

En el Derecho penal internacional se han incluido como parte de sus objetivos la justicia para las víctimas, conocer la verdad y la reparación (Cryer et al. 2007: 23 y 24; Ambos 2013: 72; Dearing 2017, 348) bajo la idea de un discurso de defensa de los derechos humanos que se caracteriza por propender por el desconocimiento de dichos derechos de los procesados. Este planteamiento ha asumido como postura que solo a través de la pena de prisión se pueden satisfacer tales objetivos y le ha atribuido al Derecho penal un papel de primer nivel como mecanismo estatal de primera mano para hacer frente a diversos tipos de conflictividad social y en el que se reivindica permanente la necesidad de reformarlo para ampliar su campo de acción y darle mayores armas que apuntan, entre otros fines, a satisfacer los deseos de las víctimas de la máxima intervención punitiva en contra de quienes han cometido las conductas tipificadas como delitos que las han afectado (Velandia 2015a: 64), bajo la idea de la devolución de la solución del conflicto, representado en la conducta punible cometida, a la víctima (Silva Sánchez 2010: 50) y con el surgimiento de un Derecho penal en el que se han relativizado las “garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales” (Silva Sánchez 2006: 163). Bajo este entendido, se concibe a la impunidad en su versión dura (que “se trata de una perspectiva en la que la misión del derecho penal y el fin de la pena deben estar orientados a hacer justicia a la víctima en todos los elementos del conjunto responsabilidad penal y más específicamente, en las etapas de imposición, dosificación y ejecución efectiva de la pena” (Velandia 2015b: 101)) como un elemento anómalo dentro del sistema de administración de justicia por no satisfacer los deseos de las víctimas y, en general, a todas aquellas formas de gestión del conflicto que no terminen con la determinación de la existencia de lo que “realmente ocurrió” (verdad material) y con la imposición de un castigo que “haga justicia a las víctimas”, como manifestaciones de “no justicia” o, dicho de otra forma, como errores o desatinos de la justicia. En tal sentido, la Jurisdicción Especial para la Paz, en lo que respecta a las sanciones alternativas que incorpora, ha sido considerada como una forma de no justicia como quiera que se afirma que la no imposición de la pena de prisión a quienes han cometido delitos niega el derecho a las víctimas a la justicia material. Es decir, se asume un discurso netamente punitivo y que apunta a la satisfacción de los deseos de las víctimas, de los que se afirma que solo pueden ser satisfechos mediante la imposición de penas de prisión para los victimarios.

Empero, frente lo expuesto, ¿puede plantearse como suficiente frente al delito la declaración de responsabilidad penal o es necesaria la imposición de una pena? En el evento de que sea necesaria la imposición de una pena, ¿qué tipo de pena debe imponerse? ¿Privativa o no privativa de la libertad? Y por último, ¿es necesario el cumplimiento de la pena impuesta? Por una parte se sostiene que es posible para el Derecho penal reestablecer la paz social sin necesidad de imponer una pena al delincuente en aquellos casos en los que este “acepta que ha cometido el delito, acepta por completo su responsabilidad, compensa a la víctima y pide su perdón” (Dearing

2017, 346), pero surge el interrogante de qué pasaría en aquellos casos en los que ni siquiera hay una aceptación de la comisión del delito y, en consecuencia, mucho menos un ofrecimiento de disculpas. Además, incluso en los casos en los que se ofrezca disculpas, tampoco es aceptable dejar a la víctima la decisión de la imposición de una pena, pues ello es parte del diseño de la política penal, que es potestad del Estado y que, en consecuencia, no puede quedar sujeta a lo que la víctima decida. En la misma línea, esta posición tampoco daría respuesta en aquellos delitos en los que no hay víctima.

Por otra parte, se ha propuesto, con base en los fines de la pena, que al momento de imposición de la pena deben tenerse en cuenta conjuntamente los fines de prevención general negativa (disuasión) y especial positiva (resocialización), con prevalencia de la primera en el caso de delitos graves y de la segunda en el caso de crímenes de mediana gravedad y leves (Roxin 1997, 95 y 96; Roxin 2016, 92), lo cual, en principio, daría respuesta a la cuestión de en qué casos se debe o no imponer una pena, es decir, cuando la declaración de responsabilidad penal es o no suficiente. Empero, la cuestión del tipo y monto de pena que debe imponerse es una cuestión de política penal desarrollada por el legislador dentro de su libertad de configuración y a la que el juez debe ceñirse. En todo caso, lo que sí es cierto es que “sostener que hoy en día una sentencia condenatoria penal en la que no se imponga la pena de prisión tiene el mismo efecto que una que sí desconoce el hecho de que en la sociedad, en la representación de la gente, no de los abogados, existe una concepción respecto del derecho penal en la que el binomio delito-prisión es bastante paradigmático de esta área del derecho” (Velandia 2015a, 72). De cualquier manera, en virtud del reconocimiento del derecho de las víctimas a la justicia, ya se hacen explícitas posiciones que abogan por un derecho de ellas al castigo del victimario que, inexplicablemente, estaría fundado en un derecho de este a ser condenado y castigado (Dearing 2017, 348).

Al margen de lo censurable que es asumir un derecho de la víctima a la justicia entendido como el castigo del victimario, lo que este tipo de posturas pasan por alto es que en las sociedades existe una visión profundamente arraigada de la necesidad del castigo para ciertas conductas (Robinson 2013, 211). Quienes son víctimas de ellas desean, con mayor fuerza que la sociedad en general, la imposición del mayor castigo al victimario: en el caso de los delitos más graves se desea la imposición de las penas de mayor entidad (pena de muerte o cadena perpetua) independientemente de que ello sea o no posible jurídicamente. Incluso en los delitos menos graves, las víctimas también desean que se imponga la prisión, ninguna otra pena es aceptable ya que opciones distintas son vistas como formas de no justicia. Así mismo, incluso en los casos en los que se imponen penas de prisión y se priva de la libertad al responsable tampoco las víctimas se consideran satisfechas porque consideran que la pena impuesta es insuficiente. En conclusión, la justicia para las víctimas implica una transformación

punitiva que solo acepta la imposición de las penas más drásticas porque las víctimas actúan de forma impulsiva y este aspecto es el que desconocen quienes apoyan el reconocimiento de tal visión de justicia. Por su parte, “la reparación del daño es sin duda un derecho de la víctima y una obligación para quien lo ha causado, pero se podría llegar al resarcimiento por procesos judiciales distintos al penal, aunque también se puede hacer dentro de éste por razones de economía procesal” (Velandia 2015b, 98).

El otro elemento que ha adquirido importancia en relación con los derechos de las víctimas es el de no repetición, que “es parte de los derechos del individuo a la protección de sus derechos, pero que refleja el aspecto particular de que la victimización de un individuo obliga a la policía considerar si el delito resulta de un riesgo que continúa presentando una amenaza a la seguridad de los derechos primarios de la víctima” (Dearing 2017, 334). Sin embargo, lo que se desconoce es que “cuando una persona comete un delito siempre, lo hace estando en una de estas dos situaciones: o planea su ejecución con el fin de evitar ser descubierto (planeación que puede ser bastante anticipada o que se da, en el peor escenario, justo antes del comienzo de la realización de la conducta) o la comete de manera irreflexiva en un estado de excitación, de pasión, de ira” (Velandia 2017, 53). Entonces, las garantías de no repetición no representan realmente algo más que un símbolo, pero no existe la posibilidad de garantizar la no comisión de un delito.

Por otra parte, se ha buscado el trasplante de los citados elementos de concepción de la pena orientada a la verdad, justicia, reparación y no repetición a los procesos de justicia transicional, a pesar de que estos no corresponden a la justicia penal tradicional. En efecto, los procesos de justicia transicional se dan en sociedades que se encuentren fragmentadas por conflictos graves y buscan la reconciliación de los agentes en conflicto. Justamente por ello, la justicia transicional no corresponde a ningún modelo de justicia tradicional y en el aspecto sancionatorio es donde se evidencian claramente las diferencias. Las sanciones en la justicia transicional no siguen ningún estándar: cada proceso de justicia transicional establece, de acuerdo a sus necesidades particulares, una estructura con diversos elementos que ayuden al fin último, que es la consecución de la paz en la sociedad en la que se desarrollan. Por ello, la Jurisdicción Especial para la Paz, como elemento judicial del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), derivado del Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, suscrito entre el Estado colombiano y las FARC-EP, ha incorporado diversas sanciones para los responsables de la comisión de delitos, que incluye la pena de prisión, pero también tiene disponibles penas propias, que apuntan a la realización de trabajo en beneficio de la comunidad y a la reintegración social de los victimarios. En conclusión, se parte de la idea de que los fines de las sanciones en los procesos de justicia transicional no siguen los parámetros de aquellos

propios de la justicia penal ordinaria y que deben responder a las necesidades del caso en concreto.