcuerdoGeneralTerminacionConflicto.pdf>
- Grupo de Memoria Histórica. (2013). *¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad*. Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica.
- Hassemer, W. (1984). *Fundamentos del derecho penal* (Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, trads.), 1ª. ed. Barcelona: Bosch.
- Hassemer, W. y Muñoz Conde, F. (1989). *Introducción a la criminología y al derecho penal*, 1ª. ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Kant, I. (2002a). *Sobre la paz perpetua* (Joaquín Abellán, trad.), 1ª. ed. Madrid: Alianza Editorial.
- _____. (2002b). *La metafísica de las costumbres* (Adela Cortina y Jesús Conill Sancho, trads.), 3ª. ed. (2ª. reimp.). Madrid: Tecnos.
- Kelsen, H. (1945). *Derecho y naturaleza. Una investigación sociológica* (Jaime Perriau, trad.), 1ª. ed. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Mani, R. (2011): La reparación como un componente de la justicia transicional: la búsqueda de la “justicia reparadora” en el posconflicto. En M. Minow, D. A. Crocker y R. Mani. *Justicia transicional* (Carlos Morales de Setién Ravina y María Paula Saffon, trad.), 1ª. ed. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana.
- Mate, R. (2011). *Tratado de la injusticia*, 1ª. ed. Barcelona: Anthropos Editorial.
- Organización de Naciones Unidas. (1998). Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998. Recuperado de [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
- Orozco Abad, I. (2005). *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*, 1ª. ed. Bogotá: Editorial Temis–Universidad de los Andes.

- Platón. (2005). *Protágoras*. En *Protágoras. Gorgias. Carta Séptima* (Francisco Javier Martínez García, trad.), 1ª. ed. (2ª. reimp.). Madrid: Alianza Editorial.
- Rieff, D. (2012). *Contra la memoria* (Aurelio Major, trad.), 1ª. ed. Barcelona: Debate.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, t. I, 1ª. ed. Madrid: Civitas.
- Todorov, T. (2008). *Los abusos de la memoria* (Miguel Salazar, trad.), 1ª. ed. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica.
- _____. (2009). *La memoria, ¿un remedio contra el mal?* (Manuel Arranz, trad.), 1ª. ed., trad. Barcelona: Arcadia.
- Uribe, M. T. (1998). Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz. En *Estudios Políticos*, (13), 11 - 37.
- Uribe, A. (17 de diciembre de 2014). *Santos infiere daño profundo a las FFAA al poner a un General a negociar cese bilateral con el terrorismo* (actualización de estado de Twitter). Recuperado de <https://twitter.com/alvarouribebel?lang=es>
- Zagrebel'sky, G. y Martini, C. M. (2006). *La exigencia de justicia* (Miguel Carbonell, trad.), 1ª. ed. Madrid: Editorial Trotta.