

DERECHO PENAL Y POSTCONFLICTO

Pocas palabras, pero claras, en tema de recurso al derecho y al proceso penal como instrumentos para resolver las problemáticas del postconflicto en Colombia ¹

Prof. Dr. Avv. Mario Trapani

Ordinario di Diritto penale
Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi Roma Tre

Abstract

El trabajo ofrece una panorámica de algunos problemas que pueden surgir en sede de la llamada “justicia transicional”, con particular referencia al actual proceso de paz en Colombia. Demostrado que la fórmula “ninguna paz sin justicia” no significa necesariamente perseguir un modelo de justicia retributiva absoluta a través del efectivo castigo al menos de los autores de los crímenes más graves cometidos en el curso del conflicto interno y que la paz constituye contenido de un derecho fundamental, tanto de los ciudadanos frente al Estado como de cada Estado frente a la Comunidad internacional, derecho frente al cual cualquier otro interés debe ceder, se demuestra como una paz efectiva y durable, finalizado cualquier conflicto armado interno, pueda ser lograda solo a través de una amnistía general, a favor de todos, indistintamente, los actores del conflicto, y total, comprensiva de todos los delitos, también de los crímenes internacionales, a considerar legítima desde la perspectiva sea del derecho interno que internacional; amnistía condicionada, sin embargo, al cumplimiento de una serie de obligaciones funcionales al restablecimiento de la paz y constitutivas de sanciones llamadas “ejecutivas”.

Die Arbeit bietet einen Überblick einiger Probleme, die während der sogenannten “Übergangsgerechtigkeit” auftreten können, besonders in Bezug auf den derzeitigen Friedensprozess in Kolumbien. Der Grundsatz “Kein Frieden ohne Gerechtigkeit”, bedeutet nicht die Umsetzung einer unbedingten und absoluten Gerechtigkeit, durch die effektive Bestrafung der Täter schwerwiegender Verbrechen, welche im Laufe des internen Konflikts begangen wurden. Dies beweist, dass der Friede Grundlage des Rechts ist, sowohl der Bewohner des Staates gegenüber, als auch anderer Staaten der internationalen Gemeinschaft gegenüber. Für Frieden muss jeder in seinen Interessen nachgeben, sodass ein effektiver und dauerhafter Friede nach internen bewaffneten Auseinandersetzungen zu erreichen ist, dies nur durch eine Generalamnestie möglich. Diese Generalamnestie muss ohne Unterschied gegenüber jeder Partei des Konflikts gelten: ausserdem muss sie generell gültig sein. Alle Verbrechen sowie alle internationalen Verbrechen müssen genauso rechtlich nach nationalem und internationalem Recht behandelt werden. Die Amnestie ist trotzdem beeinflusst, von Pflichten, die funktional für die

¹ Texto revisado y ampliado de la ponencia presentada con ocasión del Congreso Internacional de Justicia, Derecho y Posconflicto ‘Justicia, Derecho y Posconflicto en Colombia’, celebrado en la Universidad Santo Tomás de Tunja, Colombia, los días 14, 15 y 16 de septiembre de 2015.

Wiederherstellung des Friedens sind, und sie muss sogenannte vollstreckbare Sanktionen beinhalten.

This work offers an overview of some problems which could arise in the so-called “transitional justice”, with particular reference to the current peace process in Colombia. Once shown that the formula “no peace without justice” does not necessarily mean the pursuit of retributive and absolute justice through the effective punishment of, at least, the authors of the most serious crimes committed during the internal conflict, and that peace is the content of a fundamental right, whether it is from the citizens towards the State as from every State towards the international community, to which every other interest should yield, it is proven how after an internal conflict an effective and lasting peace may be reached only through a general and total amnesty, directed indistinctly towards all the actors of the conflict and inclusive of every crime, even international ones; such an amnesty has to be considered legitimate under national law and international law, and conditioned, however, to the fulfilment of certain obligations directed to the reestablishment of peace and constitutive of the so-called executive sanctions.

Titel: Strafrecht und Post Konflikt. Wenige Worte, aber klar, über die Benutzung von Straf- und Strafprozessrecht als Instrumente um die Problematiken des Post Konflikts in Kolumbien zu lösen.

Title: Criminal Law and Post-conflict. A few, but clear, words about the recourse to criminal law and trial as instruments to resolve Colombian post-conflict issues.

Palabras clave: justicia transicional, “ninguna paz sin justicia”, sanciones punitivas, sanciones ejecutivas, amnistía, crímenes internacionales, paz como derecho fundamental.

Stichworte: Übergangsjustiz, “kein Friede ohne Gerechtigkeit”, strafende Sanktionen, vollstreckbare Sanktionen, Amnestie, internationale Verbrechen, Friede als fundamentales Recht.

Keywords: Transitional justice, “no peace without justice”, punitive sanctions, executive sanctions, amnesty, international crimes, peace as a fundamental right

Sumario

1. Premisa
2. Algunas precisiones terminológicas. En particular, sobre los conceptos jurídicos de “paz” y “guerra”
3. La ambigua naturaleza jurídica del “conflicto armado interno”
4. Ambigüedad del significado del término “paz” con relación al fin del conflicto armado en Colombia
5. La previa individualización del fin como presupuesto lógico para la elección de los instrumentos jurídicos idóneos para su consecución
6. La afirmación “ninguna paz sin justicia” en la perspectiva de una “justicia absoluta” a través de la comprobación de la “verdad histórica”
7. Ambigüedad de la fórmula “ninguna paz sin justicia” como consecuencia de la ambigüedad del término “justicia”. El concepto de “sanción” como comprensivo, al lado de las sanciones “punitivas”, también de las sanciones conocidas como “ejecutivas”
8. “Excepcionalidad” de cualquier forma de “justicia transicional” y prevalencia del logro de la “paz”, interna e internacional, sobre cualquier otro interés

9. La “amnistía” general y total, aunque “condicionada”, comprensiva también de los crímenes internacionales, como único mecanismo realmente idóneo para garantizar una paz efectiva y duradera después de un conflicto armado interno
10. La amnistía “condicionada” al cumplimiento de una serie de obligaciones funcionales al restablecimiento de la paz social y constitutivas de sanciones “ejecutivas”
11. Legitimidad de una amnistía condicionada desde el punto de vista del derecho interno constitucional colombiano
12. Legitimidad desde la perspectiva del derecho internacional de una amnistía general y total, comprensiva también de los crímenes internacionales
13. Los diversos tipos de amnistía: autoamnistía y amnistía con fines de pacificación nacional
14. Compatibilidad con el derecho internacional de una “amnistía condicionada” como aquella que aquí se propone para el postconflicto en Colombia, comprensiva también de los crímenes de guerra y contra la humanidad
15. Otros argumentos a favor de la legitimidad internacional de una amnistía condicionada comprensiva también de los crímenes internacionales
16. Etapas jurídicas para llegar a la paz con las FARC en Colombia
17. Conclusiones

1. Premisa

La finalidad de este trabajo es establecer si y eventualmente en qué límites los institutos propios del derecho y del proceso penal pueden ser utilizados para obtener una paz “acordada” entre el Gobierno colombiano y las FARC, que sea efectiva y sobretodo duradera, principalmente con referencia a los problemas de la llamada “justicia transicional”, a la cual deberían ser sometidos los jefes y los miembros de la organización guerrillera, pero también los órganos del Estado, en particular como autores o partícipes de los crímenes de guerra o de lesa humanidad cometidos en el curso de un conflicto armado interno que ha durado más de 50 años.

2. Algunas precisiones terminológicas. En particular, sobre los conceptos jurídicos de “paz” y “guerra”

Preliminarmente, es necesario proceder a una clarificación lingüística del significado de términos como “guerra”, “paz”, “conflicto armado interno”, “justicia”, “sanción”, “impunidad”, etc. para individualar su, eventual, “cualificación normativa” y por lo tanto también los relativos “efectos jurídicos”.

Como es notorio, el “derecho” puede ser sintéticamente definido como un complejo de reglas, sistemáticamente ordenadas (y organizadas), dirigidas a resolver de forma pacífica los eventuales “conflictos” que pueden surgir entre los miembros de una cierta sociedad, previniendo el recurso a la violencia por parte de los privados; “uso de la fuerza” que se convierte, por lo tanto, en monopolio del Estado. De ello se deriva lógicamente que la “paz social”, de la cual la “seguridad” constituye el indispensable presupuesto, representa la “condición de hecho” para la existencia y el concreto funcionamiento de cualquier ordenamiento jurídico y, por ende, también su “fin último”.

A su vez, eso significa que la “guerra”, en cuanto uso “no regulado” de la fuerza para resolver los conflictos –como ha sido confirmado últimamente por Ferrajoli en la línea de pensamiento trazada por Hobbes–, es la “negación del derecho”, o sea una situación de hecho de por sí no solo simplemente “extraña” a la dimensión jurídica, sino que constituye exactamente su “opuesto”, por lo cual no puede, lógicamente, existir ningún ordenamiento jurídico que no prohíba como “ilícito” la guerra. En esta perspectiva, el mismo derecho internacional, en el momento en el cual ha querido imponerse como un verdadero y propio ordenamiento jurídico –diferente respecto a aquel de cada Estado–, ha debido de manera inevitable prohibir normativamente la guerra como instrumento de solución de las controversias internacionales, cualificándola, por tanto, jurídicamente como “ilícito internacional”, lo cual sucedió con la Carta de la ONU.

Pero esto no significa que el derecho internacional, como el derecho interno de los Estados, excluya del todo el uso de la fuerza, permitiéndolo en efecto solo en cuanto eso sea, siempre normativamente, “regulado” y por lo tanto calificable como “legítimo”; esto es, solo en los casos de la “acción coercitiva internacional” y de la “legítima defensa internacional”, como medidas necesarias, según el art. 39 de la Carta de la ONU, «para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales» que representan, por tanto, los “fines últimos” y la razón de existencia también del ordenamiento jurídico internacional. En particular, como se deduce de la interpretación sistemática de los artículos 39 a 42 de la Carta de la ONU, el uso en estos casos de la fuerza militar debe constituir la extrema ratio de tutela una vez que todos los remedios “pacíficos” establecidos por el Consejo de Seguridad de la ONU se hayan revelado en concreto “inidóneos” para restablecer la paz internacional; análogamente a lo que sucede en el derecho interno donde el derecho penal, en cuanto uso regulado de la fuerza contra los autores de los ilícitos más graves, debe intervenir solo como extrema ratio de tutela allá donde otros instrumentos de control social menos invasivos no sean considerados adecuados para mantener las condiciones mínimas de convivencia social, y por lo tanto la paz interna, en un determinado momento histórico.

Entonces, si la paz constituye presupuesto y fin último para la “existencia” de cualquier ordenamiento jurídico –interno pero también internacional–, ello significa, lógicamente, que la “paz” constituye ante todo el “contenido” de un verdadero y propio “derecho fundamental” de cualquier ciudadano frente al Estado; Estado que tiene por lo tanto el “deber”, en cuanto “garante” del derecho fundamental de todos los ciudadanos a la paz y a la seguridad personal, de intervenir con todos los medios necesarios –también eventualmente con el uso de las armas– cuando la paz y la seguridad interna sean, de cualquier modo, puestas en peligro por comportamientos ilícitos. A su vez, si la Carta de la ONU prohíbe la guerra, la “paz internacional” se vuelve ahora “contenido” también de un verdadero y propio “derecho” de cada Estado, al cual se corresponde, correlativamente, el “deber” de “garantizarlo” por parte de todos los organismos internacionales (incluidas la ONU, en todas sus articulaciones, y –en cuanto aquí nos interesa en particular– la Corte Penal Internacional).

3. La ambigua naturaleza jurídica del “conflicto armado interno”.

Bajo estas premisas, es evidente que problemas de no fácil solución se presentan cuando se está en presencia de un llamado “conflicto armado interno”, término intencionalmente

ambiguo, que indica una situación fáctica de confrontación armada entre Estado, grupos armados al margen de la ley y de estos grupos entre sí.

Las dificultades de cualificación jurídica de tal conflicto y consecuentemente de la posición jurídica de los participantes en el mismo (diferentes de los pertenecientes a las fuerzas armadas del Estado) surgen de la circunstancia de que aquí estamos en presencia de una situación fáctica “híbrida”: contextualmente, hecho gobernado por el derecho penal interno del Estado, pero sometido también a las reglas que, de todas maneras, disciplinan un conflicto armado desde el punto de vista del derecho internacional, puesto que actualmente se considera que por lo menos las normas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional penal se aplican indistintamente a todos los tipos de conflicto armado, no importa si internacional o interno, y por tanto indistintamente a todos los autores de dichos conflictos. Derecho internacional según el cual, de todas formas, la gestión y solución de un conflicto armado interno es un asunto propio y exclusivo del Estado. Estado que, teniendo a su vez el derecho-deber de defender y reestablecer la paz social, para obtener este fin, “legítimo” tanto desde el punto de vista del derecho interno como del derecho internacional, cuando se trate de un verdadero y propio conflicto armado no puede evidentemente utilizar solo las medidas “ordinarias” del derecho penal interno, sino que debe recurrir también a instrumentos “extraordinarios” propios del estado de guerra frente a sus mismos ciudadanos que, habiéndose puesto “fuera” del “contrato social”, son calificables ya no como simples opositores políticos sino como verdaderos y propios “enemigos”, así sean “internos”; con la consiguiente fácil posibilidad de comisión, por parte de todos los actores del conflicto –comprendidos los pertenecientes a las fuerzas armadas del Estado– de verdaderos y propios crímenes de guerra y contra la humanidad, que hay que reprimir, en modo aparentemente incondicionado, según el derecho internacional.

Todo esto hace en consecuencia muy complicada, frente a la comisión durante el conflicto interno de crímenes internacionales, la determinación de los instrumentos jurídicos, específicamente penales, a través de los cuales es posible llegar, para poner fin al conflicto, a una “paz negociada” entre el Estado y los llamados grupos armados al margen de la ley; instrumentos que sean compatibles no solo con el derecho interno, sino también y sobre todo con el derecho internacional.

4. Ambigüedad del significado del término “paz” con relación al fin del conflicto armado en Colombia

Es necesario, ante todo, evidenciar la sustancial “ambigüedad” con la cual el término “paz” ha sido hasta ahora usado para indicar el “fin político” de las negociaciones entre el Gobierno colombiano y las FARC. La ambigüedad está en el hecho de que no es claro si el término “paz” viene usado en el sentido de “superación” de un “estado de guerra” (como situación “de hecho”, o sea de conflicto armado) que, para ser efectiva y durable, debe interesar e involucrar a la entera sociedad colombiana y, en primer lugar, indistintamente a todos los diversos actores del conflicto (FARC, otros grupos de la guerrilla comunista, AUC y otras organizaciones paramilitares, Fuerzas armadas “regulares” del Estado Colombiano, hasta llegar incluso a las llamadas bacrim) o bien si el término paz es usado para indicar, más restrictivamente, solo el contenido del acuerdo que debería brotar de las negociaciones con las FARC.

La respuesta a esta cuestión no es irrelevante, no solo porque –como veremos– ella condiciona inevitablemente la individualización de los instrumentos jurídicos más idóneos para llegar a la consecución del fin, sino, ante todo, porque, si se entiende por el término “paz” solo el acuerdo con las FARC, ello abriría, lógicamente, la vía a la posibilidad de diferentes reglamentaciones penales en el proceso de transición a la paz así entendida, según los diversos actores del conflicto, en particular si se trata de pertenecientes al grupo guerrillero o de militares; lo que determinaría, como inevitable consecuencia, una disparidad de tratamiento en la valoración de los mismos crímenes internacionales, difícilmente sostenible en la perspectiva política, además de no justificable desde el punto de vista jurídico.

Una observación preliminar, pero de la máxima importancia: si, en esta fase histórica, se considera que la paz entre el Estado colombiano y el grupo guerrillero comunista puede ser útilmente lograda solo mediante negociaciones y por tanto acuerdos, eso tiene como presupuesto lógico que las FARC no han ganado el conflicto ni militarmente ni, mucho menos, políticamente, con la consecuencia que este grupo no puede pretender, como contrapartida del acuerdo de paz, su “reconocimiento político” por parte del Estado y por ende el reconocimiento de la legitimidad jurídica de sus actos entendidos como manifestación de su “derecho de rebelión” contra un Estado por ellos considerado intrínsecamente “criminal” en cuanto “dictatorial” o adicionalmente “totalitario”. Por el contrario, el hecho de que el Estado colombiano sea un Estado democrático en pleno ejercicio de su “soberanía”, que tutela los derechos humanos fundamentales, y, por ende, “legítimo” en la medida del derecho internacional, no puede no tener, a su vez, su relevancia, política pero igualmente jurídica, con referencia a los instrumentos legítimamente utilizables, también desde el punto de vista del derecho internacional, para superar el conflicto.

De eso se deriva que los eventuales crímenes, también gravísimos, cometidos en el curso del conflicto por parte de funcionarios del Estado no son atribuibles al Estado-persona jurídica, en cuanto expresión de su precisa política de “sistemática” violación de los derechos humanos, sino solo a la responsabilidad absolutamente individual y personal de sus autores. Al contrario, la misma existencia de una organización armada al interior del territorio de un Estado –a prescindir de los ulteriores crímenes cometidos por cada miembro de la organización en ejecución del plan criminal común– constituye un “hecho ilícito”, así sea dogmáticamente cualificable como “político”, según el único ordenamiento, también internacionalmente reconocido, que es aquel estatal.

5. La previa individualización del fin como presupuesto lógico para la elección de los instrumentos jurídicos idóneos para su consecución

Solo si viene claramente identificado el “fin”, necesariamente político, que se quiere obtener a través de las negociaciones con las FARC, o sea a qué tipo de “paz” se hace referencia, es consecuentemente posible determinar los correspondientes “medios jurídico-penales” adecuados en concreto al útil logro de aquel fin. Las reflexiones que me propongo desarrollar parten del presupuesto –que asumo como hipótesis de trabajo– que, mediante las negociaciones con las FARC, el Gobierno quiera efectivamente llegar a una paz estable y duradera que involucre a la entera sociedad colombiana, en todas sus articulaciones políticas y sociales, y no solo a una parte.

Esto significa, en particular, que cualquier hipótesis de la llamada “justicia transicional” debe, necesariamente, comprometer de forma indistinta a todos los actores del conflicto armado y también a todos aquellos que, a cualquier título y de cualquier forma, hayan favorecido su actividad (políticamente, financieramente, etc.). En esta lógica, el proceso de transición debe, en mi opinión, extenderse así mismo a los grupos de delincuencia común organizada como las llamadas bacrim, equiparables –por su estructura organizativa y por el tipo de crímenes que cometen, incluso contra la humanidad– a la guerrilla y a los paramilitares.

En esta misma lógica, sería un preciso deber político e institucional del Gobierno colombiano no solo mantener frente a la opinión pública la máxima “transparencia” sobre el contenido de las negociaciones, sino también y sobre todo hacer entender –en esto buscando el consentimiento de todas las fuerzas políticas, incluso de oposición– que eso que se está intentando lograr mediante las negociaciones en la Habana no es un mero interés político de una sola parte, sino el bien futuro máximo de la entera sociedad colombiana, o sea, una paz social efectiva y duradera, que favorezca a todos y que por tanto, siendo “bien común”, puede ser alcanzada solo con el concurso y el consentimiento, principalmente, de todos los actores del conflicto, cada uno de los cuales debe “ceder en algo” para alcanzar la paz; procurando del mismo modo hacer comprender –se trata de un punto fundamental– que “paz” no significa “injusticia”, pero además que “justicia” no significa necesariamente “pena criminal” aplicada y ejecutada.

Otra condición fundamental, que asumo como hipótesis de trabajo y presupuesto lógico de mi razonamiento, es que los miembros de la delegación de las FARC que negocian en la Habana sean efectivamente “representativos” (o sea hablen realmente en nombre y por cuenta) de la –al menos casi– totalidad del grupo guerrillero. De otro modo, cualquier acuerdo de paz al cual se debiera llegar con el Gobierno, en cuanto no funcional a la consecución de una paz efectiva, sería “ilegítimo”, puesto que terminaría, en realidad, en un tratamiento “de favor” solo para los presuntos jefes del grupo guerrillero, que sería inconstitucional en cuanto “privilegio” carente de “razonabilidad”.

6. La afirmación “ninguna paz sin justicia” en la perspectiva de una “justicia absoluta” a través de la comprobación de la “verdad histórica”

Comúnmente se dice que un “proceso de transición” de un conflicto armado interno a una situación de paz debería apoyarse sobre un llamado “Programa Integral de Justicia Transicional”, construido sobre diferentes pilares como, principalmente, el desarrollo de procesos penales en contra de los responsables de crímenes atroces para la búsqueda de la verdad y la justicia, la institución de comisiones para la verdad, la predisposición de programas de reparación y la previsión de reformas institucionales.

En este contexto, una de las afirmaciones siempre repetidas, cualquiera que sea la forma concreta de actuación del modelo de justicia transitoria adoptado, es que no puede haber “ninguna paz sin justicia”. Esta fórmula viene comúnmente entendida en el sentido que ninguna paz podría ser obtenida sin una “verdadera”, o sea “efectiva”, “punición” de los autores –al menos– de los crímenes más graves y atroces cometidos en el curso del conflicto, como aquellos de guerra y de lesa humanidad, en función de una tutela incondicionada de las víctimas, identificando así el concepto de “justicia” con “justicia punitiva” necesariamente “retributiva” e “inderogable”; aunque dicha punición –así sea

en presencia de ciertos presupuestos de colaboración procesal, de contribución a la búsqueda de la verdad y de reparación de las víctimas— podría incluso ser “parcial” (como en el caso de penas detentivas “disminuidas” o directamente “alternativas” a la cárcel, pero en todo caso incidentes sobre la libertad personal).

A la persecución de un tal ideal de justicia “absoluta” sería, a su vez, plenamente funcional un proceso penal orientado a la búsqueda de la llamada “verdad histórica o material”, también ella, por su esencia, inevitablemente “absoluta” (con un curioso — aunque no tan curioso— retorno a la finalidad principal del viejo proceso “inquisitorio”) como expresión de una concepción “ética” del derecho y de su confusión con la “moral”, verdadera y propia “ideología jurídica” sintéticamente expresada en la máxima fiat iustitia pereat mundus, inadmisibles según una concepción “laica” del derecho que, por el contrario, debería orientar cualquier ordenamiento jurídico moderno, interno o internacional, “garantista” respecto a los derechos humanos fundamentales.

Derecho a la comprobación de la verdad histórica que, a su vez, constituiría, junto al derecho a la justicia, al derecho a la reparación y al derecho a la no repetición de los crímenes, uno de los pilares sobre los cuales debería apoyarse cualquier Programa Integral de Justicia Transicional. A este propósito, es necesario sin embargo subrayar como, también en caso de que la comprobación de la verdad histórica fuese encomendada en sede de justicia transitoria, no al proceso penal, sino a una “Comisión para la Verdad” instituída ad hoc, es lógicamente absurda la misma idea de una verdad histórica unánimemente compartida, especialmente con referencia a hechos que han, como en el caso de un conflicto armado interno, dividido profundamente a la sociedad; verdad “única”, y por lo tanto “de Estado”, que —no por casualidad— ha sido uno de los signos distintivos de todos los regímenes totalitarios, en cuanto intrínsecamente contraria a la libertad de pensamiento y, en particular, a la libertad de investigación histórica que es lógicamente siempre susceptible de confutación.

A parte de toda consideración sobre su legitimidad en un Estado “garantista”, la aspiración a una “justicia absoluta”, en el sentido de la inderogable persecución y punición de, indistintamente, todos los autores —al menos— de todos los crímenes internacionales cometidos en el curso del conflicto, sería prácticamente irrealizable (como históricamente quedó demostrado con el fracaso de la Ley de Justicia y Paz) a causa del número enorme de procedimientos penales que deberían instaurarse y, sobretudo, concluirse en tiempos “razonables” y con el obligado respeto de todas las garantías al debido proceso; aspiración por lo tanto a una “justicia punitiva” de por sí inmanejable teniendo en cuenta la escasez de recursos humanos y materiales a disposición. Lo anterior sin contar con el ulterior elemento de complicación constituido por la dificultad, teórica y práctica, de determinar los mecanismos dogmáticos — posiciones de “garantía”, autoría mediata, coautoría, coautoría llamada “impropia”, etc.— que permitan imputar a la responsabilidad penal personal de los jefes los crímenes materialmente cometidos —en el ámbito de una estructura organizativa criminal necesariamente “plurisubjetiva”— por cada miembro del grupo armado, así sea en ejecución de una “política” común.

Si, por consiguiente, “justicia” debiese ser entendida como sinónimo de “justicia punitiva absoluta”, eso llevaría, de forma inevitable, pero ilógicamente respecto a la premisa de

una justicia punitiva “inderogable” y por tanto “igual” para todos, al reconocimiento de “criterios de prioridad” –“de hecho” (en cuanto dejados al arbitrio de la Fiscalía) o también “de derecho” (en cuanto dictados por el Congreso)– en la persecución y represión de los crímenes internacionales, con consecuente ilegítima, además que políticamente inaceptable, disparidad de tratamiento entre autores de los mismos hechos delictivos, según la lógica inicua “selectiva” del “chivo expiatorio” (por otra parte conforme a aquel criterio de “selectividad” que ha históricamente, desde siempre, caracterizado a la justicia internacional penal).

7. Ambigüedad de la fórmula “ninguna paz sin justicia” como consecuencia de la ambigüedad del término “justicia”. El concepto de “sanción” como comprensivo, al lado de las sanciones “punitivas”, también de las sanciones conocidas como “ejecutivas”

En realidad, la fórmula “ninguna paz sin justicia” tiene un significado no unívoco, dada la ambigüedad del término “justicia”. Viéndolo bien, en efecto, e incluso partiendo de la idea –en mi opinión impropia y fuente de peligrosos equívocos– que identifica la “justicia” con la “aplicación del derecho”, es sin embargo posible atribuir otro significado al término “justicia” diverso de aquel de “justicia punitiva”, pero en todo caso siempre compatible, en cuanto “funcional”, a la persecución de la “paz” como finalidad propia de cualquier ordenamiento jurídico (interno o internacional).

De hecho, si se quiere identificar el concepto de “justicia” con la necesaria y efectiva aplicación y ejecución de una “sanción” como consecuencia de la comisión de un “ilícito”, es necesario también recordar como –ya desde la perspectiva de la teoría general de derecho (Thon, Kelsen)– el concepto de “sanción” no se identifica en absoluto, ni se agota, en aquello de “sanción punitiva”. En efecto, al lado de las sanciones llamadas “punitivas”, de las cuales la especie más relevante es dada por las “penas criminales”, existe, en todos los ordenamientos jurídicos positivos, la categoría de las sanciones llamadas “ejecutivas” de tipo restitutivo-reintegrativo, constituidas en particular por la cesación de la conducta ilícita, cuando se trate de ilícito de estructura “permanente”, y por la eliminación de las consecuencias dañosas o peligrosas derivadas de la comisión del delito.

Dada la “preeminencia lógica” de las sanciones ejecutivas sobre las punitivas en función de la “reintegración del orden jurídico violado” –puesto que sería intrínsecamente ilógico un ordenamiento que, no obstante la comisión del ilícito, no favorezca de todos modos, hasta donde fuese material o jurídicamente posible, el perseguimiento del mismo resultado útil por el cual el legislador ha puesto la norma violada–, de ello se deduce cómo el ordenamiento jurídico puede prever –y normalmente prevé– mecanismos de “extinción” de la “sanción punitiva”, en particular de la pena criminal, y por tanto de “renuncia a la pena”, “condicionados” al cumplimiento de obligaciones que constituyen el contenido de “sanciones ejecutivas”, bien de naturaleza civil o administrativa además de naturaleza penal, como la eliminación de las consecuencias del delito, que evidencian la “no necesidad” de una pena, aunque “merecida”, una vez que la sanción ejecutiva, por su naturaleza lógicamente de menor incidencia sobre los derechos fundamentales del hombre respecto a la pena criminal (lo que explica la naturaleza de extrema ratio de tutela de esta última), haya de todas maneras “en concreto” satisfecho la función de “prevención

especial” propia de la pena criminal en las fases de su aplicación y ejecución y por tanto haya en el caso concreto cumplido con el fin de reintegración de la paz social.

En otros términos, una pena aplicada y ejecutada cuando no fuese “estrictamente necesaria” se resolvería en una mera “venganza” de naturaleza “ético-moral”, en cuanto tal injustificada y por tanto ilegítima. Esto significa que las exigencias de “justicia” conexas a la comisión de delitos, también graves, podrían ser de todas formas “útilmente” perseguidas también con instrumentos sancionatorios diversos de las penas criminales, como las sanciones “ejecutivas”, cuando precisamente su aplicación y ejecución lograrse de todas formas, en la situación concreta, el fin de reintegración del orden jurídico violado y el de prevención especial propios de la pena, convirtiéndola ésta por lo tanto en “no necesaria”.

El mismo discurso puede valer también para el derecho internacional penal, a menos de no quererlo reducir exclusivamente a una irracional y por tanto política y jurídicamente inaceptable dimensión “ética” (que es lo que parece, viceversa, caracterizar hoy el entero sistema de los crímenes internacionales, sobre todo con la pretensión de considerar el proceso penal como lugar de averiguación de la “verdad histórica” y como instrumento para la tutela incondicionada de las “víctimas”). También con referencia a los crímenes internacionales, en efecto, igual a cuanto sucede con el derecho penal interno, no se puede considerar absolutamente “inderogable” la aplicación y la ejecución de la pena carcelaria y de las penas accesorias, puesto que las exigencias de “justicia”, conexas a la comisión de dichos delitos, bien podrían ser adecuadamente “satisfechas” incluso con la (simple) aplicación y ejecución de sanciones “ejecutivas”, cuando ellas estuviesen, en la situación concreta, “adecuadas” al perseguimiento de la función de “prevención especial” propia de la pena criminal, incluso de aquella “internacional”, convirtiéndola consecuentemente en “no necesaria” al fin de la obtención de esa “paz internacional”, que constituye el “fin primario” y por lo tanto la misma “razón de existencia” del ordenamiento internacional en todas sus articulaciones (incluido el derecho internacional penal); paz internacional obtenible –recuérdese– solo si existe la “paz interna” en cada uno de los Estados que componen la Comunidad Internacional.

Que la función de “prevención especial” propia de la pena detentiva, incluso por la comisión de crímenes internacionales, en vista de la superación definitiva del conflicto armado interno y de la persecución de la paz, pueda ser también adecuadamente cumplida con la aplicación de sanciones llamadas “ejecutivas”, encuentra ya confirmación desde un atento análisis de la tipología de esta especie de sanciones abstractamente hipotizables para poner término a un conflicto armado interno. Piénsese, de una vez por todas, en la disolución definitiva del grupo armado al margen de la ley con la entrega total de las armas, en la cooperación para la eliminación en los campos de las minas antipersona, en la restitución de las tierras ilícitamente sustraídas a los legítimos propietarios, en la restitución integral de las ganancias económicas de los ilícitos cometidos, in primis a través del narcotráfico pero también a través del secuestro de personas y de la extorsión.

A la efectiva aplicación y ejecución de estas sanciones, aunque diversas de las penas criminales en sentido propio, a los autores de los crímenes internacionales –sanciones ejecutivas que, impidiendo la continuación y la reiteración de los ilícitos y comportando la eliminación de sus consecuencias dañosas, favorecen in re ipsa la reintegración del

orden jurídico violado, demostrándose concretamente funcionales a la obtención de la “paz internacional” a través de la “pacificación nacional” después de un conflicto interno–, bien puede entonces corresponder incluso la “renuncia total” a la sanción punitiva en cuanto “no necesaria”, habiendo ella de todas formas obtenido su fin de “prevención especial” a través de la “reinserción en la sociedad” de los ex pertenecientes a las organizaciones armadas.

8. “Excepcionalidad” de cualquier forma de “justicia transicional” y prevalencia del logro de la “paz”, interna e internacional, sobre cualquier otro interés

Tomando conciencia entonces del fracaso de ese instrumento de “justicia transicional” constituido por un modelo como aquel de la Ley de Justicia y Paz, es necesario, a estas alturas, ante todo recordar como cada forma de “justicia transicional”, en cuanto constitutiva de un “derecho transitorio”, es, por su naturaleza y lógica, “excepcional”, en el sentido de “especial” respecto a las normas de derecho “común”, dirigidas a disciplinar situaciones de “normalidad”, pero también como derecho dictado por la (absoluta) necesidad de hacer frente a una “situación excepcional” que, en cuanto tal, no podría ser adecuadamente afrontada si no con “medidas excepcionales” y por tanto “extraordinarias”.

Como la historia ha ampliamente demostrado, cualquier “proceso de transición” de un conflicto armado interno a una situación de paz se mueve entre dos opuestas, y por tanto lógicamente irreconciliables, exigencias: de un lado, la tutela “incondicionada” de las víctimas del conflicto, a través de la “punicción” efectiva de los autores al menos de los más graves crímenes contra la humanidad y la “reparación” de los daños sufridos – “derechos” de las víctimas que constituirían el “contenido” también de un “deber internacional” del Estado– y, del otro lado, la “exigencia nacional” de “reconciliación” o sea de “pacificación” de la sociedad. Frente a este “conflicto de intereses”, a menudo expresado sintéticamente como tensión entre –ideal de– “justicia” y –necesidad práctica de la persecución de la– “paz”, no hay sin embargo (no obstante autorizada doctrina – Ambos– haya sostenido lo contrario) alguna posibilidad lógica de llegar, caso por caso, a una “ponderación” entre ellos, y por tanto a un eventual “compromiso” entre las dos instancias, tratándose de intereses no sólo heterogéneos sino (al menos aparentemente) “opuestos”.

En realidad, si el mantenimiento de la “paz social”, y en particular el logro de la “pacificación de la sociedad” después de un conflicto armado interno, no es solamente una exigencia social o una aspiración moral y política, quizás de importancia primaria, sino antes aún, y sobre todo, “contenido” de un específico “deber jurídico” del Estado hacia sus ciudadanos, a los cuales les corresponde un “derecho fundamental” –deber que hay que cumplir en cualquier modo, incluso, si es necesario, con el uso de las armas–, de eso se deriva lógicamente que, entre los intereses contrapuestos de la justicia-punicción y de la paz, deba siempre y de todas formas “prevalecer”, también desde el punto de vista estrictamente “jurídico”, el perseguimiento de la “paz”, no solo “interna” sino también “internacional”. Ello en consideración al hecho que hoy, dada la prohibición jurídica de la guerra por parte del derecho internacional sancionado por la Carta de la ONU, la “paz internacional” resulta “contenido”, no solo de un “derecho fundamental” de cada ser

humano frente al Estado del cual es ciudadano, puesto que la paz internacional tiene como presupuesto lógico la “paz interna” de cada uno de los Estados, sino también –como ya hemos visto– de un verdadero y propio “derecho internacional” perteneciente a cada uno de los Estados al cual corresponde, correlativamente, el “deber” de “garantizarlo” por parte de todos los organismos internacionales (incluidas la ONU, en todas sus articulaciones, y –por cuanto aquí nos interesa– la Corte Penal Internacional).

9. La “amnistía” general y total, aunque “condicionada”, comprensiva también de los crímenes internacionales, como único mecanismo realmente idóneo para garantizar una paz efectiva y duradera después de un conflicto armado interno.

Pues bien, frente a la pregunta sobre cuál mecanismo jurídico-penal es entonces necesario utilizar, en cuanto “mayormente idóneo”, para reglamentar una fase de “transición” de una situación prolongada de conflicto armado interno –y por tanto sustancialmente de guerra– a una de paz, es decir totalmente funcional para garantizar el “postconflicto” a través de una paz que involucra todos los protagonistas del conflicto armado interno además a la entera sociedad colombiana, iniciando por las víctimas, todos sin embargo conscientes que deben de cualquier forma “ceder en algo” para la obtención de un fin “colectivo” superior, la respuesta puede ser una sola: el único “medio” realmente adecuado y funcional al perseguimiento del “fin” –en todo caso incluso jurídicamente prevalente– de la obtención de una “paz social” en Colombia efectiva y duradera es una “amnistía”. Amnistía “general y total” (o sea “tumbal”) como “renuncia absoluta a la pena criminal” en relación, indistintamente, con todos los actores, combatientes pero también políticos, del conflicto armado (carácter “general” de la amnistía) y para todos los delitos de todas formas cometidos durante y con ocasión del conflicto armado, comprendidos los crímenes internacionales (carácter “abstracto” y “tumbal” de la amnistía).

De hecho, si, con específica referencia al actual proceso de paz en Colombia, no debe haber ni “vencedores” ni “vencidos” –condición “mínima” para una aceptación del proceso de paz por parte de la gran mayoría de la sociedad colombiana en todos sus componentes, sin distinción alguna–, es evidente entonces que los acuerdos entre Gobierno y FARC deben tener como contenido un “punto de encuentro”, políticamente “mediano” entre las dos posiciones extremas, por un lado la general y absoluta punición de los miembros de la guerrilla al menos por todos los crímenes internacionales cometidos –con contextual confiscación de las rentas de todas las actividades criminales– y por otro lado la absoluta e incondicionada impunidad, no sólo penal sino también administrativa y civil. Y no hay duda de que el instrumento jurídico por definición “neutro”, y por lo tanto políticamente “neutral”, el único realmente “funcional”, desde el punto de vista penal, para garantizar la individualización de una vía “intermedia” y “sin distinción” (por tanto “sin discriminación”) entre todos los actores del conflicto, es una amnistía general y “total”.

Esta “neutralidad” de la amnistía, que deriva de la “generalidad” y “abstracción” del acto normativo “ley” con el cual viene adoptada, garantiza sobre todo aquel derecho fundamental constituido por la “igualdad” entre todos los actores del conflicto sin distinciones, parificando su tratamiento; objetivo este fundamental para el mantenimiento de una verdadera paz en el postconflicto, que trae su savia política de un “consenso general” de la sociedad; paridad jurídica de tratamiento sin la cual existiría el peligro

concreto de “venganzas” o de otras formas de la llamada “justicia privada” por parte de quien se pudiese sentir no suficientemente “garantizado” o injustamente “discriminado” o en todo caso olvidado del acuerdo –jurídicamente relevante– de paz, con el consiguiente riesgo de una continuación o peor aún de un agravamiento del conflicto armado. No sería por tanto aceptable, ya jurídica antes que políticamente, una eventual pretensión de las FARC de “limitar” a ellas la amnistía.

La previsión de una amnistía general y total de todos los crímenes, incluso internacionales, cometidos en el curso del conflicto armado interno en Colombia por más de 50 años es, como es evidente, una elección indiscutiblemente política, que, por la “excepcionalidad” de la situación que la determina, responde, ante todo, a una lógica de “razón de Estado”, como igualmente lo hace cada forma de “justicia transicional”. Elección que, en cuanto fruto de una asunción de “responsabilidad política” por parte de las expresiones políticas de la entera sociedad, puede también ir contra los comunes sentimientos de “justicia” y el mismo derecho común vigente; lo que es posible, puesto que la “política”, en cuanto “fuente” del “derecho” (como de la “guerra”), responde no a una lógica jurídica sino solo a la “razón de Estado”. La “política”, en una situación “excepcional” como es precisamente la búsqueda de la paz después de un conflicto armado que ha durado más de 50 años, se debe reapropiar de su rol “natural” cual “fuente originaria” del derecho.

Las “ventajas”, jurídicas y políticas, de una ley de amnistía “tumbal” después de concluido un conflicto armado, y funcionales a la obtención de una efectiva y duradera paz social en el postconflicto, son numerosas: 1) ante todo, como se ha dicho, tratándose de una disposición general y abstracta, como todas las leyes, garantiza la paridad de tratamiento penal de todos los actores del conflicto indistintamente; 2) la amnistía tiene como destinatarios a las personas, singularmente consideradas, y no a grupos o colectividades más o menos organizadas y/o consistentes; 3) ello comporta como consecuencia –importantísima en la perspectiva de una paz social que involucre la entera sociedad– la no necesidad de algún “reconocimiento político”, explícito o implícito, sólo de una parte de los protagonistas del conflicto, específicamente: las FARC, como “grupo organizado” portador de instancias políticas propias (cualquier grupo armado debería constituir un interlocutor político solo antes del acuerdo, en la fase de las negociaciones de paz); 4) extinguiendo la amnistía la acción penal, no necesita ninguna verificación judicial de cada uno de los ilícitos, siempre que caigan bajo la ley de amnistía (que sin embargo, para garantizar la paz en el postconflicto, debe ser lógicamente “total” y “tumbal”), sin necesidad por lo tanto de recurrir a los tribunales, que jamás terminarían –visto el número de los participantes en el conflicto interno y el número de crímenes perpetrados– su tarea en tiempos razonables y según una lógica “no selectiva” y por tanto “no discriminatoria”; 5) la extinción de la punibilidad como consecuencia de la amnistía deja intacta la responsabilidad civil –patrimonial y no patrimonial– por los crímenes cometidos por cada persona participante al conflicto (a menos que la ley de amnistía no extinga expresamente también las obligaciones civiles del delito; pero en tal caso el obligado a indemnizar sería el Estado: artículo 150, numeral 17, Constitución Política colombiana).

10. La amnistía “condicionada” al cumplimiento de una serie de obligaciones funcionales al restablecimiento de la paz social y constitutivas de sanciones “ejecutivas”.

Contrariamente a cuanto en general se cree, la obtención de la paz a través de una amnistía “tumbal” no significa necesariamente “injusticia”, puesto que “justicia”, a su vez, no se identifica necesariamente con la “justicia punitiva retributiva”. Ante todo, no se puede excluir que el concepto de “justicia” pueda ser, sin lugar a dudas, identificado también con la totalidad de los instrumentos “necesarios”, y en su conjunto “suficientes”, para la persecución y la obtención de la “paz”, identificando entonces (al menos) el “mínimo” de “justicia” con una condición de “paz social” en cuanto, de por sí, por definición “justa” política pero también moralmente. A eso se agrega como, también considerando en efecto que no se puede hablar de “justicia” sin aplicación de una “sanción” por el crimen cometido, el concepto de “sanción” no se identifica en absoluto, contrariamente a cuanto a menudo se cree, con aquel de “sanción punitiva” o sea de “pena”. Al lado de la “sanción punitiva” en sentido propio, encontramos en efecto, como otra especie del género sanción, la “sanción ejecutiva”.

Esto significa entonces que la amnistía, para garantizar en todo caso además las exigencias de “justicia”, así sea en los “límites de compatibilidad” con su fin primario e inderogable, es decir asegurar después de la firma de los acuerdos una paz efectiva y duradera con el consenso de la entera sociedad colombiana en todos sus componentes políticos, debe ser necesariamente “condicionada” al “cumplimiento” de toda una serie de “obligaciones” tendientes a impedir la continuación de la lucha armada y, en los límites de lo posible y por tanto en modo inevitablemente parcial, a asegurar la remisión al estado precedente a la comisión de los ilícitos, ante todo a través del resarcimiento de las víctimas; obligaciones que, desde el punto de vista de la teoría general del derecho, bien se pueden calificar como “contenido” de verdaderas y propias “sanciones ejecutivas”.

En cuanto a la “tipología” de estas sanciones ejecutivas, ellas deberían consistir: 1) ante todo, en la obligación de tener conductas “antagonistas” –o sea “opuestas”– respecto de aquellas que han determinado la realización de los delitos, como las dirigidas a la desarticulación de la banda armada, a la entrega de todas las armas y a la consecuente desmovilización de todos los pertenecientes al grupo criminal; 2) en la obligación de una no adhesión en el futuro a bandas armadas, sean éstas de inspiración política o bien de delincuencia común, siempre que tengan una estructura organizativa “análoga” a aquella de los grupos armados al margen de la ley (como por ejemplo las actuales bacrim, dedicadas al narcotráfico y a la extorsión), obligación cuya violación determinaría, entre otras cosas, una situación de “reincidencia” específica; 3) en la obligación de liberar, total e incondicionalmente, a todas las personas que continúan secuestradas; 4) en la obligación de la inmediata puesta a disposición de las autoridades competentes a todos los menores que hagan parte del grupo guerrillero (forzadamente o no, no importa), tratándose no de victimarios sino de víctimas del conflicto; 5) en la obligación de cooperar con las autoridades en la búsqueda y remoción de las minas antipersonales; 6) en la obligación de indicar los depósitos escondidos de armas y droga; 7) en la obligación de indicar los lugares donde encontrar los cadáveres de las víctimas de los crímenes cometidos por miembros del grupo subversivo; 8) en la aceptación absoluta e incondicional del “método democrático” como único instrumento legítimo, en la condición de paz del postconflicto,

para la construcción política del “consenso”, como “contrapartida” política totalmente imprescindible por la cual el Estado “cambia” la absoluta “impunidad penal” y la plena factibilidad política de reconocer a los ex guerrilleros a través del acuerdo de paz; 9) en la obligación de la restitución total de las tierras ilícitamente adquiridas a los legítimos propietarios, incluso si formalmente pertenecen a “testaferros”; 10) last but not least, en la obligación de la “restitución integral” de las rentas económicas derivadas de los ilícitos cometidos, especialmente a través del narcotráfico.

En efecto, debiendo el resarcimiento de las víctimas –para ser efectivo– razonablemente corresponder al Estado, si no se utilizasen a tal fin ante todo las rentas económicas de las actividades ilícitas de las FARC –que deberían confluir en un Fondo Único para la reparación de las víctimas del conflicto–, el Estado estaría necesariamente obligado a transferir tout court sobre el presupuesto general la tarea de resarcir a las víctimas de su actividad criminal, mediante un inevitable aumento de la imposición tributaria a cargo de todos los coasociados, con la consecuencia que, al final, serían, absurdamente, las mismas víctimas directas y aquellas indirectas de la guerrilla, o sea todo el pueblo colombiano, quienes tendrían que pagar a través de nuevos impuestos el costo del postconflicto, resultando así doblemente víctimas.

La “amnistía condicionada”, entonces, constituye en realidad el “medio jurídico” más adecuado para lograr un efectivo “equilibrio”, y, por tanto, un verdadero y propio “compromiso”, entre la “razón de Estado”, que está detrás de un instrumento “excepcional” de “renuncia total” a la pena criminal, y la lógica “ordinaria”(“común”) del derecho que pretende de todas formas, en presencia de un ilícito, la aplicación de una “sanción” para satisfacer las exigencias de “justicia”; sanción sin embargo no necesariamente “punitiva”, siempre que en concreto sea “funcional” a la “reintegración del orden jurídico violado” y por lo tanto a la obtención de la “paz social”.

De este modo, orientando las exigencias de “justicia” a la construcción de la “paz”, éstas vendrían satisfechas no por la efectiva aplicación y ejecución de las penas carcelarias, sino por la aplicación de “sanciones ejecutivas”, “sustitutivas” de la pena carcelaria, de naturaleza penal pero también civil y administrativa, de todas maneras en su contenido siempre “aflictivas” para sus destinatarios (de otra forma no serían “sanciones” o sea “males”), que deberían asegurar también ellas in re ipsa la “previsible” “resocialización” y “no reincidencia” de sus destinatarios y en consecuencia el “fin” de la pena criminal, cuya aplicación se convertiría por tanto “en concreto” ya en “no necesaria” (habiendo las sanciones ejecutivas obtenido de todas maneras el fin al cual la pena criminal debería llegar).

11. Legitimidad de una amnistía condicionada desde el punto de vista del derecho interno constitucional colombiano

El problema es, ahora, analizar si el instrumento de la “amnistía condicionada” es también “legítimo” desde el punto de vista del derecho “interno” colombiano –en particular de la Constitución Política de la República– y “externo” según el ordenamiento internacional –en particular conforme al derecho internacional humanitario y penal.

Iniciando desde la perspectiva interna “constitucional”, el problema de la legitimidad de una amnistía como aquella que aquí se propone, (condicionada pero) “tumbal”, deriva

ante todo del hecho que la Constitución colombiana admite expresamente la amnistía sólo para los “delitos políticos” (art. 150 n. 17 Constitución Política). Aparte la dificultad, aparentemente insuperable, de dar una definición compartida, al menos por la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, de “delito político”, la opinión comúnmente acogida excluye sin duda de esta categoría, y por tanto de la posibilidad de amnistía, los delitos de terrorismo y los crímenes internacionales de guerra y contra la humanidad, aunque “conexos” a delitos “objetivamente” políticos. A ello se agrega la “no amnistiabilidad” de los “delitos comunes”, como el narcotráfico, el secuestro de personas, la extorsión, incluso si son “conexos” con los delitos políticos.

La solución al problema podría ser ante todo dar, a través de la ley de amnistía, una suerte de “interpretación auténtica” al concepto de “delito político” haciendo, de manera explícita, entrar ahí, solamente a los fines y para los efectos de esta particular y “excepcional” ley de clemencia soberana, indistintamente todos los delitos, cualquiera que sea su “originaria” naturaleza jurídica, cometidos de todas formas con ocasión y para las finalidades, directas o indirectas, conexas al conflicto armado, comprendidos los crímenes internacionales, “derogando” la común interpretación jurisprudencial y doctrinaria que los excluye en modo absoluto de la posibilidad de una amnistía.

La otra posibilidad sería hacer de esta particular ley de amnistía un acto legislativo “derogatorio-especial” respecto a cuanto está previsto en la Constitución Política, sin hacer ninguna referencia –para evitar dudas y confusiones– al concepto de delito político, pero asumiendo, así sea implícita aunque no formalmente, la intrínseca “naturaleza política” de la totalidad de los delitos cometidos de cualquier manera con ocasión del conflicto armado por todos sus autores, simplemente decretándoles tout court su amnistiabilidad.

Tal conclusión, que comportaría una “derogación específica” del artículo 150 numeral 17 de la Constitución Política, sería, entre otras cosas, sistemáticamente congruente también con la estructura global de la Constitución misma y en particular con el artículo 22, donde se establece que la paz es un “derecho fundamental” de todos los ciudadanos y, correlativamente, es contenido de un “deber” del Estado, de cumplimiento obligatorio, su persecución con todos los medios lícitos y legítimos a disposición, según las circunstancias del caso concreto, especialmente si son pacíficos, o sea no violentos, que van sin duda “privilegiados” respecto a todos aquellos que se traducen en el uso, así sea regulado, de la “fuerza”, como es en particular la ejecución de la pena limitativa de la libertad personal.

Esto significa que una amnistía –no solo general y abstracta sino también “tumbal”– como instrumento de pacificación nacional después de un conflicto armado interno no sólo es una mera posibilidad jurídica, sino, además, a la luz de una correcta interpretación sistemática de la Constitución Política Colombiana, constituye para el Estado el cumplimiento de un preciso “deber constitucional”, dictado en actuación del “derecho fundamental a la paz” de todos los ciudadanos; mientras, al contrario, no existe un, igualmente claro, deber del Estado de punir inderogablemente a todos los autores de delitos, incluso gravísimos.

12. Legitimidad desde la perspectiva del derecho internacional de una amnistía general y total, comprensiva también de los crímenes internacionales

El perfil tal vez más delicado es aquel de la “legitimidad” de una amnistía, que cubra también los crímenes de guerra y contra la humanidad, respecto al ordenamiento internacional y, en particular, al derecho internacional penal. Recuérdese ante todo a este propósito –aunque muchos lo olvidan– que el derecho internacional vale, al interior del Estado, si y en los límites en los cuales su Constitución reconozca su eficacia: la “prevalencia” de la Constitución, para el derecho vigente “al interior” de cada Estado, está incondicionada. Tanto es que, al momento de la ratificación de un tratado internacional, el Estado puede hacer insertar una “cláusula de salvaguardia” o “de reserva”, como aquella puesta por el Estado colombiano en el momento de la ratificación del Estatuto de Roma, en el sentido que se excluían del ámbito aplicativo de la competencia jurisdiccional de la Corte penal internacional, y por consiguiente del Estatuto de Roma, los crímenes de guerra cometidos en Colombia incluso dentro los siete años sucesivos a la ratificación del tratado, o sea hasta el 1º de noviembre del 2009. Lo que significa, entre otras cosas, que, para todos los hechos aún constitutivos de crímenes de guerra cometidos con anterioridad a esa fecha, podrían sin lugar a dudas beneficiarse de una amnistía los miembros de las AUC y de la guerrilla de las FARC o del ELN que se hubieren “desmovilizado” en actuación de la Ley de Justicia y Paz del 2005, antes del 1º de noviembre del 2009 (aunque alguien, pero en mi criterio en modo errado, podría de todas maneras sostener su punibilidad no según el Estatuto de Roma sino conforme las normas “consuetudinarias” –en mi opinión inexistentes– del derecho internacional humanitario consuetudinario).

Numerosos argumentos pueden ser aducidos, en mi opinión, a favor de la plena compatibilidad con la “legalidad internacional” de una “amnistía condicionada” como la que aquí se propone para el caso colombiano. En vía general, es necesario ante todo considerar cómo no existe ninguna norma de derecho internacional “escrita” que prohíba explícitamente la posibilidad de concesión de una amnistía por los crímenes internacionales (salvo rarísimos casos de tratados bilaterales, a considerarse entonces como especiales-excepcionales, que, como se argumenta a contrario según el criterio del *ubi voluit dixit*, confirman la inexistencia de una norma general). Sobre este punto, tampoco el Estatuto de Roma contiene alguna disposición expresa. Tal “ambigüedad” en la redacción final del texto ha sido, en realidad, fruto de una precisa elección “diplomática” (y por lo tanto querida), puesto que, durante la fase de las negociaciones, las diferentes delegaciones estatales no llegaron a alguna solución compartida sobre el punto; lo que indica además, inequívocamente, cómo se debe también excluir la existencia de una norma “consuetudinaria” internacional que prohíba, siempre y de todas formas, la posibilidad para los Estados de amnistiar crímenes internacionales.

Por el contrario, hay una específica y clara disposición escrita en el ámbito del derecho internacional convencional, aquella del artículo 6, párrafo 5º, del Protocolo Adicional II de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 sobre el derecho humanitario –norma respecto de la cual no existe (se subraya) ninguna derogación igualmente explícita–, según la cual, en caso de conflicto armado interno, «A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado», y además sin distinción entre los

diferentes actores; a eso se agrega que en los últimos años la misma ONU ha participado en negociaciones de paz dirigidas a la cesación de un conflicto armado interno, patrocinando ella misma y favoreciendo la concesión de amnistías como instrumentos indispensables para propiciar la obtención de la paz y su conservación después de finalizado el conflicto.

De igual forma, no existe ninguna “obligación internacional” de perseguir los crímenes de guerra o los crímenes contra la humanidad, por lo cual, también bajo este perfil, una amnistía para la pacificación interna después de un conflicto armado no parecería violar, de por sí, el derecho internacional. Todo lo contrario, desde una correcta interpretación sistemática del mismo Estatuto de Roma, se encuentran algunas precisas disposiciones de las cuales se puede argumentar que el mismo derecho internacional penal no considera absolutamente inderogable, como también a menudo se repite, la efectiva punición de todos los crímenes internacionales, pudiendo presentarse en concreto situaciones, así estén específicamente previstas por el Estatuto, en las cuales la pena criminal no debe ser aplicada por razones de “no oportunidad” de la punición.

A este propósito, vienen ante todo a consideración los artículos 16 y 53 del Estatuto de Roma. En particular, según este último, el Fiscal (Prosecutor) ante la CPI, en el ejercicio de su “discrecionalidad”, podría “abstenerse” de iniciar la indagación o proseguir la acción, cuando hayan razones sustanciales para considerar que la investigación y el proceder más allá en la acusación y en el juicio «no favorecería los intereses de la justicia». Por lo tanto, del artículo 53, interpretado sistemáticamente, se deduce que constituye “principio general” en materia de persecución de los crímenes internacionales, y por tanto de relevancia internacional, el reconocer que los “intereses de la justicia” internacional –fórmula intencionalmente “vaga”– pueden, en el caso concreto, así sea en situaciones “excepcionales”, ser más adecuadamente satisfechos a través de “instrumentos diversos” respecto a la misma persecución del delito; instrumentos, es claro, que deben sin embargo ser “lógicamente funcionales” respecto a la obtención del “fin último” de la justicia internacional el cual no es –como lo demuestra precisamente la existencia del artículo 53 del Estatuto– la punición a toda costa de los culpables de crímenes contra la humanidad, sino sólo la obtención de aquella “paz internacional” que está en la base de la Carta de la ONU; paz que puede ser adecuadamente asegurada justo por la razonable previsión de no comisión, en el futuro, de crímenes gravísimos, como aquellos que tienen propiamente una relevancia internacional. Precisamente la razonable expectativa de la prevención de crímenes internacionales, gravísimos, como consecuencia de la adopción de instrumentos diversos respecto al proceso penal y a la aplicación de la pena indica la “no necesidad”, en concreto, de la aplicación y ejecución de la pena “clásica”, o sea la “no oportunidad” de la punición, puesto que los “fines preventivos”, especiales y generales, propios de la pena han sido en concreto logrados.

A su vez, el artículo 16 del Estatuto establece que el Consejo de Seguridad de la ONU, cuando considere que una cierta investigación o bien el inicio o la continuación de un proceso penal ante la Corte Penal Internacional podrían, en el caso concreto, interferir con los esfuerzos de «mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales», puede, en el ejercicio, una vez más, de su discrecionalidad política, solicitar a la Corte la suspensión de la acción penal (por un periodo de doce meses; solicitud renovable). Vía exquisitamente política que un Estado podría intentar para garantizar una amnistía

eventualmente no aceptada por la CPI, remitiendo el caso a consideraciones de realpolitik por parte del máximo órgano ejecutivo de la ONU, que podrían “prevaler” por tanto, una vez más, y para el caso concreto, sobre las exigencias de “justicia punitiva”.

13. Los diversos tipos de amnistía: autoamnistía y amnistía con fines de pacificación nacional

Admitamos sin embargo, así sea como mera hipótesis de trabajo, que el derecho internacional, consuetudinario y/o convencional, establezca expresamente una prohibición para los Estados de aprobar leyes de amnistía que tengan por objeto crímenes internacionales. También admitida en efecto la existencia de una tal “prohibición de derecho internacional”, el problema preliminar es, de todas formas, establecer si dicha prohibición es “absoluta”, y por lo tanto de ninguna manera derogable por parte de cada Estado, o bien es “relativa”; en particular, debemos preguntarnos si es necesario tener en cuenta, a fin de determinar el exacto “alcance” de la prohibición, la diversa “naturaleza” de las amnistías, la ratio histórica de este instituto jurídico y su compatibilidad o no con el “fin último” del derecho internacional, y por tanto con el ordenamiento que sobre él se funda, de «mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales» (art. 39 Carta ONU).

De un lado, existen de hecho diversos “tipos” de amnistías, entre las cuales es necesario distinguir, en particular, incluso sobre la base de la jurisprudencia de las Cortes internacionales como la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, las llamadas “autoamnistías”, adoptadas por iniciativa de los mismos órganos del régimen político – normalmente representado por una dictadura–, directo inspirador de la comisión de los crímenes contra la humanidad por parte de agentes del mismo Estado (que se quieren precisamente amnistiar), con la finalidad principal de “autofavorecerse”.

Absolutamente diversas, sobre todo por la motivación política que las sostiene y que por tanto no pueden ser, lógicamente, “equiparadas” a las llamadas “autoamnistías” (a las cuales solamente, viéndolo bien, se ha hasta ahora referido la jurisprudencia de la Corte IDH), son, por el contrario, las amnistías adoptadas con la finalidad de “pacificación nacional”.

Tales amnistías, profundizando, son pues las que reflejan en pleno la ratio histórica del instituto, que es justamente la obtención y el mantenimiento de la “paz social”, por tanto, son las adoptables en situaciones “excepcionales” como, en particular, las que pueden ser determinadas propiamente por la finalización de un conflicto armado interno (guerra civil en particular). Más precisamente, la obtención de la “paz social”, como fin primordial de una sociedad jurídicamente organizada como Estado a través del derecho, si en una situación de “normalidad” se logra justo a través de la aplicación del derecho y en particular, cuando se hayan cometido delitos, mediante la aplicación y ejecución de la pena prevista en la ley, a veces, en situaciones precisamente “excepcionales”, el mismo fin se puede obtener, por el contrario, solo a través de la “renuncia” a la pena, como es propiamente el caso de la amnistía. La amnistía –junto a las otras “causas de extinción de la punibilidad”– es por tanto un instrumento lógicamente indispensable para el correcto funcionamiento del mismo sistema penal globalmente considerado, actuando en situaciones excepcionales como “válvula de seguridad” del entero ordenamiento.

Si es pues cierto que la “pacificación nacional” constituye el fin de cualquier amnistía adoptada al finalizar un conflicto armado interno, no se puede, sin embargo, no distinguir ulteriormente según que ella siga a una paz “impuesta” militarmente del vencedor al vencido; o bien se trate de una amnistía derivada de una paz –realmente– “acordada” entre todas las partes en conflicto (en el sentido en particular de “políticamente aceptada” por la entera sociedad), en la cual toda la sociedad se reconoce en cuanto no hay, políticamente, vencedores y vencidos y por tanto todos se sienten igualmente garantizados. Diferencia ontológica y política radical entre dos conceptos de “paz” que no puede dejar de relevar, también, desde el punto de vista jurídico, tanto en la perspectiva del derecho interno como en la del derecho internacional.

La “paz” perseguida a través de las negociaciones con las FARC no presupone la “transición” de un sistema estatal macrocriminal frente a los derechos humanos, como podría ser una dictadura, a un Estado democrático de derecho, pues el Estado colombiano ya de por sí es un Estado de derecho; las negociaciones de paz, en otros términos, no pueden prospectar un “cambio de régimen” de dictadura a democracia. Se trata solo de lograr la “paz interna”, no la democracia; lo que significa que la situación colombiana es muy diferente a otras que, en la misma área latinoamericana, han, en años precedentes, dado lugar a amnistías (a menudo definidas por la Corte IDH autoamnistías para establecerles su “ineficacia”). Viceversa, la amnistía, que aquí se propone para salir del conflicto armado interno en Colombia, a diferencia de las llamadas autoamnistías, derivaría sobre todo de un “acuerdo de paz” con las FARC y sucesivamente sería “legitimada” jurídicamente por el Congreso en cuanto provendría de un “acuerdo político” general de las diversas fuerzas políticas presentes en el mismo y representativas de la entera sociedad colombiana, además de las FARC; legitimación jurídica y política que debería, para garantizar mejor una paz efectiva y duradera en el postconflicto, obtener, en mi opinión, también la “legitimación popular” a través de un referendun. Tal amnistía sería por tanto fruto de una verdadera “paz acordada”.

14. Compatibilidad con el derecho internacional de una “amnistía condicionada” como aquella que aquí se propone para el postconflicto en Colombia, comprensiva también de los crímenes de guerra y contra la humanidad

Nos debemos entonces preguntar si una tal amnistía, por su indiscutible especificidad y por las características que la distinguen, es compatible o no con el derecho internacional, en particular humanitario y de los derechos humanos además que con el penal.

Preliminarmente, y en una perspectiva de carácter general, es necesario recordar como, si “fin” del “derecho penal” y por ende de la “pena”, que constituye su “instrumento de actuación”, es (siguiendo la enseñanza de Ferrajoli), de un lado, la “minimización de la violencia” –cuya consecuencia, lógica, es un “derecho penal mínimo”, o sea estrictamente necesario al logro de dicho fin–, y del otro la “protección del más débil”, quien representa su “instancia ética fundamental”, fines ambos esenciales para garantizar el “máximo” de “paz social”, resulta evidente entonces que todo eso que va, aunque solo “de hecho”, contra estos fines va, lógicamente, contra la finalidad que, a través de la pena, el derecho penal quiere perseguir, en una palabra: la máxima “paz social”. En resumen: el derecho penal iría contra su misma lógica. Esa la razón por la cual, en ciertas circunstancias históricas, la aplicación incondicional y absoluta de la pena podría ser no solo “no

necesaria”, y por tanto ilegítima en cuanto injustificada, sino además “disfuncional” respecto a su finalidad.

Consideraciones que, *mutatis mutandis*, no pueden dejar de valer, también, para el derecho internacional penal.

Ahora, si el derecho internacional tiene como “fin esencial” la persecución de la “paz internacional” (y de la “seguridad internacional” que constituye su indispensable, en cuanto lógico, presupuesto), de eso deriva que cualquier “sanción” prevista por cualquier rama del derecho internacional, cuya aplicación y ejecución no garantizase en el caso concreto la paz, sería “disfuncional” respecto a este fin, yendo “contra” la misma “razón de ser” de este ordenamiento jurídico y por tanto debe considerarse “ilegítima” en cuanto “no necesaria”. Esto vale también, lógicamente, para la “pena” como respuesta sancionatoria prevista para la comisión de crímenes internacionales; ello en el sentido, en particular, que cada aplicación, absoluta e inderogable, de la sanción penal, especialmente carcelaria, por la comisión de crímenes internacionales, incluso cuando se considerase como “justa retribución”, sería de todas formas “ilegítima”, además de “injustificada”, siempre desde la perspectiva del derecho internacional en cuanto “no necesaria”, cuando fuese “disfuncional” respecto al fin último de la “paz internacional”, frustrándose en el caso concreto su logro efectivo; paz internacional que, en cuanto tal, debe lógicamente apoyarse en la “paz interna” de cada Estado, pues sin ésta no podría ser “garantizada” una verdadera paz en las relaciones interestatales, “paz interna” que, por tanto, constituye a su vez, en cuanto estrictamente instrumental al fin último, una finalidad también ella primaria del derecho internacional.

La obtención de la “paz internacional”, en cuanto “fundamento” y “fin último” del entero ordenamiento internacional, debe, por tanto y en todo caso, lógicamente “prevalecer” sobre cualquier otro “interés internacional”, también de naturaleza “primaria”, incluso aquel a la “justa” –según el derecho internacional penal– punición de crímenes gravísimos como los de guerra y contra la humanidad.

Esto comporta entonces, como lógica consecuencia, que “conforme” al derecho internacional en todas sus expresiones normativas, comprensivas por lo tanto incluso del derecho internacional penal, deben ser considerados todos los “mecanismos jurídicos” indistintamente que se puedan hipotizar y utilizar siempre que sean, en la situación concreta, “funcionales” a la obtención del “fin”, o sea, como en el caso colombiano, la reintegración de la “paz internacional” como consecuencia del restablecimiento de la “paz interna”; de ahí la “legitimidad internacional”, incluso, de una eventual amnistía, especialmente si es “condicionada”, dirigida a la búsqueda de una “paz acordada” entre todos los protagonistas del conflicto armado y legitimada, jurídica y políticamente, mediante la aprobación del Congreso y de un referendun popular, en vista de la reconstrucción de un tejido conectivo social lacerado por un conflicto que ha durado más de 50 años.

15. Otros argumentos a favor de la legitimidad internacional de una amnistía condicionada comprensiva también de los crímenes internacionales

Tal conclusión encuentra una ulterior confirmación, siempre sobre el plano normativo internacional, en una lectura coordinada y sistemática de los artículos 39 a 42 de la Carta

de la ONU: si de hecho el artículo 39, no obstante la prohibición, formal, de la guerra y el principio de la paz como fin y “norma fundamental” del derecho internacional, admite el recurso al uso legítimo de la fuerza para «mantener o reestablecer la paz y la seguridad internacionales», es necesario sin embargo subrayar como, también en el derecho internacional, el uso, así sea regulado, de la “fuerza” puede ser “legítimamente” tomado en consideración por el Consejo de Seguridad solo en vía “subordinada”, eso es, cuando todos los demás “instrumentos pacíficos”, abstractamente idóneos para «mantener o reestablecer la paz y la seguridad internacionales», no hayan tenido o no puedan tener en concreto éxito; de ahí la ilegitimidad del recurso a la fuerza si no como extrema ratio de tutela internacional; y recuérdese como en el uso, así sea “regulado”, de la “fuerza” se concretiza cualquier “sanción jurídica” de derecho no solo “interno” sino también “internacional”.

Sería entonces absurdo admitir, para la obtención del mismo fin –la “paz internacional” a la cual es estrictamente instrumental la “paz interna”–, la aplicación nada menos que del uso de la fuerza militar, o sea de una “sanción” (como la “legítima defensa internacional” o la “acción coercitiva internacional”) muy “invasiva” de los derechos humanos fundamentales (para cuya tutela son funcionales la paz y la seguridad internacionales), incluso –se subraya– de sujetos inocentes como los civiles envueltos en acciones militares, y, al mismo tiempo, negar la legitimidad de la “no aplicación”, o sea de la “renuncia” a la aplicación y ejecución, de una “sanción” mucho menos grave, como la pena detentiva, en el caso en el cual con dicha “renuncia a la pena” –o sea recurriendo a un instrumento mucho menos invasivo de los derechos humanos–, a favor sólo de algunos, los responsables de crímenes internacionales, y por el bien de todos los demás, se pudiese útilmente llegar al mismo fin de la paz. Razonando diversamente, estaríamos en presencia de la peor perversión del “derecho”, identificado impropiaemente con la “justicia”, y por lo tanto con una trágica confusión entre derecho y moral, de la cual es expresión la máxima, antihumana además que ilógica, del fiat iustitia pereat mundus.

Estando así las cosas, resulta entonces ulteriormente soportada la conclusión, lógica, que, donde existan, desde el punto de vista del ordenamiento “interno” del Estado interesado en la finalización de un conflicto armado interno, “remedios pacíficos idóneos para reestablecer la paz” en vez del uso de la fuerza por parte de la comunidad internacional (bajo cualquier forma de “sanción de derecho internacional”, público y penal), estos instrumentos “deben” ser “privilegiados”; con la consecuencia que así mismo la “renuncia a la pena” a través de una amnistía, incluso para los culpables de crímenes gravísimos, siempre que sea rígidamente funcional al perseguimiento y obtención de la paz en cuanto absolutamente “necesaria” en la situación histórica concreta, debe entonces –a fortiori– ser “privilegiada”, también desde el punto de vista del derecho internacional (y por lo tanto igualmente del derecho penal internacional), respecto a un frustrado acuerdo de paz y por ende a la continuación de la guerra, así sea bajo la forma de conflicto armado interno.

Esto también sobre la base de la consideración que la paz, obtenida de cualquier manera, incluso con una amnistía, garantizaría para el futuro precisamente el respeto, o sea la “no ulterior violación”, de aquellos “derechos humanos fundamentales”, in primis de la población civil, precedentemente violados a través de la comisión de crímenes internacionales. Aquí, en realidad, con la amnistía se intercambia la impunidad de pocos

culpables con la protección y garantía de los derechos fundamentales de muchos inocentes. Más bien, una amnistía condicionada sobre la base de una “paz acordada”, mirando por lo tanto no al pasado sino al futuro, podría justamente satisfacer, en concreto, bajo este perfil, aquella función resocializadora y preventiva, especial y general, propia de la pena criminal, convirtiéndola ésta concretamente en “no necesaria”.

Un último argumento, también exclusivamente normativo, a favor de la “legitimidad internacional” de una amnistía condicionada con referencia a la situación colombiana, está en el hecho que, si la “paz internacional”, como “fin primario” de todo el ordenamiento internacional –y por tanto incluso de aquella su rama particular constituida por el derecho internacional “penal”–, se ha convertido también en el “contenido” de un verdadero y propio “derecho” de cada Estado al cual le corresponde, correlativamente, el “deber” de “garantizarlo” por parte de todos los organismos internacionales (incluida la ONU, en todas sus articulaciones, y –en cuanto lo que aquí nos interesa– la Corte Penal Internacional), también bajo este perfil específico se deriva la “legitimidad internacional” de una ley de amnistía que, poniendo fin a un conflicto armado interno, asegure la “pacificación nacional” al interior de un Estado, si es estrictamente necesaria a este fin, como uno de los medios que cualquier Estado tiene a disposición para ejercer su “derecho” a la “paz internacional”, al cual le corresponde el “deber” de todos los organismos internacionales, en primer lugar de la CPI, de “no interferencia”; esto no en nombre del viejo –pero todavía válido– principio de “soberanía” y por tanto de “no injerencia” en los asuntos internos de un Estado, sino en cuanto expresión de un preciso “deber internacional”.

16. Etapas jurídicas para llegar a la paz con las FARC en Colombia

Un último problema, que podría evidenciar razones no de legitimidad sino de mera “oportunidad política” frente a la posibilidad de la previsión de una amnistía, así sea “condicionada” pero “tumbal”, podría ser puesto en estos términos: ¿cómo evitar una solución de evidente “injusticia”, en cuanto irrazonablemente “discriminatoria”, entre los autores de crímenes gravísimos como los crímenes internacionales de guerra y lesa humanidad, que no vendrían punidos en virtud de la amnistía, frente a la punición inflexible y dura de los autores de delitos comunes, de todas maneras a considerar como delitos “menos graves” respecto a los primeros? Ahora, puesto que obviamente la amnistía, según lo establecido en el artículo 150, numeral 17, de la Constitución Política colombiana, no debería valer para los autores de delitos comunes, no habiendo con relación a dichos delincuentes alguna exigencia política de pacificación de la sociedad por satisfacer, una razón de “equilibrio político” podría sin embargo conllevar para ellos un “indulto”, también este “general” y “abstracto” (o sea por todos los delitos y para todos los autores, excluyendo tal vez sólo algunos delitos gravísimos contra la persona o bien los delitos expresivos de una particular “peligrosidad social” de sus autores), indulto – “condicionado” obviamente a la “no reincidencia”– que podría concretarse en una “disminución” de la pena a ejecutar de la mitad “seca”, quizás con la posibilidad de descontar la mitad restante, en todo o en parte, fuera de la cárcel con medidas alternativas a la pena detentiva, así sean limitativas de la libertad personal.

Los pasos lógicos, sobre el plano político, y conformes a la Constitución colombiana vigente, para llegar a un postconflicto de “paz social”, serían entonces, según una correcta

sucesión temporal, en primer lugar la determinación, a través de las negociaciones directas entre Gobierno colombiano y Farc, de los contenidos del acuerdo de paz, in primis con referencia a la llamada “justicia transicional” y a la factibilidad política de los mismos miembros de las Farc; justicia transicional que, siendo realistas, debería excluir la aplicación y la ejecución de cualquier pena criminal, principal y accesoria, para los miembros de las FARC, “condición política mínima” si se quiere efectivamente llegar a un acuerdo con el grupo guerrillero: de ahí la necesidad de una amnistía, aunque condicionada, que debería constituir el nuevo “marco” de la paz (sustitutivo del actual, no reconocido por las FARC en cuanto considerado “unilateral”). Tal acuerdo de paz debería ser pues “aprobado”, también con las eventuales modificaciones constitucionales necesarias (si es el caso, incluso con referencia a una amnistía en derogación de la Carta Magna), por el Congreso, único órgano legitimado políticamente, en cuanto expresión directa de la “soberanía popular”, y legítimamente constituido según la Constitución actualmente vigente en Colombia (constitucionalmente ilegítima sería viceversa la previsión de un “congresito” o de otro órgano de todas maneras no legitimado mediante elecciones regulares).

Tal acto legislativo de aprobación de los contenidos del acuerdo de paz, que, me parece, debería estar constituido por una “ley estatutaria”, tendría pues que ser también sometido a referendun popular para su aprobación definitiva por parte de todo el pueblo soberano. Referendun que, aunque no necesario desde el punto de vista constitucional, sería de todos modos políticamente indispensable y por ende inevitable para dar una legitimación política definitiva a un acto legislativo, como aquel de aprobación de los acuerdos de paz con las FARC, en grado de incidir en forma profunda sobre el futuro de la entera sociedad colombiana. Este acto legislativo de aprobación, en su contenido correspondiente a los acuerdos de paz, debería pues indicar también el modo de participación de los ex miembros de las FARC en las deliberaciones de las sucesivas leyes de actuación de dicho acto legislativo; se debe en efecto decididamente excluir, por inconstitucional, una participación, de cualquier modo, de miembros de las FARC en la –previa– deliberación de aprobación de los acuerdos por parte del Congreso; las FARC, en cuanto grupo organizado, pueden solo participar, como actores de los acuerdos, en la definición de los mismos que luego deberán ser eventualmente acogidos, en su soberanía, por el Congreso de la República, quien se asumiría, obvio, a estas alturas integralmente, la responsabilidad política de sus decisiones (de acogimiento o de rechazo a los acuerdos de paz; de acogimiento total o parcial).

Los acuerdos, aprobados por el Congreso y ratificados por el referendun, y por tanto jurídicamente “válidos”, adquirirían “eficacia” solo después de la completa “desmovilización” y desarme de las mismas FARC; es decir, solo desde el momento en que tal organización dejase de ser un grupo guerrillero sobre la base de los acuerdos de paz antes libremente suscritos y aceptados (acuerdos “subordinados”, evidentemente, al cumplimiento de estas “condiciones”, necesarias también para la “eficacia” de la amnistía). Sólo después, sobre la base de eventuales leyes de “implementación”, siempre aprobadas por el Congreso con fundamento en los acuerdos, se deberían en concreto así mismo determinar los modos de participación en la futura vida política del país, ya no de las FARC que en cuanto tal no existirían más, sino solo de ex miembros de dicha organización, desmovilizados, a través, quizá, de la constitución de un verdadero partido con el cual participar en las futuras elecciones. Y en este punto se podría de igual manera,

legítimamente, pensar en convocar las elecciones para la formación de una Asamblea Constituyente, en la cual deberían participar también miembros de la ex FARC, obviamente en los límites de su efectiva representatividad política evidenciada por elecciones libres y democráticas; tratándose sin embargo de elecciones particulares y extraordinarias, en cuanto finalizadas a la formación de una Asamblea Constituyente, que tendría como tarea primaria aquella de reescribir el nuevo “pacto social” fundamento de la sociedad organizada como Estado, la ley electoral correspondiente debería ser de tipo rigurosamente proporcional y nunca mayoritario.

17. Conclusiones

Para concluir, una última consideración. La guerra, todo tipo de guerra o conflicto armado es, por su naturaleza, una cosa horrible dadas las consecuencias de destrucción y lutos que inevitablemente comporta. Es un “hecho” que, en cuanto tal, se puede exorcizar o no, pero existe (o ha existido). No hay proyectiles buenos o malos, ni muertos buenos o malos: todos los muertos, todas las víctimas indistintamente –por el solo hecho de ser tales– han perdido la guerra: todos aquellos que están vivos deben entonces ser capaces de olvidar si, todos juntos, quieren ganar la paz; lo que impone “voltear la página” y, por lo tanto, “olvidar” a través de una forma de “olvido” general y total que jurídicamente no puede ser representada sino por una amnistía. En una palabra, eso impone a todos indistintamente, sea a los protagonistas del conflicto, víctimas y victimarios, sea aquellos, la mayoría, que no han participado activamente en el conflicto, voltear definitivamente la página y, por consiguiente, olvidar, si quieren saber vencer, una vez más todos juntos indistintamente, el desafío de la paz.