

Por: Kai Ambos*

Está claro que las Farc tienen que asumir responsabilidad para poder concluir, exitosamente, las negociaciones sobre el componente “justicia” en un eventual acuerdo de paz.

Ningún discurso, ninguna carta más acusando el Estado colombiano de “terrorismo de Estado” puede cambiar este hecho. Esto no quiere decir, por supuesto, que no hubo crímenes del Estado. Claro que los hubo, los mal llamados “falsos positivos”, en la mirada de la Fiscalía de la CPI, son solamente la punta del iceberg. Pero este no es el tema en cuanto a las Farc se refiere. No se trata de contraponer a los malos de un lado del conflicto con los del otro. Todos tienen que asumir sus responsabilidades. En cuanto a las negociaciones del Gobierno con las Farc, les toca a ellos hacerlo; para esos efectos, basta una declaración general al respecto. Lo demás lo resolverán los expertos.

Aquí va mi propuesta: una vez asumidas la responsabilidad política, moral y legal en relación con los hechos cometidos, hay dos asuntos que se tienen que distinguir estrictamente. Por un lado, la judicialización de estos hechos y de los más altos responsables (o sea, de los negociadores de La Habana o de otros altos responsables seleccionados por ellos), terminando en una posible condena como producto de un juicio justo, oral y contradictorio; por otro lado, la posible sanción en caso de que se produzca tal condena.

En cuanto a lo primero, vale la pena recordar la decisión del Parlamento de Kosovo de comienzos de este mes –prácticamente desconocida en Colombia- en cuya virtud se establece un tribunal especial mixto para juzgar los crímenes cometidos durante la guerra entre Serbia y Kosovo, en los años 1998-1999. El mismo modelo puede ser usado en Colombia.

Lo atractivo de este tipo de “tribunales” es que no son, de hecho, puros tribunales internacionales establecido por el Consejo de la Seguridad de Naciones Unidas y, por ende, no son producto de imposiciones por parte de la llamada “comunidad internacional”, muchas veces contra la voluntad del Estado afectado. Al contrario, un tribunal mixto de esta naturaleza deriva su legitimidad de la decisión política y legislativa del órgano competente del Estado afectado, o sea, en nuestro contexto, del Congreso de la República. Por ello, es parte integral de la justicia ordinaria nacional pero ese ente estaría compuesto por jueces internacionales y nacionales.

Por su composición mixta contaría con el aval de la comunidad internacional la cual, por lo menos en parte, podría financiarlo. Semejante tribunal, creo, no puede ser rechazado por las FARC con el argumento de que representa la justicia parcial del Estado enemigo. Incluso, su competencia podría también extenderse a crímenes cometidos por la fuerza pública.

En cuanto a lo segundo –la posible sanción–, primero es importante insistir, a pesar de afirmaciones recientes de supuestos expertos (nacionales e internacionales) en foros en este país, que el Derecho internacional no dice nada concreto y definitivo sobre el contenido de estas sanciones. De las tres ramas del derecho internacional relevantes en este contexto –el Derecho internacional de los derechos humanos (DIDDHH), el Derecho internacional humanitario (DIH) y el Derecho internacional penal (DIP)–, el primero habla de sanciones efectivas y disuasivas, el segundo no dice nada relevante, y, el último, prevé penas privativas de libertad y multas. Sin embargo, el DIDDHH no determina concretamente cuáles son estas sanciones y el DIP no pretende trasladar sus penas, sin más, al foro interno.

En otras palabras, el Derecho internacional deja un margen de apreciación a los Estados para cumplir con un posible deber de sancionar crímenes internacionales. Este margen da al Estado respectivo la autoridad de determinar las sanciones con una cierta flexibilidad. Claro está, algo de “pena” tiene que contener la sanción, algo entre los extremos del sufrimiento medieval en cárceles infráhumanas y del arresto domiciliario en una hacienda con todos los lujos y salidas diarias. Como mínimo, uno diría, la sanción tiene que tener un componente de privación de la libertad. Más allá de esta cuestión, más bien técnica, hay un aspecto normativo aquí que tiene que ver con el fin de la pena en el contexto del intento de poner fin a un conflicto armado.

Por cierto, no es el mismo fin que perseguimos con la pena como reacción a un crimen ordinario en tiempos de paz. En nuestro contexto, el efecto preventivo de la pena se reduce a su efecto general positivo mirado hacia el futuro de una sociedad más fiel al Derecho. El efecto retributivo, si no lo rechazamos de entrada, fracasa frente a la magnitud del injusto que no puede ser “retribuido” con la pena. Esta es la razón por la cual muchas víctimas no quieren cárcel para sus victimarios pero sí el reconocimiento de su responsabilidad y el pedido de perdón. De hecho, así se sientan las bases para una verdadera reconciliación.

Podemos concluir entonces: las partes deben acordar la constitución de un tribunal mixto como el indicado, el Congreso debe aprobar la ley correspondiente, y debe

haber, como producto de un proceso justo, “algo” de pena.

* Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania) y Director del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la misma Universidad. Juez del Tribunal Provincial de Göttingen, actualmente delegado al Tribunal Superior de Braunschweig (Alemania).

<http://www.elespectador.com/opinion/cuanta-justicia-soporta-paz>